

REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO



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 XCI • Marzo-Abril 2015 • Núm. 748

REVISTA BIMESTRAL



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

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

© Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
I.S.S.N.: 0210-0444
I.S.B.N.: 84-500-5636-5
Depósito legal: M. 968-1958
Marca Comunitaria N.º 3.623.857

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscreto a la DGRN

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

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

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales» / <i>The financial content of the loan and the mortgagor protection: some current issues</i>	605
FUENTES SORIANO, Olga: «La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación» / <i>Foreclosure: new ground of opposition, new problems of legal proceedings</i>	645
SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Es necesario “repensar” la contratación de préstamos hipotecarios entre empresas (autónomos y pymes)» / <i>Necessary «rethink» mortgage loan contracts between companies (self and smes)</i>	681

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

DOMÍNGUEZ CABRERA, María del Pino: «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal» / <i>The settlement of payments in the bankruptcy law</i>	733
--	-----

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

FERRANTE, Alfredo: «Cuestiones sobre constitución fraudulenta del título ex art. 205 Ley Hipotecaria y caudales indivisos» / <i>Title by bad faith and unsettled estate. Some questions about the article 205 of Spanish Mortgage Act</i>	751
PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Sociedades anónimas: ¿Derecho a las ganancias <i>contra</i> derecho al dividendo? ¿Derecho a las ganancias	

<i>versus</i> derecho al dividendo?» / <i>Public Limited Companies: The Right to Earnings against the Right to Dividends? The Right to Earnings versus the Right to Dividends?</i>	785
--	-----

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

DONADO VARA, Araceli: «La evolución legal y judicial de la pensión alimenticia en el régimen panameño: un examen crítico de un derecho de orden público frecuentemente incumplido por el progenitor deudor» / <i>Legal and judicial evolution of maintenance and child support in Panama: a critical exam of a public order right frequently failed by the parent obligor</i>	831
---	-----

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL / RESOLUTIONS OF DIRECTORATE OF NOTARIES AND REGISTRIES

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO	861
--	-----

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Autonomía de la voluntad y el propio cuerpo» / <i>Autonomy and the body itself</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	885
--	-----

1.2. Derecho de familia:

— «Cambio de residencia del extranjero progenitor custodio y la importancia del interés del menor» / <i>Change of residence of foreign parent custodian and the importance of the child's interest</i> , por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	895
---	-----

1.3. Derechos reales:

— «Algunos problemas y cuestiones prácticas planteadas tras las reformas legales sobre protección al deudor hi-	
---	--

potecario: la interpretación y solución de la DGRN» / <i>Some problems and practical issues raised after the legal reform on mortgage debtor protection: the interpretation and settlement of DGRN</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	907
1.4. Sucesiones:	
— «El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes» / <i>The psychological mistreatment like just reason of disinheritance of sons and descendants</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	928
1.5. Obligaciones y Contratos	
— «La cláusula penal y la protección de los consumidores» / <i>The penalty clause and the protection of the consumers</i> , por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT	953
1.7. Concursal:	
— «El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015» / <i>The challenge procedure in mortgage foreclosure on the grounds of the existence of unfair terms and the Judgements of the European Court of Justice of 17 July 2014 and 21 January 2015</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS .	982
2. MERCANTIL	
— «La sociedad extinguida ante el proceso» / <i>Defunct Companies in Legal Proceedings</i> , por Francisco REDONDO TRIGO.....	1005
4. DERECHO BANCARIO	
— «Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor» / <i>Analysis of the frequent legal issues regarding preferred shares based on the judgments of the Spanish Supreme Court</i>	

<i>dated on April 18th 2013 and September 8th 2014, and case law from Provincial Courts, por Héctor Daniel MARÍN NARROS.....</i>	1025
--	------

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	1071
----------------------------------	------

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

«Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación bio- médica con material humano embrionario», de M. Olaya GODOY VAZQUEZ, por M. ^a Isabel DE LA IGLESIA MONJE.....	1079
---	------

ESTUDIOS

El contenido financiero del préstamo y la protección del deudor hipotecario: algunas cuestiones actuales*

*The financial content of the loan
and the mortgagor protection:
some current issues*

por

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

RESUMEN: En el trabajo se intenta dar cuenta del contexto doctrinal y jurisprudencial y de las principales modificaciones del régimen del contrato de préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual introducidos por la Ley 1/2013. Además se examina el régimen de los intereses moratorios de carác-

* El presente trabajo se ha realizado con la financiación del Proyecto de Investigación: "Vivienda, préstamo y ejecución" (G-GI3003IDIP), de la Consejería de Fomento y Vivienda de la Junta de Andalucía, mediante fondos públicos de la Unión Europea y de la Junta de Andalucía. The author would like to thank the ERDF of European Union for financial support via project "Vivienda, préstamo y ejecución (G-GI3003IDIP)" of the "Programa Operativo FEDER de Andalucía 2007-2013". We also thank to Public Works Agency and Regional Ministry of Public Works and Housing of the Regional Government of Andalusia. Asimismo ha participado en la elaboración del Proyecto de Investigación "Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado (VI)" DER 2012-34028 financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. En su redacción no se ha tenido en cuenta el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015).

ter convencional, cuya cuantía resulta limitada por la Ley. Asimismo se atiende a la exposición de algunas de las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil que influyen indirectamente en las condiciones financieras del contrato de préstamo: los criterios acerca de la imputación a los diferentes conceptos de la deuda de las cantidades obtenidas en la ejecución, el vencimiento anticipado de la deuda hipotecaria por incumplimiento y la limitación de la cuantía de las costas de la ejecución cuando recae sobre la vivienda habitual.

Está ausente de la Ley una revisión más profunda de la figura del préstamo de dinero a la luz de problemas tratados por nuestra jurisprudencia y doctrina científica. Algunas de estas cuestiones son: la posible introducción de tasas máximas de interés que debieran considerarse necesariamente usurarias, con lo que se podría acabar con la intolerable diversidad jurisprudencial en su apreciación; el trato que pueda darse a los intereses moratorios, a efectos de su control como usurarios; la subsistencia o no de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario; o el momento en que es exigible al prestatario la restitución del principal como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo usurario.

ABSTRACT: This paper reports on the context of legal thought and case-law and the main amendments Act 1/2013 makes to the rules governing home loan agreements. It also examines the rules on conventional default interest, whose amount is limited by the act. Moreover, it looks at some of the amendments to the Civil Procedure Act that indirectly influence the financial terms of loan agreements, such as the criteria for allocating sums obtained through foreclosure to the different component items of the debt, early maturity of the mortgage debt due to breach of contract and restrictions on the amount of foreclosure costs in the case of homeowner loans.

The act should have more thoroughly revised the concept of monetary loans in the light of problems now being addressed by Spanish case-law and scientific doctrine. Some of these issues are: how interest ceilings might be introduced to identify rates that must necessarily be regarded as usurious (a step that might do away with the intolerable diversity of case-law on what a usurious rate is); how to treat default interest for purposes of controlling potential usurious rates; whether the collateral or personal guarantee securing a loan subsists once the loan has been declared usurious; and when a borrower whose loan has been declared usurious and therefore null may be required to return the principle.

PALABRAS CLAVE: Contenido financiero del préstamo. Intereses moratorios. Vencimiento anticipado. Usura.

KEY WORDS: *Financial terms of loans. Default interest. Early maturity. Usury.*

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN LA LEY 1/2013 Y EN EL CONTEXTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL PRÉSTAMO.—II. LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL. 1. LOS INTERESES MORATORIOS DE CARÁCTER CONVENCIONAL: LIMITACIÓN DE SU CUANTÍA Y PROHIBICIÓN DEL ANATOCISMO Y DE SU CAPITALIZACIÓN. 2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS. 3. EL DESTINO DEL INMUEBLE A VIVIENDA HABITUAL Y EL MODO EN QUE SE PUEDE ACREDITAR.—III. ALGUNAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON INFLUENCIA EN LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO.—1. LA IMPUTACIÓN A LOS DIFERENTES CONCEPTOS DE LA DEUDA DE LAS CANTIDADES OBTENIDAS EN LA EJECUCIÓN. 2. VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR INCUMPLIMIENTO. 3. LA LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS COSTAS DE LA EJECUCIÓN CUANDO RECAE SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL.—IV. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS RELATIVOS A LOS INTERESES NO ABORDADOS POR LA LEY.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN LA LEY 1/2013 Y EN EL CONTEXTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El término general «protección del deudor» nos resulta, a los iusprivatistas, menos usual que el inverso de protección del acreedor; no porque el Derecho desproteja al primero, ahí está para desmentirlo el principio del *favor debitoris*, sino porque estamos acostumbrados a explicar unitariamente la defensa, tutela y protección del crédito, pero en cambio la protección del deudor la exponemos habitualmente de forma dispersa en razón de su dependencia de normas, instituciones y orientaciones muy variadas que solo trabajosamente pueden integrarse en una visión sistemática. En el caso del contrato de préstamo, por ejemplo, para sistematizar la explicación de la protección del deudor, nos encontraríamos con la necesidad de integrar los criterios que proceden del derecho de los consumidores, los que derivan de la propia estructura del tipo contractual, o los que inspiran las normas imperativas relativas al régimen de determinados aspectos del mismo¹; así como, en otro orden de cosas, debemos tener muy en cuenta las normas procesales sobre la ejecución de las eventuales garantías del contrato, o las normas sectoriales de carácter administrativo que regulan la actividad bancaria de concesión del crédito y también influyen en los préstamos a los que se refieren las mismas². Ciertamente, pese a la variedad

de expedientes, el conjunto resultante no resulta suficientemente protector para quien debe devolver las cuotas del contrato de préstamo.

Desde el punto de vista de la protección del deudor que ha concertado un préstamo hipotecario, no se pueden desdeñar las importantes novedades de la Ley 1/2013, pero sí se puede decir que dicha Ley no nos va a sacar de esta dispersión en el modo de abordar la protección del deudor, pues también aborda la materia de modo fragmentario; comenzando por la relativa indeterminación del sujeto al que quiere proteger y, siguiendo por la variedad de cuestiones de régimen jurídico que modifica, dejando a la vez otras muchas sin abordar. Da la impresión de que esta Ley constituye una respuesta coyuntural y algo inconexa a varios problemas específicos planteados por la crisis económica, por las necesidades políticas y de opinión pública, y por el criterio decisorio de algunas sentencias del TJUE y del TS. Las medidas más llamativas de la misma se refieren exclusivamente a la garantía hipotecaria que recae sobre la vivienda habitual, por lo que está ausente una revisión más profunda de la figura del préstamo de dinero en su totalidad, a la luz de los problemas que nuestra propia jurisprudencia, y la doctrina científica, ha venido tratando en los últimos años. Falta, a nuestro juicio, una cierta visión de conjunto acerca de otros problemas de mucho calado que subyacen en toda esta materia: el alejamiento o insuficiencia del régimen jurídico codificado del contrato de préstamo respecto de las necesidades de la práctica jurídica³, las dudas acerca del significado y el ámbito de protección de las normas relativas a la usura, y la determinación más precisa del contenido de las normas de protección de los consumidores en este campo. De algunas de estas cuestiones nos ocuparemos en las páginas que siguen.

Claro está que, en línea de máxima, no se puede concordar con quien quisiera que esta Ley hubiera forzado el abandono del trascendental criterio de que el deudor debe pagar; si la situación de crisis provoca el lamentable efecto de que muchos deudores no puedan satisfacer sus deudas, y si ello les coloca en una situación de exclusión social, las normas civiles y procesales no son las más indicadas para solucionar un problema que, en su raíz, no es primariamente jurídico sino económico y de protección social y cuya solución se debe abordar desde estas perspectivas. Lo único que debe decirse, desde el punto de vista de la técnica jurídica, es que la situación de crisis constituye una oportunidad para reflexionar sobre nuestro sistema normativo sustantivo y procesal y resolver sus eventuales carencias o desaciertos. De momento, la reflexión no ha conducido a una propuesta normativa alternativa y coherente, pero no debiéramos renunciar a ello.

En este sentido nos parece que sería deseable recuperar en su sentido más hondo, y no solo parcialmente, el espíritu de nuestro Código en sus casi olvidadas, y nunca aplicadas, Disposiciones Adicionales. En ellas se establecía un mecanismo de revisión de las normas que, si no es necesario rescatar en su literalidad, sí brinda al menos materia para la reflexión. Recordamos que su

tenor literal dispone que el Presidente del Tribunal Supremo y los de las Audiencias Territoriales elevarán cada año al Ministerio de Gracia y Justicia una Memoria, en la que, se refieran a los negocios de que hayan conocido y señalen las *deficiencias y dudas* que hayan encontrado al aplicar el Código. En ella harán constar detalladamente las *cuestiones y puntos de derecho controvertidos y los artículos u omisiones* del Código que han dado ocasión a las dudas del Tribunal. A la vista de esos datos, de los *progresos realizados en otros países* que sean utilizables en el nuestro y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión de Codificación formulará y elevará al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir.

A la vista de esas ideas, con la recuperación del espíritu de estas disposiciones, que pretende conectar la labor legisladora con la práctica, pasando por el filtro de un órgano técnico especialmente cualificado, se trataría hoy de hacer viable la reforma y la evolución de la legislación, sin rupturas incómodas y poco eficientes a la hora de su penetración en la realidad aplicativa; sino más bien procurando el perfeccionamiento del ordenamiento a partir de la experiencia en su aplicación jurisprudencial y práctica. ¿No se está de acuerdo con que este modo de reforma normativa puede rendir frutos muy destacados, mucho mejor que el que brindan las normas de ruptura, fruto de instancias más políticas que jurídicas, brillantemente nuevas, pero que encuentran resistencias en su aplicación práctica, casi siempre por las incoherencias que introducen en el conjunto del sistema? Pero, lamentablemente, el actual legislador se ha ceñido a contemplar unas pocas cuestiones, importantes eso sí, a la hora de reformar algunos singulares aspectos del régimen del contrato de préstamo, y ha dejado otros asuntos candentes sin abordar, como tendremos ocasión de recordar a lo largo de estas páginas.

En cualquier caso, para el examen de la Ley será importante determinar, a la vista de cada criterio normativo, de qué deudor se está hablando: si, en principio, el título de la Ley se refiere al deudor hipotecario con carácter general; en cambio, el Preámbulo concreta mucho más, al hablar del préstamo garantizado con hipoteca para la adquisición de la vivienda habitual, y al hacer referencia a las especiales circunstancias de crisis económica; pero, finalmente, la Ley termina regulando también la situación de otros deudores diferentes. Por tanto, la determinación del sujeto protegido por la norma debe realizarse caso por caso.

A pesar de que la Ley se considera una norma que responde a una situación excepcional, no regula solamente problemas coyunturales que estén motivados por la mala marcha de la economía. Frente a lo que han realizado otras normas propias de estos tiempos de crisis, la Ley que ahora contemplamos se distingue por introducir reformas en textos generales como la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que de suyo parece manifestar una mayor vocación de permanencia y un menor carácter de excepcionalidad. Se diría que al «*perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores que, a causa de*

*tales circunstancias excepcionales, han visto alterada su situación económica o patrimonial y se han encontrado en una situación merecedora de protección»⁴, el legislador ha sido consciente de que era necesario ir más allá. Una cosa es, por tanto, la *ocassio legis*, que propicia algunas de las medidas que causan más sensación en la opinión pública, como son la suspensión de los lanzamientos de la vivienda habitual de aquellas familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión (cfr. art. 1), o la extinción de la deuda mediante la dación en pago obligatoria del inmueble objeto de la garantía que se establece para proteger a ciertos deudores (art. 8.8); y otra diferente el alcance mucho más general de algunos de sus preceptos, o, incluso, las reflexiones que la Ley en su conjunto suscita sobre el contrato de préstamo de dinero.*

2. LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL PRÉSTAMO

El objeto temático de nuestro estudio, se refiere exclusivamente al contenido financiero del préstamo, que no es el objeto principal de la atención del legislador, aunque este no deja de abordar algunas de sus manifestaciones; quizá aquellas más criticadas en la actualidad.

La terminología «condiciones financieras» o «cláusulas financieras» del préstamo ha adquirido cierta carta de naturaleza en la jurisprudencia y la doctrina civil a partir de la hoy derogada Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁵; y ha tenido también consagración normativa de mayor rango en el poco afortunado artículo 12 LH en su redacción introducida por la Ley 41/2007. Esta terminología se quiere referir, como se ha dicho autorizadamente, a «las estipulaciones de naturaleza obligacional y objeto meramente dinerario que configuran el ‘crédito...’ (en un sentido amplio, comprensivo de principal, intereses y otras posibles obligaciones secundarias)»⁶.

Las normas sobre transparencia del año 1994 se plantearon el importante objetivo de «facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario»⁷; lo cual parece que, a tenor de lo dicho por las conocidas SSTS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) y 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660), no habrían logrado en absoluto. Cabe precisar que el ámbito de aplicación tanto de las normas del año 1994 como el de las actualmente vigentes, no son todos los clientes sino exclusivamente las personas físicas que concierten el préstamo para adquirir una vivienda o para «adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir» (art. 19.1 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre). Cabe augurar para el futuro, en línea con el criterio de las SSTS 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)⁸ y 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660), una atención más abundante de los Tribunales a este tipo de normas de transparencia, pero

también un creciente nivel de exigencia a los prestamistas profesionales, más allá, incluso, de lo preceptuado por las mismas.

En efecto, estas últimas SSTS se han ocupado de establecer una serie de afirmaciones que suponen tanto un ascenso en la consideración que deben merecer estas normas administrativas en la jurisdicción civil, como, paradójicamente, su relativa superación, pues el escrupuloso respeto a su contenido por parte del prestamista no garantiza que se logre una información a los consumidores que pueda estimarse suficiente. Así, por centrarnos en el primer pronunciamiento en el tiempo, la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) ha dicho lo siguiente⁹:

- Que sobre las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, y en este caso están las condiciones o cláusulas financieras del contrato de préstamo, no cabe por lo general el control de abusividad. Se ha zanjado de momento el debate jurisprudencial y doctrinal previo, y la actual STS se alinea con la doctrina que había sostenido la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857)¹⁰.
- Pese a lo cual, se añade que el sistema jurídico vendría a someter estas cláusulas financieras a un doble control de transparencia. El primero sería el exigido por el artículo 7 LCGC para la incorporación al contrato de estas cláusulas de determinación de los intereses¹¹. Resulta importante destacar que, para la STS, «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor». En este sentido, la STS viene a ser una autorizada confirmación de la idea de que las normas de transparencia no tendrían un carácter meramente administrativo, puesto que vendrían «a integrar los conceptos legales sobre los que se articula la protección del consumidor o usuario o del adherente. Buena muestra de ello es la referencia del artículo 7.b LCGC a la normativa específica que discipline en un ámbito determinado la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato»¹²; idea, esta última, casi ausente de nuestra jurisprudencia hasta el momento actual.
- La protección del prestatario no se va a quedar ahí sino que crece a partir de los niveles mínimos representados por la normativa específica. Esto es así porque debemos tomar en consideración que para la STS existe un segundo filtro de transparencia que se referiría específicamente a los contratos con consumidores, y no a cualquier condición general de la contratación y que derivaría del artículo 80.1 TRLCU que dispone que «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los si-

guientes requisitos: a) *Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]*; b) *Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*». Para la STS, «en este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas». Es decir, que el mero cumplimiento de las normas sobre transparencia garantiza la incorporación, pero puede no ser determinante de la validez de la cláusula a los efectos de este segundo examen o filtro. No lo fue, al menos, en el caso enjuiciado¹³. Tenemos, pues, que el control de contenido denegado inicialmente para estas cláusulas referidas al objeto principal del contrato, para la STS termina por producirse mediante este otro filtro de transparencia cualificada.

- Este segundo control tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez datos como los siguientes: la carga económica que supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; y la carga jurídica del mismo, es decir su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo¹⁴.

No podemos detenernos en el comentario de estas importantes SSTS que tantas dudas suscitan. Tampoco sabemos cómo va a ser la evolución jurisprudencial futura en un contexto tan cambiante desde el punto de vista jurídico como es el actual¹⁵, pero cabría al menos decir que las normas administrativas sobre transparencia han comenzado a adquirir en el ámbito civil un papel más destacado que el que hasta ahora han podido desempeñar, si los Tribunales comienzan a realizar sistemáticamente un primer control de incorporación de acuerdo con dichas normas. Pero, por otra parte, habrá que tener en cuenta el carácter de mínimos de dichas prescripciones, que no impiden el control posterior de transparencia reforzada en el caso de la contratación con consumidores¹⁶. Todo ello dibuja un panorama un tanto confuso para los profesionales (entidades financieras), pues simultáneamente se ha tomado en cuenta por la jurisdicción civil un ascenso y una caída de esta categoría de normas. Si lo primero justificaría que dichas entidades siguieran confiando en el escrupuloso respeto de las mismas como modo de asegurar la vigencia de los contratos que estipulen; lo segundo quizás termina por recomendar para los profesionales del crédito una estrategia de simplificación extrema de los clausulados que proponen (e imponen) a sus clientes. Claro está que, por otra parte, existe otra radical

incertidumbre, porque no podemos prever si el cumplimiento de las normas de transparencia contenidas en la Orden EHA/2899/2011 podrá parecer suficiente a la jurisprudencia futura para superar este segundo control de transparencia de las cláusulas¹⁷; lo único seguro es que el cumplimiento de las normas de 1994 no lo fue en el caso examinado por las SSTS, a las que nos venimos refiriendo. Lo decimos porque las normas de transparencia del año 2011 suponen un desarrollo de las precedentes, y, en principio, brindan mayor protección a los clientes.

En cambio, sí podemos afirmar que, tanto el criterio de estas SSTS acerca del control jurisprudencial, que, en su caso, puede llevar a eliminar las cláusulas relativas al objeto principal del contrato que sean declaradas abusivas por falta de transparencia, como la posibilidad brindada actualmente por la LEC de examinar en el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual, probablemente aconsejarían una estrategia a las entidades financieras muy diferente a la que ha sido su práctica anterior y actual. Pensamos en que estas entidades debieran establecer unos estándares de transparencia mucho más rigurosos que los disciplinados en las normas administrativas vigentes, que depuraran sus formularios de préstamos hipotecarios de cláusulas excesivamente protectoras de su propia posición jurídica, ya suficientemente garantizada por la hipoteca y, que, en el fondo simplificaran de una manera radical los contratos que ofrecen a sus clientes; ya que la menor complejidad redundaría casi siempre en una mejor transparencia. Les va en ello a los profesionales del crédito la posibilidad de realizar la garantía real con facilidad y sin que su eventual ejecución les acarreara excesivos sobresaltos.

II. LAS MODIFICACIONES DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO DESTINADO A LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL

1. LOS INTERESES MORATORIOS DE CARÁCTER CONVENCIONAL: LIMITACIÓN DE SU CUANTÍA Y PROHIBICIÓN DEL ANATOCISMO Y DE SU CAPITALIZACIÓN

El legislador ha considerado, y con razón, «especialmente relevante (...) que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero»¹⁸. La solución no se circunscribe subjetivamente a los deudores necesitados de protección por su especial vulnerabilidad o por encontrarse en riesgo de exclusión social, sino que se extiende a todos los deudores, cualquiera que sea su situación económica, siempre que se trate de deudas que procedan de un préstamo encaminado a la adquisición de la vivienda habitual. Naturalmente la situación de incumplimiento que genera la aplicación efectiva y actual de los intereses moratorios, y del criterio legal limitador de su cuantía, sí que puede implicar de hecho, en la mayoría de los

casos, una situación económicamente delicada, que es la que lleva a no atender unos compromisos económicos que devengan intereses remuneratorios más reducidos que los moratorios que ahora comenzarán a producirse. En este mismo caso, es decir en las hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual, la Ley «*prohíbe expresamente la capitalización de estos intereses*» de demora¹⁹. Desde el punto de vista del sujeto activo, la norma no se restringe, a los prestamistas que sean profesionales.

Se trata de dos criterios de carácter imperativo de cuya importancia no cabe dudar, pero que, al igual que se extienden a todos los deudores de préstamo hipotecario concertado para adquirir la vivienda habitual, con independencia de la situación económica personal o familiar del deudor, tampoco se encuentran estrictamente relacionados con la situación de crisis económica, pues muy bien pueden subsistir en épocas de bonanza. En este sentido, probablemente se trate de una de las medidas legales de mayor alcance en el ámbito de nuestro tema²⁰.

En cuanto a la prevención contra el anatocismo, se puede encontrar ya un aparente criterio similar en nuestro artículo 317 CCom, si bien en él se muestra el legislador con un criterio meramente dispositivo que ha propiciado la habitual existencia en el contrato de un pacto de anatocismo²¹, mientras que para el artículo 1109 CC es la reclamación judicial de los intereses la que hace que estos devenguen el interés legal. Por tanto, estas normas han permitido una práctica habitual de exigencia del anatocismo, muchas veces derivado del pacto, o de la imposición en su caso mediante las cláusulas no negociadas, unido a unos altos intereses de demora, lo que ha confirmado que las normas miraran con desconfianza esta figura²². Hoy, en cambio, el nuevo artículo 114.3 LH queda redactado con una formulación netamente imperativa en lo que se refiere a la cuantía de los intereses moratorios, y así se excluye expresamente tanto el anatocismo como la capitalización de los intereses vencidos. Este es el tenor literal del nuevo artículo 114.3 LH:

«Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La norma merece ser destacada tanto en cuanto a la tasa de interés moratorio que se permite como máximo, como en relación con el hecho de que no pueda devengarse el interés de demora sobre los intereses ya vencidos, sino exclusivamente sobre el principal. La razón de estas medidas, y especialmente de la segunda, pretendería conjurar, en realidad sin conseguirlo, un peligro bastante común en el anatocismo; en definitiva a «evitar sorpresas a deudores ignorantes

del ritmo de crecimiento de la deuda, para que no acaben siendo ‘víctimas’ de un contrato al que pueden quedar vinculados sin posibilidad cierta de liberación»²³.

El hecho de que se introduzca un único supuesto excepcional en el que los intereses pueden ser capitalizados, significa, a nuestro juicio, zanjar la eventual duda que pudiera plantearse sobre si a la cantidad correspondiente a los intereses de demora por la que se haya despachado la ejecución, pueden aplicarse los intereses de la mora procesal establecidos en el artículo 576 LEC²⁴; estos últimos solamente se podrán aplicar a las cantidades que queden pendientes por otros conceptos. Entendemos que, para hacer posible esta limitación, el artículo 654.3 LEC que se inserta dentro del procedimiento de apremio, dispone que:

«el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas».

Se debe tener presente que, desde el punto de vista sistemático, la nueva norma incluida en el artículo 114.3 LH queda un tanto desubicada, pues tratándose de una limitación del interés que es aplicable subjetivamente, sin duda y principalmente, al propio deudor hipotecario, queda integrada en un precepto que, en sus restantes párrafos, tiene por objeto limitar la cobertura hipotecaria del interés solamente en presencia de terceros, y no respecto del hipotecante²⁵.

No va a ser objeto de exposición el sistema de límites a los intereses moratorios diseñado para la protección de la vivienda habitual de los deudores hipotecarios sin recursos, por tratarse de una norma de un alcance meramente coyuntural. Sin duda se trata de una disposición importante, probablemente mejor orientada y más eficaz para los efectos pretendidos que la del artículo 114.3 LH, pero con escaso valor permanente²⁶.

2. LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LIMITACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS

La norma que limita los intereses moratorios resulta destacable por su carácter inequívocamente retroactivo o de efecto inmediato. Decidir qué es dogmáticamente lo más correcto depende de si entendemos la eficacia temporal de las normas bajo la visión doctrinal del «hecho jurídico cumplido» o desde una perspectiva teórica distinta, desde la idea del efecto inmediato de las mismas²⁷.

En cualquier caso, sea cual sea la explicación doctrinal o técnica de la cuestión, la tasa de los intereses moratorios establecida por la Ley, si bien no alcanza a los intereses vencidos y pagados, sí supone una limitación efectiva de cualesquiera otros. En este aspecto el legislador no duda de la importancia de la tasa del interés para los deudores, entre los que estarán algunos con especial vulnerabilidad, e interviene con firmeza. Cabe destacar, también, que no resulta

frecuente que el legislador haga un uso tan intenso de la retroactividad, lo cual revela una opción legislativa por la evolución del ordenamiento en detrimento de la seguridad jurídica²⁸, que puede estar más que justificado. Así, a tenor de la DT 2.^a:

«La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

Se puede observar cómo, a partir de una declaración inicial de irretroactividad, se toma una medida de aplicación retroactiva si no de grado máximo, sí bastante intensa, pues el nuevo criterio legal se termina por aplicar a las siguientes tres situaciones:

- los intereses devengados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley;
- los intereses devengados antes de la entrada en vigor de la Ley y que no hubieran sido satisfechos;
- los intereses ya reclamados judicialmente en procedimientos no concluidos a la entrada en vigor de la Ley.

Ahora bien, el artículo 114.3 LH no se refiere expresamente a la solución que procede si se pactara un interés de demora superior al tasado legalmente, es decir, no establece ninguna sanción para el caso de contravención, pero las previsiones de la DT 2.^a apuntan con toda claridad a una sustitución imperativa de la cláusula, que quedará limitada al interés tasado por la Ley. La aplicación de esta DT 2.^a, combinada con los problemas relativos al carácter abusivo de las cláusulas de intereses y las de vencimiento anticipado, están ya originando problemas prácticos de aplicación, de modo que incluso ha motivado la interposición de varias cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Citaremos dos casos: el Auto de 16 de agosto de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Marchena (Sevilla) y el Auto de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número dos de Santander²⁹.

En el primer auto, la pregunta planteada al TJUE parece tener un fundamento jurídico aparentemente irreprochable. La duda que se eleva al TJUE es esta: si la referida DT 2.^a supone una limitación «a la protección del interés del consumidor, al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación del consumidor a la misma», en definitiva si «contraviene la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular el artículo 6.1 de la mencionada directiva»³⁰.

Previamente el mismo Juzgado había estimado con relación al contrato que originó la ejecución hipotecaria que un interés de demora del 19% anual «en relación a cuotas vencidas e impagadas constante el contrato no resulta, *prima facie*, desproporcionado al incumplimiento de las obligaciones del consumidor». Pero, en cambio, la imposición esos mismos «intereses moratorios al total de la cantidad prestada que quede por amortizar una vez usada la facultad de vencer anticipadamente el préstamo», penalizaría «al consumidor de una forma totalmente desproporcionada e injustificada». Estaríamos, pues, a juicio de este órgano judicial, ante una cláusula recogida en el artículo 85.6 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, que establece que son abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones».

Ahora bien, a nuestro juicio habría que tener en cuenta que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, los intereses moratorios convencionales han quedado sustituidos por los derivados de la nueva tasa legal que los sustituiría imperativamente, aunque ello no impida un control judicial posterior acerca del posible carácter abusivo de la cláusula, como resulta de la STJUE 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134)³¹. Por otra parte, también sería necesario considerar que el nuevo sistema legal sobre exigibilidad de los intereses de demora tiene un carácter más protector del deudor que el precedente; entenderíamos entonces que no se puede estimar que la reforma legal introduce la moderación judicial de una cláusula, sino que se trata de un cambio de sistema legal sobre los intereses moratorios, que afecta a su función disuasoria del incumplimiento e impulsora del cumplimiento. Por lo tanto el carácter abusivo de la cláusula debería enjuiciarse con relación a esa nueva tasa imperativamente establecida y a ese nuevo sistema legal sobre los intereses moratorios. Entonces la pregunta correcta sería si, vencido anticipadamente el préstamo por razón del incumplimiento del deudor, sería abusivo cobrar hoy una tasa del 10,50% como interés moratorio respecto del total de la cantidad adeudada. ¿Se apreciaría desproporción en la posición contractual del consumidor (integrado el contrato con el derecho imperativo), con relación a la que resulta de aplicar el remedio legal para el incumplimiento

(tasa de interés legal)? En realidad, si los términos de la comparación debieran ser estos, como entendemos que procede, faltaría argumentación suficiente acerca de las razones que justifican una eventual declaración de la cláusula como abusiva, incluso sin tener en cuenta normas como la del artículo 579.2 LEC y otras a las que nos referiremos luego.

El Auto de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número dos de Santander parte del mismo enfoque expresado en la anterior cuestión prejudicial. En el caso, una vez en vigor la Ley 1/2013, el Juez había declarado abusiva una cláusula de interés moratorio del 20%. Más tarde el juez se plantea que la DT 2.^a le obliga a recalcular los intereses, «pero no señala con claridad (aunque a todas luces piensa en ello) que la consecuencia sea que el interés moratorio permanezca en ese tope de tres veces el interés legal»; ya que existirían otras dos alternativas: que se rebaje hasta al interés legal por aplicación del artículo 1108 CC³², o que no exista pena contractual y el tipo sea 0%³³. Al decir del Auto, en la práctica jurisprudencial «los partidarios de la primera y segunda alternativa postulan que no están integrando una pena contractual que saben nula sino dando aplicación supletoria a una norma legal. El TJUE ha dejado claro que no cabe integración (STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10 y 30 de mayo de 2013, C-488/11) de la cláusula sobre intereses moratorios abusiva pero falta por clarificar si cabe que el interés moratorio *sobreviva* merced a la aplicación supletoria de una norma nacional. Esta es la sustancia de la cuestión que aquí se suscita». Queda, pues, mucho más claro en este auto que se debería cuestionar la coherencia con el Derecho europeo no solamente de la aplicación de la rebaja del interés moratorio como simple criterio de derecho transitorio, sino la aplicación de esta rebaja a todos los casos en que deba ser de aplicación la protección de los consumidores. Se estaba cuestionando, en definitiva, que el legislador nacional pueda establecer en estos casos una tasa máxima imperativa de intereses moratorios a la que se deban reconducir todos los pactos que la superen, lo cual la STJUE de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134) sí ha considerado admisible.

Al decir del mismo Auto, frente al criterio legal se plantea si «es compatible con el efecto disuasorio que el TJUE consideró en sus sentencias de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*, C-618/10, apartado 69, y 30 de mayo de 2013, C-488/11, apartado 58. La nulidad tiene un componente sancionatorio que no debe ser desdenado y que no es justo que el profesional infractor que predispone un pacto abusivo de intereses moratorios pueda obtener el interés legal por aplicación del artículo 1108 del CC, lo que supondría equiparar el infractor con el que no pactó ningún interés moratorio». La duda, por tanto, no nos parecería bien fundada si se restringe a la contemplación de las situaciones reguladas por la DT 2.^a, ya que precisamente en ellas no cabe hablar del efecto disuasorio de la nulidad, cuando se trata de un simple problema de derecho transitorio; relativo,

por tanto, a contratos que ya no pueden hoy concertarse y, por tanto, en cuyo consentimiento la nueva Ley no puede influir de ningún modo.

Los términos literales de la cuestión planteada al TJUE son los siguientes: «Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la DT 2.^a de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme la DT 2.^a de la Ley 1/13».

A nuestro juicio en esta materia existen algunas dificultades argumentales, que es necesario poner de manifiesto, para entender bien el sentido de la recientísima STJUE de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134), que resuelve una cuestión prejudicial sobre esta materia.

Por una parte, la primera de ella sería la representada por la siguiente afirmación: que si los intereses de demora fijados en el contrato son desproporcionadamente elevados, no debe entenderse que el artículo 114.3 LH impone su rebaja «pues ello supondría una vulneración de la Directiva 93/13/CEE, de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, y de la doctrina sentada en la STJCE de 14 de junio de 2012. Efectivamente, si el juez que declara abusiva la cláusula de intereses de demora, por ser desproporcionadamente elevados, no puede moderar ni reducir la cuantía de los intereses, es evidente que tampoco podrá el legislador, mediante una ley, imponer una reducción o moderación de esos intereses»³⁴. Este último juicio, base de la totalidad del argumento, nos resulta un poco aventurado, porque da por resuelta la duda de la que se parte, pero sin explicar las razones o criterios jurídicos que lo sustentan. En efecto, de la imposibilidad derivada del Derecho europeo de que el Juez modere una cláusula abusiva no puede deducirse que el legislador nacional no pueda tasar el importe máximo de los intereses moratorios. Desde luego, esta idea no se deriva directamente de la STJCE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), que se refiere exclusivamente a las facultades moderadoras del Juez; puede ser que un nuevo pronunciamiento de este Tribunal decida en un sentido o en otro, pero no es cierto que este resultado se encuentre implícito en su anterior pronunciamiento. En nuestra opinión, la acción de un legislador que considere conveniente determinar una tasa máxima de interés moratorio y reconduzca a ella los pactos que la superen, no supone ejercitar una facultad moderadora ya que esta, por definición, supone la atención a las circunstancias singulares de cada

caso por parte del Juez. En la decisión del legislador, en cambio, hay razones de política general que, a diferencia de la valoración judicial casuística, benefician a todos los destinatarios de la norma puesto que conlleva introducir reglas claras predeterminadas acerca de los límites a la autonomía privada y sobre las consecuencias de la infracción de las normas. Pensamos que no hay obstáculo en el Derecho de la Unión para que el legislador actúe en el sentido en que lo ha hecho. Otra cosa será el acierto, mayor o menor, de su desenvolvimiento técnico; tema en el que nuestro legislador no sale bien parado.

En segundo lugar, nos parece que se tiende a ignorar que el efecto legal inmediato sobre la cláusula contractual de intereses moratorios excesivos que la DT 2.^a permite atribuir al artículo 114.3 LH se enmarca también dentro de un cambio de las reglas del juego de estos intereses que hace más improbable su posible aplicación y menos gravosa para el deudor su misma exigencia. El punto de partida debe ser que a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 el marco regulador de los intereses moratorios no es idéntico al previo a la Ley. Entendemos, por tanto, que la posible abusividad de una cláusula de intereses moratorios no se puede fundar, tras la entrada en vigor de la Ley, exclusivamente en su cuantía porcentual, sino que ha de mirar a otros importantes factores, como son el nuevo ámbito de aplicación que cabe atribuir al interés moratorio en el reformado sistema legal³⁵. En concreto, en nuestra opinión, habría que tener en cuenta normas como las siguientes: el artículo 670.1 LEC acerca del valor mínimo de adjudicación del bien en la subasta, porque ello va a condicionar decisivamente la cuantía de deuda que reste pendiente a cargo del deudor, y, por tanto, la base sobre la que se va a calcular el interés moratorio. Asimismo, y por idéntica razón, el artículo 671 LEC sobre el valor de la adjudicación cuando el bien se adjudique al acreedor por falta de postores. Y algo parecido habría que afirmar acerca del artículo 579.2 LEC, que se refiere a la cantidad de deuda que reste impagada tras la ejecución hipotecaria, porque su previsión minora legalmente tanto su importe total, como los intereses aplicables a la misma si se satisface en determinados plazos. Se trata de nuevos criterios normativos que afectan directamente al equilibrio entre los contratantes, con un sentido protector del deudor, y que no vemos cómo podrían ignorarse tras la reforma en el trance de examinar una eventual declaración de abusividad que precisamente se debe basar en el desequilibrio entre las partes que provoca la cláusula de interés moratorio. Sin tener presente los efectos de estas normas, claramente limitadoras de la posible aplicación, alcance y efectividad de los intereses moratorios, no nos parece que debiera apreciarse el carácter abusivo a partir simplemente de un determinado porcentaje de interés moratorio convencional. El problema del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo puede existir si radica en otras razones adicionales que habría que demostrar.

En tercer lugar, cabe referirse a que el sistema legal, pese a su imperfección, en ningún caso parece estar pensando en que los intereses moratorios excesivos

deban ser moderados por el juez. Todo indica que se trata de una sustitución imperativa de su cuantía por obra de la Ley, que simplemente obliga a un nuevo cálculo, pero no a una moderación judicial. Por lo tanto, en nuestra opinión el contrato cuyos intereses moratorios convencionales fueran superiores a tres veces el interés legal del dinero no se encuentra vigente en los términos inicialmente pactados, porque la cuantía de los intereses moratorios ha sido sustituida imperativamente por la disposición de la DT 2.^a.

Para iluminar la debatida cuestión de los criterios que deben apreciarse para declarar la abusividad de las concretas cláusulas contractuales de intereses moratorios, unidas habitualmente a cláusulas de vencimiento anticipado, lo que las hace mucho más gravosas, debe tenerse en cuenta el pronunciamiento de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*). En esta STJUE se contemplan con más detalle las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración, su posible abusividad y, finalmente, sus consecuencias, a la luz del criterio de la Directiva acerca del carácter abusivo de las cláusulas que imponen «al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta».

En cuanto a la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo, para la STJUE, el Juez nacional debería enjuiciar su carácter abusivo o no ponderando si el consumidor ha «incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo»³⁶. Este último inciso claramente parece estar pensando en los mecanismos de rehabilitación del préstamo que permiten, en efecto, evitar los efectos del vencimiento anticipado, logrando la amortización del préstamo en los plazos y con los intereses remuneratorios inicialmente pactados (es decir, el sistema regulado por el artículo 693.3 LEC). Eventualmente, claro está, podrían estar en este caso las cláusulas contractuales que también se refieran a la rehabilitación.

En cuanto a la cláusula de intereses de demora, dice la STJUE que será el Juez quien «deberá comprobar en particular, (...) por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos»³⁷.

Naturalmente en la aplicación de estas ideas a nuestro problema cabe diversidad de valoraciones, porque además de la ponderación de las cláusulas contractuales, resulta obligado el examen completo de las normas acerca del vencimiento anticipado³⁸, de las normas que en la ejecución hipotecaria disciplinan el valor de adjudicación, y también del régimen jurídico que, tras la ejecución, debe seguir la parte de deuda insatisfecha. En cuanto a esto último, el artículo 579.2 LEC precisamente viene a contrapesar el eventual crecimiento de la deuda fruto de los intereses de demora, con una minoración sustancial del principal y de los mismos intereses, en los casos en que se produzca el pago en cinco o diez años de la cantidad pendiente de satisfacción tras la ejecución. A la luz de todo ello, entendemos que una consideración meramente cuantitativa del porcentaje pactado como interés de demora no es significativa acerca de su carácter abusivo, porque a causa de la regulación legal actual el interés de demora pactado no va a ser aplicable de modo generalizado; de modo que el juicio sobre el desequilibrio que introduce en el contrato debe referirse a cada caso. En efecto, la combinación de las normas sobre el valor mínimo de adjudicación, y del precepto acabado de indicar, permite afirmar que el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, incluso una vez ejecutado el inmueble, puede realizarse a un coste no cuantificado necesariamente por la tasa de los intereses moratorios.

Por otra parte, tras la intervención imperativa del legislador, los intereses moratorios han quedado reducidos en su cuantía a un límite máximo (art. 114.3 LH en relación con la DT 2.^a), por lo que resulta difícilmente comprensible la tesis de que el tipo de interés moratorio vigente en la actualidad no rija para los préstamos hipotecarios concertados previamente a la entrada en vigor de la Ley, que se sancionaría con un tipo de interés menor (simplemente el legal) o sin intereses de demora. Otra cosa es que la norma del artículo 114.3 LH también se considere criticable, como muy probablemente lo deba ser, para todos los supuestos de préstamos en los que exista garantía hipotecaria. Pero ello depende, repetimos, de un examen completo de la vigente normativa española y no solamente de alguno de sus elementos. Es decir, que o criticamos derechosamente el artículo 114.3 LH en su completa aplicación, dentro del actual contexto normativo o lo aceptamos también en toda su amplitud, pero criticarlo tan solo para una de sus hipótesis de aplicación (la derivada de su aplicación como derecho transitorio) resultaría incorrecto, según nuestro juicio.

3. EL DESTINO DEL INMUEBLE A VIVIENDA HABITUAL Y EL MODO EN QUE SE PUEDE ACREDITAR

El hecho de que el destino del inmueble adquirido modifique el régimen financiero del préstamo en los términos que acabamos de examinar puede pro-

vocar que el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual se restrinja y encarezca en comparación con el préstamo hipotecario normal. Tendremos, pues, que la intervención legal imperativa formalmente protectora del deudor (comprador de vivienda) introduce un incentivo, tanto para él mismo como para el vendedor de la vivienda, que favorece el intento de evitar el sobrecoste financiero que la operación conlleva. Incluso las entidades financieras podrían estar interesadas en no conceder préstamo para la adquisición de vivienda, por su carácter más inseguro o por el temor de intervenciones legales futuras. Todo ello podría propiciar operaciones poco claras, desde el punto de vista de sus efectos.

Por ejemplo: si estas modificaciones normativas propician un coste más barato para el préstamo no destinado a la adquisición de vivienda, puede declararse, falsamente, que la vivienda adquirida no se empleará en la residencia habitual. ¿Se aplicarán las normas protectoras al comprador del inmueble que no declaró el uso como vivienda habitual en la escritura? Porque el reformado artículo 21.3 LH establece la obligación de declarar el uso pretendido, pero no señala las consecuencias de una declaración falsa o incorrecta:

«En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución».

¿Qué sucederá en el caso, contrario al contemplado, de que la vivienda se destine a vivienda habitual después de haberse declarado que no se dedicará a ese uso? ¿Cómo se acredita esto en el procedimiento de ejecución? Asimismo se introduce cierta dificultad procesal en el caso del cambio de uso de la vivienda: ¿cómo debe acreditar el prestamista que el inmueble ha dejado de ser vivienda habitual? El procedimiento ejecutivo, al que parece aludir la norma, parece poco indicado para resolver estas cuestiones³⁹.

III. ALGUNAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CON INFLUENCIA EN LAS CONDICIONES FINANCIERAS DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Nos parece del máximo interés a los efectos de interpretar las modificaciones procesales introducidas por la Ley 1/2013, la siguiente afirmación sobre el significado de la reforma: *«El Capítulo III recoge diferentes modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de garantizar que la ejecución hipotecaria se realiza de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario*

*sean protegidos de manera adecuada y, en su conjunto, se agilice y flexibilice el procedimiento de ejecución*⁴⁰. Esto significa que, pese a que las nuevas normas procesales tengan a veces un sentido general, aplicable a todo supuesto de ejecución, para el legislador su utilidad principal debe buscarse dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria.

1. LA IMPUTACIÓN A LOS DIFERENTES CONCEPTOS DE LA DEUDA DE LAS CANTIDADES OBTENIDAS EN LA EJECUCIÓN

Es suficientemente conocido que si una «deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses» (art. 1173 CC). La razón de ser de la norma es evitar que por la sola voluntad del deudor, o por decisión del Tribunal, quede transformada una deuda que produce intereses en una deuda simple, en perjuicio del acreedor; lo cual sucede cuando no se ha pactado el anatocismo⁴¹. Igualmente también es sabido que, en el caso de pago no voluntario sino forzoso (procedimiento de ejecución) el deudor no puede determinar a qué parte de la deuda se imputa el pago, sino que procede la aplicación de las normas legales, como es esta del artículo 1173 CC⁴².

Hoy en día, según explica el Preámbulo:

«En caso de que el resultado de la ejecución fuera insuficiente para cubrir toda la deuda garantizada, dicho resultado se aplicará en último lugar a los intereses de demora, de tal forma que se permita en la mayor medida posible que el principal deje de devengar interés».

Pese a que la medida que se introduce se explica en el contexto de la protección del deudor de un préstamo hipotecario empleado en la adquisición de su vivienda habitual, técnicamente se articula a través de una modificación de la LEC que tiene carácter general porque no se circumscribe a deudores sin recursos ni siquiera a las deudas procedentes de un préstamo obtenido para la adquisición de vivienda. Nos referimos al nuevo artículo 654.3 LEC que dispone:

«En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas».

Es obvio, leyendo la presente norma desde el Preámbulo de la Ley, que el orden de imputación establecido está mirando al empeño de limitar el importe

de los intereses moratorios en los préstamos para adquirir vivienda: facilitando la liberación del capital antes que los intereses moratorios se está recortando el juego de estos últimos, porque por disposición del artículo 114.3 LH (introducido por la propia ley) no pueden devengar intereses, ni siquiera de mora procesal⁴³. Por tanto, pese al retraso en el pago de los intereses, la deuda dejará de crecer en cuanto a ellos, y, en definitiva, crecerá más lentamente en su conjunto.

Pero la medida, según su ubicación sistemática en la LEC dentro de las normas generales sobre ejecución dineraria, adquiere formalmente un alcance general que no se limita las ejecuciones sobre inmuebles hipotecados para garantizar el préstamo empleado en su adquisición, sino que se refiere a cualquier ejecución sobre un bien perteneciente al deudor. Se trata, pues, de un criterio ni de suyo excepcional, ni circunscrito a la vivienda. En la práctica, no obstante, la imputación establecida solamente tendrá trascendencia en aquellos casos en que el régimen de intereses aplicable a cada uno de los conceptos (intereses remuneratorios, intereses moratorios, principal y costas) sea diferente. Por ejemplo, cuando no se haya pactado en la obligación que basa la ejecución que los intereses moratorios generen a su vez intereses; pero, en la práctica, ese pacto existirá casi siempre, ya que no resulta excluido por ninguna norma, salvo en el caso del nuevo artículo 114.3 LH.

2. VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA DEUDA HIPOTECARIA POR INCUMPLIMIENTO

No podemos entrar, por razones de espacio, en todos los detalles acerca de esta importante cuestión, en la que son tan posibles los abusos si el vencimiento anticipado se produce como consecuencia de incumplimientos nimios⁴⁴. Ciertamente, como estamos ante una cláusula de naturaleza penal, su aplicación puede en ocasiones representar un abuso de derecho o una práctica injusta: en la doctrina se cita en este sentido precisamente el caso de la vivienda familiar, único inmueble del deudor, que incumple la restitución de las cuotas del préstamo en unas circunstancias de crisis económica⁴⁵. El ordenamiento, para paliar estos posibles problemas, establece una serie de medidas, reforzadas en la reforma que estamos analizando⁴⁶. Es necesario destacar que, técnicamente, las medidas no se circunscriben al contrato de préstamo garantizado con hipoteca, ni mucho menos al préstamo cuyo importe se emplee en la adquisición de la vivienda. Nada de ello se encuentra en el artículo 693 LEC: solamente se alude en él al crédito cuyo pago deba hacerse en plazos, mensuales o no, y que se encuentre garantizado con hipoteca. Otra cosa es que, si el bien hipotecado es la vivienda habitual, el deudor puede, sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades previstas en la norma. Por otra parte, como es lógico, el criterio general establecido en el precepto puede tener aplicación frecuente al préstamo cuyo importe se emplee en la adquisición de la vivienda.

El nuevo artículo 693.2 LEC, para paliar las consecuencias más graves de un uso indebido de la autonomía de la voluntad, que lleve a pactos en que incumplimientos poco importantes desencadenen consecuencias graves para el deudor, prevé ahora que solamente «podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago».

Por tanto, se ha pasado de una redacción en que la falta de pago de cualquiera de los plazos podía dar lugar al vencimiento anticipado, a este criterio más restrictivo que exige al menos el impago de tres mensualidades⁴⁷. La ubicación sistemática de norma, dentro de un capítulo destinado a regular las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, permite afirmar que se aplica por igual a los bienes hipotecados y pignorados en garantía de cualquier tipo de deuda: no atañe en exclusiva al vencimiento anticipado en caso de préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda habitual. No obstante, el alcance real de esta restricción cabe pensar que es bastante escaso, pues era raro en la práctica que con un solo impago pretendiera el acreedor el vencimiento anticipado de todo el crédito temporalmente diferido⁴⁸.

Habría que analizar el sistema legal vigente acerca del vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo a la luz de los criterios que, según la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*), debe utilizar el Juez nacional para enjuiciar su carácter abusivo o no. Básicamente nos debemos ocupar de analizar si la regulación garantiza: a) que la cláusula se aplica al consumidor que haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual; es decir que la facultad de vencimiento anticipado está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; b) que dicha facultad no constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y c) que el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

En lo que se refiere al primer punto, nuestra jurisprudencia viene sosteniendo con base en el artículo 1255 CC «la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa —verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo—» (STS de 16 de diciembre de 2009, *RJ* 2010, 702⁴⁹; anteriormente, STS de 12 de diciembre de 2008, *RJ* 2009, 152). Naturalmente resultaba muy discutible que el incumplimiento de un solo plazo permitiera entenderlo suficiente para la resolución o vencimiento anticipado⁵⁰, pero en la actualidad este requisito se ha endurecido legalmente, como acabamos de ver; si bien cabe pensar que sería mucho más adecuado cuantificar el incumplimiento

con relación a un porcentaje de la totalidad de lo adeudado, que hacerlo con relación a un determinado número de plazos. En cuanto a lo segundo: el pacto de vencimiento anticipado no es más que un modo de concretar la facultad resolutoria del artículo 1124 CC eliminando las posibles incertidumbres en la apreciación y valoración del incumplimiento necesario para resolver. Y en cuanto a lo tercero, hay que destacar que el artículo 693.3 LEC dispone que el deudor, aun sin el consentimiento del acreedor, puede liberar la vivienda habitual mediante la consignación de la cantidad que, por principal e intereses, estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y que resulten impagados. Esta facultad existe hasta el día señalado para la celebración de la subasta⁵¹.

No obstante, no es fácil afirmar que las reseñadas previsiones legales vigentes sean suficientes para evitar el abuso. Compartimos la opinión de que lo más conveniente para garantizarlo sería que las entidades de préstamo se plantearan «la conveniencia de incluir una cláusula en la que se permita al deudor, en todo caso, y cuantas veces sea necesario, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida a la fecha de la presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Es decir, se trata de generalizar la previsión contenida en el artículo 693.3 LEC, pero incorporada al propio clausulado de la escritura de hipoteca para equilibrar los derechos y obligaciones de las partes, y especificar que no hace falta que medien tres años entre la fecha de la última liberación y la de la requerimiento de pago que efectúe el acreedor. Con ello se consigue “equilibrar” los derechos y obligaciones de las partes»⁵². En efecto, de esta manera sin un detrimiento apreciable para el acreedor, es más facilitando el cumplimiento del contrato tal como fue diseñado; pero evitando además las posibles alegaciones de abuso por el deudor o incluso la apreciación de oficio por el Juez⁵³, queda suficientemente protegida la posición del deudor frente a una cláusula tan enérgica como la del vencimiento anticipado.

3. LA LIMITACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS COSTAS DE LA EJECUCIÓN CUANDO RECAE SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

El artículo 575, 1 *bis* LEC queda redactado hoy del siguiente modo: «En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva». En sí misma la limitación no plantea demasiadas dificultades, en los casos generales de ejecución dineraria. En el supuesto del

préstamo hipotecario, en cambio, la limitación puede contrastar con la disciplina contractual que estableciera una cobertura hipotecaria de las costas más amplia que la ahora establecida legalmente. Hay que suponer, porque el legislador nada dice, que la norma precedente establecería una limitación imperativa a la autonomía de la voluntad, y que en consecuencia su aplicación debe implicar la ineffectuación del pacto en contrario.

Por otra parte la disposición debe aplicarse a los procedimientos en curso, aunque el Derecho transitorio aplicable claramente no está pensado para nuestro problema. El intérprete habría de optar por la aplicación de la DT 1.^a o por la DT 4.^a. La primera establece que la Ley «será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento». Mientras que la DT 4.^a.1, señala que «Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la presente Ley serán de aplicación a los procesos de ejecución iniciados a su entrada en vigor, únicamente respecto a aquellas actuaciones ejecutivas pendientes de realizar». En realidad, literalmente nuestro problema no estaría contemplado en ninguna de estas normas, por lo que entendemos que habría que aplicar la solución que, en cada proceso permita una más amplia aplicación del criterio limitativo de las costas, guiados por el criterio interpretativo del *favor debitoris*, que es el que preside la Ley 1/2013 en su conjunto.

IV. ALGUNOS ASPECTOS PROBLEMÁTICOS RELATIVOS A LOS INTERESES NO ABORDADOS POR LA LEY

Técnicamente el artículo 114.3 LH no es una norma sobre protección a los consumidores, pues para ser aplicada no exige la profesionalidad del prestamista. Cabría pensar que se trataría más bien de un precepto que se mueve en el ámbito de la represión de la usura, aunque tampoco esto es enteramente exacto ya que su aplicación no es generalizada, sino que se encuentra restringida a la financiación de la adquisición de la vivienda habitual. Probablemente este estrecho margen del campo de juego del criterio normativo termine superándose en la aplicación jurisprudencial del precepto.

En cualquier caso, una vez que se ha abandonado parcialmente el criterio legal de no intervención imperativa en la determinación de la tasa de interés, queda la duda de si hubiera sido el momento de una revisión legislativa de mayor calado en toda esta materia: desde la clarificación de los criterios del Código Civil y Código de Comercio, hasta la modernización de la legislación represora de la usura, pasando por una revisión de las normas de protección a los consumidores aplicables a los contratos de préstamo de dinero. Varias cuestiones actualmente controvertidas en la práctica pudieran

haber sido objeto de consideración en lo que se refiere, por ejemplo, a las normas sobre usura.

En primer lugar, se podría haber pensado introducir una tasa máxima de interés por encima de la cual el contrato debiera considerarse necesariamente usurario. Ciertamente, para rechazar esta posibilidad se pudiera alegar la flexibilidad que introduce la Ley de 23 de julio de 1908, que deja un amplio margen a la apreciación judicial para adaptarse a las circunstancias económicas cambiantes⁵⁴. Pero, no se trataría de perder esa flexibilidad, sino de otorgar al Juez mejores parámetros de juicio, y que, a su vez esos parámetros sean flexibles⁵⁵. En este sentido, la introducción de unos índices máximos por encima de los cuales existiría siempre usura no impide la flexibilidad judicial en la apreciación de la misma en los casos que los respeten, pero sigan estableciendo intereses desproporcionados en relación a las circunstancias del caso⁵⁶. Y, por otra parte, la existencia de índices que reflejan el cambio de la coyuntura económica permitiría referenciar respecto de ellos una tasa que, por definición, es flexible porque se adapta a las condiciones económicas de cada momento⁵⁷.

Es conocido que la jurisprudencia, en la aplicación de la norma represora de la usura, es muy variable en la apreciación de la cuantía que permite calificar un concreto interés como usurario⁵⁸, a veces sin una justificación suficiente que permita cierta previsión sobre eventuales decisiones futuras. ¿La introducción de una tasa imperativa a los intereses moratorios no propicia reflexionar sobre la conveniencia de una tasa que afectara a los de carácter remuneratorio? Al menos es lícito preguntárselo; ciertamente se alega a veces que la introducción de una tasa retraería la concesión de préstamos a colectivos menos favorecidos⁵⁹. Pero esta explicación aparentemente protectora no resulta plenamente convincente, cuando estamos comprobando que la existencia de préstamos a deudores con escasa solvencia termina repercutiendo negativamente en el estado general de la economía y, de ese modo, perjudica ciertamente a esos colectivos, y también a los demás.

Por otra parte, la existencia de una tasa en los intereses moratorios hace más difícil, hoy, que determinados intereses retributivos puedan salvar su consideración como usurarios: ¿podría, razonable y justificadamente, considerarse no usurarios unos intereses retributivos más altos que los permitidos como moratorios?⁶⁰ Estaríamos, sin duda, ante un efecto limitador provocado indirectamente por la Ley, pese a que es casi seguro que no fue directamente pretendido.

Un ejemplo de la intolerable diversidad en el criterio jurisprudencial y, quien sabe, si una prueba de la influencia de la actual sensibilización social y mediática por estos problemas, puede verse en dos casos recientes. Nos importa menos que las sumas obtenidas mediante los préstamos hipotecarios de esos casos no se emplearan en la adquisición de la vivienda, porque solamente nos interesa poner de manifiesto la discrepancia interpretativa en la aplicación de la Ley represora de la usura.

La STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857) se refiere a un caso en que los intereses ordinarios se pactaron a un interés nominal anual del 20,50%, y se fijó un interés de demora, al tipo del 26% anual y se garantizaba también con la hipoteca un 15% del principal para costas y gastos. El TS no consideró que esos intereses fueran usurarios, pese a que el interés legal en la fecha de la operación era del 4%. En cambio, un interés remuneratorio del 20% anual y un interés moratorio del 22% anual, siendo el legal del 5,5%, con igual garantía hipotecaria sí lo consideró usurario la STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609)⁶¹. Por mucha buena voluntad con la que se quieran ver las cosas, la discrepancia entre las respectivas soluciones, que podría ejemplificarse con otros muchos casos, resulta insuficientemente justificada.

Una segunda cuestión acerca del régimen de la represión de la usura es el trato que pueda darse a los intereses moratorios. El TS sigue manteniendo con bastante frecuencia que los intereses moratorios no resultan controlables mediante la legislación represora de la usura: así por ejemplo, más recientemente, las SSTS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747) y 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1126)⁶². No obstante lo cual en otros casos algo más antiguos se afirmaba con un criterio contrario que «por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código Civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir su clase o naturaleza»: así STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045)⁶³. En la muy reciente STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609) se vuelve al criterio de que el control como usurarios afecta también a los intereses moratorios («unos y otros tienen la cuantía libremente pactada por las partes... pero con la limitación que impone la mencionada Ley de usura»). Quizá una clave de esta última decisión fuera que en el caso, según destacó la Audiencia, el tipo remuneratorio del 20% operaba solo durante el breve plazo previsto para el vencimiento del préstamo (un semestre), rigiendo a partir de entonces un tipo de demora del 22%, el cual tenía un «carácter desproporcionado y usurario». Y la razón utilizada para justificar este último aserto es esta: «no puede desconocerse que el escaso plazo pactado para la devolución del principal, inhabitual en préstamos de esta naturaleza y cuantía y el que no se previeran pagos fraccionados, determinaban la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, por lo que si no se aplicase la Ley de 1908 a estos intereses sancionadores se propiciaría una actuación contraria a lo que la norma pretende evitar con matices de fraude de ley». Esta consideración acerca de la escasa vigencia temporal de la tasa de interés remuneratorio (no obstante, también muy elevado) como propiciadora del fraude de Ley puede ser bastante interesante en la práctica para tenerla en cuenta en los supuestos de vencimiento anticipado del completo préstamo por impago de escasos plazos⁶⁴.

Obviamente, la nueva tasa legal de los intereses moratorios introducida en la Ley Hipotecaria supone rebajar la importancia de esta discrepancia interpretativa

en el caso de préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual. Pero, no obstante, quedarán otros muchos supuestos en que los intereses moratorios puedan ser excesivos. Quizá la nueva sensibilidad social hacia los deudores sin recursos, la presión que la misma ejerce sobre los Tribunales de Justicia y la propia diversidad de soluciones jurisprudenciales, hubieran justificado una intervención legislativa clarificadora de carácter más general. Y, a nuestro juicio, la intervención debería dirigirse a equiparar a estos efectos el tratamiento de ambas clases de intereses: tanto da cómo se pueda calificar jurídicamente el interés, porque lo cierto es que desde el punto de vista financiero, tanto en el caso del interés remuneratorio como en el del moratorio, estamos ante una cláusula que, si es excesiva, puede hacer crecer la deuda de modo imparable, de forma que impida al deudor toda posibilidad real de satisfacerla. Por otra parte, la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado por impago de pocos plazos hace que, efectivamente, los intereses moratorios puedan desplazar a los remuneratorios en un tiempo inusitadamente breve para la inicial previsión contractual, con lo que es obvio que el prestatario no va a contar con recursos suficientes para restituir, y su deuda va a crecer de modo desmesurado, haciendo de imposible cumplimiento. Y precisamente lo que intenta evitar la Ley sobre Usura es este problema: que los intereses sean notablemente superiores al normal del dinero, lo que se daría aquí; y que, además, resulten manifiestamente desproporcionados con las circunstancias del caso, lo cual se produce especialmente cuando el prestamista cuenta con una garantía real y con un mecanismo enérgico de vencimiento anticipado ante incumplimientos de escasa importancia en relación con la totalidad del importe adeudado.

En tercer lugar, nos encontramos con el debate acerca de la subsistencia o no de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario. A este respecto la STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609) ha considerado que el carácter accesorio de todos los derechos de garantía sería determinante de la nulidad de la hipoteca, contra la tesis de los recurrentes de que la nulidad de la hipoteca no derivaría de la declaración de un préstamo como usurario⁶⁵. Es verdad que esta solución ha sido bastante debatida con anterioridad por la jurisprudencia y la doctrina: así la STS de 14 de junio de 1984 (*RJ* 1984/3239) mantuvo la validez de la hipoteca, y la STS de 8 de noviembre de 1991 (*RJ* 1991, 8148), también lo sostuvo en relación con la fianza⁶⁶; pero en otras SSTS posteriores se ha considerado que la restitución de las prestaciones como consecuencia de la nulidad del contrato es una obligación legal y no contractual, por lo que la hipoteca no podría subsistir para garantizarla. Así SSTS de 18 de noviembre de 1993 (*RJ* 1993, 9149), 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001/4346)⁶⁷ y 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365).

A nuestro juicio, la tesis dominante en esta última jurisprudencia, que sostiene la decadencia de las garantías, tiene algo de artificiosa, puesto que se basa en una sutilísima distinción sobre el origen, contractual o legal, de la obligación de

restituir el capital entregado, según el préstamo que ha causalizado esa entrega sea válido o nulo. Esta solución parece estar muy alejada de la voluntad de las partes, de los resultados a que conduciría la integración del contrato y de la realidad de las cosas, porque el concreto objeto de la garantía es la restitución de una misma suma de dinero (en cuanto al principal), sea o no eficaz el contrato que causalizó su entrega al prestatario. Por otra parte, esta Jurisprudencia viene a imponer como resultado de la declaración de nulidad una consecuencia que no está ni mucho menos claro que el legislador pretenda al hablar de accesoriedad, pues no cabe duda de que tras la declaración de nulidad sigue existiendo una obligación de restituir exactamente coincidente (en cuanto al principal) a la derivada del contrato⁶⁸. En cualquier caso, si no se discute que sea posible el pacto de extensión de la garantía a la obligación de restitución de las prestaciones fruto de un contrato nulo, esta nueva y asentada doctrina jurisprudencial estará simplemente propiciando la aparición de una nueva cláusula de estilo en la constitución de la garantía, hipotecaria o de otra clase.

En cuarto lugar, tendríamos el importante debate acerca del momento en que es exigible al prestatario la restitución del principal como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo usurario, que es un tema muy cercano al que nos acabamos de plantear⁶⁹. Un autor resume acertadamente el sentir de una buena parte de la doctrina actual: «El prestatario *conserva* el beneficio del uso del capital recibido, pero retiene en su poder los frutos de este empleo, con lo que se enriquece a costa del usurero. Tiene acción para recobrar el pago de intereses, si lo hubo, y no cabe proponer una reducción cuantitativa de estos hasta la cifra de los intereses legales (...) El prestatario retiene el disfrute del capital por todo el tiempo en que este fue contratado, sin que la declaración de nulidad comporte vencimiento automático de deuda. Solo al final del plazo contratado deberá restituir el capital, que, ciertamente, no podrá retener como suyo definitivamente, pues la *retentio* conforme al artículo 1306 CC solo procede respecto de lo que recibió en virtud del contrato nulo, y solo se recibió el préstamo temporal (...). No se suele entender bien en la práctica y en los autores cómo es posible que la obligación de devolver el préstamo subsista. No se trata de una nulidad parcial del contrato. El contrato es nulo en su totalidad, y la retención-devolución es una consecuencia del régimen restitutorio del artículo 1306, no de la validez parcial del contrato de préstamo. También es un error sostener que el prestatario pierde el beneficio del plazo. Se trata de una conclusión absurda, y contraria precisamente al régimen restitutorio del artículo 1306 CC. ¿Qué gana el prestatario si tiene que devolver *in continentem* un dinero que seguramente no tiene? ¿Entra en mora de esta obligación legal, y deberá pagar los intereses legales de esta cantidad anticipadamente vencida? No hay obligación inmediata de devolver el capital, que es la solución a la que llevaría el artículo 1303 CC, pero no el artículo 1306 CC, que quiere consagrar una *solutionis retentio*, para lo cual el prestatario ha de poder disfrutar del préstamo durante el tiempo pactado»⁷⁰.

Un importante apoyo para anclar sólidamente esta última tesis en el régimen codicial de la ineficacia de los contratos, podría encontrarse en la calificación de los contratos usurarios como contratos con causa ilícita. Esta calificación se encuentra ocasionalmente en algunas SSTS: así 22 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8031) y 14 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4467), lo que permitiría conectar los efectos de la declaración de su nulidad con las especiales consecuencias restitutorias contempladas en los artículos 1305 y 1306 CC.

Las cuatro cuestiones examinadas, solamente una muestra de los problemas planteados en relación con el préstamo usurario, si bien las más próximas al problema general de las cláusulas financieras, hubieran justificado que, al hilo de la reforma que estamos comentando, el legislador hubiera tomado postura sobre los diversos problemas que el régimen del contrato de préstamo presenta, y así evitado la inseguridad jurídica que reina en esta materia. Se trata, en todos los casos, de unas tareas que subsisten pendientes, y que debieran abordarse cuanto antes.

V. CONCLUSIONES

I. Tras las SSTS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) y 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660) el cumplimiento por las entidades financieras de las normas de transparencia acerca de su actividad con relación a los clientes no garantiza que las cláusulas contractuales no sean declaradas abusivas por los Tribunales.

II. Esto aconsejaría que dichas entidades establecieran unos estándares de transparencia mucho más rigurosos, que depuraran sus formularios de préstamos hipotecarios de cláusulas excesivamente protectoras de su propia posición jurídica, ya suficientemente garantizada por la hipoteca y, que, simplificaran de una manera radical los contratos que ofrecen a sus clientes ya que la menor complejidad redunda casi siempre en una mejor transparencia.

III. El nuevo sistema sobre los intereses moratorios pactados en un préstamo hipotecario utilizado para la adquisición de vivienda habitual no implica que los que superen el límite legal deban ser moderados por el juez. Se trata de una sustitución imperativa de su cuantía por obra de la Ley, que simplemente obliga a un nuevo cálculo. La opción legal no supone ejercitar una facultad moderadora y pensamos que no hay obstáculo en el Derecho de la Unión para que el legislador actúe en el sentido en que lo ha hecho.

IV. El carácter abusivo de una cláusula de interés moratorio debería enjuiciarse hoy no contemplando exclusivamente su cuantía, sino la totalidad del nuevo régimen legal sobre dichos intereses. En particular habría que tener en cuenta los artículos 670.1, 671 y 579.2 LEC.

V. Para evitar el abuso en las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento o en su aplicación práctica, no es fácil afirmar que las previsiones

legales vigentes sean suficientes, pues debiera haberse establecido su validez cuando el incumplimiento llegara a un porcentaje del total de lo adeudado. Desde el punto de vista contractual lo más conveniente para impedir el carácter abusivo sería insertar una cláusula que permitiera al deudor, cuantas veces sea necesario, rehabilitar el préstamo incumplido abonando las cantidades a las que se refiere el artículo 693.3 LEC. Lo cual no produciría un detrimento apreciable para el acreedor porque facilita el cumplimiento del contrato.

VI. La Ley 1/2013 ha desaprovechado la ocasión de aclarar cuestiones acerca del régimen jurídico de los intereses que se presentan muy discutidos en la práctica jurisprudencial. Así, la conveniencia de introducir tasas máximas de interés que debieran considerarse necesariamente usurarias, para acabar con la intolerable diversidad jurisprudencial en su apreciación; la afirmación de que los intereses moratorios pueden ser controlados como usurarios; la subsistencia de la garantía del préstamo, hipotecaria o personal, una vez que ha sido declarado usurario, para garantizar la restitución del principal; y la aclaración de que el momento en que es exigible al prestatario la restitución del principal como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo usurario, es el plazo previsto para el vencimiento del préstamo.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162, *caso Caja Madrid*)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143, *caso Banesto*)
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145, *Caso Asbeek Brusse y de Man Garabito*)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (JUR 2015, 19134, *Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros*)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 14 de junio de 1984 (RJ 1984, 3239)
- STS de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8031)
- STS de 8 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8148)
- STS de 18 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9149)
- STS de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7681)
- STS de 20 de junio de 2001 (RJ 2001, 4346)
- STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4045)

- STS de 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365)
- STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152)
- STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747)
- STS de 14 de julio de 2009 (*RJ* 2009, 4467)
- STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702)
- STS de 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012, 1126)
- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857)
- STS de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609)
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)
- STS de 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Auto de 16 de agosto de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Marchena (Sevilla)
- Auto de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia, número 2 de Santander.

BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J., (2013). La liberación del bien hipotecado en caso de vencimiento anticipado por impago de tres o más mensualidades: deficiencias legales y problemas prácticos. *Diario La Ley*, núm. 8181, Sección Doctrina, 30 de octubre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-372 [en línea], disponible en laleydigital.es
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1995). La nulidad de los préstamos usurarios. *Anuario de Derecho Civil*, 33-49.
- ÁLVAREZ OLALLA, M. P. (1999). *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Granada: Comares.
- (2012). La nueva normativa en materia de transparencia de servicios bancarios. La regulación del préstamo. *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10, 2012. *Comentario* [en línea], disponible en aranzadidigital.es
- BASOZABAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1973). *La imputación de pagos*. Madrid: Montecorvo.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato. ¿Incorrecta transposición, opción legal legítima o mentis jurisprudencial?* Navarra: Aranzadi.
- (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 de mayo de 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, 2013, 98-115, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- CARRASCO PERERA, A. (2010). *Derecho de contratos*, Pamplona: Aranzadi.

- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, 164-183, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- CARRASCO PERERA, A., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (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, 2013, 126-163, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008). *Tratado de los derechos de garantía*, I, Pamplona: Aranzadi.
- CORDERO LOBATO, E. (2013, a). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013). *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Documento on-line, 22 de mayo de 2013, Ref. D-192. [en línea], disponible en laleydigital.es
- (2013, b). Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, 26-34, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
 - (2013, c). Comentario al artículo 1857. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (dir.). *Comentarios al Código Civil*, IX, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1995). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart), Tomo XVII, vol. 2.º, artículos 1281 a 1314, Madrid: Edersa.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M. A., (2005). *Las nulidades de los contratos*. Madrid: Dykinson.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2013). Comentario a los artículos 1755-1756. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano, (dir.). *Comentarios al Código Civil*, VIII, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013, a). Comentario a los artículos 12 y 114. En: A. Domínguez Luelmo (dir.) *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova.
- (2013, b). La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los Tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, 5-25, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
 - (2013, c). La STJUE de 14 de marzo de 2013: su aplicación por los tribunales y su desarrollo legislativo por Ley 1/2013. *La Ley Unión Europea*, núm. 7, septiembre de 2013, La Ley 4832/2013. [en línea], disponible en laleydigital.es
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., TORIBIOS FUENTES, F. (2010). *Ejecución hipotecaria de vivienda (rehabilitación del préstamo y enervación de la acción)*. Valladolid: Lex Nova.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., (2014). Contenido financiero del préstamo y protección del deudor hipotecario. En: A. Núñez Iglesias (dir.). *La protección del deudor hipotecario*. Granada: Comares, pp. 37-54.
- GARCÍA CANTERO, G., (2015). En el 125.º aniversario del Código Civil: hablemos de futuro. *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59 [en línea], disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3954-en-el-125-aniversario-del-codigo-civil-hablemos-de-futuro>
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009). En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumi-*

- dores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1, 2007),* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pp. 955-1152.
- (2010). Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, 1645-1728.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2010). *La usura: evolución histórica y patología de los intereses*. Madrid: Dykinson.
- LYCZKOWSKA, K. M. (2013). Los intereses en los contratos de préstamo y las normas que rigen su licitud. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 2013, 103-109, [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2015). Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJCE de 21 de enero de 2015), [en línea], disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco>
- (2013). Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 2013, pp. 184 y sigs. [en línea], disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2014). *Curso de Derecho Civil (II) Derecho de Obligaciones*, Madrid: Colex.
- MEDINA ALCOZ, M. (2011). Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Referente. *Indret* 4, 2011 [en línea], disponible en http://www.indret.com/pdf/857_es.pdf
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2013). Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013-I, 223-252 [en línea], disponible en <http://hdl.handle.net/10486/663188>
- MÚRTULA LAFUENTE, V. (2010). La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis. *Revista de Derecho Privado*, abril-mayo 2010, pp. 3-39.
- (1999). *La prestación de intereses*, Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- ORDÁS ALONSO, M. (2004). *El interés de demora*, Navarra: Aranzadi.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., (2008). En P. de Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil. Derecho Privado. Derecho de la Persona*, Madrid: Colex.
- PÉREZ HEREZA, J., (2015). Repaso a la jurisprudencia sobre cláusulas suelo: una visión crítica. *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero de 2015, núm. 59 [en línea], disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3963-repaso-a-la-jurisprudencia-sobre-clausulas-suelo-una-vision-critica>
- PÉREZ MONGE, M. (2003). Préstamo usurario y garantía hipotecaria (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2001). *Anuario de Derecho Civil*, 295-315.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2011). Comentario al artículo 80. En S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: texto refundido (RDL 1-2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Madrid: Colex.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *Indret* 3, 2013, [en línea], disponible en <http://www.indret.com/pdf/995.pdf>

- RAMOS CHAPARRO, E., (2010). Las cláusulas financieras en la inscripción de la hipoteca. En: *Jornadas sobre legalidad y función notarial y registral*, Sevilla, pp. 99-158.
- (2008). *La garantía real inmobiliaria. Manual sistemático de la hipoteca*. Pamplona: Aranzadi.
- SABATER BAYLE, E. (1986). *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona: Aranzadi.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241, 2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8092, Sección Documento on-line, 28 de mayo de 2013, Ref. D-199, [en línea], disponible en laleydigital.es
- UREÑA MARTÍNEZ, M. (2004). Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa, [en línea], disponible en <http://www.ecri.eu/new/system/files/12+intereses-excesivos-spanish-urena.pdf>
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002). *La deuda de intereses*. Barcelona: EUB.

NOTAS

¹ Dos límites significativos en el ámbito de la deuda de intereses son la represión de la usura y la protección de los consumidores: como afirma VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 122).

² Por ejemplo la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³ Este problema se detecta también en la propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, que no se hace eco de estas necesidades y se limita a reiterar los planteamientos del Código decimonónico. Frente a esta situación, y teniendo a la vista una posible reforma profunda de nuestro Derecho patrimonial civil, se han señalado tanto el contrato de préstamo como la hipoteca, como figuras necesitadas de una revisión especial: así GARCÍA CANTERO (2015).

⁴ Así, literalmente, el Preámbulo Ley 1/2013.

⁵ Derogada por la vigente Orden Ministerial (Economía y Hacienda), EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁶ Así RAMOS CHAPARRO (2010, 105).

⁷ Preámbulo de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

⁸ Y el Auto TS de 3 de junio de 2013 (RJ 2013, 3617), que aclara la referida STS.

⁹ En el caso enjuiciado por la STS se trataba de las cláusulas suelo, pero muchos de sus argumentos serían extensibles a otras condiciones financieras del préstamo. En los siguientes párrafos sintetizamos los extensos argumentos de la STS.

¹⁰ Sobre el debate teórico acerca de la cuestión del control de abusividad de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato y de si existe o no un doble control de transparencia en estos casos: *vid.*, CÁMARA LAPUENTE (2006, 123 y sigs.; 33-34, nota 29; 157-158, nota 172); CARRASCO PERERA (2010, 801 y sigs.); PERTÍNEZ VÍLCHEZ, (2011, 706-707). Con la vista puesta en los pronunciamientos de los últimos años: CÁMARA LAPUENTE (2013, 98).

¹¹ A tenor del mismo: «*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».

¹² Son los términos literales de la SAP Madrid de 2 de marzo de 2006 (AC 2007, 64), que han permanecido bastante aislados en el contexto jurisprudencial, y que ahora quedan, incluso, superados por la nueva doctrina jurisprudencial.

¹³ Una dura crítica a este criterio de la STS, y en general a muchos aspectos de la misma: CARRASCO PERERA, GONZÁLEZ CARRASCO (2013, 129 y sigs.). Según lo dispuesto por la STS, el cumplimiento de fórmulas pre establecidas en la legislación sectorial no será suficiente para impedir la falta de transparencia». Más adelante se pregunta con razón «¿Pero valdrá entonces el cumplimiento mero y simple del requisito casi rutinario exigido por la Ley 1/2013, de que el consumidor haga constar de forma manuscrita que conoce la naturaleza y efectos de la cláusula? ¿Es esto lo que *faltaba* a las entidades demandadas para conseguir alcanzar el estándar de validez?» (cfr. p. 131). En el mismo sentido, en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO (2013, 164) Un planteamiento y valoración radicalmente diferente de la misma sentencia en PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2013).

¹⁴ Sobre este tema, la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660) cuenta con un muy bien argumentado voto particular que sí consideró válida la cláusula suelo insertada en el contrato del caso, por contar con una información al consumidor bastante cualificada.

¹⁵ Sobre la influencia de ambas SSTS en los pronunciamientos posteriores de las Audiencias Provinciales, puede verse el resumen realizado PÉREZ HEREZA (2015).

¹⁶ Por tanto, las SSTS por fuerza deben influir en la opinión de «quien cuestiona la capacidad de esta normativa sectorial de origen ministerial para incidir en las relaciones de las entidades de crédito con su clientela, esto es, para establecer obligaciones para las partes cuyo incumplimiento pueda afectar a la relación de derecho privado (p. ej. como causa de nulidad o ineficacia del contrato), sin perjuicio del reconocimiento de ciertos efectos indirectos de la normativa sectorial en la relación jurídico privada»: ÁLVAREZ OLALLA (2012).

¹⁷ Nótese que tampoco lo deja claro PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2013, 10-12) pese a que afirme «el carácter exiguo de los deberes informativos de la Orden de 5 de mayo de 1994», y que «las exigencias informativas de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, han sido ampliamente superadas por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, (...) y por la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, que en su artículo 6 exige que se incluya en la escritura pública una expresión manuscrita por el consumidor de que ha sido adecuadamente advertido de los riesgos del contrato, entre otros, de las limitaciones a la variabilidad del tipo de interés». Incluimos algunas de las cuestiones que deben aparecer en la Ficha de información personalizada (FIPER) y que se describen en el ANEXO II de la Orden EHA/2899/2011. Así, por ejemplo en la Sección relativa al tipo de interés, se indica que «además del tipo de interés, se especificarán todos los restantes costes que entran en la TAE. Se especificará, asimismo, de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés». Sobre el importe de cada cuota hipotecaria: «1. Se indicará claramente la moneda en que vaya expresado el préstamo.

2. Si el importe de la cuota hipotecaria puede variar debido a que el tipo de interés de referencia fuera variable o a que el préstamo estuviera denominado en divisa, se utilizará como referencia para el cálculo de esta cuota el tipo de interés o tipo de cambio del día más próximo a la fecha de emisión de la FIPER. Adicionalmente se consignará cuándo y con cuánta periodicidad variará posteriormente.

Si el importe de las cuotas puede variar durante la vigencia del préstamo, pero se mantiene fijo durante un determinado periodo inicial, la entidad especificará el periodo durante el cual el importe inicial de la cuota seguirá siendo válido, y cuándo y con qué periodicidad variará posteriormente.

3. Si el tipo de interés aplicable fuera variable o variable limitado, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de interés de referencia afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de interés serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

- a) variación experimentada por el tipo de interés de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho periodo;
- b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años, o el plazo máximo disponible si es menor, y las fechas en que tales valores se alcanzaron;
- c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

4. Si la moneda del préstamo no es el euro, la entidad incluirá ejemplos numéricos que indiquen claramente de qué modo los cambios en el pertinente tipo de cambio afectarán al importe de las cuotas. Estos ejemplos de variación del tipo de cambio serán realistas y simétricos, y ofrecerán siempre información sobre los efectos de supuestos desfavorables. En particular, se incluirá la siguiente información y sus efectos sobre la cuota hipotecaria:

- a) variación experimentada por el tipo de cambio de referencia durante los últimos dos años en términos de la diferencia entre el valor máximo y el mínimo alcanzado en dicho periodo;
- b) valores máximo y mínimo alcanzados por dicho tipo durante los últimos quince años y las fechas en que tales valores se alcanzaron;
- c) el importe de la cuota que resultaría de calcularla con dichos tipos mínimo y máximo o, si los hubiera, con los límites a la baja y/o al alza que se establecieran para el préstamo.

5. Cuando la moneda utilizada para el pago de las cuotas difiera de la moneda del préstamo, se indicará con claridad el tipo de cambio que vaya a aplicarse. Dicha indicación incluirá el nombre del organismo encargado de publicar el tipo de cambio aplicable y el momento de cálculo de este».

¹⁸ Son los términos literales del Preámbulo Ley 1/2013.

¹⁹ Así, literalmente, el Preámbulo Ley 1/2013.

²⁰ Tan es así que se ha difundido el acuerdo sobre Unificación de criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid (<http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/unificacion.pdf>), según el cual, «con independencia de lo que establecen los artículos 114 LH y 20.4 LCC, se considerarán abusivos en los contratos con consumidores los intereses que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». Extensión, pues, del criterio limitador fuera del caso para el que se encuentra planteado: se puede observar que en el texto no existe referencia al tipo de contrato, ni a la clase de intereses. Otra cosa es que se pueda criticar la decisión legal, como hace MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 245-248), por ser todavía excesivamente protectora de las entidades financieras, ya que aboca a que la deuda crezca según la aplicación de unos intereses desmesurados, que hará virtualmente imposible el cumplimiento.

²¹ «Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital devengarán nuevos réditos».

²² Disfavor que se mantiene en el artículo 573-9 sobre anatocismo de la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Sobre el anatocismo y sobre su tratamiento en nuestro Derecho: *vid.*, MEDINA ALCOZ (2011) y la bibliografía allí citada; y UREÑA MARTÍNEZ (2004).

²³ Así BASOZABAL ARRUE (2004, 79). Parecidas consideraciones sobre la peligrosidad de un incremento poco moderado del ritmo de crecimiento de la deuda, unido a la falta de transparencia que pueden acompañar a este tipo de cláusulas en ORDAS ALONSO (2004, 156 y sigs.); y en VILLAGRÁSA ALCAIDE (2002, 273 y sigs.)

²⁴ Sobre esta norma, su justificación y antecedentes pueden verse, por ejemplo, las consideraciones de MÚRTULA LAFUENTE (1999, 442 y sigs.); ORDÁS ALONSO (2004, 26 y sigs.).

²⁵ En este sentido, MARÍN LÓPEZ (2013, 189); sobre el contenido general del artículo 114 LH: RAMOS CHAPARRO (2008, 383); ÁLVAREZ OLALLA (1999, 31 y sigs.); DOMÍNGUEZ LUELMO (2013 a, 709-710).

²⁶ Nos hemos ocupado de esta cuestión en ESPEJO (2014, 42-44).

²⁷ Sobre la distinción, y con un ejemplo especialmente parecido al planteado por la Disposición Transitoria que estamos analizando, se puede ver: PÉREZ ÁLVAREZ (2008, 210-211).

²⁸ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ (2008, 209).

²⁹ Nos centramos en ellos, porque el contenido completo de ambos se pueden consultar en la www.poderjudicial.es. Hay otros casos en los que se han planteado cuestiones prejudiciales en esta materia, para realizar la búsqueda debe acudirse a <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>. De hecho sobre el problema concreto al que se refieren estos autos, ya se ha pronunciado la recientísima STJUE 21 enero 2015 (*JUR* 2015, 19134, *Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros*), que resuelve diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el mismo Juzgado de Marchena.

³⁰ Participa del planteamiento, MARÍN LÓPEZ (2013, 191 y sigs.): «si el juez que declara abusiva la cláusula de intereses de demora, por ser desproporcionadamente elevados, no puede moderar ni reducir la cuantía de los intereses, es evidente que tampoco podrá el legislador, mediante una ley, imponer una reducción o moderación de esos intereses. La norma que así lo establezca (el art. 114.III LH) será considerada contraria a la Directiva 93/13/CEE, pues permite la moderación de los intereses moratorios que la Directiva europea y la STJCE citada enérgicamente rechazan». Sobre este punto se debe ver, ahora, la STJUE de 21 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 19134, *Caso Unicaja Banco, S.A. y otros contra José Hidalgo Rueda y otros*). Y, también, comentándola, a MARÍN LÓPEZ (2015). Discrepamos de este autor, que sostiene que la referida STJUE confirma su opinión acabada de reproducir. No lo vemos así. En el núm. 41 la STJUE dice literalmente que «en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula».

³¹ Cfr. el texto de esta STJUE que resulta a este respecto más significativo en la nota anterior.

³² Es el criterio de LYCZKOWSKA (2013, 109).

³³ Sobre las diferentes tesis, v. MARÍN LÓPEZ (2013, 187-188).

³⁴ Es esta la tesis de MARÍN LÓPEZ (2013, p. 191).

³⁵ No es posible, por tanto según nos parece, fundarse en el hecho de que la pasada Jurisprudencia venía considerando abusivas unas determinadas tasas de interés, para estimar que esa misma tasa debe considerarse actualmente abusiva. En contra, MARÍN LOPEZ (2013, 186 y 192 y sigs.).

³⁶ STJUE 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*).

³⁷ STJUE 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89, *caso Aziz*).

³⁸ Abordamos esa cuestión más adelante: *vid.*, Apartado III.2.

³⁹ Sobre esto estamos por completo de acuerdo con que ya «que el legislador concede tanta relevancia a que el inmueble hipotecado ostente la consideración de vivienda habitual del deudor, no resulta coherente que no haya previsto algún trámite o incidente en el seno de la ejecución para discutir dicho extremo si existe discrepancia entre las partes»: ACHÓN BRUÑÉN (2013).

⁴⁰ Así el Preámbulo de la Ley 1/2013.

⁴¹ Cfr. en este sentido la STS de 24 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7681).

⁴² Cfr. BERCOVITZ (1973, 131-132).

⁴³ Cfr. supra apartado II, 1.

⁴⁴ Valga la remisión al estudio que hacen del problema: CORDERO LOBATO, en CARRASCO, CORDERO, MARÍN (2008, 1062 y sigs.); RAMOS CHAPARRO (2008, 613 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA (2009, 1040 y sigs.); GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1706 y sigs.); DOMÍNGUEZ LUELMO, TORIBIOS FUENTES (2010, 81 y sigs.); MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 244-245).

⁴⁵ RAMOS CHAPARRO (2008, 614).

⁴⁶ Para GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1707), puede producirse también un abuso no tanto en el tenor de la cláusula como en la aplicación de la misma, lo cual nos remitiría «a la buena fe en el ejercicio de los derechos» (art. 7.1 CC), cuya evidente in-fracción —por parte del acreedor— puede suponer la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, y este en cualquier caso; es decir, aunque no sea consumidor el prestatario».

⁴⁷ Se ha seguido el parecer de autores que abogaban por la fijación de un cierto número de cuotas impagadas como GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, 1707 y sigs.). Pero muy probablemente la limitación legal resulta todavía insuficiente: cfr. la argumentación de MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 244-245).

⁴⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO (2013 b, 20) subraya que es esta la práctica bancaria habitual.

⁴⁹ *Vid.*, el comentario de GONZÁLEZ PACANOWSKA (2010, pp. 1645 y sigs.). Y las referencias a esta STS en MIQUEL GONZÁLEZ (2013, 244-245).

⁵⁰ CARRASCO PERERA (2010, 1120).

⁵¹ Naturalmente, cabe discutir el acierto legal como lo hace ACHÓN BRUÑÉN (2013).

⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO (2013 c). DOMÍNGUEZ LUELMO, TORIBIOS FUENTES (2010, 23-24), dan cuenta de la existencia, incluso anterior a la LEC de una práctica bancaria favorable a la rehabilitación del préstamo. Lógicamente se trataría de ir más allá de una decisión discrecional de la entidad a la vista del caso concreto, sino de la introducción en los contratos de préstamo hipotecario de una previsión expresa sobre esta cuestión.

⁵³ Puesto que «las mayores inseguridades en esta materia no provienen del aspecto procesal de la intervención judicial, sino de la falta de criterios uniformes en la apreciación del carácter abusivo de cláusulas contractuales»: así CORDERO LOBATO (2013 b, 33).

⁵⁴ A esta flexibilidad se refieren, entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2014, 743); JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 73). Pero, en realidad, a lo que ha llevado la norma es a un caos poco deseable: cfr. BASOZABAL ARRUE (2004, 105 y 112); JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 76); SABATER BAYLE (1986, 206).

⁵⁵ VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 133, nota 382).

⁵⁶ No se olvide, por ejemplo, que la existencia de la garantía hipotecaria minimiza los riesgos del prestamista y justifica que los intereses sean menores: así STS 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 4346).

⁵⁷ De hecho ya resulta conocido el recurso a estos índices en nuestra legislación sobre cuantía y limitación de los intereses. Así, el artículo 20. 4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo dispone: «En ningún caso podrá aplicarse a los créditos que se concedan en forma de descubiertos a los que se refiere este artículo un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero». Y, en el ámbito estricto de la legislación de usura, se puede recordar la propuesta legislativa de introducir una tasa parecida a la anterior en la Ley de Usura de la que se hace eco ORDÁS ALONSO (2004, 78). Para VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 134), el interés legal «no solo aporta un baremo acorde con el tráfico jurídico, sino que ofrece una delimitación cuantitativa de la deuda de intereses, que puede acabar con el arbitrio judicial en este ámbito, favoreciendo el principio de seguridad jurídica».

⁵⁸ Toda esta materia no era ajena al legislador de 1908. Debemos remitirnos a SABATER BAYLE (1986, 154 y sigs.; 175 y sigs.; 187 y sigs.). Pero hay que convenir con la autora que

quizá fuera conveniente que el legislador suministrara a la jurisprudencia algunos criterios más seguros para determinar el carácter usurario del interés: cfr. p. 337.

⁵⁹ No nos acaba de convencer la idea de que la fijación material de los límites de la usura contribuya «a que los prestamistas se apoltronen en los límites del interés permitido, con la consiguiente disminución del nivel de competencia real, en perjuicio de todos los prestatarios»: así BASOZABAL ARRUE (2004, 116). En realidad nos parece que la competencia solamente beneficia a quien es solvente y puede obtener el préstamo sin dificultad: él si tiene posibilidad de elegir. Para el prestatario con poca capacidad económica, la libre competencia no resulta un consuelo: pues a él nadie le presta, como no sea a un interés usurario, que no está en condiciones de reducir acudiendo a otro prestamista. Con la fijación de una tasa se trataría de prevenir este problema, evitando a la vez la incertezza en la aplicación del Derecho.

⁶⁰ No nos referimos en el texto a las tasas vigentes en un contrato singular para los intereses retributivos y los moratorios, pues obviamente los intereses moratorios serán más elevados: así ÁLVAREZ OLALLA (1999, 196). Simplemente afirmamos que la introducción de la tasa hace hoy imposible un interés remuneratorio superior a la medida legal. Es verdad que en el crédito hipotecario profesional para la adquisición de vivienda no resultan conocidos unos intereses remuneratorios tan elevados.

⁶¹ La solución de la primera STS es considerada discutible por DE VERDA Y BEAMONTE (2013, 12004).

⁶² En la doctrina pueden verse las consideraciones y referencias de JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 82 y sigs.). Nítidamente a favor del control de los intereses moratorios a la luz de la Ley de usura: VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 132 y 136).

⁶³ Esta segunda opción interpretativa ha alcanzado bastante extensión en diversas Sentencias recientes de las Audiencias Provinciales, si bien por la vía de su control no como usurarios sino como abusivos: cfr. su cita por DOMÍNGUEZ LUELMO (2013, a, 159). En contra, DE VERDA Y BEAMONTE (2013, 12004-12005), quien piensa que en caso de intereses de demora excesivos lo que procede es su moderación judicial.

⁶⁴ De hecho, incluso los autores contrarios a la aplicación de la Ley de Usura al control de los intereses moratorios terminan reconociendo que estos últimos pueden encubrir pactos usurarios con lo que no habrá más remedio que someterlos a dicha Ley. Así, por ejemplo, ORDÁS ALONSO (2004, 106 y sigs.); JIMÉNEZ MUÑOZ, (2010, 87-88); MÚRTULA LAFUENTE (2010, 9-10). En particular se cita el caso en que se haya pactado un plazo de amortización del préstamo muy breve o una cuantía muy elevada del préstamo; es decir, un caso muy similar al de la STS referida en el texto.

⁶⁵ En este sentido, también, CORDERO LOBATO (2013 c, 12747).

⁶⁶ Se muestran de acuerdo con la doctrina de estas dos SSTS: CARRASCO PERERA (2010, 701); ALBALADEJO (1995, 44), con relación a la fianza y VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 138, nota 397). Para DELGADO ECHEVERRÍA (1995, 403 nota 7): «La solución es dudosa, y acaso pueda argumentarse por ser indiferente para el fiador que la obligación de restituir sea la fundada en el contrato o en la ley». Posteriormente en un sentido favorable: DELGADO ECHEVERRÍA, PARRA LUCÁN (2005, 312 y sigs.)

⁶⁷ Comentada por PÉREZ MONGE (2003, 295 y sigs.)

⁶⁸ Viene a reconocer, quizás involuntariamente, este exceso de conceptualismo la propia STS 22 de febrero de 2013 (RJ 2013, 1609) «la aplicación de la nulidad de la misma [hipoteca] no la contempla ni la niega norma alguna, sino que se deduce del propio concepto de hipoteca, uno de sus caracteres es el de accesoria». Si esta ausencia de condicionante legal fuera cierto, más valdría detenerse en la voluntad de las partes: desde este punto de vista, resulta poco comprensible que quien se desprende de una suma bajo una fuerte garantía de restitución, como es la hipoteca, pueda quedar despojado de la garantía por un presunto problema conceptual.

⁶⁹ Porque si se mantiene la vigencia del plazo inicial de amortización, parece más impetuosa la subsistencia de la hipoteca que si no fuera así.

⁷⁰ CARRASCO PERERA (2010, 759-760). Anteriormente, DELGADO ECHEVERRÍA, PARRA LUCÁN (2005, 313 y sigs.) En el mismo sentido: BASOZABAL ARRUE (2004, 97); ORDÁS ALONSO (2004, 116-117). En contra, JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, 101-102), con otras referencias y VILLAGRASA ALCAIDE (2002, 138).

(Trabajo recibido el 5-6-2014 y aceptado
para su publicación el 30-12-2014)

La ejecución hipotecaria: nuevo motivo de oposición, nuevos problemas de tramitación

*Foreclosure: new ground
of opposition, new problems
of legal proceedings*

por

OLGA FUENTES SORIANO
*Catedrática de Derecho procesal
Universidad Miguel Hernández*

RESUMEN: La crisis económica y financiera por la que atraviesa nuestro país, aparece dotada de ciertas peculiaridades propias, de carácter inmobiliario, que han obligado a tomar medidas sobre algunas deficiencias importantes de nuestro sistema de ejecución hipotecaria. Si bien es cierto que estas carencias —fundamentalmente en lo relacionado con los motivos de oposición a la ejecución hipotecaria— se venían denunciando históricamente, ha tenido que ser el TJUE (en Sentencia de 14 de marzo de 2013) quien pusiera de manifiesto la inadecuación a la normativa europea de protección del consumidor de un sistema, como el nuestro, que no contara entre los motivos de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en la contratación de la hipoteca. Como consecuencia de ello, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, introduce —entre otras muchas novedades— un nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria abriendo así importantes problemas

interpretativos; fundamentalmente: cuándo una cláusula tiene carácter abusivo; cómo se pone de manifiesto la abusividad de esa cláusula en el seno del proceso de ejecución; las consecuencias de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva; o los importantes problemas interpretativos surgidos a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013 y la declaración de efectos irretroactivos en relación con la cláusula considerada nula y el reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por el banco.

ABSTRACT: The economic and financial crisis in Spain has some peculiarities of property such. This has forced to take action on some important deficiencies of our foreclosure. These shortcomings –mainly with regard to the reasons for opposition to foreclosure— had been historically denounced. But it was the ECJ (Judgment of March 14, 2013) who established the unsuitability of our system to European consumer protection legislation because Spanish law did not include unfair terms as a cause of opposition to foreclosure. Finally, Law 1/20013 of 14 May, of measures to strengthen the protection to mortgage debtors, debt restructuring and social rent, introduced –among other innovations— a new cause of opposition to foreclosure that has important problems interpretative: when a clause was abusive; how to report the unfair nature of a clause in the foreclosure process; the consequences of the declaration of invalidity of an unfair term; or interpretative problems resulting from the STS of May 9, 2013 and the non-retroactive effects of the annulled clause and the reimbursement of amounts wrongly charged by the bank

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Ejecución hipotecaria. Oposición a la ejecución hipotecaria. Cláusula abusiva. Cláusula nula. Cláusulas suelo. Cláusulas de vencimiento anticipado. Cláusulas de intereses moratorios.

KEY WORDS: Mortgage. Foreclosure. Opposition to foreclosure. Unfair term. Null clause. Ground clause. Early maturity clause. Default interest clause.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NUEVO MOTIVO, NUEVOS PROBLEMAS. 1. CLÁUSULAS ABUSIVAS; 2. CLÁUSULAS SUELO; 3. CLÁUSULAS SOBRE INTERESES MORATORIOS; 4. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO; 5. CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN; MAYORES EXIGENCIAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA; 6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS; 7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA;—III. ALGUNOS PROBLEMAS DE JUSTICIA MATERIAL: DERECHO DE REINTEGRO (DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR EL ACREDITADOR EJECUTANTE)

VS ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.—IV. Y...SEGUIMOS CON EL *FAVOR CREDITORIS*...: DE LOS EFECTOS DEL AUTO RESOLUTORIO DE LA EJECUCIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Sostiene JUDT (2010, 17) —idea que comparto en toda su extensión y sentido— que «hay algo profundamente erróneo en la forma en que vivimos hoy. Durante treinta años hemos hecho una virtud de la búsqueda de beneficio material: de hecho, esta búsqueda es todo lo que queda de nuestro sentido de un propósito colectivo. Sabemos qué cuestan las cosas, pero no tenemos idea de lo que valen. Ya no nos preguntamos sobre un acto legislativo o un pronunciamiento judicial: ¿es legítimo? ¿Es ecuánime? ¿Es justo? ¿Es correcto? ¿Va a contribuir a mejorar la sociedad o el mundo? Estos solían ser los interrogantes políticos, incluso si sus respuestas no eran fáciles. Tenemos que volver a aprender a plantearlos»¹.

Possiblemente, esta ausencia de planteamiento de las preguntas correctas o —lo que es más grave—, la aportación de respuestas falaces en aquellos casos en que se han planteado, en pro de un capitalismo voraz tendente siempre a fortalecer los intereses de la clase dominante y económicamente más fuerte ampliando la brecha diferenciadora y desigualitaria entre la ciudadanía, es lo que ha contribuido de forma determinante a sumirnos, transcurrida la primera década del presente siglo, en una crisis económica y financiera sin paliativos. Como sostiene STIGLITZ (2013, 11) —premio Nobel de economía— «España está en una depresión. Esa es la única palabra que cabe utilizar para describir la economía con casi uno de cada cuatro trabajadores en el paro y una tasa de desempleo juvenil del 50 por ciento (...). Hoy en día, los problemas de España son consecuencia en gran medida de la misma mezcla de ideología y de intereses especiales que en Estados Unidos condujo a la liberalización y desregulación de los mercados financieros y a otras políticas “fundamentalistas del mercado”: unas políticas que contribuyeron al elevado nivel de desigualdad e inestabilidad de Estados Unidos y que han dado lugar a unas tasas de crecimiento mucho menores que en las décadas anteriores (Esas políticas “fundamentalistas del mercado” también se denominan “neoliberalismo”) (...). En algunos casos, la ideología hizo poco más que disimular los intentos por parte de algunos intereses particulares de cosechar más beneficios. Se estableció un vínculo entre los bancos, los promotores inmobiliarios y algunos políticos: (...) los bancos no solo no estaban adecuadamente regulados, sino que la escasa normativa existente no se hacía cumplir rigurosamente. Hubo una fiesta. El dinero fluía por doquier (...) [Pero] esos principios han traído consigo un menor crecimiento y una mayor

inestabilidad. Y en la mayoría de países de la Unión Europea, incluso antes de la crisis, pero todavía más después, a los de abajo y a los de en medio no les han ido bien las cosas»².

Ciertamente este es el desalentador panorama en el que nos movemos hoy en España y del que intentamos sacar la cabeza para mantenernos a flote. Efectivamente, «a los de abajo y a los de en medio» (es decir, a la práctica totalidad de la población) no les/nos han ido bien las cosas. Pero lejos de mantenernos en una pasividad absoluta, la sociedad ha reaccionado mediante movimientos ciudadanos denunciando situaciones límite y exigiendo soluciones efectivas a los poderes públicos.

En este marco general es de destacar la presión social ejercida por movimientos como el 15-M o, en el campo más concreto de lo que pudiéramos denominar «las injusticias inmobiliarias» provocadas por el sistema económico, plataformas como la de «Stop desahucios».

Efectivamente, el tradicional arraigo en España de la adquisición de vivienda en propiedad, en lugar de su alquiler³; la fluidez —antes comentada— con la que circulaba el dinero sobre la base de créditos hipotecarios que facilitaban el acceso a la vivienda; así como el hecho de que un tercio de la práctica totalidad de los préstamos hipotecarios concedidos en España contengan indescifrables cláusulas suelo contraídas por los ciudadanos⁴, ha supuesto que, llegada la crisis económica y financiera, adquiera esta en España, un carácter eminentemente inmobiliario que ha hecho replantear el hasta ahora cuestionado —pero siempre salvado— sistema de ejecución hipotecaria que regula nuestro Ordenamiento.

Históricamente, la ejecución judicial de bienes hipotecados se ha tramitado en España a través de un procedimiento de ejecución específico (durante la vigencia de la LEC de 1881, artículos 129 a 135 LH; en la actualidad, artículos 681 a 698 LEC de 2000) caracterizado entre otras múltiples cuestiones y por lo que a nosotros ahora interesa, por tener unos motivos absolutamente tasados de oposición fuera de los cuales, se obligaba al ejecutado a acudir a un procedimiento declarativo ordinario posterior para tramitar la oposición a una ejecución que ya se había practicado⁵.

Precisamente y, en cierta medida, de forma paradójica, ha sido esta posibilidad de solventar los problemas que surgieran en el procedimiento declarativo posterior lo que ha «salvado» —al menos formalmente— la constitucionalidad de este cuestionado sistema hasta fechas escandalosamente recientes. No puede dejar de resultar sorprendente la reiteración con la que el TC ha proclamado ajustado a la Constitución un procedimiento como el de ejecución hipotecaria que limita hasta tal punto no solo la igualdad de las partes en el proceso sino el propio derecho de defensa del ejecutado al consagrarse la tramitación del mismo *inaudita parte debitoris*. Especialmente llamativo resulta en este contexto el Auto dictado por el Pleno del TC el 19 de julio de 2011 (ATC 113, 2011) insistiendo una vez más en una posición que la sociedad ya denunciaba a gritos⁶ y que

tan solo dos años después obligó al TJUE a pronunciarse expresamente contra dicho procedimiento de ejecución al entender que no respetaba las exigencias de la Directiva 93/13/CE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷. El razonamiento básico de la STJUE gira en torno al hecho de que «la limitación de las excepciones que el consumidor puede oponer contra el despacho de la ejecución hipotecaria supone «privar sustancialmente a los consumidores de la protección que pretende garantizar la Directiva», vulnerando el «principio de efectividad», pues hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección de la misma al consumidor». La tesis de fondo de la Sentencia, en suma, es que resulta contrario al espíritu de la Directiva que los Estados miembros no prevean la posibilidad de formular como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria, en el propio procedimiento de oposición, el carácter abusivo de una cláusula contractual.

En realidad, los cuatro preceptos que la LEC dedica a regular la oposición a la ejecución hipotecaria (arts. 695-698) establecen un sistema inspirado en la exacerbación máxima del principio del *favor creditoris*. La LEC de 2000⁸, vino a recoger el testigo dejado por el legislador anterior (antiguo art. 132 LH, regulador de los motivos de oposición al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria que regulaba el art. 131) en relación con el cual, las «mejoras» introducidas, se limitaron —según reconoce literalmente la propia Exposición de Motivos de la LEC, apartado XVII— a ordenar «de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (extinción de la garantía hipotecaria o del crédito y disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor), de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento». Esta, que fue, además, la posición reiteradamente sostenida, hasta fechas muy recientes, por nuestro más alto Tribunal, se recoge también expresamente y a renglón seguido en la propia Exposición de Motivos cuando sostiene que «en este punto se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica limitación de las causas de oposición al deudor a la ejecución y de los supuestos de suspensión de esta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable».

Para entender cómo llega al TJUE el cuestionamiento de un sistema de ejecución frente al que la élite judicial española, pese a las innumerables quejas recibidas hacia oídos sordos, resulta interesante constatar el cambio fundamental que se opera en nuestra sociedad durante los últimos años; cambio que comenzó con la drástica polarización de la sensibilidad social, motivada por la terrible situación en que la crisis económica y financiera de escala mundial, pero ahondada en España por los efectos de la burbuja inmobiliaria, ha dejado a multitud

de familias. Así, han sido muchas las que ante la imposibilidad de hacer frente a determinados pagos de su hipoteca han visto arruinada su vida (y no solo perdida su casa) sin margen legal de maniobra. Frente a ello, y según se vio líneas atrás, la sociedad comenzó a reaccionar; pero ante la impenetrabilidad e imperturbabilidad con la que los grandes partidos políticos de este país asistieron impasibles a estas terribles escenas de injusticia cotidiana con claro favorecimiento de los intereses de las entidades bancarias y crediticias, tuvo que ser el poder judicial, en la base de su estructura piramidal, quien comenzara a buscar salidas que permitieran aplicar criterios de justicia material a casos concretos que una legislación injusta dejaba sin satisfactoria solución. En este contexto —y ante la inadmisible ceguera de nuestro Tribunal Constitucional—, tuvo lugar el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Barcelona (seguida posteriormente por otras) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que le obligó a constatar mediante la referida Sentencia de 14 de marzo de 2013 la inadecuación de un procedimiento respecto de la que el pueblo español no albergaba ya duda alguna.

En consecuencia y como no podía ser de otro modo, la STJUE tuvo su correspondiente reflejo legislativo en la introducción de un cuarto motivo de oposición a la ejecución hipotecaria mediante la reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Según este nuevo motivo de oposición (art. 695.1.4.^a), podrá esta fundarse en el carácter abusivo de una cláusula contractual cuando constituya el fundamento de la ejecución o hubiese determinado la cantidad exigible. Así, esta nueva causa junto con las anteriormente existentes, se tramitará a través de un procedimiento incidental común a todas que regula el apartado 2 del precepto citado; y a cuyo estudio y el de los no pocos problemas que plantea, se dedicarán las páginas que siguen.

II. LA OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NUEVO MOTIVO, NUEVOS PROBLEMAS

La introducción de un cuarto motivo de oposición en la ejecución hipotecaria operado por la ya referida reforma de 2013, plantea no pocos problemas prácticos que es necesario solucionar a fin de procurar su satisfactoria aplicación.

Así —según se ha tenido ocasión de comentar— a partir de esta reforma, el artículo 695.1 LEC va a reconocer entre los motivos posibles de oposición a la ejecución hipotecaria «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

Si bien es cierto que, como se ha constatado con anterioridad, la sociedad estaba clamando a gritos la introducción de una previsión de estas características,

la interpretación que pueda llegar a realizarse de la —necesariamente— genérica dicción literal del precepto puede llegar a impedir o, cuanto menos, a dificultar el cumplimiento de las expectativas generadas por tan ansiada reforma legal.

La primera duda a despejar para una correcta aplicación de la norma reside en determinar cuándo una cláusula contractual puede tener carácter abusivo; y, en esta materia es de hacer notar que la legislación nacional viene condicionada de forma trascendental por las previsiones europeas contenidas en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores.

A su estudio se dedicarán las páginas siguientes, pero una vez aproximados al carácter abusivo de las cláusulas contractuales convendrá centrar la atención en los problemas concretos que plantean aquellas cláusulas que con mayor frecuencia suelen condicionar la validez de la ejecución hipotecaria en nuestro país: las cláusulas suelo, las de intereses moratorios y las de vencimiento anticipado. En relación con las dos últimas mencionadas, la reforma de 2013 ha introducido también importantes modificaciones legislativas que resultará necesario armonizar con el resto del ordenamiento pero muy especialmente con las concretas vicisitudes que se ocasionan durante la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

Las cláusulas que pactan intereses moratorios plantean dos problemas fundamentales: uno relacionado con la cuantía a partir de la cual cabe considerar desproporcionados los intereses y el límite novedosamente introducido por la reforma de 2013 que para las hipotecas sobre vivienda habitual, se sitúa en tres veces el interés legal del dinero; y otro relacionado con la patente contradicción generada tras la reforma entre la DT 2.^a de la Ley 1/2013 que obliga a recalcular los intereses desproporcionados y la doctrina del TJUE sobre las cláusulas abusivas que se sancionan con su inaplicación al obligar al Juez a tenerlas por no puestas.

De igual modo, la simplista solución alcanzada por el legislador respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado al establecer un límite rígido de tres períodos de amortización impagados (art. 693 LEC) vaticina suficientes problemas prácticos como para aconsejar cierto detenimiento en su análisis.

Pero el estudio de estas cuestiones generales y de las mayores exigencias con que el legislador ha diseñado las cláusulas abusivas como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria, lejos de poner fin a los problemas prácticos que la reforma suscita dan paso a las diversas cuestiones complejas que durante la tramitación del procedimiento se pondrán de manifiesto: entre otras, la posible apreciación de la nulidad de las cláusulas de oficio o a instancia de parte; la inexistencia de un plazo legal para su planteamiento; los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva; la existencia de recurso posterior o el planteamiento del procedimiento declarativo ulterior para el deudor; y, por supuesto, la problemática cuestión de si tiene el deudor derecho al reintegro de

aquellas cantidades que le han sido indebidamente cobradas como consecuencia de un proceso de ejecución tras cuya tramitación, se ha declarado la nulidad de una cláusula por abusiva —cuestión esta que cobra una especial relevancia tras la STS de 9 de mayo de 2013 en la que se profundizará más adelante—.

Estos son, fundamentalmente, los problemas que plantea la introducción de este nuevo motivo de oposición a la ejecución hipotecaria y a cuyo estudio (y al de aquellas cuestiones procesales colateralmente relacionadas) se dedicarán las páginas que siguen.

1. CLÁUSULAS ABUSIVAS

El carácter abusivo de una cláusula aparece definido en el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) entendiendo por tales todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante⁹ de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se añade, asimismo, que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

Esta legislación, de 2007, no es sino la transposición de las disposiciones contenidas en el artículo 3 de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993 en contratos celebrados con los consumidores. Tanto la Directiva mencionada, cuanto el propio artículo 82 de la LGDCU contienen un listado, si bien meramente ejemplificativo, de cláusulas que cabría considerar abusivas. En el caso de nuestra legislación, el listado del artículo 82.4 se desarrolla en preceptos posteriores (arts. 85-90) pero, en todo caso, se mantiene su carácter meramente ilustrativo. Dada la diversidad de cláusulas abusivas posibles, por lo que a nosotros ahora interesa, quizás las más representativas o de mayor relevancia respecto de la ejecución hipotecaria de bienes inmuebles sean las cláusulas suelo, de intereses moratorios y de vencimiento anticipado incluidas en los contratos por las entidades crediticias.

2. CLÁUSULAS SUELO

En relación con la legalidad y licitud de las cláusulas suelo hay que partir, necesariamente, de la STS de 9 de mayo de 2013 y de su Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013. Estas resoluciones (posteriores ambas a la STJUE mencionada) vienen a poner algo de orden en la disparidad de criterios interpretativos que imperaban en los Tribunales hasta ese momento. Es cierto, no obstante, que de forma paralela, dichas resoluciones ponen también importante desorden

en otras materias sobre las que se pronuncian y que se abordarán en ulteriores planteamientos de este mismo trabajo¹⁰.

A tenor de la Sentencia mencionada constata el Tribunal Supremo que las cláusulas suelo no son intrínsecamente ilícitas o abusivas. Lo serán —entre otras posibilidades— cuando en la contratación no se haya cumplido con las exigencias de transparencia que, a partir de estas resoluciones, serán no solo las que impone la Ley de Condiciones Generales para la Contratación y la normativa sectorial vigente al respecto¹¹, sino también las fijadas por ellas —por la Sentencia y su auto aclaratorio—¹². Así, de modo orientativo, según el tenor literal de la propia Sentencia, los criterios a valorar (los utilizados) para determinar la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia serán¹³:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor (...).
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Se ha sostenido que, en todo caso, la exigencia —confirmada por el Auto aclaratorio de 3 de junio de 2013— de que el cliente alcance un perfecto conocimiento antes de la contratación, no solo sobre la cláusula suelo que contrata, sino sobre su transcendencia y la incidencia real que esta puede suponer en relación con el coste del crédito implica, en realidad, una universalización del carácter abusivo de estas cláusulas en tanto en cuanto a las entidades crediticias les resultará prácticamente imposible probar que el consumidor tuvo un completo conocimiento de la incidencia real de la cláusula suelo que contrató¹⁴. Nótese a este respecto que a tenor de lo previsto en el artículo 82.2 párrafo 2 de la LGDCU, asumirá la carga de la prueba el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente.

3. CLÁUSULAS SOBRE INTERESES MORATORIOS

Ciertamente frecuente resulta encontrar cláusulas, en los contratos de garantía hipotecaria, que acuerdan unos intereses de demora desproporcionados.

Tales cláusulas pueden ser declaradas abusivas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 85.6 LGDCU; pero en relación con ello se plantean dos problemas fundamentales: uno sobre el montante a partir del cual el interés de demora pactado puede considerarse «desproporcionado» y otro sobre las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula (su tenencia como inexistente o la necesidad de su moderación previa intervención judicial).

En relación con el primero de los problemas apuntados —la determinación de la cantidad a partir de la cual puede considerarse que los intereses de demora pactados son abusivos— la disparidad de criterios jurisprudenciales existentes hasta la reforma de 2013 podría encontrar solución con la modificación experimentada por el artículo 114 LH que establece expresamente que los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago.

Este es el sentido en el que parece querer orientarse la actuación judicial a tenor de las conclusiones alcanzadas en las Jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria¹⁵. Sin embargo, aún admitido el límite de tres veces la cantidad legal del dinero como franja a partir de la cual considerar el carácter abusivo de la cláusula, surge la duda de si lo procedente es su exclusión del contrato o, por el contrario, la integración de la misma mediante su posible moderación previa audiencia del ejecutante. Esta segunda interpretación parece contar con el apoyo de la DT 2.^a de la Ley 1/2013 que establece la obligación del Notario (para ventas extrajudiciales) o del Secretario Judicial, de conferir traslado al ejecutante por plazo de 10 días para recalcular la cantidad por la que se ha despachado ejecución o por la que se procede a la venta extrajudicial a la vista del límite marcado por el artículo 114 LH. Se ha propuesto, incluso, la aplicación analógica del artículo 815.3 —inicialmente previsto en exclusiva para el monitorio— a los procesos de ejecución a fin de que en el incidente previo a la declaración de abusividad, el Juez o el notario requieran al acreedor para que rebaje su importe¹⁶. Si el deudor aceptara la rebaja y quedara la cantidad a reclamar en concepto de intereses moratorios dentro de los márgenes permitidos por el ordenamiento¹⁷, la declaración de abusividad afectaría tan solo a esa cantidad convenida por las partes y excluida de la ejecución de mutuo acuerdo, despachándose esta por los intereses moratorios aceptados por ambas. Comparto, sin embargo, la idea de fondo que subyace bajo la doctrina del TJUE según la cual, la posibilidad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas contribuye a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales al saber que, en última instancia, dicha cláusula abusiva podría ser integrada por el Juez nacional en lo que fuera necesario¹⁸.

Llegados a este punto, no puede dejar de apreciarse que la DT 2.^a de la Ley 1/2013 parece vulnerar la doctrina del TJUE que expresamente establece la obligación de los jueces nacionales de dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin que puedan modificar estos el contenido de la misma¹⁹. De hecho, recientemente, el Juzgado de primera instancia e instrucción núm. 2 de Marchena ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE, precisamente, sobre este tema al considerar que la DT 2.^a de la Ley 1/2013 no traspone de forma efectiva la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al impedir la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula de interés de demora abusiva, como exige el artículo 6.1, tergiversando flagrantemente la Jurisprudencia comunitaria sobre la materia²⁰. Como con acierto se ha sostenido, el problema reside, muy posiblemente, en que con la DT 2.^a el legislador no está contemplando supuestos de declaración de nulidad de cláusulas abusivas sino supuestos en los que se fija la cantidad por la que se despacha ejecución o la venta extrajudicial de bienes hipotecados²¹. En todo caso, nos encontramos sumidos, de nuevo, en una situación de interinidad, a la espera de la resolución que al efecto dicte el TJUE; que, de mantenerse —como es de prever— en las posiciones hasta el momento sostenidas, obligará a una nueva reforma legislativa que permita una transposición real y efectiva de las disposiciones de la Directiva 93/13 a la normativa nacional.

Respecto de la declaración de nulidad de esta cláusula y su inaplicación por el Juez sostiene GIMENO que dicha declaración no producirá efectos materiales de cosa juzgada en relación con la validez de los intereses moratorios; ello permitiría al acreedor instar un nuevo proceso de ejecución por unos intereses moratorios inferiores a las limitaciones establecidas²². Ello no obstante, albergo ciertas dudas de fondo sobre si debe permitirse al acreedor fijar unilateralmente, aún dentro de los límites legales— unos intereses de demora que, por su naturaleza, tienen carácter sancionatorio. Sobre este tema, sin embargo, tendré ocasión de profundizar con más detenimiento al tratar sobre los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas a los que ahora me remito.

4. CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

De las múltiples posibilidades de pactar el vencimiento de la deuda hipotecaria la que, a efectos de este trabajo, en mayor medida interesa es la que se centra en el impago de un número mínimo de cuotas²³. En este sentido, la reforma del artículo 693 LEC operada por la Ley 1/2013 ha fijado el límite para la licitud de dichas cláusulas en el impago de, al menos, tres períodos de amortización. Cualquier cláusula, pues, que acuerde el vencimiento anticipado de la deuda (y, con él, la ejecución de los bienes) ante el impago de un número menor de plazos será considerada abusiva; del mismo modo que cualquier cláusula que

acuerde el vencimiento anticipado de la deuda respetando el límite de impago de tres cuotas será, automáticamente, considerada lícita.

Esta solución, con acierto tildada de «simplista e insuficiente»²⁴, se aleja notablemente de la amplitud de criterios con que el TJUE considera que debe analizarse la posible abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado. Así, de conformidad con la doctrina del Tribunal Comunitario, al margen del número exacto de cuotas impagadas, una cláusula de vencimiento anticipado podrá ser abusiva cuando este incumplimiento no sea suficientemente significativo en el cómputo global del crédito, o cuando genere un importante desequilibrio contractual, o cuando altere las posiciones de equilibrio entre las partes al quedar —por ejemplo— las garantías del crédito inalteradas para el acreedor, o cuando no se prevea la posibilidad de reversión o rehabilitación para el deudor en un plazo razonable mediante la puesta al día de las cuotas impagadas, o cuando no se haya previsto la exclusión del vencimiento anticipado del préstamo en los supuestos en los que este resulte amortizado en su práctica totalidad restando por abonar tan solo un número reducido de cuotas²⁵.

En relación con los posibles efectos que sobre una ejecución en curso pueda suponer la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en la que se fundó, debe tenerse presente que aunque la cláusula de vencimiento anticipado acordara este ante el impago de tan solo una o dos cuotas, si cuando se ejecuta la deuda se han impagado al menos tres cuotas, no procederá su declaración de nulidad y consiguiente suspensión de la ejecución. Nótese que estamos ante el supuesto de una ejecución en curso; y en la apreciación de la abusividad de una cláusula en el seno de un proceso de ejecución habrá que estar a las circunstancias concretas que rodean dicho proceso. Sin embargo, cuando la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado se invoque en un procedimiento declarativo, independientemente, por tanto, del incumplimiento, la valoración del Juez deberá ceñirse al tenor literal de la cláusula —y no a las circunstancias del caso— y declarar su nulidad si el número de impagos pactados fuera inferior a tres o bien, validar su inclusión en caso contrario²⁶.

En todo caso y pese a la dicción literal de la Ley, entiendo que debieran valorar los Tribunales la posibilidad de apreciar la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por abusiva en la que, pese a haberse contemplado el incumplimiento de al menos tres cuotas, concurrieran algunas de las circunstancias —anteriormente citadas— que la propia doctrina del TJUE admite y que sin embargo, el legislador español ha obviado.

5. CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO MOTIVO DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN; MAYORES EXIGENCIAS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

La declaración de la STJUE de 14 de marzo de 2013 en el sentido de que nuestra legislación nacional no trasponía adecuadamente la Directiva 93/13 al

no permitir al deudor alegar en el proceso de ejecución la posible declaración de nulidad de una cláusula por abusiva, como motivo concreto de oposición llevó al legislador a reformar la normativa existente a través de la Ley 1/2013.

Curiosamente, sin embargo, mientras que para la ejecución general el artículo 557.1.7.^a regula como motivo de oposición, simplemente, que «el título contenga cláusulas abusivas», para la ejecución hipotecaria el artículo 695.1.4.^a exige que la cláusula contractual considerada abusiva «constituya el fundamento de la ejecución» o «hubiese determinado la cantidad exigible». La razón de esta dualidad de exigencias no puede ser otra que el mantenimiento del carácter expeditivo y privilegiado con que siempre se ha dotado al procedimiento de ejecución hipotecaria²⁷. Pero es lo cierto que el mantenimiento de esta dualidad de regímenes de oposición va a generar (o a mantener; pues, en cierta medida, se daban ya con anterioridad a la reforma) situaciones jurídicamente complicadas en las que el deudor hipotecario no podrá hacer valer la oposición fundada en la posible nulidad de determinadas cláusulas hipotéticamente abusivas teniendo que acudir para ello al procedimiento declarativo. En esta situación resulta necesario, pues, exigir a los tribunales una interpretación amplia de los motivos de oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria que dé cabida en el mismo a distintos supuestos no expresamente contemplados en el restringido tenor literal de la Ley.

De no ser así, nos encontraremos con supuestos de flagrante injusticia material en los que se obliga al deudor a acudir a un procedimiento declarativo —que según lo previsto por el artículo 698 «nunca» va a producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución—, con la consecuencia posible de que finalizado este resulte la estimación de alguna reclamación que invalide la ejecución tramitada. Es el caso, por ejemplo, de la posibilidad de admitir a trámite la oposición por defectos formales en los procedimientos de ejecución hipotecaria. En estos supuestos, ya se está admitiendo la forzada interpretación de que el artículo 698 permite tramitar la oposición por motivos formales al recoger, literalmente, los supuestos de nulidad del título pero no los de nulidad de actuaciones como el antiguo artículo 132 LH²⁸. Actualmente, sin embargo, la posible aplicación del artículo 552.1 —sobre el control de oficio de las cláusulas abusivas en el título ejecutivo— al procedimiento de ejecución hipotecaria, a la vista de la aplicación supletoria de esa normativa por remisión del artículo 681 permitiría entrar a analizar estos supuestos de oficio por el Juez. Es decir que, por aplicación supletoria del artículo 552, el Juez podría de oficio en el procedimiento de ejecución hipotecaria, declarar la nulidad por abusiva de una cláusula que afecta al título ejecutivo. Admitida la posible apreciación de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo, entiendo que nada obsta a una interpretación favorable a la posibilidad de que estas sean puestas de manifiesto por el deudor hipotecario como motivo de oposición.

Esta parece ser la tesis por la que se inclina el TJUE cuando en su Sentencia de 17 de julio de 2014, con referencia a la doctrina sostenida en el caso AZIZ

(STJUE de 14 de marzo de 2013), entiende que la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que es contrario a ella que un Estado miembro que no prevea la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de cláusulas que constituyan fundamento de la ejecución y que no permita que el Juez que conozca del procedimiento declarativo para apreciar el carácter abusivo de la misma pueda adoptar medidas cautelares tales como la suspensión el procedimiento de ejecución.

Ciertamente criticable resulta, en este contexto, la enorme miopía y ligereza de actuación del legislador español que, obligado por dicha sentencia, se limita a reformar tan solo el apartado 4 del art. 695 (RDL 11/2014, de 5 de septiembre) en lo relativo a la apelación del deudor obviando cualquier posible modificación del sistema de ejecución hipotecaria en el extremo que ahora nos ocupa.

Por otra parte, la nueva regulación instaurada con la reforma de 2013 genera problemas añadidos en aquellos supuestos en los que la cláusula cuya abusividad se alega como motivo de oposición pactó unos intereses de demora desproporcionados y sirvió como base para determinar la cantidad exigible en la ejecución. En estos supuestos la cláusula es claramente admisible como motivo de oposición a la ejecución hipotecaria *ex artículo 695.1.4.^a —in fine—*. Pero surgen importantes problemas de interpretación respecto de los efectos que ello genera en el procedimiento de ejecución cuando se trate de una vivienda habitual.

El efecto de considerar abusiva una cláusula que sirvió de base para determinar la cantidad exigible, en nada empece a la tramitación en sí del procedimiento de ejecución que seguirá su curso; eso sí, teniendo dicha cláusula por no puesta al considerarla inaplicable (art. 695.3.2 en relación con 695.1.4.^a). La consecuencia lógica del efecto anterior es que la ejecución continúa, si bien rebajándose la cantidad exigible en la totalidad del monto económico a que se refería la cláusula anulada. Sin embargo, paradójicamente, la reforma de 2013 que, en principio, se promulga pretendiendo introducir medidas de especial protección a las viviendas habituales gravadas con hipoteca²⁹, se torna en este punto más perjudicial para este tipo de inmuebles (vivienda habitual) que para cualesquiera otros diferentes.

En virtud del procedimiento previsto en la cuestionada DT 2.^a de la Ley 1/2013³⁰, cuando se trate de viviendas habituales habrá que proceder a la integración judicial (o notarial, en su caso) de la cláusula abusiva otorgando al ejecutante un plazo de 10 días para recalcular los intereses de demora de conformidad con el límite máximo introducido por el artículo 114.2. Ello supone que la cláusula abusiva no se va a considerar inaplicable sino que va a ser reintegrada y, en función de lo que de ello resulte, modificada también la cantidad por la que se ha despachado ejecución. Frente a esta situación exigible tan solo respecto de las ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual, se alza la solución que impera en el resto de ejecuciones hipotecarias: cuando la cláusula abusiva haya servido para determinar la cantidad exigible en el procedimiento de ejecución, su declaración de nulidad obligará a considerarla inaplicable y,

por tanto, las cantidades por ella determinadas no podrán servir de base —en ninguna medida— para recalcular el valor por el que se despacha ejecución. De ningún otro modo cabría interpretar la dicción literal del artículo 695.3 párrafo 2.^º al establecer que «de estimarse la causa 4.^a, se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva».

Ante esta dualidad de soluciones contrapuestas, una primera opción podría consistir en interpretar extensivamente el procedimiento previsto en la DT 2.^a y considerarlo aplicable a la ejecución de todo tipo de hipotecas independientemente de la cualidad del inmueble que con ellas se grave. Pero dado que la doctrina del TJUE lo que propugna es la inaplicación de las cláusulas abusivas (y no su integración por parte del órgano judicial)³¹ y, precisamente por ello, dada también la más que dudosa adaptación del procedimiento previsto en la DT 2.^a a la normativa europea, parece sin duda más razonable no solo no considerar su aplicación extensiva sino suspender, incluso, la propia aplicación de la Disposición hasta tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada.

En todo caso, cabe anotar que en el momento de ultimar la redacción de este trabajo, el Abogado General ha formulado ya sus conclusiones³² en el sentido de considerar contraria a la Directiva 93/13/CEE cualquier actuación judicial en relación con una cláusula abusiva que no sea la de declarar su nulidad, tenerla por no puesta y apartarla, por tanto, del procedimiento.

Sostiene literalmente que: «26. Según las citadas Sentencias [Banco Español de Crédito y AsbeekBrusse y de Man Grabito], en virtud del artículo 6, apartado 1 de la Directiva) 93/14/CEE los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, de modo que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato celebrado con un consumidor debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea posible».

De confirmarse, pues, por el TJUE las conclusiones formuladas ya por el Abogado General, una vez más la legislación española y, concretamente, la posibilidad judicial de moderación de la cuantía en las cláusulas de intereses moratorios consideradas abusivos (introducida por la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013) evidenciaría su frontal vulneración de la normativa europea en materia de protección de consumidores y usuarios (Directiva 93/12/CEE).

6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Tras las reformas operadas en 2013 se diseñan en el proceso de ejecución hipotecaria dos posibles vías de control de la nulidad de concretas cláusulas

del título ejecutivo por su carácter abusivo. Así, pese a las críticas recibidas desde determinados sectores³³, puede afirmarse que el control procesal y, por tanto, la nulidad de las cláusulas abusivas en el seno del proceso de ejecución hipotecaria puede evidenciarse de oficio por el órgano judicial, o bien ponerse de manifiesto a instancia de parte³⁴. En todo caso, como trataré de argumentar a continuación, ambas vías deberán entenderse en sentido excluyente cuando versen sobre una misma causa, pues carece de sentido, amén de resultar anti-económico, que oídas las partes respecto de la posible nulidad de una cláusula evidenciada por el juez de oficio y desestimada esta, pueda luego el deudor reiterar la misma pretensión como motivo de oposición.

Si bien es cierto que la posibilidad de controlar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria no aparece expresamente regulada, la aplicación extensiva a dicho procedimiento de lo dispuesto en el artículo 552.1 resulta a mi juicio enteramente factible habida cuenta la remisión realizada por el artículo 681 LEC.

Así las cosas, el artículo 552.1 párrafo 2.^º establece un incidente de audiencia a las partes que convocará el Tribunal cuando considerare, admitida la demanda, que alguna de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo pudiera ser nula por tener carácter abusivo. La puesta en relación de este precepto con el artículo 561.1.3.^a parece dar a entender que el momento procesal oportuno para convocar esta audiencia es entre la admisión de la demanda y el despacho de ejecución pues, a la vista de la audiencia el Tribunal podrá decretar bien la denegación de la ejecución, bien su despacho sin aplicación de la cláusula declarada abusiva. Sin embargo, la consideración como norma de *ius cogens* y, por tanto, de derecho imperativo, de toda la normativa de protección de consumidores y usuarios avala una interpretación distinta que permitiera al Juez plantear de oficio la nulidad de una cláusula por abusiva en cualquier momento del procedimiento.

Esta novedosa posibilidad de control de oficio previa audiencia de las partes del artículo 552.1 viene a superar la tradicional regulación del procedimiento de ejecución hipotecaria cuya celeridad residía, fundamentalmente, en la posibilidad de tramitarlo prácticamente sin contradicción³⁵. Pese a las reiteradas declaraciones del TC en el sentido de reconocer que el procedimiento de ejecución hipotecaria tal y como lo concebía nuestra legislación, se adaptaba al Texto Constitucional³⁶ es lo cierto que la doctrina, y con ella el sentir social más clamoroso en estos últimos años, no pueden entender compatible con la Constitución un procedimiento que se tramitaba, en realidad, *inaudita parte debitoris*³⁷. La introducción, pues, de esta audiencia, aunque la misma solo se dé en el supuesto en el que el Juez entienda que alguna de las cláusulas puede presentar carácter abusivo resulta, en mi opinión loable; aun sin desconocer que la misma plantea no pocos interrogantes cuya interpretación, la jurisprudencia deberá ir perfilando.

Al margen del problema, ya comentado, que se suscita respecto del momento procesal oportuno para plantear de oficio la posible nulidad de una cláusula

por abusiva, otros extremos dignos de reflexión pueden ser los relativos a la necesidad de contradicción o audiencia para la declaración efectiva de la abusividad de una cláusula. Y, en este sentido, aunque tanto la doctrina sentada por el TJUE cuanto la propia regulación instaurada para su aplicación exijan dar audiencia a las partes³⁸, dicha audiencia —en el sentido de oír efectivamente a las partes— no puede interpretarse como estrictamente necesaria para decretar la abusividad de una cláusula; pues tiene declarado nuestro TC que el principio de contradicción se cumple con el mero hecho de facilitar a las partes la contradicción o audiencia³⁹. En consonancia con lo anterior, si debidamente convocadas las partes a la audiencia del artículo 552 no comparecieran estas —al margen de la eventual situación de rebeldía— el juez podrá, en todo caso y si así lo considerase, declarar la nulidad de aquella cláusula por entenderla abusiva.

La reforma de 2013, sin embargo, además de introducir esta novedosa posibilidad de control de oficio de las cláusulas abusivas previa audiencia de las partes, establece también un nuevo motivo de oposición a la ejecución consistente en denunciar —a instancia, pues, de parte— «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695.1.4.^a LEC)⁴⁰. En esta ocasión, sí se trata de una regulación específica para los procedimientos de ejecución hipotecaria; y sobre el carácter más restrictivo que este motivo de oposición adquiere en los procesos de ejecución hipotecaria frente a la ejecución ordinaria he tenido ocasión de pronunciarme con anterioridad y a esas reflexiones me remito. Interesante resulta, sin embargo, analizar el momento procesal oportuno en que dichas alegaciones hayan de ser puestas de manifiesto. La inexistencia de un plazo legalmente previsto para el planteamiento de estas causas de oposición abona dos posibles y distintas soluciones: A) la aplicación analógica del plazo de 10 días que el artículo 556 establece para la oposición en la ejecución ordinaria; o B) la posibilidad de plantear las causas de oposición en cualquier momento que medie entre la admisión de la demanda ejecutiva y el remate del bien. Pese a la existencia de argumentos que fortalecen la primera de las soluciones apuntadas —fundamentalmente la aplicación supletoria para lo no previsto de la normativa general—, comarto, con ACHÓN (2013, 3), que el hecho de que se permita la alegación de determinadas causas de oposición en la ejecución hipotecaria en nada asemeja ese trámite al incidente de oposición, ni a las causas que regulan para la ejecución ordinaria los artículos 556 y 557⁴¹. Entiendo, por tanto, que en el seno de la ejecución hipotecaria la alegación de la posible nulidad de una cláusula por abusiva podrá plantearse desde el momento en el que se admitió a trámite la demanda y hasta el momento del remate del bien. En este sentido, nótese además que nada obsta a que convocadas las partes por el Juez a la audiencia del artículo 552.1 pf. 2.^º para dilucidar la posible nulidad apreciada de oficio sobre alguna cláusula concreta, pueda el deudor plantear en ese momento la nulidad de otra cláusula distinta conforme al artículo 695.4.^a. La

audiencia a que se refiere el artículo 552.1 parece tener lugar entre la admisión de la demanda y el despacho de ejecución y, sin embargo, nada obsta al posible planteamiento en ella de la causa de nulidad a que se refiere el artículo 695.4.

7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE UNA CLÁUSULA ABUSIVA

En relación con los efectos derivados de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva resulta conveniente distinguir entre los que se producen cuando la nulidad se decreta en el propio proceso de ejecución en el que se constata su carácter abusivo y los que se producen cuando la nulidad de la cláusula se decreta en un proceso declarativo incoado a tal fin.

A tenor de lo preceptuado en el artículo 695 tras la reforma de 2003, la declaración del carácter abusivo de una cláusula en el seno de un proceso de ejecución hipotecaria debe suponer el sobreseimiento del mismo cuando la cláusula hubiere constituido el fundamento de la ejecución (situación esta que se da, *v. gr.*, en las cláusulas de vencimiento anticipado) o bien, la tramitación de la ejecución teniéndola por no puesta cuando la cláusula hubiera sido determinante de la cantidad por la que se despachó ejecución (arts. 695.1 4.^a y 695.3). En parecido sentido se pronuncian los artículos 552.1 y 561.3.^a en relación con la ejecución ordinaria y la apreciación de oficio de las cláusulas abusivas aplicable al proceso de ejecución hipotecaria por remisión, como se vio, del artículo 681 LEC.

Por el contrario, la desestimación de la pretensión de nulidad de una cláusula abusiva convalida la ejecución instada por el acreedor, cuya vía queda expedita.

Esta —aparentemente— clara redacción del artículo 695.3 se torna mucho más compleja si la ponemos en relación con la DT 2.^a de la Ley 1/2013 sobre los efectos que produce en el proceso de ejecución en trámite, la declaración de nulidad de una cláusula por pactar intereses moratorios abusivos. Tal y como se tuvo ocasión de analizar en el apartado dedicado al estudio de las cláusulas en las que se pactan desproporcionados intereses de demora —a cuyas líneas me remito—, la reforma operada por la DT 2.^a de la Ley 1/2013 parece contravenir la normativa comunitaria y la doctrina del TJUE (Sentencia de 14 de junio de 2012, parágrafo 65) que expresamente establece la obligación de los jueces nacionales de dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin que puedan modificar estos el contenido de la misma. De esta manera y hasta tanto no se resuelva la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena por considerar que la DT 2.^a de la Ley 1/2013 no traspone de forma efectiva la Directiva 93/13/CEE, al impedir la aplicación de la sanción de nulidad de la cláusula abusiva, como exige el artículo 6.1, la situación en la que actualmente nos encontramos es que, legislativamente, el Juez deberá proceder a la integración de la cláusula instando

al acreedor a moderar los intereses de demora que se consideren abusivos sin decretar, por tanto, su nulidad ni expulsar la cláusula abusiva del contrato en el que se suscribió.

Ello no obstante, la beligerancia de los jueces de primera instancia en pro de un sentido común avalado por argumentos de justicia material, permite encontrar sentencias como la de 23 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Cáceres que aboga abiertamente por la imposibilidad de que el Juez pueda aplicar una cláusula declarada nula, ni siquiera previa moderación de los intereses abusivos pactados por las partes.

Por otra parte, siguiendo con los efectos que produce la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva en el seno del proceso de ejecución en que se decreta, hay que tener presente, que la estimación de dicha nulidad requiere de ciertas reflexiones sobre su extensión y alcance; es decir, sobre la extensión y alcance de los límites objetivos y subjetivos del efecto de cosa juzgada de dicha declaración de nulidad⁴².

La nulidad de una cláusula abusiva en este contexto solo es aplicable a quienes fueron parte en el proceso de ejecución en que se estima y en relación, exclusivamente, con el mismo. Así, esa declaración de nulidad ni puede, por un lado, desplegar efectos sobre otros consumidores afectados por la misma cláusula, que tendrán que instar su nulidad en un proceso específico mediante los mecanismos legalmente existentes (y ello porque no se daría la necesaria «identidad subjetiva» que permitiría considerar extendidos a ellos los efectos de cosa juzgada); ni puede, por otro lado, alegarse cosa juzgada aún entre esos mismos sujetos cuando sobreseído el proceso de ejecución en el que se declaró la nulidad de una cláusula por abusiva (p. ej.: se pactó el vencimiento anticipado ante el impago de un único periodo de amortización) o inaplicada esta por ser determinante de la cantidad exigible, el acreedor inste posteriormente un nuevo procedimiento en el que, aunque amparado en la misma cláusula haya corregido su abusividad conforme a las exigencias legales.

Así, por ejemplo, transcurridos cuatro, cinco... (más de tres, en cualquier caso) periodos de amortización de la deuda impagados, el acreedor podrá solicitar el vencimiento anticipado sobre la base de una cláusula anteriormente declarada abusiva, en la que se preveía este ante el incumplimiento de un único periodo de amortización⁴³. O, del mismo modo, se admite —aunque este caso es, a mi juicio, más controvertido que el anterior— que el acreedor reclame unos intereses moratorios inferiores al límite legal establecido en el artículo 114 LH aunque la cláusula de intereses moratorios pactada lo fuera por unos intereses muy superiores y, precisamente por ello, hubiera sido considerada abusiva en un procedimiento anterior⁴⁴.

En mi opinión, sin embargo, dos argumentos cuestionan, esta última interpretación: uno de orden práctico y otro de orden teórico. Desde una perspectiva práctica y a la luz de la controvertida aplicación de la DT 2.^a, resultará que

cuando se trate de vivienda habitual y nos encontremos ante una cláusula de intereses moratorios superiores al límite de tres veces el interés legal del dinero (art. 114 LH) el secretario judicial otorgará a las partes la facultad de moderación del mismo y, a la vista de las nuevas cantidades acordadas continuará con la ejecución del procedimiento. En tales casos (siempre que se aplique la DT 2.^a, en espera de una solución definitiva frente a las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE contra ella, anteriormente tratadas) la ejecución se tramitará conforme a la nueva cantidad exigible que resulte de la aplicación de la corrección de la cláusula abusiva. Con ello, desaparecería el escenario anteriormente representado en el que la inaplicación de una cláusula abusiva permite el acreedor intentar de nuevo la ejecución con la moderación de la misma dentro de los límites legales. Y, junto a ello, pero desde una perspectiva más teórica en esta ocasión, no podemos dejar de plantearnos si dada la naturaleza sancionatoria de los intereses moratorios⁴⁵ debieran ser estos, en todo caso, producto de un pacto entre las partes (dentro de los límites legales —art. 114 LH—) sin que fuera admisible su fijación unilateral por el acreedor. Quizás tan solo cabría admitir el supuesto en el que el acreedor se limitara a reclamar como intereses de demora el interés legal del dinero; y ello porque así lo dispone en ausencia de pacto el artículo 1108 del CC pero no porque se reconozca, en modo alguno al acreedor una facultad unilateral para la determinación de los intereses.

Al margen, como se ha visto, de los efectos que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva pueda producir en el proceso de ejecución en curso, se anunció que se estudiarían también, los efectos que se producen cuando la declaración de nulidad se obtiene en el seno de un proceso declarativo.

A priori, cabría afirmar, como punto de partida, que la declaración del carácter abusivo de una cláusula en el seno de un proceso instado a tal fin, desplegará efectos concretos en un proceso de ejecución en curso cuando concurra la identidad subjetiva de las partes en ambos procedimientos. Sin embargo, esta afirmación adquiere importantes matices en aquellos supuestos en los que el procedimiento declarativo instado, lo es en ejercicio de una acción de cesación de las condiciones generales de la contratación (supuesto que da lugar a la ya citada STS de 9 de mayo de 2013), en cuyo caso —como sostiene GIMENO— habría que interpretar que la nulidad debe desplegar efectos *ex tunc y erga omnes*⁴⁶.

De este modo, si incoado un proceso declarativo en el ejercicio de una acción colectiva de cesación de las condiciones generales de contratación se declarase la nulidad de una cláusula (o varias) por abusiva(s), desplegará estos claros efectos en el contrato suscrito, debiendo partirse de su nulidad y del hecho, por tanto, de ser tenidas por no puestas en cualquier intento futuro de ejecución.

Sin embargo, mayores problemas suscita la determinación de los efectos que produce la declaración de nulidad de estas cláusulas en aquellos procesos de ejecución concretos, ya finalizados pero tramitados al amparo de las mismas, con

anterioridad al reconocimiento y constatación de su carácter abusivo. Porque de no admitirse la devolución al deudor ejecutado de las cantidades cobradas por el acreedor sobre la base de una cláusula considerada nula, se estaría aceptando como lícito un enriquecimiento injusto de dicho acreedor a costa del deudor. La polémica se desata con la declaración de irretroactividad formulada por la STS de 9 de mayo de 2013 en cuyo análisis se profundizará a continuación.

III. ALGUNOS PROBLEMAS DE JUSTICIA MATERIAL: DERECHO DE REINTEGRO (DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS POR EL ACREDOR EJECUTANTE) VS ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

La cuestión, para centrar el objeto de debate, gira en torno a lo siguiente: si declarado el carácter abusivo de una cláusula y, por tanto su nulidad, debe o no debe tener el deudor hipotecario derecho al reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por el acreedor sobre la base de dichas cláusulas nulas.

Efectivamente, la polémica viene servida por la declaración de irretroactividad efectuada por la STS de 9 de mayo de 2013 tras la estimación de la nulidad de determinadas cláusulas que considera abusivas. Tal declaración de irretroactividad impide la propia utilización de esta Sentencia como título legítimo para la restitución al deudor de cantidades que las entidades crediticias cobraron en virtud de unas cláusulas suelo declaradas nulas generándose así, lo que cabría considerar como un enriquecimiento injusto de dichos acreedores.

La argumentación efectuada por la Sentencia en términos —a mi juicio— más económicos que jurídicos⁴⁷, además de resultar altamente criticable⁴⁸, genera la curiosa paradoja de que quienes no fueron parte del procedimiento declarativo podrán verse restituidos de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades crediticias en virtud de la estimación de individuales acciones de nulidad de esas cláusulas ya declaradas abusivas por el TS, mientras que quienes fueron parte del mismo tendrán, necesariamente, que acatar el efecto irretroactivo de la sentencia.

Esta paradójica situación se justifica por la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada material de la sentencia que, no se olvide, fue dictada al amparo de una acción de cesación⁴⁹. Conviene tener presente que la acción de cesación conlleva determinadas características propias que la delimitan y distinguen de otras como, por ejemplo, la acción de tutela de intereses colectivos y difusos (arts. 11.2 y 3 LEC). En esta última, el demandante actúa en representación de numerosos consumidores a los que sí afectará la extensión subjetiva del efecto de cosa juzgada material; pero en la acción de cesación, el demandante actúa, exclusivamente, en su propio nombre y representación⁵⁰. Así las cosas, nada impediría —como de hecho ya ha sucedido en la práctica— que tras la decla-

ración de nulidad de determinadas cláusulas alcanzada como consecuencia del ejercicio de una acción de cesación (STS de 9 de mayo de 2013), consumidores diferentes de aquellos que fueron parte en el procedimiento pero afectados por la misma situación material, solicitaran —pese a la declaración de irretroactividad de la sentencia— la restitución de las cantidades que esas mismas entidades crediticias les cobraron indebidamente.

En consecuencia, frente a la declaración de irretroactividad de la STS de 9 de mayo de 2013 que afecta a quienes fueron parte en el procedimiento, asistimos a la paradójica estimación de determinadas acciones de nulidad interpuestas por consumidores individuales que no fueron parte en el anterior proceso y a los que sí se les restituyen las cantidades que les fueron indebidamente cobradas. Esta es la solución alcanzada por las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense de 10 de mayo de 2013 (por la que se condena al Banco Popular a la devolución de las cantidades), de 13 de mayo de 2013 (que condena a la devolución a NCG), o de 21 de mayo de 2013 (que condena de nuevo al Banco Popular); en el mismo sentido la de 23 de mayo de 2013, del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga (por la que se condena a Cajamar) o la de 19 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao (por la que se condena a NCG). Como con acierto argumenta esta última sentencia, la STS de 9 de mayo de 2013 proclama su propia irretroactividad⁵¹ pero no la irretroactividad de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo con carácter general. Habrá de ser, pues, el juzgador quien atendiendo a las circunstancias del caso se pronuncie sobre la restitución de las cantidades indebidamente cobradas al amparo de las cláusulas declaradas nulas. Pero el problema es que la interpretación judicial, lejos de ser pacífica comienza a exteriorizar profundas contradicciones y precisamente esta última sentencia citada, del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao ha sido recientemente revocada por la AP Bizkaia⁵² dejando sin efecto la condena del banco a devolver a los actores las cantidades que abonaron en virtud de la cláusula que se declaró nula. Argumenta la Audiencia, en primer lugar, que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no puede producir efectos de cosa juzgada en el caso que enjuicia por no coincidir ni los demandantes, ni la pretensión ejercitada ni la *causa petendi*. Y, en segundo lugar que la devolución de las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula suelo declarada nula sí tiene —frente a lo que sostiene la Sentencia de instancia— transcendencia en el orden socioeconómico; pues su éxito supondría una llamada a la formulación de reclamaciones por parte de todos los consumidores suscriptores de contratos de préstamos con estipulaciones similares.

Resulta cuanto menos llamativo y, desde luego, desalentador, que en plena crisis económica, provocada por la exacerbación del capitalismo a ultranza, una vez más los poderes públicos —en este caso, el judicial— aprovechen o, mejor, desaprovechen la espléndida oportunidad que brindaba

el enjuiciamiento de estos supuestos para mitigar algunos efectos perversos de la radicalización de este sistema económico. En puridad y en resumen, la posición sostenida por esta Audiencia Provincial de Bizkaia —precedente previsible de sentencias posteriores— no es sino la consagración del triunfo del capitalismo extremo; supone mantener en la práctica una situación injusta —tan injusta, que ha llegado a ser declarada nula por los Tribunales— como es el cobro indebido de unas cantidades abusivas, porque ajustarla a Derecho puede constituir un riesgo para el «orden socioeconómico»; es decir, desde la perspectiva de esta sentencia, un riesgo para el «orden socioeconómico» es, en puridad, un riesgo para las entidades bancarias. Porque, entiéndase bien que lo que se está sosteniendo con ello es que el hecho de que los bancos tengan que devolver un dinero injustamente obtenido a costa de los ciudadanos, puede generar un riesgo para el orden socioeconómico; pero perjudicar, engañar y estafar a los particulares no parece suponer riesgo alguno para el conjunto de esta sociedad... para ese mismo «orden socioeconómico». Ante esto no queda sino preguntarnos si es que desde esta visión de la economía, los consumidores no forman parte del orden socioeconómico... a qué parte de ese orden se supone que no pertenecen... ¿al social o al económico?... Dónde queda la ética social, la ética pública o la ética de los negocios es la pregunta que cabe hacerse a continuación. Porque sin lugar a dudas, el efecto directo de esa no devolución de las cantidades ilícitamente cobradas por las entidades bancarias en virtud de cláusulas suelo declaradas nulas constituye un llamamiento a su utilización y perpetuación en los contratos hipotecarios. En realidad, esto es lo que supone un riesgo para el orden socioeconómico. En mi opinión, estas resoluciones son auténticas generadoras de alarma social.

A mayor abundamiento, una interpretación como la descrita es directamente contraria al artículo 9.2 de la CE que manda a los poderes públicos a promover las condiciones para convertir en reales y efectivas la libertad e igualdad de los individuos, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando la participación de estos en la vida política, económica, cultural y social. Con la extensión de la doctrina sentada por la STS de 9 de mayo de 2013 y seguida por la SAP Bizkaia que ahora se comenta, valores como la igualdad, que se suponen superiores del ordenamiento jurídico, quedan relegados frente a una abstracta apelación a un orden socioeconómico —parcialmente entendido— con infracción clara del mandato constitucional.

Esta situación de inseguridad, desigual y discriminatoria, no tendría por qué llegar a suceder si, como con acierto razona GIMENO (2013, 5), se asumiera que la declaración de nulidad, lejos de ceñirse a quienes hubieran sido parte en el proceso desplegaría efectos *ex tunc y erga omnes*⁵³.

En todo caso y aun siendo consciente de la complejidad económica de la propuesta, entiendo que debiera propugnarse una aplicación retroactiva de la

doctrina sentada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 de forma tal que los deudores que hayan resultado desahuciados o hayan perdido sus bienes en virtud de un procedimiento de ejecución cuyo fundamento traía causa de una cláusula abusiva, puedan recuperar los mismos o, al menos, conseguir una indemnización que palie el injusto perjuicio económico sufrido. En el peor de los escenarios, aun admitiendo —o, con mayor propiedad, «acatando»— la irretroactividad de la declaración de nulidad, comparto la posición de ACHÓN BRUÑÉN (2013, 1) al considerar que si las cláusulas pactaban unos intereses desproporcionados o incrementaban desproporcionadamente la cantidad debida por el deudor, deberán verse afectadas por la nulidad cuando, aun habiendo concluido el procedimiento de ejecución hipotecaria reste todavía algún importe pendiente de pago en virtud del cual el deudor viere sus bienes sometidos a embargo por haber resultado insuficiente la garantía hipotecaria⁵⁴.

En el momento de corregir las pruebas para la publicación de este trabajo, la prensa recoge la noticia de una Sentencia del TS todavía no redactada ni firmada, en la que —al parecer— se va a consagrar la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente cobradas por los bancos pero solo desde mayo de 2013 (fecha de la resolución judicial afectada)⁵⁵.

IV. Y... SEGUIMOS CON EL *FAVOR CREDITORIS* ...: DE LOS EFECTOS DEL AUTO RESOLUTORIO DE LA OPOSICIÓN

Otra consecuencia, sin duda curiosa, de la reforma de 2013 en el artículo 695.4 LEC residió en que al otorgar diferentes efectos al auto estimatorio o desestimatorio de la oposición, colocaba al acreedor y al ejecutado ante panoramas procesales muy diversos y ciertamente ventajosos para el acreedor hipotecario. Califico de «curiosa» esta superior posición en la que se colocó al acreedor hipotecario no solo por lo que ello pudiera suponer respecto de una posible afectación al principio de igualdad de armas en el proceso⁵⁶ sino porque se trata de una reforma que, paradójicamente, el propio legislador confesaba haber realizado en atención a la delicada situación por la que en este momento histórico atravesan los deudores hipotecarios⁵⁷.

Efectivamente, los apartados 3 y 4 del artículo 695 LEC diseñaron diferentes panoramas procesales en función de si el auto es estimatorio o desestimatorio de la pretendida nulidad de una cláusula abusiva.

Frente al auto estimatorio de la nulidad y que, en consecuencia, decretara bien el sobreseimiento de la ejecución, bien la inaplicación de la cláusula en caso de continuar adelante el procedimiento, el ejecutante podía interponer recurso de apelación. Sin embargo, si el auto era desestimatorio de la pretendida nulidad no solo no era susceptible de recurso alguno sino que dado que sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se había dictado,

al deudor le quedaba tan solo la posibilidad de acudir al declarativo posterior; en aparente contradicción, por cierto, con el dictado literal del artículo 698 según el cual dicho procedimiento declarativo cabría tan solo para dilucidar cuestiones «no comprendidas en los artículos anteriores».

Las ventajas y desventajas de la potencial apelación que se brinda al acreedor ejecutante frente al declarativo posterior que resta al ejecutado han sido resumidas con acierto por DE LUCCHI y RUIZ RICO⁵⁸, pues lo cierto es que los costes de abogado y procurador en el declarativo resultaban muy superiores perjudicándose con ello la posición procesal del ejecutado. Añaden los autores citados que la apelación supone, además, la emisión de una sentencia por parte de un Tribunal colegiado con las garantías añadidas que este hecho conlleva. Y, por último que, tampoco cabía entender perjudicial la limitación probatoria de la apelación frente a la libertad de prueba del declarativo por cuanto, en el caso concreto de apelación de un auto de sobreseimiento por estimar la nulidad de la cláusula abusiva, las partes gozaron de ilimitadas posibilidades de alegación y prueba en el incidente de oposición diseñado al efecto por el apartado 2 del artículo 695.

En puridad, pues, con esta incoherente regulación de los efectos del auto resolutorio de la oposición a la ejecución hipotecaria no podía sino concluirse que se cerraba, una vez más, el círculo de una reforma inspirada, de nuevo, en el *favor creditoris* como se argumentó ya desde el inicio del presente trabajo.

Y, de nuevo, también en esta ocasión hubo de ser el TJUE quien viniera a recordarle al legislador español los postulados básicos del principio de igualdad que cabezónicamente insistía este en transgredir. Así, en la STJUE de 17 de julio de 2014 y en recordatorio de lo obvio, sostiene el TJUE que «el principio de igualdad de armas, lo mismo que en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria».

A la vista, pues, de esta nueva llamada de atención sobre la inadecuación de nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria a la Directiva 93/13/CEE, el legislador español acomete una nueva reforma, esta vez mediante el RDL 11/2014, de 5 de septiembre de medidas urgentes en materia salarial en cuya Disposición Final Tercera modifica el artículo 695.4 LEC permitiendo la apelación frente a la resolución desestimatoria de la oposición ejercitada por el deudor.

V. CONCLUSIONES

I. La inadecuación de nuestro sistema de ejecución hipotecaria (antes de la reforma de 2013) a la normativa europea de protección de consumidores,

constatada por el TJUE en su Sentencia de 14 de marzo de 2104, si bien no puso de manifiesto ningún óbice constitucional añadido sí obligó a introducir un nuevo motivo de oposición fundado en la existencia de una cláusula contractual abusiva cuando constituyera esta el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

II. Para la constatación del carácter abusivo de una cláusula suelo no bastará, tras la STS de 9 de mayo de 2013, con respetar las condiciones de transparencia exigidas por la Ley de condiciones generales de la contratación y la normativa sectorial vigente, sino que habrá que analizar también el cumplimiento de las exigencias incluidas en la propia sentencia; ello supone que el cliente ha de alcanzar un perfecto conocimiento no solo de la cláusula suelo que contrata sino de su trascendencia y la incidencia real que puede suponer en el coste del crédito.

III. La posibilidad de que judicialmente pueda integrarse una cláusula abusiva de intereses moratorios recalculando estos conforme a lo previsto en la DT 2.^a de la Ley 1/2013 choca frontalmente con la doctrina del TJUE en función de la cual las cláusulas abusivas deben ser tenidas por no puestas. Resultaría aconsejable la suspensión de su aplicación hasta tanto se resuelva la cuestión prejudicial interpuesta al respecto ante el TJUE.

IV. La consideración como abusiva de toda cláusula que pacte el vencimiento anticipado de una deuda ante el impago de menos de tres cuotas de amortización es una solución simplista que no respeta la amplitud de criterios con que la doctrina del TJUE entiende que deben analizarse este tipo de cláusulas y que atiende fundamentalmente, a las circunstancias propias de cada caso concreto y al equilibrio entre las partes, en relación con el propio crédito hipotecario.

V. La limitaciones legalmente establecidas para que el carácter abusivo de una cláusula constituya motivo de oposición en la ejecución hipotecaria (que «constituya el fundamento de la ejecución o «hubiese determinado la cantidad exigible») contrastan con una deseable interpretación extensiva de los motivos de oposición entre los que tenga cabida, por ejemplo, la nulidad del título por defectos formales —apreciada de oficio o denunciada por la parte deudora—.

VI. El control procesal de las cláusulas abusivas puede realizarse de oficio (a través de un incidente de audiencia a las partes al que convocará el Tribunal cuando así lo estime) o a instancia de parte (que lo podrá denunciar en cualquier momento del procedimiento que medie entre la admisión a trámite de la demanda y el remate del bien). Si la parte planteara la nulidad de una cláusula abusiva en el incidente de audiencia convocado por el Juez, aunque lo sea a raíz de la supuesta nulidad de una cláusula distinta, el planteamiento de la nulidad de estas cláusulas debe entenderse excluyente de modo que no podrán ser interpuestas en otro momento posterior.

VII. Cuando la nulidad de una cláusula abusiva se declare en el seno de un proceso de ejecución afectará tan solo a quienes fueron parte en el proceso

de ejecución en que se estima y en relación, exclusivamente, con el mismo. Esa declaración de nulidad, ni puede desplegar efectos sobre otros consumidores afectados por la misma cláusula, que tendrán que instar su nulidad en un proceso específico (porque no se daría la necesaria «identidad subjetiva» que permitiría considerar extendidos a ellos los efectos de cosa juzgada); ni puede fundamentar la alegación de cosa juzgada aún entre esos mismos sujetos cuando sobreseydo el proceso de ejecución en el que se declaró la nulidad de una cláusula por abusiva o inaplicada esta por ser determinante de la cantidad exigible, el acreedor inste posteriormente un nuevo procedimiento en el que, aunque amparado en la misma cláusula haya corregido su abusividad conforme a las exigencias legales.

VIII. Cuando la nulidad de una cláusula abusiva se declare en el seno de un proceso declarativo, por el ejercicio de una acción colectiva de cesación de las condiciones generales de contratación, habrá de ser tenida por no puesta en cualquier intento futuro de ejecución. Pese a que el TS ha considerado que tal declaración de nulidad no afecta a aquellos procesos de ejecución que hubieren podido tramitarse con anterioridad al amparo de dichas cláusulas nulas, en puridad, tales situaciones generan un enriquecimiento injusto de la entidad acreedora que debieran justificar, en estrictos términos de justicia material, el reembolso de las cantidades cobradas a su amparo. La dispersión de la jurisprudencia menor existente en el momento de redacción de este trabajo impide tener por definitiva cualquier posición al respecto pero la STS de 9 de mayo de 2013 permite aventurar la pesimista tesis de que estas cantidades no serán devueltas a los deudores al amparo del hipotético riesgo que según sostiene, ello conllevaría para el orden socioeconómico y ello pese al anuncio de una sentencia en la que parece que el TD va a consagrar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas desde mayo de 2013.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto de 31 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona
- Auto de 16 de agosto de 2013 del Juzgado de Primera Instancia e Inspección núm. 2 de Marchena
- ATC 113/2011, de 19 de julio de 2011
- ATS de 3 de junio de 2013
- Sentencia de la AP Bizkaia, Sección 4.^a, de 10 de febrero
- Sentencia de la AP Girona, Sección 1.^a, 111/2013 de 19 de marzo
- Sentencia de 2 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona
- Sentencia de 10 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense

- Sentencia de 13 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense
- Sentencia de 19 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao
- Sentencia de 21 de mayo de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense
- Sentencia de 23 de mayo de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Málaga
- Sentencia de 23 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Cáceres
- STC 18 de diciembre de 1981
- STC de 17 de mayo de 1985
- STC 142/2006 de 8 de mayo, Sala Segunda, rec. 3523/2003
- STJUE de 4 de junio de 2009 (Pannon)
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (Banif plus Bank Zrt)
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 16 de enero de 2014
- STJUE de 17 de julio de 2014
- STS de 2 de octubre de 2001
- STS núm. 430/2009, de 4 de junio, rec. 2586/2004
- STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013
- STS de 18 de octubre de 2013, rec. 10487/2013
- STS de 14 de octubre de 2013, rec. 1501/2012

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013a). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065.
- (2013b). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127.
- ARROYO, F. J. (2014). Prólogo. En: J. López Jiménez (coord.) *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona: Bosch.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad Castilla-La Mancha, [en línea] disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/>, núm. 6.
- CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley* núm. 8159.
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores

- hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, [en línea], núm. 31, disponible en www.iustel.com
- FUENTES SORIANO, O. (1998). *El proceso de ejecución hipotecaria*. Madrid: Edijus.
- (2013). Comentarios a los artículos 695 a 698. En: J. M. Asencio Mellado (coord.). *Ley de enjuiciamiento civil comentada y con jurisprudencia*, Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 1954-1970.
- GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116.
- GUASP, J. (1951). *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.
- JUDT, T. (2010). *Algo va mal*. Madrid: Taurus.
- LÓPEZ JIMÉNEZ J. M. (Coord.) (2014). *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*. Barcelona: Bosch.
- (2014). Diez ideas clave sobre la cláusula suelo. *Diario La Ley*, núm. 8273, de 18 de marzo de 2014.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*. Núm. 8154.
- STIGLITZ, J. E. (2013). *El precio de la desigualdad*. Madrid: Prisa Ediciones.
- VVAAs (2013). Conclusiones de las Jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del FJUE en materia de cláusulas abusivas. [En línea], disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Conclusiones_de_la_Jornada_sobre_las_repercusiones_de_la_doctrina_del_TJUE_en_materia_de_clausulas_abusivas_en_ejecuciones_hipotecarias.
- ZURITA MARTÍN, P. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer.

NOTAS

¹ JUDT, T., *Algo va mal*, Taurus, 2010, p. 17.

² STIGLITZ, J. E., *El precio de la desigualdad*, Prisa Ediciones, 2013, pp. 11-13.

³ Sobre el tema, *in extenso* LÓPEZ JIMÉNEZ J. M (coord.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Bosch, 2014; de forma esquemática, también en «Diez ideas clave sobre la cláusula suelo», *La Ley*, núm. 8273, de 18 de marzo de 2014.

⁴ Mayor detalle en las cifras puede obtenerse consultando el informe anual de 2012 del Banco de España, disponible en http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/PublicacionesAnuales/MemoriaServicioReclamaciones/12/MSB_2012.pdf

⁵ Sobre este tema he tenido ocasión de ocuparme, *in extenso* en *El proceso de ejecución hipotecaria*, Edijus, Madrid, 1998.

⁶ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell plantea cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579.2 LEC al entender que la limitación de los motivos de oposición a la ejecución impiden al juzgador abordar el examen de los motivos aducidos por el ejecutado, sin que la remisión al procedimiento plenario represente una efectiva garantía de protección de sus legítimos intereses, provocando la indefensión del ejecutado en relación con la protección del derecho a una vivienda digna y adecuada reconocido en la Constitución. A ello añade la indefensión producida a la parte ejecutada en caso de insuficiencia solutoria del producto de la subasta del bien ejecutado como consecuencia de la ausencia de un trámite de oposición a la ejecución cuando esta prosiga por el cauce del procedimiento de ejecución

ordinario. La cuestión de constitucionalidad planteada es inadmitida por el Pleno del TC, con el voto particular del Magistrado Eugení GAY MONTALVO. El auto recuerda una vez más la consolidada doctrina del TC según la cual, y con referencia a SSTC desde 1981, «este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el artículo 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquellos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE».

⁷ STJUE de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelva la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de dicha Directiva.

⁸ Traigo a este trabajo reflexiones que he manifestado en FUENTES SORIANO, O. (2013). Comentarios a los artículos 695 a 698. En: J. M. Asencio Mellado (coord.). *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*: Madrid: La Ley. Wolters Kluwer (1954 a 1970).

⁹ Sobre la interpretación de lo que deba considerarse «desequilibrio importante» en los derechos y obligaciones de las partes se ha pronunciado recientemente el TJUE a la luz de una cuestión prejudicial interpuesta por la AP Oviedo. Como bien resume el TJUE en la propia sentencia «Con su cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta en sustancia si el concepto de “desequilibrio importante”, que figura entre los criterios generales enunciados en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva para definir una cláusula abusiva, debe interpretarse en el sentido de que exige que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula de ese tipo tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, o bien si solo deben considerarse los efectos de dicha cláusula en los derechos y obligaciones del consumidor. La respuesta del Tribunal ante la cuestión planteada establece que «(...) el artículo 3, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de 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.— Incumbe al tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este» STJUE, Sala Primera, Sentencia de 16 de enero de 2014, C-226/2012.

¹⁰ Esta sentencia ha sido severamente criticada desde todas las ópticas posibles; así, las críticas van desde quienes la consideran atentatoria contra los derechos e intereses de las entidades crediticias, en este sentido CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. En *Diario La Ley* núm. 8159) hasta quienes entienden —mayoritariamente— que vulnera los derechos del consumidor [entre otros PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2013). «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras

la STS de 9 de mayo de 2013. En: *Diario La Ley*, núm. 8154]. Como con acierto expresa ARROYO, esta Sentencia «ha generado un ‘tsunami’ jurídico y económico» (ARROYO, F. J. (2014). Prólogo. En: J. López Jiménez (coord.) *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Barcelona: Bosch) cuyos efectos —añado al comentario— lejos de empezar a ser superados, comienzan a dejarse sentir en términos, como se verá en este trabajo, de enorme inseguridad jurídica.

¹¹ OM de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

¹² Sostiene la STS de 9 de mayo de 2013 que: «209. Como hemos indicado, las condiciones generales impugnadas, examinadas de forma aislada, cumplen las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC para su incorporación a los contratos.

210. Ahora bien, el artículo 80.1 TRLCU dispone que “[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”. Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.

212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante.

213. En definitiva, como afirma el IC 2000 “[e]l principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa”».

¹³ Aparecen así enumerados en su apartado séptimo de la parte dispositiva de la Sentencia.

¹⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*. Núm. 8154, p. 2. En parecido sentido, sostienen CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CÁRRASCO que la interpretación sentada por esta sentencia supone la segura condena de toda entidad bancaria que haga constar una cláusula suelo/techo aunque lo haga con pleno respeto a la normativa sectorial reguladora de las condiciones de transparencia; pues dadas las exigencias de la sentencia será inevitable incurrir «en alguno de los nichos de no-transparencia» que la misma delimita en el parágrafo 225. CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CÁRRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley* núm. 8159, p. 2.

¹⁵ Jornadas organizadas por el CGPJ el 8 de mayo de 2013. En la conclusión séptima de las alcanzadas puede leerse: «7.- Con relación a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas:

— En cuanto a las cláusulas de fijación de intereses moratorios, habrá que valorar los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular, el que se contempla en el nuevo artículo 114 LH (...). Conclusiones disponibles en fecha 4 de noviembre de 2013 en http://www.poderjudicial.es/cgj/es/Poder_Judicial/En_Portada/Conclusiones_de_la_Jornada_sobre_las_repercusiones_de_la_doctrina_del_TJUE_en_materia_de_cláusulas_abusivas_en_ejecuciones_hipotecarias.

¹⁶ En este sentido GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

¹⁷ Como indica GIMENO, los límites vendrán marcados por el 15% si se trata de vivienda habitual (el interés legal del dinero para este año está fijado en un 5%; el triple del interés legal del dinero marcaría el límite del 15%) y muy por debajo del 18'5% en cualquier otro caso (intereses de demora declarados abusivos por la STJUE de 14 de marzo de 2013). GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

¹⁸ STJUE de 14 de junio de 2012. Sobre el tema puede verse ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127.

¹⁹ STJUE de 14 de junio de 2012: Parágrafo 65 «así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas (...).».

²⁰ Auto JPIEI Núm. 2 de Marchena, de 16 de agosto de 2013. Ponente: Ruiz de Lara. Literalmente, se plantea al TJUE en este auto si la DT 2.^a de la Ley 1/2013 «no supone sino una limitación clara a la protección del interés del consumidor al imponer implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar una cláusula de interés de demora que haya incurrido en abusividad, recalculando los intereses estipulados y manteniendo la vigencia de una estipulación que tenía un carácter abusivo, en lugar de declarar la nulidad de la cláusula y la no vinculación al consumidor de la misma».

²¹ En este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127, p. 3. Como acertadamente hace notar la autora, esto es lo que ha provocado ya la emisión de resoluciones decretando la nulidad por abusiva de determinadas cláusulas de intereses moratorios y, por tanto, conforme a ello, la imposibilidad de reclamarlos o de integrar la cláusula y la consiguiente obligación de tenerla por no puesta: AJPI núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013; SJM núm. 3 de Barcelona de 2 de mayo de 2013; o la SAP Girona, Sección 1.^a, 111/2013 de 19 de marzo.

²² GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

²³ Sobre la nulidad de otras cláusulas de vencimiento anticipado puede verse ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario la Ley*, núm. 8127.

²⁴ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 20, disponible en www.iustel.com.

²⁵ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 20, disponible en www.iustel.com.

²⁶ ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, núm. 8127, p. 7.

²⁷ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 8, disponible en www.iustel.com

²⁸ En este sentido ACHÓN BRUÑÉN, M. J., (2013). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065, p. 3.

²⁹ Así se pone de manifiesto en el propio preámbulo de la Ley cuando establece, ya en su párrafo inicial, que «la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual».

³⁰ Se ha referido ya en este trabajo el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE por parte del JPIEI núm. 2 de Marchena (Auto de 16 de agosto de 2013) en la que se pone en duda la adecuación del procedimiento de previsto en esta DT 2.^a con la normativa europea de protección de consumidores y, concretamente, con las disposiciones del artículo 6.1 de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.

³¹ Véase STJUE de 14 de junio de 2012: Parágrafo 65, anteriormente citado.

³² Conclusiones de 16 de octubre de 2014 a los asuntos acumulados C-482/2013, C-484/2013, C-485/2013 y C-487/2013. Abogado General Nils Wahl.

³³ Vid. CARRASCO PERERA, A. (2013). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad Castilla-La Mancha, [en línea] disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/>, núm. 6, p. 8: «La solución óptima tiene que respetar a la vez las exigencias de apreciabilidad de oficio y de no redundancia. No basta con abrir una nueva causa de oposición a la ejecución, porque el ejecutado puede simplemente —y tiene incentivos a ello— permanecer en rebeldía. Pero tampoco tiene justificación dividir y duplicar las instancias de control. Como es insoslayable que el juez pueda ejercer en último caso el control de oficio, la solución más económica hubiera sido la de abrir en todo caso, y no solo cuando el juzgador considere *prima facie* que una cláusula puede ser abusiva, un incidente de audiencia y posición (de diez días, por ejemplo), una vez realizado el examen de admisibilidad de la demanda ejecutiva, y antes de despachar ejecución y requerir de pago al deudor. Este trámite debería haber sido el único en que se pudieran formular alegaciones sobre la abusividad de las cláusulas hipotecarias. Se ahorrarían de esta forma trámites procesales innecesarios y la gestión de la certificación registral del artículo 688 LEC».

³⁴ La necesidad de arbitrar medidas más estrictas de control previo de las cláusulas para evitar que alcancen el estadio de la ejecución hipotecaria es un tema recurrentemente denunciado por la doctrina. En este sentido, ZURITA MARTÍN, P. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley. Grupo Wolters Kluwer. p. 254.

³⁵ Sostenía ya GUASP a mitad del pasado siglo y en relación con el procedimiento de ejecución del artículo 131 LH que «(...) se observa como más interesante la característica que antes precisamente fue indicada, a saber; la ausencia en la tramitación de una fase destinada a la comparecencia del demandado y a la audiencia de sus posibles alegaciones. Esta ausencia es uno de los puntos esenciales del nuevo procedimiento (...)». GUASP, J. (1951). *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*. Barcelona: Casa Editorial Bosch. Pp. 47 y 48.

³⁶ La primera ocasión en la que el TC se manifestó a favor de la adecuación constitucional del procedimiento de ejecución hipotecaria fue en su Sentencia de 18 de diciembre de 1981, a tenor de la cual «(...) en dicho procedimiento se limita extraordinariamente la contradicción procesal, pero ello no significa que se produzca indefensión. Hay que reconocer, con la doctrina, que en el procedimiento debatido existe falta de controversia entre las partes. En puridad, es un proceso de ejecución. Más en concreto es un procedimiento de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición (...).» Esta posición fue mantenida por otras sentencias posteriores y pronto se consolidó una doctrina constitucional reiterada sobre tal extremo. Así, en idéntico sentido, la STC de 17 de mayo de 1985 sostuvo, poco tiempo después, que «este tipo de procedimiento se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de la posibilidad de contenerla mediante excepciones. En realidad, se trata de una vía de apremio no precedida de una fase de cognición (...). Precisamente por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC ha afirmado que la ausencia de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución». Esta posición mantenida por el TC hasta fechas escandalosamente recientes ha sido bien recibida por el legislador durante décadas que, amparado en ella, ha obviado cualquier reforma del procedimiento en ese sentido. Han tenido que transcurrir más de treinta años y ha tenido que ser desde instancias Europeas —a través del TJUE— desde dónde se ha podido vincular al legislador a adoptar determinadas garantías procesales en el procedimiento de ejecución a fin de que respete de esta forma la normativa comunitaria.

³⁷ Sobre este tema he tenido ocasión de trabajar en profundidad en FUENTES SORIANO, O. (1998). *El proceso de ejecución hipotecaria*. Madrid: Edijus.

³⁸ La obligación de dar audiencia a las partes con carácter previo a la declaración de la nulidad de oficio de una cláusula por abusiva la manifestó ya el TJUE en sus Sentencias de 4 de junio de 2009 (Pannon) o 21 de febrero de 2013 (Banif plus Bank Zrt). A ello se suma la declaración expresa efectuada por la STJUE de 14 de marzo de 2013 de considerar contrario a la Directiva 93/13 el que la legislación nacional no permita al Juez controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. La asunción de ambos dictados por parte del legislador español ve la luz en el incidente de audiencia que el artículo 552 regula con carácter general pero que hemos de considerar plenamente aplicable al procedimiento de ejecución hipotecaria.

³⁹ STC 142/2006 de 8 de mayo, Sala Segunda, rec. 3523/2003, entre otras. Según el tenor literal de esta sentencia unánimemente compartido en la doctrina constitucional «(...) este Tribunal ha declarado que no se infringe el principio de contradicción si la misma no tiene lugar por causas ajenas a una actuación judicial reprochable (...), lo que la Constitución protege no es propiamente la contradicción efectiva, sino la posibilidad de contradicción, que conlleva la exigencia de que sean citadas al interrogatorio todas las partes que puedan verse afectadas (...). También el TS se hace eco de esta misma interpretación sosteniendo que «...dicho principio de contradicción se respeta, no solo cuando el demandante goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable...» SSTS de 18 de octubre de 2013, rec. 10487/2013, o de 14 de octubre de 2013, rec. 1501/2012, entre otras.

⁴⁰ Artículo 557.1.7.^a para la regulación general de la ejecución ordinaria.

⁴¹ ACHÓN BRUNÉN, M. J. (2013). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065, p. 3.

⁴² Sobre el tema GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, núm. 8116, pp. 4-6.

⁴³ Sobre el tema, ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales. *Diario La Ley*, núm. 8127, p. 7.

⁴⁴ GIMENO SENDRA, V. (2013). «Las cláusulas abusivas». *Diario La Ley*, núm. 8116, p. 5.

⁴⁵ El carácter sancionatorio de los intereses de demora, determinado por su finalidad indemnizatoria de los perjuicios causados por el retraso del deudor en el pago ha sido puesto de manifiesto por el TS en constante jurisprudencia. Entre muchas otras, puede verse la STS núm. 430/2009, de 4 de junio (Rec. 2586/2004) con cita en el mismo sentido de la STS de 2 de octubre de 2001.

⁴⁶ GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, núm. 8116, p. 5. Matiza el autor, no obstante, respecto de los efectos *erga omnes* que «se limitarán exclusivamente a los empresarios que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos».

⁴⁷ «Es notorio —se sostiene a modo colofón en el parágrafo 293 K— que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico».

⁴⁸ Un estudio crítico de esta sentencia y, especialmente, de su irretroactividad puede verse en PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, Núm. 8154. Igualmente crítico resulta también el estudio de CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO (2013). La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo es inconstitucional. *Diario La Ley* núm. 8159, *cit.*, *passim*.

⁴⁹ Sobre los efectos de cosa juzgada de las resoluciones declarativas de inaplicación de las cláusulas abusivas puede verse, GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario La Ley*, núm. 8116, pp. 4 y sigs.

⁵⁰ Este matiz diferencial ha sido puesto de manifiesto, con acierto, por PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, Núm. 8154, p. 3.

⁵¹ Así en el parágrafo 294 puede leerse que «consecuentemente con lo expuesto, procede declarar la irretroactividad de esta sentencia». Sobre el tema *vid.*, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8154, pp. 7 y 8.

⁵² AP Bizkaia, Sección 4.^a, Sentencia de 10 de febrero. Ponente: IRACHETA UNDA-GOITIA, Ana Belén.

⁵³ «(...) y ello —sostiene GIMENO— por haberlo afirmado así tanto la STJUE de 26 de abril de 2012 (TJCE 2012/98 —caso Menzeti Fogyasztóvédelmi contra Hungría—), como la propia jurisprudencia del TS. Pero tales efectos *erga omnes* se limitarán exclusivamente a los empresarios que oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen aspectos declarados abusivos». Acaba concluyendo este autor que tales efectos «tan solo se producirán en el seno de la jurisdicción concentrada de los Juzgados de lo mercantil con ocasión de la publicación de sentencias declarativas de nulidad de las condiciones generales de la contratación estimatorias de acciones colectivas de cesación». GIMENO SENDRA, V. (2013). Las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8116, p. 5.

⁵⁴ ACHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013). Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8065, p. 1.

⁵⁵ En este sentido, también DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 8, disponible en www.iustel.com

⁵⁶ economia.elpais.com/economia/2015/02/25/actualidad/1424883121_839911.html visitado el 26 de febrero de 2015).

⁵⁷ Así puede leerse en el Preámbulo de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a tenor del cual «La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. (...) hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentra en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual».

⁵⁸ DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA y RUIZ-RICO RUIZ (2013). Aspectos procesales y civiles de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, [en línea], núm. 31, p. 8, disponible en www.iustel.com.

(Trabajo recibido el 10-4-2014 y aceptado
para su publicación el 21-4-2014)

Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes)

Contract clauses in soil with conditions between companies (self, micro and sme)

por

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

Profesora Titular del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Granada.
Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

RESUMEN: En España el tejido empresarial está compuesto en un 99,2% por autónomos, micro-empresas y pymes que han dependido, para acometer sus actividades empresariales, de la financiación bancaria hasta en un 80 por 100. Conscientes de que en la contratación de los préstamos hipotecarios, con condiciones generales, concertados por las empresas la nulidad por defecto de transparencia real —más que formal (ilegibilidad, incomprensibilidad, ambigüedad)— ha jugado, lamentablemente, un papel protagonista, nos proponemos clarificar si, tras la doctrina jurisprudencial sentada, en pleno, por la Sala 1.^a, del Tribunal Supremo en las sentencias de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y por sentencia que anunció el Supremo que dictaría los pasados 24 y 25 de marzo de 2015 (también por la STS, dictada por la Sala 1.^a no en pleno de 15 de abril de 2014), también las empresas pueden acogerse a esta doctrina jurisprudencial para solicitar que sea declarada, por vía judicial, la nulidad de la cláusula suelo (1) alegando defecto de transparencia (*ex art. 5.5. LCGC*),

también (2) o vicio de consentimiento (*ex art. 1271 CC*). Una cuestión que nos llevará a plantear el debate existente hoy en la jurisprudencia menor en torno a determinar (1) a quien corresponde la carga de la prueba (2) cuál es el Juzgado competente [de Primera Instancia (Civil) o de lo Mercantil para conocer de dicha reclamación] y, (3) cual es la fecha a la que hay que retrotraer la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo declarada nula —debate zanjado por la Sala 1.^a del Supremo en pleno, tal y como se ha anunciado los 24 y 25 de marzo de 2015—. Además, reflexionaremos acerca del control de abusividad en la contratación entre empresarios a la luz de los textos europeos de referencia (CESL, DCFR, PECL y Principios ACQUIS); lo que nos llevará, además, a reflexionar acerca de la necesidad de apostar por una Segunda Oportunidad para Consumidores (personas físicas no empresarias) y para Empresas (autónomos, micro-empresas y pymes) tal y como existe en Europa.

*ABSTRACT: In Spain the business is comprised 99.2% of self-employed, micro-enterprises and SMEs that have relied, to carry out its business activities, bank financing up to 80%. Aware that in the recruitment of mortgage loans, conditions, undertakings entered into by default nullity real transparency —more than formal (illegibility, incomprehensibility, ambiguity)— has played unfortunately a leading role, we propose to clarify If, after the jurisprudential doctrine established, in full, by the 1st Chamber of the Supreme in the Judgments of May 9, 2013, September 8, 2014 and March 24&25, 2015 (and the STS, delivered by the Board 1st of April 15, 2014), also companies can benefit from this jurisprudence to request to be declared by judicial annulment of the clause ground (1) claiming default transparency (*ex art. 5.5. LCGC*). We also discuss in which hypotheses will improve (2) the action of nullity of the clause on the grounds of consent (*ex art. 1271 CC*). A question that will lead us to raise the existing debate today in the lower jurisprudence on determining to whom the burden of proof and clarify what is the competent Court (of First Instance (Civil) or Commercial to hear that complaint. In addition, we will think about controlling abusiveness in contracting between employers in light of European reference texts (CESL, DCFR, PECL and Acquis Principles); which also lead us to reflect on the need to bet on a Second Chance for Consumers (not entrepreneurs individuals) and business (self-employed, micro-enterprises and SMEs) as it exists in Europe.*

PALABRAS CLAVE: Cláusulas Suelo. Consumidores. Empresas. Trabajadores autónomos. Pymes. Control de Transparencia. Abusividad. Préstamo hipotecario. Condiciones generales de la contratación. Segunda Oportunidad.

KEY WORDS: *Floor clauses. Consumers. Businesses. Freelancers. SMEs. Control Transparency. Abusiveness. Mortgage Loan. General conditions of contract. Second Chance.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. UNA CUESTIÓN PREVIA: LAS EMPRESAS NO SON CONSUMIDORES: UNA DECISIÓN LEGAL (Y JURISPRUDENCIAL). SON ADHERENTES EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES).—III. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR DEFECTO DE TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN FACILITADA POR EL PREDISPONENTE AL ADHERENTE (CONSUMIDOR O NO). 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN ESCRITURAS DE SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO AL PROMOTOR.—IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR VICIO DE CONSENTIMIENTO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LAS DUDAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, DE LO CIVIL, O DE LO MERCANTIL, PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR VICIO DE CONSENTIMIENTO.—V. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES: ¿TAMBIÉN EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS? 1. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN EUROPA. ¿UN MODELO A SEGUIR? 2. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN ESPAÑA.—VI. LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA SUELO NULA.—VII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Tras la doctrina jurisprudencial sentada por el Supremo, en pleno, en favor de declarar la nulidad de las cláusulas suelo por defecto de transparencia continúan las dudas acerca de si también las empresas pueden acogerse a ella. Una cuestión sobre la que hasta el momento no se ha querido posicionar el Supremo, tal y como pone de manifiesto el Auto de inadmisión de la Sala Civil, Sección 1.^a, del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2014. Hasta el momento, son cuatro las ocasiones en las que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la cláusula suelo por defecto de transparencia. En tres de ellas, la primera (de 9 de mayo de 2013), la segunda (de 8 de septiembre de 2014) y la cuarta (anunciada los 24 y 25 de marzo de 2015) el Supremo reunido en Pleno ha decidido la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia. En la tercera (de 15 de abril de 2014) el Supremo no adoptó su decisión en pleno. En la primera, declaró la nulidad de la cláusula suelo por no superar el control de transparencia en el seno de una *acción de cesación colectiva en contratos de préstamo concertados con consumidores*, en la segunda reitera el control de transparencia (real) en el marco de *ocho acciones de nulidad individuales a favor de consumidores*. Tras la tercera, el Supremo recuerda a los tribunales

de instancia que la declaración de nulidad exige contradicción entre las partes y, en la cuarta anunciada en Pleno los 24 y 25 de marzo de 2015, decide poner fin al debate surgido en la jurisprudencia menor en torno a determinar hasta que fecha ha de retrotraerse la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo (determinado que hasta la fecha en que se dictó la primera Sentencia de 9 de mayo de 2013).

Aclarar si esta importante doctrina jurisprudencial sobre transparencia sentada por el Supremo, corroborada por el TJUE en Sentencia de 30 de abril de 2014 resulta de aplicación, también, a las empresas¹, es decir, a los trabajadores autónomos², a las micro-empresas³ y a las pequeñas⁴ y medianas empresas⁵ constituye un tema de enorme trascendencia práctica. Tengamos en cuenta que en España el tejido empresarial está compuesto, en un 99,2% por empresarios, esto es, trabajadores autónomos, micro-empresas y pequeñas y medianas empresas. Un altísimo porcentajes de «emprendedores/as»⁶ que dependen (y han dependido) de la financiación bancaria hasta en un 80% —un porcentaje sensiblemente superior al del resto de empresas anglosajonas (que dependen en un 35%), francesas o alemanas (que dependen en un 50%)—⁷.

Conscientes de que en la contratación, con condiciones generales, entre empresas la abusividad por defecto de transparencia real —más que formal (ilegibilidad, incomprensibilidad, ambigüedad)— ha jugado, lamentablemente, un papel protagonista, nos proponemos sumarnos a la *batalla quijotesca* emprendida por parte de la jurisprudencia menor en favor de estimar la nulidad de la cláusula suelo en favor de las empresas (por defecto de transparencia o por vicio de consentimiento) y en contra de las entidades financieras.

Y es que, en nuestra opinión, consumidores y empresas, personas físicas o jurídicas encuentran en el ámbito legal de aplicación del artículo 2 de la LCGC el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al artículo 9 LCGC, de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (*ex art. 5.5. LCGC*) y/o, (2) por vicio de consentimiento (*ex art. 1271 CC*). Analizaremos, además, (3) la posible nulidad de la cláusula suelo por defecto de transparencia en préstamos hipotecarios concertados por consumidores en los supuestos en que estos se han subrogado en el préstamo hipotecario concedido al promotor/vendedor y (4) además nos proponemos «repensar» si es posible, e incluso deseable, el control de abusividad en la contratación entre empresas a la luz de las propuestas, *soft law* que ofrecen los textos europeos de referencia (CESL, DCFR, PECL y Principios ACQUIS). Para terminar, nos plantearemos, si concedida la nulidad por defecto de transparencia o nulidad por vicio de consentimiento, o en su caso por abusividad (en caso de consumidores) procede o no la restitución de las cantidades indebidamente cobradas tras la declaración de nulidad (una cuestión que hoy por hoy enfrenta a nuestra jurisprudencia menor) y sobre la que más adelante volveremos a reflexionar en profundidad.

II. UNA CUESTIÓN PREVIA: LAS EMPRESAS NO SON CONSUMIDORES. UNA DECISIÓN LEGAL (Y JURISPRUDENCIAL). SON ADHERENTES EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES GENERALES

En la actualidad, la batalla que convence «a ciegas», en la contratación (con condiciones generales) es la emprendida por los consumidores⁸ no por los empresarios. El drama legal y la exclusión social que viven los consumidores ha convencido a nivel notarial⁹, registral¹⁰, judicial (europeo¹¹ y nacional¹²), legal (estatal¹³, autonómico¹⁴ y local¹⁵) y doctrinal¹⁶.

Preocupados por la difícil situación en que se encuentran, en la actualidad, miles de autónomos¹⁷ y de empresas (microempresas y pymes)¹⁸ condenadas a sobrevivir en una situación de economía sumergida y en grave situación de exclusión social por el sobreendeudamiento y la insolvencia a la que han llegado tras fracaso empresarial o personal; nos hemos propuesto hallar respuestas legales satisfactorias que les permitan salir del drama social en que se encuentran. Somos conscientes de que de su estabilidad dependen, aproximadamente, un 62,9% de consumidores/as (cifra algo por debajo de la media de la Unión Europea (67,4%)¹⁹. Y es que, hoy por hoy, son las empresas la principal fuente de empleo para los españoles.

En este sentido, en la espera de que el Gobierno apruebe la Ley de una Segunda Oportunidad²⁰ impulsado por las recomendaciones de la Unión Europea^{21, 22}, el Fondo Monetario Internacional²³, el Defensor del Pueblo²⁴, el Banco de España²⁵ y los jueces de toda España²⁶. Centra su atención, tal y como está proponiendo, en los trabajadores autónomos (un colectivo que, según la Encuesta de Población Activa correspondiente al tercer trimestre de 2014 supera, en la actualidad, los tres millones de personas en España). Es necesario, además, que apruebe la ley de Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios.

Esta necesidad justifica que el pasado 15 de diciembre de 2014²⁷ el Gobierno anunciara, a través del propio ministro de Economía y Competitividad²⁸, que acometería para el mes de abril (antes de que finalice su legislatura) los cambios oportunos con el fin de asegurar una verdadera ley de «segunda oportunidad» para las personas naturales con el fin de contemplar quitas, moratorias de pago y eliminar del listado de morosos a los deudores que fracasen en su primer negocio²⁹. También que el pasado 20 de enero de 2015 anunciara nuevamente, su intención de que «el autónomo que liquide su negocio obtendrá una quita total y definitiva»³⁰ y, prácticamente un mes después, en el debate sobre el Estado de la Nación (celebrado el 24 de febrero de 2015), anunciaba la puesta en marcha de un sistema de «segunda oportunidad» que permita, a través de un acuerdo extraconcursal

afrontar sus deudas mediante un sistema de quitas y aplazamientos. Un procedimiento transparente para los particulares que en «plazos muy breves» puedan acordar estos aplazamientos y «otras formas de rendición de la deuda»³¹.

Convencidos de que la solución del drama social que hoy viven consumidores y empresas exigen soluciones integrales que pongan fin a la difícil situación de sobreendeudamiento familiar a la que están expuestas las personas físicas empresarias o no empresarias³² y las microempresas y pymes³³; nos proponemos despejar las dudas acerca de si, también las empresas pueden acogerse a la protección que dispensa la LGDCU en calidad de consumidores, o, por el contrario, tal y como defenderemos, disponen del mosaico de remedios que deriva de su condición de adherentes en la contratación, con condiciones generales conforme a la LCGC; una solución que les abre puertas de cara a la posible nulidad de la cláusula suelo incorporada en sus contratos de préstamo hipotecario.

(1) El legislador español, siguiendo directrices europeas³⁴ optó³⁵, de manera decidida, por negarles la condición de «consumidor» a los profesionales, autónomos, empresarios, mercantiles, etc.³⁶ zanjando en virtud de la Ley 3/2014 las dudas suscitadas a tenor del artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre^{37, 38}. Tras dicha reforma legal concluye el legislador, con claridad³⁹, que únicamente pueden ser considerados consumidores las personas físicas o jurídicas que *sean destinatarios finales o no siéndolo, actúen en un ámbito ajeno (privado⁴⁰) a su actividad empresarial o profesional⁴¹* y que *no tengan ánimo de lucro*. El propio TJUE, Sala Novena, en la Sentencia de 15 de enero de 2015, ha corroborado esta interpretación interpretando ante la consulta realizada que, «es consumidor, la persona física que contrata los servicios jurídicos prestados por abogado (profesional) en tanto en cuanto dichos servicios pueden afectar a «los intereses personales» de la persona física (divorcio, división del patrimonio adquirido durante el matrimonio, etc.)».

(2) El Supremo ha denegado la condición de consumidor y la protección que dispensa la LGDCU y, en ocasiones la LCGC⁴²: (1) al *abogado* que compra un local que destina a su despacho (en virtud de la STS, Sala 1.^a, de 28 de mayo de 2014)⁴³, (2) a la *Pyme* que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos, legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción inmobiliaria (en virtud de la STS, Sala 1.^a, de 7 de abril de 2014)⁴⁴, (3) a la *empresa titular de una residencia de ancianos* que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores (en virtud de la Sentencia, Sala 1.^a, de 10 de marzo de 2014)⁴⁵, (4) a la *sociedad*

cooperativa de viviendas que financia la promoción (en virtud de la STS de 24 de septiembre de 2013⁴⁶) y, (5) *a la mercantil* que realizó la compra de unos bienes muebles destinados a un uso empresarial (en virtud de la STS de 23 de julio de 2013).

(3) La jurisprudencia menor ha denegado también (unánimemente) la abusividad de la nulidad de la cláusula suelo argumentando que no tiene la cualidad de consumidor (7) a la *sociedad mercantil* que contrató un préstamo hipotecario en base a considerar que la cláusula suelo es fruto de la «negociación individual» [Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Almuñécar (Provincia de Granada)] Sentencia de 26 de enero de 2015⁴⁷, (8) *a la empresa* que pide un préstamo con la finalidad de adquirir unas instalaciones destinadas a su actividad empresarial (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, de Zamora de 3 de abril de 2014 y, núm. 2, de Almuñécar en Sentencia de 26 de enero de 2015)⁴⁸, (9) *a la mercantil que solicita un préstamo hipotecario para financiar su actividad empresarial* (SAP Cantabria, sección 4.^a, de 20 de diciembre de 2014 y la SAP Jaén, Sección 1.^a, de 10 de julio de 2014 y, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm. 2, de Zamora de 3 de abril de 2014) y, (10) *a la mercantil* (persona jurídica) que actúa en el ámbito de su actividad empresarial para obtener refinanciación y no con fines privados o ajenos a su actividad empresarial (SJMERC de Barcelona de 13 de febrero de 2013)⁴⁹.

En conclusión, los empresarios no son consumidores desde el punto de vista legal. Tampoco lo son desde el punto de vista judicial. En tanto en cuanto nuestra legislación no se modifique tal y como ha hecho, recientemente, el Código de Consumo catalán⁵⁰, dando cabida dentro del concepto de «persona consumidora» a los *trabajadores autónomos y las empresas prestadores de servicios básicos y servicios de trato continuado y a las que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE*^{51, 52} y, mientras el Supremo o la jurisprudencia menor no rectifique su unánime parecer, (cosa que no creemos que vaya a suceder) hoy las empresas (sus abogados) deben fundamentar sus defensas en calidad de adherentes de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación resultándoles de aplicación, el control de incorporación y transparencia contenido en los artículos 5, 7, 8.1 y 9 LCGC así como, también, pueden alegar a su favor la contravención del principio de buena fe contractual entendido como fuente de integración del contrato (*ex art. 1258 CC*).

La consecuencia jurídica de posicionarnos en favor de estimar que a las empresas (autónomos y pymes) les resulta de aplicación el mosaico de remedios contenidos en la LCGC (y, subsidiariamente, en el Código Civil)

proyecta sus consecuencias prácticas a la hora de determinar que las empresas (personas físicas o jurídicas) encuentran en el ámbito legal de aplicación del artículo 2 de la LCGC el amparo legal necesario para solicitar, judicialmente, la nulidad, con arreglo al artículo 9 LCGC, de la cláusula: (1) por defecto de transparencia (*ex art. 5.5. LCGC*) y/o, (2) por vicio de consentimiento (*ex art. 1271 CC*). Comprobémoslo.

III. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR DEFECTO DE TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN FACILITADA POR EL PREDISPONENTE AL ADHERENTE

1. PLANTEAMIENTO

Tras el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declaró la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia en virtud de la STS de 9 de mayo de 2013⁵³ (corroborada por la Sentencia de la Sala Primera del TS, dictada en pleno también, de 8 de septiembre de 2014⁵⁴ y por la STS de la Sala Primera de 15 de abril de 2014⁵⁵) existe la duda acerca de si también las empresas (las pymes, los emprendedores, los autónomos, las mercantiles) pueden acogerse a esta doctrina jurisprudencial para declarar la nulidad de la cláusula suelo incorporada en sus contratos de préstamo hipotecario. Un tema actual sobre el que aún no se ha posicionado el Supremo (tal y como demuestra el Auto de 30 de octubre de 2014 de inadmisión a trámite del recurso de casación interpuesto por una empresa que alegaba en su favor la infracción de la doctrina casacional sentada por la STS de 9 de mayo). Una cuestión, que trae de cabeza a la jurisprudencia menor dispuesta a emprender una *batalla quijotesca* en su favor. Hasta la fecha, son numerosas las Audiencias Provinciales que han dictado sentencias en favor de declarar la nulidad de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios concertados por consumidores. En este sentido encontramos sentencias dictadas en las Audiencias de Provinciales de Pontevedra⁵⁶, Barcelona⁵⁷, Las Palmas⁵⁸, Málaga⁵⁹, Palencia⁶⁰, Burgos⁶¹, Badajoz⁶², Zaragoza⁶³, Granada⁶⁴, Cáceres⁶⁵, Madrid⁶⁶, Murcia⁶⁷, Cuenca⁶⁸, Alicante⁶⁹, Álava⁷⁰, Córdoba⁷¹ y Cádiz⁷²; Ahora bien, hasta que el referido control de transparencia no se eleve a rango legal (tal y como hizo hace más de diez años en Alemania⁷³, lo que sería oportuno y deseable) resolviendo, con claridad, las dudas planteadas en la doctrina, en la jurisprudencia y teniendo en cuenta el rígido posicionamiento del Supremo; nos hemos propuesto defender convencidos que también las empresas, junto a los consumidores, en calidad de adherentes en la contratación, con condiciones generales, puedan acogerse a la referida doctrina jurisprudencial.

Recordemos que la falta de transparencia que se le reprocha a las entidades financieras en relación a la inclusión de la cláusula suelo no se refiere a la

transparencia interna de la cláusula, es decir, a su claridad o comprensibilidad, sino a la «transparencia real» (incidencia que ha podido tener al incluirla defraudando la expectativa legítima el adherente (insistimos, persona física o jurídica, consumidor o empresarios) sobre la oferta, siendo «contraria a la buena fe»).

En favor de dar solución, también, a las empresas, en contra del sentir mayoritario⁷⁴, se han posicionado hasta el momento parte de la doctrina⁷⁵ y algunos juzgados (como el de Málaga⁷⁶) y numerosas Audiencias Provinciales (como la de Zamora⁷⁷, Murcia⁷⁸, Córdoba⁷⁹, Huelva⁸⁰, Jaén⁸¹, Pontevedra⁸², Cáceres⁸³ y Málaga⁸⁴) advirtiendo que la cláusula suelo no cumple los requisitos de transparencia que ha fijado la STS de 9 de mayo de 2013, a que se refiere el artículo 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y que por tanto, no se produce la incorporación al contrato⁸⁵ en la medida en que la LCGC resulta de aplicación *con independencia de las cualidades personales del adherente* (persona jurídica o jurídica) y *con independencia de que sea o no consumidor*⁸⁶.

Concebido el control de transparencia como una forma de control de inclusión cualificada residenciada en el artículo 5.5 LCGC y no en el TR-LCGC⁸⁷ y negada la condición de consumidor en los empresarios, estamos convencidos de que los empresarios, en calidad de adherentes gozan del control de inclusión y transparencia al que aluden los artículos 5 y 7 de la LCGC.

Defender, como aquí nos proponemos hacer, que resulte de aplicación, también, a los autónomos y a las empresas (microempresas y pymes) la doctrina jurisprudencial sentada por el Supremo en virtud de la STS de 9 de mayo de 2013, no nos resulta forzado. En la contratación, con condiciones generales, en consumidores y entre empresas (profesionales), las cláusulas suelo, aún consideradas en si mismas lícitas (que lo son, tal y como ha aclarado magníficamente el Supremo), no son, en la mayoría de los casos, transparentes porque: (1) son «contrarias a la buena fe», en la medida en que el comportamiento de la entidad financiera supone una alteración subrepticia de la carga económica del contrato, a partir de una estrategia medida por las entidades financieras consistente en presentar una oferta que no es real, pues se omite la existencia de limitaciones a las variaciones a la baja del tipo de referencia y por tanto, (2) son «abusivas»⁸⁸, no porque determinen que el precio del préstamo sea caro, sino simplemente porque implica que el precio del crédito es distinto al que se creía legítimamente haber pactado, al no permitir al consumidor aprovecharse en toda su extensión de las variaciones a la bajada del tipo de interés al que se referenció el préstamo, (3) se han incluido en el contrato de «tapadillo», con «un tratamiento impropriamente secundario», que

provoca una alteración subrepticia del precio del crédito sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual, constituido por el diferencial aplicable a un tipo de referencia variable, (4) son de carácter «sorpresivo», en la medida en que el cliente (consumidor o empresario) cree haber firmado un préstamo a interés variable cuando, en realidad, resulta un préstamos a interés fijo; por lo que (5) se constata que ha habido «engaño»⁸⁹.

En este sentido, creemos, los empresarios (autónomos, microempresas y pymes) en *calidad de adherentes* en contratos de préstamos hipotecarios, con condiciones generales de la contratación, pueden y deben acudir al mosaico de remedios que derivan de los artículos 2, 5, 6, 7, 8.1 y 9 y 10 de la LCGC⁹⁰ y, supletoriamente del Código Civil⁹¹. La falta del deber de información contraviene el principio de buena fe contractual (residenciado en los artículos 7 y art. 1258 CC)⁹² por ser contrario a la Ley, la moral y el orden público (art. 1255 y art. 6.2 CC) y por generar un «desequilibrio injustificado» (entendido en el sentido del reparto de riesgos) en perjuicio del contratante débil (adherente del contrato de préstamo hipotecario). La inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo hipotecario sin disponer de la suficiente información en la fase precontractual conculca el principio de buena fe contractual en la medida en que su desconocimiento incide en el coste real del crédito y se incorporó al contrato subrepticiamente⁹³. Además, y en calidad de *usuarios de servicios bancarios* creemos que el predisponente, la entidad financiera, frente a los empresarios (en calidad de adherentes) está obligada a ofrecer una información precontractual conforme establece la Ley del Mercado de Valores 24/1988, tras la modificación introducida por la Ley 47/2007. Una normativa en virtud de la cual se diseña un sistema de exigencias informativas impuestas a la entidades financieras que presten servicios de inversión que no distingue entre «consumidores» o «empresarios», entre «personas físicas» o «personas jurídicas», sino entre «clientes minoristas»⁹⁴ y «clientes profesionales» del servicio de información entrando dentro de la primera categoría los consumidores, los autónomos y las pymes (esto es, las mercantiles o sociedades que se han dedicado por muchos años a construir y promover) en tanto en cuanto, tal y como le sucede a los consumidores, *carecen* de la competencia y experiencia profesional necesaria para realizar este tipo de transacciones comerciales. Qué sentido tendría que un/a empresario/a estuviera protegido/a, frente a la entidad financiera, cuando fuese un/a cliente de servicio de inversión por su falta de experiencia o competencia en este ámbito y no lo/a estuviera, sin embargo, en la hipótesis en que contrata, con condiciones generales, el préstamo hipotecario por el mero hecho de no ser consumidor y ser una persona física (autónomo) o jurídica (empresa, mercantil, sociedad)⁹⁵.

La situación de inferioridad que en este tipo de contratación (la de préstamos hipotecarios) se produce entre las entidades financieras (predisponentes) y los autónomos, microempresas y pymes, está fuera de toda duda, tal y como pone de manifiesto la SAP Jaén, de 27 de marzo de 2014, para quien, «Si bien es cierto que el profesional o empresario por su propia naturaleza, no se encuentra en una situación de inferioridad negocial en la generalidad de los casos, ya que dispone de preparación técnica o de recursos para hacer valer sus derechos, no lo es menos que en determinados ámbitos su profesionalidad no es suficiente para garantizar la defensa de sus derechos, tal es el caso del régimen legal de las condiciones generales de la contratación, aplicable siempre que estemos ante cláusulas predispuestas por un profesional, y no solamente cuando la contraparte sea un consumidor en el sentido dispuesto por el TRLGDCU. No cabe otra manera de entender la legislación de protección del consumidor, sin que ello suponga una inferencia no deseada por el legislador en la libertad contractual que constituye el principio básico de la contratación, por ello no nos referimos al derecho de los consumidores como rama autónoma de nuestro ordenamiento, sino como conjunto de normas que actúan donde es necesario proteger a la parte más débil del contrato».

En este sentido, la falta de transparencia de la cláusula suelo no está, pues, en función de que el adherente sea o no consumidor, sea o no empresa, sea o no autónomo. Responde al deber de información que se le exige al predisponente (entidad financiera) sea quien sea el adherente (consumidor o no, persona física o jurídica). Permite corregir el desequilibrio contractual (que también existe cuando intervienen autónomos o micro empresas o pymes) a la hora de contratar. Lo contrario sería presuponer en los autónomos y empresarios (es decir, en los albañiles, carpinteros, dentistas, promotores, constructores, etc.) conocimientos financieros equivalentes a los que disponen las grandes empresas quienes, por regla general, es más fácil pensar que contratar en condiciones de igualdad, salvo prueba en contrario, con las entidades financieras mediante la oportuna negociación de los préstamos hipotecarios. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño creemos que no tiene demasiado sentido a la luz de la falta de formación financiera a la que alude, con acierto, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contrato de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Cuestión distinta será determinar a quien corresponde la carga de la prueba, a tenor del artículo 217 LEC. Invertir la carga de la prueba en contra de las empresas, tal y como vienen proponiendo parte de la jurisprudencia menor en atención a que el adherente sea empresario no nos parece oportuno en la medida en que, creemos, que, en principio, corresponde a la entidad financiera probar que aportó a los adherentes la información suficiente sobre la existencia y la incidencia de la cláusula suelo en la economía del contrato, para que estos hubieran podido contratar con pleno conocimiento de causa.

En efecto, la STS de 9 de mayo de 2013 resulta muy exigente en cuanto a la información que hubiera sido necesaria para que la cláusula suelo fuera lícita, puesto que llega a requerir que se hubiera proporcionado al consumidor «simulaciones de escenarios diversos relacionados con el escenario razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar» (párr. 225.b) o «el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad» (párr. 225.d). Es más, incluso debe proporcionarse información sobre «el comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo» (párr. 256). En el apartado séptimo del fallo de la STS de 9 de mayo de 2013 se enumeran una serie de circunstancias que han sido tenidas en cuenta para valorar el carácter abusivo de las cláusulas suelo por falta de transparencia:

296. ... el cese se basa en:

- a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.
- b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
- c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
- d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.
- e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
- f) Inexistencia de advertencia previa, clara y comprensible, sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

El propio Auto aclaratorio del Tribunal Supremo 3 de junio de 2013, de la STS de 9 de mayo de 2013, advierte que los «parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra», por lo que considera que «no satisfacen el requisito de transparencia las cláusulas suelo respecto de las que se hayan observado al menos una o algunas de las medidas indicadas en las letras a) a f) de dicho apartado (séptimo de la sentencia)».

En la espera de que el Legislador y/o el Supremo se exprese con claridad acerca de esta importante cuestión, pasemos a analizar otro supuesto, no menos interesante sobre el que hoy también se debate la jurisprudencia menor: la nulidad por defecto de transparencia de las cláusulas suelo en escrituras de subrogación y novación concertadas con el promotor/vendedor.

2. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN ESCRITURAS DE SUBROGACIÓN Y NOVACIÓN DEL COMPRADOR DE VIVIENDA EN EL CRÉDITO HIPOTECARIO AL PROMOTOR

Un supuesto particularmente interesante que hoy enfrenta a la jurisprudencia menor es el relativo a la nulidad de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario en los que el comprador/consumidor se subroga (mediante una subrogación real «pura» (que se produce cuando no existe más que un cambio en la persona que paga el préstamo) o a través de novación⁹⁶ en las condiciones del préstamo hipotecario concedidas al promotor en este caso vendedor. Una cuestión sobre la que la jurisprudencia menor se encuentra divida en torno a determinar si el comprador/consumidor puede acogerse, en contra de la entidad financiera, a la doctrina jurisprudencial sobre transparencia a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013 y corroboran las SSTS de 8 de septiembre y 15 de abril de 2014.

Determinar, en estas hipótesis, a quien corresponde el deber de información sobre las condiciones generales predispuestas, si a la entidad financiera o al promotor/vendedor, es un tema que hoy divide y enfrenta a nuestros tribunales⁹⁷ en torno a dos posturas, fundamentalmente. Frente a quienes consideran que (1) corresponde a la mercantil promotora/vendedora el deber de informar de las condiciones del préstamo hipotecario⁹⁸ acorde con los arts. 3, 6.1.4º, 9 y 10 del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores y los criterios del servicio de reclamaciones del propio Banco de España⁹⁹, (2) los hay que con mayor acierto, en nuestra opinión, advierten, las SSAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 3 y 7 de julio de 2014, la SAP Jaén, Sección 1.^a, de 14 de mayo de 2014 (FD3) y la SAP Gerona, Sección 1.^a, de 2 de octubre de 2014, que aunque el deber de información corresponde al promotor este hecho no exime a la entidad financiera de advertir o comprobar que el cliente que se subroga conoce el contenido y las condiciones del préstamo hipotecario, es decir, de asegurarse que la cláusula suelo supera el control de inclusión y el de transparencia a que se refiere la doctrina jurisprudencial sentada en la STS de 9 de mayo de 2013. Esta obligación del deber de información de la entidad financiera se produce con independencia de que el comprador sea: (a) un consumidor, aún cuando tenga conocimientos en derecho (por ser, por ejemplo abogado)¹⁰⁰ o, b) un particular (adquirente de una vivienda de segunda mano que se subroga en el préstamo hipotecario de su vendedor); si bien, en este último caso, y en la medida en que falta en este la condición de consumidor, hay Audiencias Provinciales que advierten que en esta hipótesis dicho deber se circunscribe al análisis del control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la LCGC 7/1998, obviando la rigurosidad de la exigencia de comprensibilidad real, relativa a la transparencia, exigible por cualquier consumidor medio¹⁰¹. Lo relevante es determinar, en realidad, si la entidad financiera incumple la obligación de informar al prestatario, inicial o subrogado, con independencia

de la que, además, pueda imponerse, tal y como recomienda el propio Banco de España, al promotor/vendedor en el desenvolvimiento de su actividad empresarial.

Siete son, a juicio de la referida SAP Cáceres, Sección 1.^a de 7 de julio de 2014, las razones en virtud de las cuales se aparta del criterio del Banco de España por entender que la entidad de crédito no puede quedar relevada de sus obligaciones por el hecho de no participar en el contrato de compraventa y subrogación ya que, en todo caso, debe autorizar dicha subrogación. En este sentido y si lo hace con carácter general y sin cumplir con el deber de información individualizada, ha de asumir las consecuencias, ya que en otro caso se abriría la puerta a posibles fraudes de ley¹⁰². Además se añade en la Sentencia (1.^a) la subrogación del tercero en la posición del promotor prestatario implica una novación que requiere el consentimiento del deudor, tal y como se deriva del artículo 1205 CC; lo que acredita su intervención aunque sea presunta, (2.^a) la entidad prestamista es la que diseñó, redactó e introdujo en el contrato primitivo el elenco de cláusula que estimó pertinente y, entre ellas, la cláusula limitativa de variación a la baja de los tipos de interés, (3.^a) la entidad prestamista es la que se beneficia por la inclusión de la cláusula suelo en el contrato de préstamo, (4.^a) la entidad financiera es la llamada a responder por el promotor/vendedor que no cumple con el deber legal de informar sobre las condiciones del préstamo, sea por responsabilidad propia *ex artículo 1902 CC*, sea por responsabilidad por hecho ajeno *ex artículo 1903 CC*, (5.^a) la actividad de concesión de créditos o préstamos requiere de una formación especializada que solo están en condiciones de ofrecer las entidades de crédito¹⁰³, (6.^a) la transmisión del deber de informar desde la entidad de crédito al promotor permitiría a aquella eludir, en fraude de ley, el cumplimiento de las obligaciones impuestas para la protección de los consumidores y, (7.^a) la derivación de las obligaciones de información al promotor compromete la consecución de los objetivos de protección del consumidor que persigue la Directiva 1993/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Recientemente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 1, de Toledo, de 30 de julio de 2014, advierte que no debe confundirse la imposición de un deber especial de información a un sujeto con la liberación al prestamista del cumplimiento de sus propios deberes en cuanto tal, frente al consumidor o usuario advirtiendo, además, que el promotor no es parte en el contrato de préstamo y por eso la estimación de la acción de nulidad de la cláusula abusiva por el comprador-prestatario no puede afectar directamente al promotor-vendedor, pues no se le puede condenar a eliminar una cláusula del contrato de préstamo en el que no es parte). También la Sentencia del

Juzgado de lo Mercantil, núm. 1, de San Sebastián, de 16 de febrero de 2015, concede la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, y consiguiente abusividad, en un supuesto de subrogación de préstamo hipotecario del comprador en la hipoteca del vendedor (constructor-promotor) con devolución de cantidades indebidamente cobradas, advirtiendo en el FD 3º que, «... la información precisa no sólo es necesaria, sino que había de ser «especialmente detallada» según el artículo 6.1.4º del mencionado RD 515/1989. Tampoco excluyen la obligación de informar la OM 5 mayo 1994 ni la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29/10/11), dictada al amparo del artículo 48.2 de la Ley 26/88, de 29 de julio, de Disciplina e intervención de las entidades de crédito. Aunque no estuviera en vigor al subrogarse los demandantes, esta última orden dispone en su artículo 19.3 que «*Las entidades de crédito que concedan préstamos a constructores o promotores inmobiliarios, cuando el constructor o promotor prevea una posterior subrogación de los adquirentes de las viviendas en el préstamo, deberán incluir entre los términos de su relación contractual, la obligación de los constructores o promotores de entregar a los clientes la información personalizada relativa al servicio ofrecido por las entidades en los términos previstos en esta orden*». En el FD 4º, remitiéndose a la STS de 8 de septiembre de 2014, concluye, con acierto, que «que no basta con la simple lectura de la escritura, que no garantiza, según el Tribunal Supremo, la comprensibilidad real de cláusulas como la aquí discutida. Hay que añadir que se trata de un documento de 42 carillas, es decir, de una gran extensión. Está plagada de cláusulas de contenido financiero o redacción farragosa, como se ha explicado. Hay también una amplia información registral, y no faltan referencias legales o expresiones oscuras. De ahí que sea creíble, como sostienen la parte demandante, que los prestatarios no se percataran realmente de la existencia de la cláusula suelo. Pudo pasar percibida, como hemos expresado indicaba la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012 (§ 212)».

En la espera de que el Tribunal Supremo¹⁰⁴ se posicione sobre el particular clarificando su postura, pasemos a analizar aquellas hipótesis en las que el empresario puede alegar, por vía judicial, la nulidad de la cláusula suelo por vicio o inexistencia de consentimiento. Un debate, también, apasionante que enfrenta a nuestros tribunales en torno a determinar cuál sea el orden jurisdiccional competente [el de Primera Instancia (de lo Civil) o de lo Mercantil] para conocer de dicha reclamación.

IV. LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO POR VICIO DE CONSENTIMIENTO

1. PLANTEAMIENTO

A pesar de que en «el fenómeno de la contratación en masa, conceptualmente diferente al contrato por negociación, tiene un fundamento legal y jurídico específico que no consiste tanto en garantizar la validez del consentimiento del adherente, desde el plano del error vicio, como la de garantizar el cumplimiento por parte del predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual que, en contraposición a la asimetría inicial y evidente en la posición inicial de las partes, cumplan con un necesario equilibrio contractual y una necesaria comprensibilidad real y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predisuesta [SSTS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014), de 11 de marzo de 2014 (núm. 152/2014) y de 7 de abril de 2014 (núm. 166/2014)]»¹⁰⁵, en la práctica está siendo muy habitual que las empresas (también los consumidores) acudan a los juzgados en solicitud de la nulidad parcial de la cláusula suelo, a través del ejercicio de una acción individual (a veces como pretensión principal, otras como subsidiaria de la acción de nulidad por falta de transparencia) alegando inexistencia¹⁰⁶ o (lo que es lo mismo), vicio de consentimiento, (*ex* artículo 1261 CC)¹⁰⁷. En esta hipótesis, y dado que la falta de información suficiente (respecto a la cláusula suelo) afecta al objeto principal del contrato, al precio del crédito y a su incorporación al contrato, requiere el consentimiento del adherente (consumidor o empresario) y no el mero cumplimiento de las formalidades que entrañan los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 LCGC.

2. LAS DUDAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA, DE LO CIVIL O DE LO MERCANTIL, PARA CONOCER DE LA ACCIÓN DE NULIDAD POR VICIO DE CONSENTIMIENTO

En la espera de que el Supremo se posicione sobre el particular (lo que no hizo tras inadmitir a trámite el recurso a través del Auto de 30 de septiembre de 2014) entrando en el fondo de asunto de los recursos de casación planteados por las empresas con quienes las entidades, nos consta, están negociando para que sean retirados¹⁰⁸, ha surgido un nuevo debate en la jurisprudencia menor en torno a determinar si son los Juzgados de Primera Instancia (de lo Civil) o los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de esta pretensión. Sobre el particular, existen, hasta el momento tres posturas.

(1.^a) La primera línea jurisprudencial estima la competencia de los *Juzgados de Primera Instancia*, de lo Civil, cuando en la fundamentación jurídico-

legal que se acompañe en la demanda se alegue el Código Civil (en base a la acción por vicio de consentimiento)¹⁰⁹ o la legislación de defensa de consumidores y usuarios (en base a los artículos 82 y sigs. de la LGCDYU¹¹⁰). También se estiman competentes estos juzgados cuando se acumulen a la acción principal de nulidad¹¹¹ lo que suele ser usual en la práctica), otras acciones, como por ejemplo, la acción de nulidad por abusividad, la dación en pago¹¹² o a la acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas o de indemnización de daños y perjuicios (acciones, que insistimos, suelen ser acumuladas cuando se presenta la acción por vicio de consentimiento como acción principal). De esta forma se evita que por vía de acumulación se llegue a atribuir una competencia desproporcionada o desmedida a los Juzgados de lo Mercantil, pues no parece que fuera ese el propósito buscado por el legislador al atribuirles la competencia en el artículo 86.ter, apartado 2 LOPJ en virtud del cual, «Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia».

(2.^a) La segunda línea jurisprudencial estima la competencia de los *Juzgados de lo Mercantil*, cuando la fundamentación jurídica de la pretendida acción se base en las previsiones contenidas en los artículos 8 y 9.1 de la LCGC que regulan la acción individual de nulidad (hipótesis que siempre se dará cuando del actor sea un empresario) aún cuando en la demanda se invoque la nulidad de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual contenidas en los artículos 1300 y concordantes del Código Civil o la normativa de protección de los consumidores en la medida en que tales argumentaciones legales quedarían embebidas en esos artículos 8 y 9 de la LCGC¹¹³.

(3.^a) La tercera línea jurisprudencial, intermedia, entiende que lo esencial es analizar la concreta pretensión (*causa pretendi*) ejercitada así como la argumentación jurídica en que se fundamenta la demanda; de tal manera que si se basa la demanda en el control de transparencia, por incumplir el artículo 5 de la LGCC, la competencia será *del Juzgado de lo Mercantil*, pero si se ejerce una acción de nulidad por vicio en el consentimiento, al amparo del CC o por abusividad de la cláusula suelo o techo, al amparo de la LGCYU, la competencia será *del Juzgado de Primera Instancia*. Este es el sentir de prácticamente la mayor parte de la jurisprudencia menor, tal y como se advierte en los Autos de la AP Barcelona, Sección 17.^a, de 15 y 21 de enero de 2015¹¹⁴, AP de Salamanca de 9 de diciembre de 2014¹¹⁵ y de la AP Huelva, Sección 2.^a, de 1 de octubre de 2014¹¹⁶. En este último Auto se dice, con acierto a nuestro entender, que aunque en principio hay tres acciones con vocación colectiva, cuyo conocimiento se le atribuye por ley a los Juzgados de lo Mercantil, que son la acción de cesación¹¹⁷, la acción de retracción¹¹⁸ y la acción declarativa¹¹⁹, «sin embargo no puede olvidarse que la LCGC en su artículo 8 también contempla

la posibilidad de poder ejercitar acciones referidas a las condiciones generales de manera individual, bien en el caso de los profesionales aplicando la legislación de la nulidad contractual y en el caso del profesional y consumidor, aplicando la legislación de consumo para caso de abusividad, lo que hace que una cláusula contractual pueda ser a la vez condición general en tanto que aplicada a una pluralidad de contratos por una de las partes, que no por ello tiene que ser nula, sino cuando contraviene lo dispuesto en la Ley y también cláusula abusiva, por cuanto que causa desequilibrio al consumidor que sea parte en un determinado contrato. En cualquier caso el Órgano judicial debe hacer respecto a la condición general un doble análisis de incorporación de la condición general y de contenido, teniendo en cuenta el carácter del adherente, esto es, que sea profesional o consumidor, sin olvidar tampoco el tipo de acción, eso es, colectiva o individual. Teniendo en cuenta lo anterior... A fin de resolver las dudas que pueden plantearse en la materia que nos ocupa, debemos estar al caso concreto teniendo cuidado de examinar las acciones que se ejerce en un determinado litigio, para de esta manera determinar la competencia, por cuanto que la realidad práctica nos lleva a dilucidar en los Juzgados multitud de demandas como las que nos ocupan referidas a contratos de préstamo con garantía hipotecaria, además de otro tipo de contratos con entidades financieras en los que de manera general se citan como fundamento jurídico de la pretensión la vulneración de la LCGC y de multitud de normas generales referidas a la parte general de obligaciones y contratos, así como a la normativa de consumidores y usuarios, pidiendo la nulidad de una determinada cláusula del contrato o la resolución/nulidad completa del mismo por infracción de normas contractuales, que no por aquella mención a la LCGC, son en cualquier caso competencia de los Juzgados de lo Mercantil»¹²⁰. En este sentido, siendo el demandante, adherente empresario¹²¹, los Juzgados competentes para conocer de dicha pretensión, creemos, han de ser los Juzgados de lo Mercantil en tanto en cuanto les resulta de aplicación la LCGC y no el TR-LGDCU en la medida en que no reúnen la cualidad de ser consumidores, tal y como hemos visto.

V. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN CON CONDICIONES. ¿TAMBIÉN EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESAS?

1. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN EUROPA. ¿UN MODELO A SEGUIR?

En Europa, en particular, en Alemania, Francia e Italia, el legislador no ha dudado en extender, de manera explícita, el control de abusividad a la contratación entre empresas. Los textos europeos de referencia también han considerado oportuno regular el «control de abusividad» en la contratación entre

empresarios/profesionales. En la Propuesta de la Comisión Europea de 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea¹²² se impone con carácter obligatorio, en el caso de acogerse a esa normativa común de compraventa, para el caso en el que participe una pyme.

En este sentido, dispone el artículo 86 CELS, que: «1. Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual. 2. A efectos de la presente sección, a la hora de evaluar si una cláusula contractual resulta abusiva, deberá atenderse a: (a) la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato; (b) las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; (c) el resto de las cláusulas contractuales; y (d) las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa». En este sentido, advierte este último artículo que, una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si: (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente y, (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual; lo que significa que el control de contenido rige, en general, para las cláusulas no negociadas individualmente (es decir, rige también, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción)».

A este instrumento opcional (CESL) aplicable tanto a las condiciones negociadas como a las que derivan de condiciones generales de la contratación pueden acogerse libremente las partes. A través de este instrumento opcional se le ofrece a los comerciantes que cuenten con un conjunto común de normas y utilicen las mismas cláusulas contractuales en todas sus transacciones transfronterizas que apuesta por un control de abusividad en la contratación con condiciones generales y negociadas entre empresas cuando intervenga una pyme¹²³. De manera algo menos ambiciosa y ciñéndose a la contratación, con condiciones generales, el Draft Common Frame of Reference¹²⁴, los Principles of European Contract Law¹²⁵ y los Principles of the Existing EC Contract Law¹²⁶ optan, también, por regular un control de abusividad en la contratación entre empresarios. El artículo II.-9:405 DCFR, un texto de carácter más restrictivo que el Reglamento Europeo de compraventa¹²⁷ pero más casuístico que los PECL (art. 4:110) y los Principios ACQP (art. 6:301), opta por establecer una regulación de las cláusulas abusivas no solo aplicable a las relaciones contractuales entre un empresario y un consumidor sino, también, a las relaciones contractuales entabladas entre no empresas (art. II.-9:104), y entre empresas (art. II.-9:105), lo que, de entrada nos parece un acierto¹²⁸.

El avance significativo que supone la regulación de estos textos de referencia respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno¹²⁹ nos anima a invitar «repren-

sar» el control de contenido, y consiguiente abusividad, en la contratación entre empresas. Y es que, aunque es muy probable que a nivel europeo las grandes empresas que contratan con pymes o autónomos (en la medida en que tengan libertad, que la tienen, para escoger derecho aplicable en sus contratos (pues el CESL es un instrumento opcional) no escogerán el instrumento opcional si quieren evitar un control del contenido de sus cláusulas contractuales¹³⁰ la medida propuesta demuestra una importante sensibilidad a favor de las pymes (trasladable, por supuesto, a las microempresas y a los autónomos) sobre la que, creemos, merece la pena reflexionar reabriendo el clásico debate doctrinal relativo al control de abusividad en la contratación entre empresas.

2. EL CONTROL DE ABUSIVIDAD EN ESPAÑA

En nuestro país a diferencia de lo que sucede en Europa (como más adelante comprobaremos), la doctrina y la jurisprudencia, durante más de una década, ha permanecido dividida a la hora de determinar si existe o no un control de contenido específico, y consiguiente abusividad, en la contratación entre empresarios/profesionales.

Aún conscientes de que tras la STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013 se aclaró que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no supone que el Derecho vigente en nuestro país permita un control judicial del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato ni la relación calidad/precio¹³¹; nos hemos propuesto reabrir el debate, clásico ya, acerca del control de contenido en la contratación entre empresarios lo que nos permitirá aclarar que a pesar de que hoy por hoy, con la ley en la mano (y la aplicación jurisprudencial que de ella viene haciendo el Supremo y la jurisprudencia menor), los empresarios no son consumidores nos preguntamos si sería oportuno «repensar», a la luz de los textos europeos de referencia, el control de abusividad en la contratación entre empresarios¹³².

Un debate que divide a nuestra doctrina en tres posturas: (1) quienes niegan, con rotundidad, siguiendo la opinión de José María MIQUEL GONZÁLEZ¹³³, que exista un específico control de contenido entre empresas amparados en que no fue esa la opción de política legislativa¹³⁴ (aunque han confesado que hubiera sido lo deseable y que esa es su propuesta de *lege ferenda*¹³⁵), (2) quienes proponen que se aplique, por analogía, un control de contenido específico propio de la contratación con consumidores (una opción que tampoco nos convence en la medida en que no existe laguna legal sobre el particular¹³⁶); (3) los hay como Rodrigo BERCOVITZ que interpretan, con enorme acierto a nuestro modo que el artículo 8.2 LCG¹³⁷ «... se limita a destacar (o recordar) como un caso “particular” de condiciones generales abusivas (y, consecuentemente, nulas) las

de la lista de la disposición adicional primera LCGU, que lógicamente se aplican solo a los contratos en que intervengan consumidores... No comprende en dicho "recordatorio", del que quedan excluidos los contratos entre profesionales, la definición general de la cláusula o condición general abusiva contenida en la primera frase del artículo 10 bis. 1, párrafo 1.º, que será válida también para dichos contratos entre profesionales...».

La diferencia pretendida entre el control de abusividad entre consumidores y empresas, dice este autor «... no es la de circunscribir el concepto de condición general abusiva a los contratos de consumo o el de utilizar un concepto de dicha figura distinto según nos encontremos o no en el campo de la contratación de consumo. La voluntad y preocupación de nuestro legislador se limita a marcar las diferencias en la no aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera de la LGDCU... Si los propietarios pueden ser *débiles* para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación, lo serán también para merecer un control de contenido»¹³⁸. En la espera de que nuestra doctrina, también el legislador europeoice nuestro derecho de contratos valorando la idoneidad de incorporar el control de abusividad en la contratación entre empresarios, pasemos a analizar, para terminar, la restitución de las cantidades indebidamente cobradas tras la declaración de nulidad. Otra cuestión sobre la que ha debatido la jurisprudencia menor.

VI. LA RESTITUCIÓN DE LAS CANTIDADES INDEBIDAMENTE COBRADAS EN VIRTUD DE LA CLÁUSULA SUELO NULA

Recuperar o no las cantidades indebidamente cobradas a tenor de la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia, y consiguiente abusividad, por vicio de consentimiento o por no superar el control de abusividad (cuando el adherente sea un consumidor) divide a los tribunales de toda España (también a la doctrina) en opiniones enfrentadas en favor y en contra. Tras la primera sentencia (STS de 9 de mayo de 2013) en la que, según algunos juzgados y Audiencias Provinciales, el Supremo sostiene la «novedosa tesis» relativa a la nulidad sin efecto retroactivo (defendida al hilo de una acción de cesación colectiva) y tras la segunda sentencia resuelta al hilo de ocho acciones individuales de nulidad (STS de 8 de septiembre de 2014, fruto de ocho acciones individuales de nulidad) en la que el Supremo guarda silencio sobre este extremo por un defecto procesal en la demanda (*ex art. 219 LEC*¹³⁹), continúan siendo muchas las dudas y pocas las certezas acerca de si la clásica regla, «*Quod nullum est nullum effectum producit*», había sido puesta en tela de juicio por el Supremo o no.

Hasta el que Supremo no se ha posicionado, como acaba de anunciar que hará al cierre de este trabajo, en un comunicado el pasado 25 de abril de 2015, en virtud de una Sentencia dictada en Pleno pendiente de redacción aclarando

las dudas que en la jurisprudencia menor existían acerca de si procedía o no declararse la retroactividad de la nulidad de la cláusula y hasta qué momento, la jurisprudencia menor se debatía en torno a determinar tres momentos posibles: (a) hasta la fecha de la firma del contrato, (b) hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013, y, (c) hasta fecha de la interposición de la demanda de nulidad de la cláusula suelo. El caos reinante en la jurisprudencia menor era, cuanto menos, alarmante, indeseable e improcedente, desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

Frente a quienes consideraban, tras la STS, en Pleno, de 9 de mayo de 2013 y STS, en Pleno, de 22 de febrero de 2015 que (1) tras la STS de 9 de mayo de 2013 existía la «novedosas tesis de la nulidad sin retroactividad» — una tesis que cuenta hoy día con firmes adeptos a nivel judicial¹⁴⁰ y doctrinal (fundamentalmente entre quienes defienden el carácter lícito y transparente de la cláusula suelo y sostienen la congruencia del fallo¹⁴¹ o quienes comprenden que fueron exigencias de seguridad jurídica las que justifican el modo de actuar del Supremo^{142, 143}—, (2) cada día eran más numerosos los Juzgados de Primera Instancia¹⁴⁴ y las Audiencias Provinciales¹⁴⁵ que parecían estar dispuestas a aplicar la clásica regla de la nulidad con efecto retroactivo obligando a las entidades financieras a devolver a sus clientes todas las cantidades de dinero percibido por las cláusulas anuladas. Avalan esta posición, que compartimos¹⁴⁶ gran parte de la doctrina que califica el fallo del Tribunal Supremo como «singular»¹⁴⁷, «cuestionable»¹⁴⁸ y, hasta cierto punto «reprochable»¹⁴⁹.

Tal y como advertimos, en su día, la «prudencia» con la que pretendió actuar el Supremo no justifica el desconcierto creado en la jurisprudencia menor. El modo de actuar de los tribunales de instancia y las Audiencias Provinciales, dispuestas a sostener criterios «rebeldes»¹⁵⁰ está más que justificado. Nos resulta sorprendente y tremadamente injusto que en un tema que afecta al bolsillo del consumidor o empresario se obtenga una justicia a la carta, o del criterio del juzgado que toque o del de la Sala. Un hecho que, además, está sirviendo de incentivo a las entidades financieras para que sigan con sus prácticas. Aprovechando el revuelo y el desconcierto creado en la jurisprudencia menor, hasta el momento, las entidades financieras lo tienen meridianamente claro: prefieren arriesgarse a ser demandadas antes que actuar de oficio eliminando las cláusulas suelo de los contratos hipotecarios. Aún peor. Están ofreciéndonos contratos privados con los que asegurarse, al menos durante uno o dos años, la aplicación de la cláusula suelo (eso sí, contando con el cliente, con la empresa o con el consumidor). La inseguridad jurídica está garantizada y con ella las entidades de crédito están ganando por goleada. Algo que, estamos seguros, en absoluto pretendió ni el Supremo ni el legislador.

Una vez sentada la regla de la retroactividad en muchos juzgados en lo que no lograban llegar a sostener un criterio unánime era a la hora de determinar¹⁵¹ si los efectos de la declaración de nulidad han de retrotraerse *hasta la fecha de perfección*.

namiento del contrato, hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013 o hasta la fecha de interposición de la demanda de restitución de las cantidades indebidamente cobradas. Este es ahora el «nuevo debate» que divide a la jurisprudencia menor.

(1.^a) La posición que podríamos llamar mayoritaria en este sentido, es la que defiende que los efectos que produce la nulidad de la cláusula suelo han de retrotraerse hasta la *fecha de perfeccionamiento del contrato* en el que se incorporó dicha cláusula. La primera Audiencia Provincial que se plantea el tema, que conocemos, y que resolvió en este sentido fue la de AP Álava¹⁵² a la que siguieron en este criterio, la de Ciudad Real¹⁵³, Barcelona¹⁵⁴, Alicante¹⁵⁵, Madrid¹⁵⁶, Asturias¹⁵⁷, Málaga¹⁵⁸, Albacete¹⁵⁹, Murcia¹⁶⁰, AP Huelva¹⁶¹, AP Ciudad Real¹⁶², AP Jaén¹⁶³, Murcia¹⁶⁴, Asturias¹⁶⁵, Pontevedra¹⁶⁶ y Valencia¹⁶⁷. En todas ellas se declara conforme a derecho que una vez declarada la nulidad de la «cláusula suelo» contenida en un contrato de préstamo hipotecario procede condenar a la entidad financiera demandada a la devolución al prestatario de las cantidades abonadas de más como consecuencia de la aplicación de la misma, así como a la devolución de todas las demás cantidades que aquél haya pagado de más por la aplicación de las referidas cláusulas suelo, más sus intereses legales, hasta la fecha de resolución definitiva del pleito (en algunas incluso, a favor de las empresas).

(2.^a) Cada día son más, sin embargo, las resoluciones judiciales en las que se considera que la nulidad declarada no tiene efectos retroactivos; lo que da pie a que los jueces y magistrados concedan la restitución de las cantidades indebidamente cobradas atendiendo a distintos criterios: a) Algunos juzgados determinan, con acierto, que los *efectos de la nulidad se retrotraigan hasta la fecha en que se dictó la STS de 9 de mayo de 2013*. Es lo que se conoce con el nombre de «retroactividad prospectiva». Una tesis que, a día de hoy, está teniendo cada vez más adeptos¹⁶⁸ en los Juzgados de Primera Instancia¹⁶⁹. b) Otros juzgados y Audiencias Provinciales, por el contrario, proponen que se restituya la devolución de las cantidades indebidamente cobradas retrotrayendo los efectos de la nulidad a la fecha de la interposición de la demanda judicial (criterio que ha sido sostenido en las Audiencias Provinciales de Granada¹⁷⁰ y en Córdoba¹⁷¹).

El Supremo, en Pleno, pone fin al debate que divide a la jurisprudencia menor (antes radiografiado) concluyendo que las entidades financieras que sean condenadas a reintegrar las cantidades cobradas por cláusulas suelo abusivas, deberán devolver dichas cantidades (solo) a partir de 9 de mayo de 2013 (fecha de la primera sentencia con la que el supremo sentó doctrina jurisprudencial sobre nulidad por falta de transparencia). Tras este fallo judicial se despejan muchas

de las dudas que enfrentaban a la jurisprudencia menor en torno a determinar si tras la nulidad procede retrotraer las cantidades indebidamente cobradas y hasta cuando. Mucho nos tememos, sin embargo, que tras aclarar y despejar tales dudas surgirán otras nuevas, como, por ejemplo, la relativa a determinar si es adecuado o no el momento fijado a la luz de los clásicos efectos de retroactividad de la acción de nulidad, si esta doctrina jurisprudencial (recientemente dictada) resulta sólo de aplicación a las cláusulas suelo incorporadas en préstamos hipotecarios concertados por las entidades de crédito condenadas por falta de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013¹⁷² o en la STS de 22 de febrero de 2015¹⁷³ o, por el contrario resulta de aplicación sea quien se el predisponente. Dicho con otras palabras, tras este último fallo judicial, se estimará el efecto de cosa juzgada material (ex art. 222 LEC) –denegado en la SAP Álava, Sección 1^a, de 19 de febrero de 2015 y SAP Guipúzcoa, Sección 2^a, de 30 de enero de 2015- o no?

Tras la STS, núm. 138, de 25 de marzo de 2015 (cuyo ponente es el Excmo. Sr. D. Eduardo BAENA RUIZ. Sentencia que resuelve el recurso de casación de una acción colectiva de cesación de uso de condición general que establece una cláusula suelo por falta de transparencia (emitiendo voto particular el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), se fija como doctrina jurisprudencial, respecto de los efectos ex tunc de la nulidad, de la cláusula suelo que: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, Rc. 1217/2013 y la de 24 de marzo de 2015, Rc. 1765/2013 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013», numerosa y contradictoria ha sido la jurisprudencia menor en torno a esta cuestión.. Es por ello que no ponemos un punto y final a este trabajo de investigación sino un punto y seguido. En el siguiente trabajo, ya aceptado y pendiente de publicación (en esta misma Revista) analizaremos, con el detenimiento que merecen, los argumentos expuestos en favor y en contra de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (argumentos que han enfrentado en estos dos últimos años a la jurisprudencia menor) confiando que el Supremo se posicione acerca del tema de fondo que aquí hemos tratado y en torno a los muchos debates que hoy dividen y enfrentan a la jurisprudencia menor y sobre los que hemos tratado de tomar parte.

VIII. CONCLUSIONES

I. En el fenómeno de la *contratación en masa* —una contratación diferente al contrato por negociación— al que se someten y *adhieren* no solo los

consumidores sino los empresarios [autónomos (profesionales), microempresas y pymes]; el juicio acerca de cumplir los estándares de información y transparencia se traslada del *adherente* (persona física o jurídica), al *predisponente* (entidad financiera) a quien se le exige, sea quien sea con quien contrate (consumidor o no) que cumpla con el principio de equilibrio contractual logrando que la condición general (en nuestro caso, la cláusula suelo), resulte transparente desde el punto de vista real (y no, meramente gramatical o literal).

II. En la contratación, con condiciones generales, la abusividad por defecto de transparencia real —más que formal (ilegibilidad, incomprensibilidad, ambigüedad)— ha jugado, lamentablemente, un papel protagonista. El abuso o la oscuridad de la cláusula suelo obedece a la posición de dominio del predisponente (entidad financiera) frente al adherente (sea o no consumidor, persona física o jurídica).

III. Determinar si resulta o no de aplicación el *control de transparencia* en la contratación, con condiciones generales, desarrollado por la doctrina jurisprudencial de la Sala primera del Supremo (en SSTS de 9 mayo de 2013, 8 de septiembre y 15 de abril de 2014) y corroborada por el TJUE (en Sentencia de 30 de abril de 2014), a las empresas (es decir, a los trabajadores autónomos, microempresas y pymes) constituye un tema importante que exige un pronunciamiento expreso por el supremo o del legislador. Entre tanto no se produzca, encontramos en la STS de 9 de mayo de 2013 (en los puntos 139, 140, 201, 211) y en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación los argumentos legales necesarios para entender que sí resultan de aplicación los art. 2, 5, 7, 8 y 9 de LCGC, tal y como ha viene siendo interpretado por parte de alguna jurisprudencia menor.

IV. El *control de abusividad* en la contratación, con condiciones generales, entre empresas convence en Europa. Especialmente cuando en este tipo de contratación interviene una pyme, en nuestra opinión, tiene mucho sentido. Siguiendo estos modelos europeos de referencia podemos encontrar fundamentos jurídicos sólidos para europeizar nuestro derecho de contratos. El avance significativo respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno que suponen el CESL, el DFCR, los PECL, y los Principios ACQUIS unido a encontrar la interpretación más correcta del artículo 8.1 LCGC nos animan a que es conveniente «repensar» el control de abusividad entre empresarios si estamos dispuestos a europeizar nuestro derecho de contratos.

V. La esperada posición del Supremo sobre la retroactividad de la declaración de nulidad por defecto de transparencia, dictada en Pleno, por la STS anunciada los pasados 24 y 25 de marzo de 2015, en virtud de la cual se zanja el debate abierto en la jurisprudencia menor en torno a determinar el momento al cual retrotraer dicha declaración de nulidad, concluyendo que las entidades financieras que sean condenadas a reintegrar las cantidades cobradas por cláusulas suelo abusivas, deberán devolver dichas cantidades (solo) a partir de 9 de mayo de 2013 (fecha de la primera sentencia con la que el supremo sentó

doctrina jurisprudencial sobre nulidad por falta de transparencia) zanja dudas clásicas pero abre otras nuevas.

VI. Es necesario que el Gobierno ofrezca una segunda oportunidad no solo a los autónomos sino, también, a las personas físicas no empresarias sobreendeudadas, y atienda las particularidades que presentan las microempresas y las pymes. Numerosos países de nuestro entorno ya lo han hecho. Resulta imprescindible «aprehender» de estas experiencias europeas si se desea acometer de manera estructural, no coyuntural, la reforma del CC (art. 1911 CC y 1964 CC), la Ley Concursal (reformándose los arts. 178, apartado 2 y sigs.), la Ley de Enjuiciamiento Civil (los arts. 579.2, letra a), 671, y 682), la Ley Hipotecaria (art. 129.2), y la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero a favor de un crédito responsable y la Ley de Emprendedores de 2013 y la Ley 1/2013, de 14 de mayo de deudores hipotecarios.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2013). ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales. Núm. 6, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/312/290>.
- ALBIEZ DÓHRMAN, K. J. (2009). *La protección jurídica de las empresas en la contratación con Condiciones Generales de la Contratación*, ed., Aranzadi, S.A., Navarra.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, ed., Civitas, Madrid.
- (1997). El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, 1997.
 - (2000). El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas, *RJC*, pp. 14 y sigs.
 - (1998). Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales. *Anuario jurídico de La Rioja*, ISSN 1135-7096, núm. 4, 1998, pp. 53 y sigs.
- ALMAGRO NOSETE, J. (2013). Un auto «pionero», abierto a grandes horizontes (Ejecución hipotecaria inmobiliaria), *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Columna, 22 de mayo, pp. 1-8.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2015). Nulidad de juicio de desahucio por tener la hipoteca tres cláusulas abusivas, disponible en www.notariosyregisradores.com.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2000). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Elcano, Navarra, pp. 265-266.
- (2006). Cláusula de reducción de plazos de garantía y de ejercicio de derechos, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. Ana Cañizares Laso, ed., Tecno, Madrid, pp. 296-297.
 - (1999). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Aranzadi, Madrid, pp. 143 y sigs.

- BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2009). Comentario al artículo II.-904 DCFR, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* (dir.) Antonio VAQUER ALOY, ed., Esteve BOSCH CAPDEVILA, p. 662, nota p. 536.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación, *RCDI*, núm. 742, 2024, pp. 413-460.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir.), ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 129.
- (2013). No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia, *Revista Cesco 2013*, disponible en blg.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE-CALIFICARSE-COMO-CLAUSULA-ABUSIVA-A-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO-pdf.
- (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*, Navarra, 2006, p. 123.
- CANO SALLARÉS, M.ª P. (2013). La cláusulas de limitación al pago de interés (cláusula suelo). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, p. 120.
- CUENA CASAS, M. (2015). Una segunda oportunidad ¿solo para empresas?, blog 14 de enero, en <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresas/>
- CARMELO LLOPIS, J. (2015). La cláusula suelo en novaciones y subrogaciones: nuevos criterios jurisprudenciales, de 16 de febrero de 2015, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog>.
- (2014). Cláusulas suelo en las escrituras de subrogación real y novación, post publicado el 14 de octubre, disponible en <http://www.notariallopis.es/blog/i/144/73/las-clausulas-suelo-en-las-escrituras-de-subrogacion-y-novacion>.
- CARRASCO PERERA, Á. (2015). Algunos consejos para hacer bien las cosas en la praxis administrativa de consumo relativa a la imposición de sanciones por inclusión de cláusulas abusivas, *Revista Cesco*, fecha de publicación, 20 de febrero de 2015, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Algunos-consejos-para-hacer-bien-las-cosas-en-la-praxis-administrativa-de-consumo-relativa-a-la-imposición-de-sanciones-por-inclusion-de-clausulas-abusivas-pdf>.
- (2014). Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación, Fecha de publicación: 3 de marzo de 2014, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/La-cláusula-suelo-nuevamente-a-las-puertas-de-la-casación.pdf>.
- CARRASCO PERERA, Á., y GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del Carmen (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 (Ejemplar dedicado a: Bienes y servicios defectuosos. Crédito hipotecario. Resolución extrajudicial de conflictos de consumo), pp. 126-163.
- DEL OLMO GARCÍA, F. (2013). La financiación tradicional de las Pymes en España: un análisis en el marco de la Unión Europea, Instituto Universitario de Análisis económico y Social Documento de Trabajo, julio de 2013, pp. 1-23. Disponible en www.uah.es/iaes/publicaciones/DT_07_13.pdf.
- DE CASTRO, F. (1975). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, ed., Civitas, Madrid.

- DE LA RICA, J. R.: Relativo a desahucios, no olviden a las pymes, en <http://www.joseramonriera.es/blogjrr/2012/11/16/desahucios-no-olviden-a-las-pymes/>.
- DE PUIG MATEU, J. (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5. Septiembre. 157-162.
- DIEZ PICAZO, L., y PONCE DE LEÓN (1996). *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ed., Cizur Menor, p. 30.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, ed., Bosch.
- GETE ALONSO, M. C. (1999). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (dir. ARROYO-MIQUEL) (1999), ed., Técnos, Madrid, pp. 86 y sigs.
- GARCÍA-VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual, *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, pp. 1 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2015). Sobre las Cláusulas Abusivas en los préstamos hipotecarios, disponible en http://www.registradores.org/ca/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23173.
- (2014). La garantía hipotecaria: presente y futuro tras la STJUE de 13 de mayo de 2013 y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y Miguel OLMEDO CARDENETE, *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias (2014): un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 917-949.
- GÓMEZ POMBAR, F., y CELENTARI, M. (2013). Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores, en *Indret*, 4, p. 3, disponible en www.indret.com/pdf/editorial_cast_4.2013.pdf
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen (2014). La falta de transparencia en la segunda STS sobre Cláusula Suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular), *Revista CESCO*, fecha de publicación, 6 de noviembre de 2014.
- (2014). Cláusula Suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio existe una vista que garante la contradicción de las partes (STS 13 de octubre de 2014, MP SR. SANCHO GARRARDOS, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 21 de noviembre).
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, (Dir. NIETO CAROL), Valladolid, pp. 161-162.
- MARTIN EBERS (2012). El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 1-46, disponible en www.indret.com/pdf/881_es.pdf
- MÉNDEZ, A., DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Coord., Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL) (2012). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Civitas, S.L., Madrid.
- MIQUEL, J. M.^a (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. AURELIO MÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), ed., Civitas, SL, Madrid. pp. 428 y sigs.
- ORDUÑA MORENO, J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871/2013 parte (Comentario). Aranzadi, Pamplona, 2013.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. ed., Marcial Pons.

- (2013). De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato. *Revista Derecho de los negocios*, núm. 24, pp. 7-25.
- PASCUAL BROTÓN, C. C. (2015). Efectos de la comunicación del inicio de negociación previa al concurso en la ejecución hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8484, Sección Doctrina, 19 de febrero, Ref. D-61, Editorial La Ley.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a los artículos 9 y 10 de la LCGC, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), ed., Aranzadi, Madrid, pp. 271-309.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2004). *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*. Ed., Aranzadi, S.A.
- (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013. *Revista La Ley*. 5138. *Diario la Ley*, núm. 8154, 23 Sep. 2013, p. 5.
- PLAZA PENEDÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8112, Sección Doctrina, 25 de junio.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (1999). Régimen de ineeficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología. *AC*, p. 1646.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999). El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en S. Espiau (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, pp. 88 y sigs.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). La contratación bajo condiciones generales de la contratación frente a la contratación por negociación. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad: análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores. *Diario La Ley*, núm. 8333, 2014.
- (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria. *Actualidad Civil*, 29 de mayo. *Diario La Ley*, núm. 8092.
- (2013). Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11. *Diario La Ley*, núm. 8081.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). El Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario, *Revista REDES*, núm. 4.
- (2014). Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (Pyme, emprendedores y trabajadores autónomos), Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y Miguel OLMEDO CARDENETE, *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33-81.
- (2014). ¿Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español?, en *Homenaje a José María Miquel González*, Coordinados por D. José Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, SA. Madrid. pp. 3192-3221.
- (2013). Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores, *RCDI*, núm. 738, julio-agosto. pp. 2329-2352.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. y OLMEDO CARDENETE, M. (2014). *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- SERRANO NICOLÁS, Á. (2013). Dos leyes de apoyo a los emprendedores, *Revista La Notaría*, núm. 3, p. 3.
- VALERO FERNÁNDEZ REYES, Á. (2015). Hipotecas y Cláusulas abusivas, disponible en http://cincodias.com/cincodias/2015/01/30/economia/1422635107_595475.html.
- VAQUER ALOY, A. (2006). *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*. Ed., Esteve Bosch Capdevila.
- VICENTE CHULIÁ, F. (2013). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *Revista La Notaría*, 3/2013. pp. 36-71.
- VICENT CHULIÁ, F., en U. NIETO CAROL (2000). *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid. pp. 396 y sigs.

NOTAS

¹ A los efectos que aquí nos interesa aclarar, adoptaremos la definición que sobre microempresas, pequeñas y medianas empresas ofrece la Circular 34/2013, de 27 de septiembre, del Banco de España, por la que se modifica la Circular 3/2008, de 22 de mayo, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, en lo que respecta a la definición de pequeñas y medianas empresas (Publicada en el *BOE* de 12 de octubre) adaptándose a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003. *Vid.*, la interpretación jurisprudencial propuesta por el TJUE, Sala Séptima, sobre la vinculación de las empresas, en Sentencia de 27 de febrero de 2014.

² A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «trabajador autónomo» aquellas personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, afiliados a alguno de los regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social que no están integrados en sociedades mercantiles, cooperativas ni en otras entidades societaria (Conforme a la definición que ofrece el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo).

³ A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «microempresa», aquella que cuente con menos de 10 trabajadores, que facture menos de 2 millones de euros y que disponga en su balance general de menos de 2 millones de euros. En respuesta a la crisis, han nacido muchas microempresas en España por lo que gran cantidad de personas que se encuentran en situación de desempleo se plantean la posibilidad de hacerse autónomos o emprendedores, y el primer paso para estos últimos puede ser una microempresa.

⁴ A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «empresa pequeña», aquella que cuente con menos de 50 trabajadores, facturen menos de 10 millones de euros y disponga en sus balances de menos de 10 millones.

⁵ A los efectos que aquí nos interesan, se entenderá por «empresa pequeña», aquella que cuente con más de 250 trabajadores, facture un volumen de negocios igual o superior a 50 millones de euros y disponga en su balance general de resultados de menos de 43 millones de euros.

⁶ Compartimos la opinión de F. VICENT CHULÁ (2013). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles, *Revista La Notaría*, núm. 3, pp. 38 y sigs., para quien, «La unificación terminológica bajo el término emprendedores sustituye (al parecer, con ventaja), a «las pymes y los autónomos», «empresarios», «profesionales», «trabajadores autónomos», «microempresas», «jóvenes trabajadores por cuenta propia» y «operadores del mercado» (a estos se refiere la Proposición de Código Mercantil

de la Comisión General de Codificación de 17 de junio de 2013, PCM» —a lo que añade— «Aunque quizás sería mejor la unificación bajo el término empresa (empresa/sujeto), que hallamos consolidado en el Derecho de Defensa de la Competencia, en el Derecho Mercantil Contable y en el Derecho Laboral, en ocasiones recogido en la misma LAEI. Al introducir la LAEI, el Título X LC, en su artículo 231.1, se refiere al «empresario persona natural» y precisa que «a los efectos de este Título, se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos», sin atreverse a emplear aquí el término emprendedor».

⁷ Según los datos publicados por Eurostat en 2013, en nuestro país las medianas y grandes empresas representan un 0,7% y un 0,1% respectivamente sobre el total. Si lo comparamos con el resto de países de nuestro entorno económico, podemos observar que el tejido empresarial de Italia y Portugal es parecido al de España. En Alemania y Reino Unido el peso de las pequeñas y medianas empresas (pymes) es superior al del resto de países que se han tomado como referencia con un 16,3% y un 10% respectivamente, frente al 6% de España. Asimismo, el porcentaje de grandes empresas es notablemente superior en el caso de Alemania y Reino Unido con un 0,5% y un 0,4% respectivamente (véase cuadro 1). Disponible en [http://circulodeempresas.org/es/blog/entrada/el-tejido-empresarial-espanol#s\(hash.6hPjOFIE.dpfu](http://circulodeempresas.org/es/blog/entrada/el-tejido-empresarial-espanol#s(hash.6hPjOFIE.dpfu).

⁸ Sin ánimo exhaustivo, *vid.*, entre otras, las sentencias en las que se ha estimado la acción de nulidad de la cláusula suelo en contratos celebrados por consumidores acogiéndose a la doctrina jurisprudencial sentada por el Supremo: SAP, Sección 4.^a, de Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014, SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Palencia, Sección 1.^a, Audiencia Provincial de Palencia, de 5 de marzo de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero 2014, SAP Burgos, Sección 2.^a, de 28 de enero 2014, SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, SAP Zaragoza, Sección 5.^a, de 8 de enero de 2014, SAP Granada, Sección 3.^a, de 18 de octubre de 2013, SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 2 de octubre, 20 de junio, 18 de junio y 22 de mayo de 2013, SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre 2013, SAP Murcia, Sección 4.^a, de 12 de septiembre de 2013, SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013, SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013, SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2013, SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio y SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013.

⁹ Para llevar a cabo el control notarial se ha creado un Órgano de Control de Cláusulas Abusivas y ha puesto a disposición una página web para informar a los ciudadanos sobre cláusulas abusivas, en la que los ciudadanos podrán consultar, entre otras cuestiones, cuáles han sido declaradas como tales por ley o por sentencia judicial y la lista de resoluciones dictadas por los tribunales o la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) sobre esta materia. La página web puesta en marcha por el Órgano de Control de Cláusulas Abusivas (OCCA) del Consejo General del Notariado (<http://www.occa.notariado.org>) dispone también de un enlace directo con el Registro de Condiciones Generales, a fin de facilitar el acceso y consulta del mismo por los particulares. Asimismo incluye información específica sobre los medios al alcance de los notarios para proteger jurídicamente los derechos de los consumidores y sobre los servicios notariales útiles para este fin. Para más información, http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=3&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=8005292.

¹⁰ El *control preventivo* realizado recientemente ha recibido un espaldarazo por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, tras la Resolución de 3 de octubre de 2014. Una Resolución inspirada en las SSTJUE de 14 de junio de 2012, de 14 de marzo de 2013 y de 3 de julio de 2014. En opinión que compartimos de Javier GÓMEZ GÁLLIGO (2015), «Sobre las Cláusulas Abusivas en los préstamos hipotecarios», disponible en http://www.registradores.org/ca/detalle_noticia.jsp?DS48.PROID=23173, «los registradores pueden y deben rechazar aquellas cláusulas que sean contrarias a preceptos imperativos o prohibitivos, o hayan sido declaradas nulas por sentencia firme».

¹¹ Hoy por hoy, la defensa de los derechos de los consumidores al amparo del marco legislativo de la Unión Europea, en base a la primacía del derecho comunitario, que como ciudadanos, existe, al amparo de nuestra Constitución. Pongamos algunos ejemplo: (1) La STJUE de 21 de enero de 2015, señala que si un juez español declara nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios contenida en un préstamo hipotecario no podrá ordenar el recálculo de los intereses, (2) La STJUE de 14 de marzo de 2014, (3) La STJUE 17 de julio de 2014, (4) la STJUE de 21 de febrero de 2013 y (5) la STJUE de 14 de junio de 2012 (estableció que la cláusula abusiva de intereses de demora en contratos con consumidores está sometida al control jurisdiccional, incluso de oficio, en cuanto a su carácter abusivo y que el juez no puede integrar la cláusula abusiva declarada nula).

¹² El control judicial nacional cuenta, en la actualidad, con una importante y sólida doctrina jurisprudencial a favor de los consumidores, entre la que cabría destacar: (1) las SSTS, Sala 1.^a, de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 15 de abril de 2014 y, la más reciente sobre el control de transparencia y, consiguiente abusividad, de la cláusula suelo y (2) la STS, Sala 1.^a, de 13 de enero de 2015 (en la que matiza la doctrina del enriquecimiento injusto respecto de la adjudicación del inmueble por la propia entidad ejecutante (671) y la continuación de la ejecución por la vía del artículo 579 LEC abriendo nuevas vías de defensa en la continuación de la ejecución hipotecaria prevista por el trámite de dicho artículo y (3) la STS, Sala 1.^a, de 14 de enero de 2015, en virtud de la cual se fija como doctrina jurisprudencial que, «La demanda contra la calificación del registrador o de la registradora formulada en juicio verbal se deberá dirigir contra el registrador o la registradora responsable de dicha calificación y no contra la Administración Pública, la cláusula ha dado un espaldarazo definitivo al colectivo de Registradores de la Propiedad dispuesto a filtrar, con carácter preventivo, las cláusulas abusivas antes de su inscripción tomando en consideración el hecho de que el recurrente era un consumidor».

¹³ Fruto del éxito de la *batalla judicial* librada en favor de los consumidores, el proceso especial de ejecución hipotecaria ha sido objeto de continuos *cambios legislativos* entre los que cabría hacer mención a: (1) la Ley 1/2013 de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, (2) la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, en virtud de la cual se introdujo una ampliación en el plazo para formular oposición con fundamento en la existencia de cláusulas abusivas en la escritura de constitución de hipoteca, (3) el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre de 2014, de medidas urgentes en materia concursal, en virtud del cual se adaptó la LEC a las exigencias de otra STJUE de 17 de julio de 2014, se reformó el artículo 795.4 LEC, admitiendo que, también, el ejecutado (consumidor) pudiera recurrir el auto que resuelve la oposición cuando se hubiera alegado la existencia de cláusulas abusivas, y (4) la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en virtud de la cual se prevé la posibilidad de suspender la ejecución hipotecaria bastando que el deudor ponga en conocimiento del juzgado, que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio; o un acuerdo extrajudicial de pago.

¹⁴ El Código de Consumo catalán ha sido reformado en 2014, como más adelante estudiaremos, para reformar el concepto de persona consumidora dándole cabida a los trabajadores autónomos y a las micro empresas y pymes conforme a la Recomendación Europea de 2003/361/CE.

¹⁵ Sobre el control administrativo-sancionador llevado a cabo en algunas Administraciones Locales, *vid.*, Angel CARRASCO PERERA (2015), «Algunos consejos para hacer bien las cosas en la praxis administrativa de consumo relativa a la imposición de sanciones por inclusión de cláusulas abusivas», *Revista Cesco*, fecha de publicación, 20 de febrero de 2015, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/02/Algunos-consejos-para-hacer-bien-las-cosas-en-la-praxis-administrativa-de-consumo-relativa-a-la-imposicion-de-sanciones-por-inclusion-de-clausulas-abusivas-pdf>.

¹⁶ Sin ánimo exhaustivo, José María FERNÁNDEZ SEJO (2013), *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias, Una aproximación desde el Derecho comunitario*,

ed., Bosch, Cristina CAROLINA PASCUAL BROTÓNS (2015) y Carlos BALLUGERA GÓMEZ (2015), «Nulidad de juicio de desahucio por tener la hipoteca tres cláusulas abusivas», en www.notariosyregistradores.com, quien analiza la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Donostia, San Sebastián de 2 de febrero.

¹⁷ La Cámara Oficial de Comercio de la Industria de Ávila ha mostrado su preocupación y rechazo ante la proliferación de desahucios, procedentes en su mayoría de ejecuciones hipotecarias, que las entidades financieras están practicando sobre los locales y las viviendas particulares de empresarios que no pueden afrontar las deudas contraídas a causa de la grave crisis económica que padecemos desde hace años. *Vid.*, Noticia, El Economista, 30/10/2012, disponible en http://www.economista.es/interstitial/volver/selfbankene14/castilla_y_leon/noticias/4363281/10/12/La-Camara-de-Avila-denuncia-la-proliferacion-de-desahucios-a-pymes-y-autonomos.html#_Kku82X4cVOnf5mS.

¹⁸ Varias son ya las ocasiones en las que hemos mostrado nuestra preocupación por la difícil situación en la que se encuentran las empresas. La más reciente, al hilo de nuestro trabajo en la obra colectiva fruto del que constituyó el I Congreso Nacional sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias que celebramos en Granada, los días 13, 14 y 15 de mayo de 2013, en el que centramos nuestra atención en los consumidores y no en los empresarios (Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores, También en las empresas (Pyme, emprendedores y trabajadores autónomos), en *Desahucios y Ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal*, en Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y Miguel OLMEDO CARDENETE, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 33-81). En la presentación de dicha obra hicimos pública nuestra intención de dedicar el que constituirá el II Congreso Nacional sobre «Presente y Futuro del Mercado Hipotecario, La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresas», organizado por la Facultad de Derecho y la Cátedra de Derecho Registral, que se celebrará en Facultad los días 8, 9 y 10 de abril de 2015. La primera ocasión en la que mostramos nuestra preocupación por las empresas fue en: ¿Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español?, en *Homenaje a José María Miguel González*, coords. por D. José Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, SAA, Madrid, 2014, pp. 3192-3221 y Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores, *RCDI*, núm. 738, julio-agosto 2013, 2329-2352.

¹⁹ En este sentido, *vid.*, Francisco DEL OLMO GARCÍA («La financiación tradicional de las Pymes en España: un análisis en el marco de la Unión Europea», Instituto Universitario de Análisis Económico y Social Documento de Trabajo julio de 2013, pp. 1-23. Disponible en www.uah.es/iaes/publicaciones/DT_07_13.pdf), trata de dar respuesta a la pregunta relativa a si sufren las empresas españolas más que sus homólogas europeas la restricción crediticia y si son los costes relativos a esa financiación un factor que reduce la competitividad de nuestras empresas.

²⁰ En fase de revisión de pruebas advertimos que se han publicado numerosas novedades legislativas parte de las cuales eran esperadas y solicitadas a lo largo de las reflexiones que realizamos en este trabajo de investigación. La primera, y más importante, es la aprobación del RDL 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social («BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2015, páginas 19058 a 19101 (44 págs.). Una ley a través de la cual se trata de ofrecer una segunda oportunidad a las personas físicas (empresarias o no) o jurídicas que les permita encarrilar nuevamente su vida e incluso arriesgarse a nuevas iniciativas empresariales tras sufrir un fracaso económico empresarial o personal, sin arrastrar algunas deudas derivadas de esta circunstancia. Para lograrlo, el legislador ha optado, tal y como sospechábamos, por (1) reformar (por tercera vez) la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, asumiendo con ello el fracaso de reformas anteriores (particularmente, de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), (2) ampliar el colectivo protegido por el Código de Buenas Prácticas para

deudores hipotecarios, a quienes se les quitará las cláusulas suelo, (3) prorrogar dos años más la suspensión de los desahucios para colectivos vulnerables (modificando los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (modificando los apartados 1, 2, y 3 del artículo 1, en virtud de los cuales se prorroga dos años más la moratoria de los lanzamiento y modificándose los parámetros), (4) eximir de representación procesal (procurador) al deudor persona natural en el concurso consecutivo introduciendo una excepción a la postulación procesal regulada en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley Concursal 22/2003, (en la Disposición Adicional tercera), (5) suprimir las tasas judiciales en todos los órdenes e instancias (modificando el art. 4 Ley 10/2012 de tasas judiciales, en virtud del cual quedan exentas las personas personas físicas y se mantiene la exención en cuantías inferiores a 2.000 euros), e (6) introducir otras reformas de alcance social. Además, el Gobierno ha publicado el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil y el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (publicados en el BOE, el 27 de febrero de 2015). En virtud del primero, en la disposición final primera LEC se propone introducir la modificación, anunciada ya, de los plazos de prescripción de los artículos 1964 y 1973 CC. Se propone que las acciones personales prescriban a los cinco años y la interrupción solo lo sea por un año si no se reclama judicialmente. Una reducción temporal que exigirá reflexionar acerca del dies a quo en el cómputo del plazo de prescripción de la acción (art. 1969 CC). En virtud del segundo Proyecto de Ley anunciado, se modifica el apartado 20 del artículo único del proyecto de ley de reforma de la LOPJ, modifica el artículo 85 de la LOPJ, ampliando las competencias del Juez de 1^a Instancia a los concursos de persona natural (aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de febrero de 2015). De estas novedades legislativas (también de la relativa al Decreto Ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria (publicado en el DOGC de 16 de marzo de 2015), nos proponemos reflexionado en el II Congreso Nacional organizado por la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada, sobre "Presente y Futuro del Mercado Hipotecario. La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios", que se celebraremos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, los días 8, 9 y 10 de abril de 2015 (vid., RCDI núm. 747, pp. 563-567).

²¹ Una Recomendación que ha de ser aplicarse antes del 14 de marzo de 2015. En este sentido, en el considerando 5 de la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014 (disponible en <http://www.boe.es/DOUE/2014/074/L00065-00070.pdf>) se establece que el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, regula únicamente las cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia. La propuesta de la Comisión para la modificación de dicho Reglamento debería extender su ámbito de aplicación a procedimientos preventivos que promuevan el rescate de un deudor económicamente viable y ofrezcan una segunda oportunidad a los empresarios. Sin embargo, la enmienda propuesta no aborda las divergencias entre los procedimientos previstos en los Derechos nacionales.

²² En otros países europeos el fracaso de un emprendedor es visto de forma positiva y no como un freno a su actividad económica. En este sentido, ha afirmado recientemente, el Ministerio de Economía y Competitividad que de esta forma su actividad no quedaría lastrada a futuro y ha puntualizado que estas empresas «pueden fracasar, pero en la siguiente pueden acertar». Para más información. «El Gobierno se muestra a favor de una Ley de segunda oportunidad para autónomos», disponible en <http://www.economista.es/emprendedores-Pymes/noticias/6329805/12/14/El-Gobierno-se-muestra-a-favor-de-una-Ley-de-segunda-oportunidad-para-autonomos.html#Kku8G1D6kNJbk7DL>.

²³ En su informe de 2013, recomienda en el apartado 9 «El desapalancamiento en el sector privado se está produciendo, pero hay margen para suavizar el proceso de ajuste. Aunque cualquier cambio que se contemple no debería poner en peligro la estabilidad financiera, sigue existiendo margen para mejorar el régimen de insolvencia. *Empresarial*. El procedimiento funcionaría mejor eliminando trabas para la pronta refinanciación/reestructuración de empresas viables, agilizando la liquidación de las empresas no viables, fortaleciendo la capacidad de los

juzgados mercantiles y estableciendo un marco que favorezca los acuerdos extrajudiciales para Pymes (p. ej.: mediación). *Personal*. Las autoridades han aplicado un conjunto de medidas para abordar las dificultades financieras vinculadas a las hipotecas de primera vivienda. Deberían considerar progresos adicionales complementando en un futuro estas reformas mediante la introducción (como en otros países del área euro) de un régimen de insolvencia personal, con condiciones estrictas, que preserve la cultura de pago. También ayudaría una mayor información y asesoramiento a personas altamente endeudadas sobre las opciones para abordar sus problemas de deuda» (disponible en <https://www.imf.org/external/spanish/np/ms/2013/061813s.htm>) y en su informe de 2014 advierte que España está a la cola de Europa en materia de segunda oportunidad (disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14193.pdf>).

²⁴ Disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/mografico/Documentacion/Crisis_economica_e_insolvencia_personal.pdf. En su apartado 6, páginas 33 y 34 recomienda: «1. Regular *ex novo* un procedimiento singular de insolvencia de los particulares o consumidores, independiente del resto de los procedimientos existentes en el ordenamiento jurídico, basado en la cultura del pago y con la previsión de liberación de deudas remanentes, tras la liquidación del patrimonio, siguiendo la recomendación efectuada por el Fondo Monetario Internacional. Para el cumplimiento de este objetivo se recomienda abordar las reformas normativas necesarias en el orden civil, mercantil, administrativo y procesal.

²⁵ Disponible en www.bde.es/f/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevista/BoletinEconomico/14/abril/Fich/be1404-coy.pdf.

²⁶ Es la primera de las 58 conclusiones a las que llegan los jueces Decanos de España, reunidos en la XXIV Reunión Nacional, celebrada en Valencia, los días 1 a 3 de diciembre de 2014 (disponible en <http://www.lexnews.es/wp-content/uploads/2014/12/CONCLUSIONES-D-LA-XXIV-REUNIÓN-NACIONAL-DE-JUECES-DECANOS-DE-ESPAÑA.pdf>).

²⁷ En la actualidad, existe una propuesta del Ministerio de Justicia para regular la segunda oportunidad de las personas naturales impulsada por el Partido Popular, en cuyo programa electoral se señalaba a este respecto, lo siguiente: «Reformaremos la ley concursal para introducir en los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, con las debidas garantías para evitar comportamientos abusivos, mecanismos de liberación de los deudores tras la ejecución del patrimonio embargable». También existía una proposición de ley de segunda oportunidad planteada por el PSOE. Una proposición de Ley contra el Desahucio, el sobreendeudamiento y la insolvencia familiar. El objeto de la Proposición de Ley es dar respuesta a una importante demanda social respecto los desequilibrios de fuerzas de nuestro sistema hipotecario en donde el deudor es la parte más débil, que asume las consecuencias de una asunción de riesgos imprudente por parte de las entidades financieras.

²⁸ El propio Ministro de Economía, Luis de Guindos, reconoció, el pasado 15 de diciembre de 2014, que en otros países europeos el fracaso de un emprendedor es visto de forma positiva y no como un freno a su actividad económica, y ha dicho que el Gobierno está dispuesto a traer leyes de segunda oportunidad para los pequeños empresas, que pueden necesitar estas ventanas de posibilidad. Para más información, *vid.*, El Gobierno, a favor de la Ley de segunda oportunidad para autónomos que les alivie deudas, *El Economista*, de fecha 15 de diciembre de 2014, disponible en, <http://www.eleconomista.es/economia/noticias/6328824/12/14/El-Gobierno-a-favor-de-la-Ley-de-segunda-oportunidad-para-autonomos-que-les-alivie-deudas.html#Kku8UTS4FlvRySun>.

²⁹ Desde el Ministerio de Justicia, a través de la Secretaría General Técnica, disponemos ya de un primer borrador de propuesta legislativa para regular la segunda oportunidad de las personas naturales (personas físicas) advierte que: (2) trata de incentivar una política responsable de concesión de créditos, (3) conceder a los trabajadores autónomos que hayan declarado concurso de acreedores tres años para pagar sus deudas, y si en ese tiempo no lo logran, quedarán libres de pagarlas, siempre que un juez lo apruebe, (4) evitar la exclusión social del que fracasa, concediéndole una segunda oportunidad, (5) disminuir la economía sumergida, y (6) acometer cuatro modificaciones legislativas: en la Ley Concursal (reformándose los arts. 178, apartado 2, en la medida en que no ofrece respuesta satisfactoria al drama social que hoy se está viviendo, junto a la reforma, también, del artículo 178. *bis*, 178 ter, 178 quater

y 179), Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 579.2, letra a), artículo 671, relativo a la subasta sin ningún postor y art. 682), Ley Hipotecaria (art. 129.2) y en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero.

³⁰ *Diario Expansión*, Madrid, 20/1/15, «Espaldarazo al Emprendedor», Economía trabaja en un «procedimiento de insolvencia para empresas personas físicas» que incorpora un plan de pagos y quitas y esperas con Hacienda y Seguridad Social.

³¹ Las prisas a la hora de legislar no son buenas. Tampoco lo es tratar de cumplir un programa electoral. El hecho de que el Gobierno haya anunciado que: (1) reformará el Código de Buenas Prácticas bancarias para que «un mayor número de familias puedan beneficiarse de sus medidas», (2) permitirá, tras la nueva reforma, que personas (pocas) acogidas al mismo se puedan beneficiar también de una inaplicación definitiva de las cláusulas suelo, (3) prologará el plazo para el levantamiento de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de los colectivos especialmente vulnerables (establecida en el artículo 1 de la Ley 1/2013 por un plazo de dos años) —plazo que, como sabemos, vencería el próximo mes de mayo de 2015— y (4) el plazo de duración de los arrendamientos de las viviendas del fondo social, prevista en el Real Decreto-Ley 27/2012 —cuyo plazo máximo se estableció en tres años y que vencería a partir de finales de 2015—. Todo ello pone de manifiesto que en las reformas legislativas el tiempo juega en contra de las soluciones coyunturales con las que, creemos, no deben ser afrontados estos temas tan importantes que afectan al colectivo del que depende la recuperación económica y financiera del país.

³² Compartimos la opinión del Consejo General de Economías (CGE) expuesta en su «Informe sobre Segunda Oportunidad», disponible en, s01.s3c.es/unag/dic/2915-02-11/XXInformeCGE_SegundaOportunidad.pdf. También compartimos la opinión de Matilde CUENA CASAS (2015). «Una segunda oportunidad ¿solo para empresas?», blog 14 de enero de 2015, en <http://hayderecho.com/2015/01/14/una-segunda-oportunidad-solo-para-empresas/>, quien plantea la necesidad de ofrecer una segunda oportunidad para consumidores. La autora ofrece argumentos de peso que ponen de manifiesto las diferencias importantes entre consumidores y empresas, y que justifican, por tanto las iniciativas que existen en estos momentos.

³³ Tal y como pone de manifiesto el estudio elaborado por el Registro de Expertos de Economía Forense [institución dependiente del Consejo General de Economistas (CGE)], en el «Informe sobre Segunda Oportunidad», disponible en, s01.s3c.es/unag/dic/2915-02-11/XXInformeCGE_SegundaOportunidad.pdf. «En el último año han desaparecido 300.000 pymes y micro pymes». Limitar, tal y como propone la Ley de Emprendedores de 2013, la segunda oportunidad únicamente a las empresas pequeñas con deudas no superiores a cinco millones de euros que son las únicas que podrán llegar a acuerdos extraconcursales con los acreedores mediante la figura de un «mediador concursal» supone desatender la problemática distinta que hay detrás de las empresas en función de tamaño. Sería conveniente ofrecer un acuerdo extrajudicial de pagos a las empresas, cual sea su forma jurídica o situación laboral teniendo en cuenta, eso sí, el tamaño de las mismas. Tratar de manera igual a todas las empresas, sea cual sea el tamaño que tengan, parece que no tiene demasiado sentido.

³⁴ De la normativa comunitaria se infiere, con claridad, que son consumidores y usuarios solo las personas físicas, siempre y cuando actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así se infiere del artículo 2.b) Directiva 93/13/CEE de cláusulas abusivas, del artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Dice el artículo 2.b) Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: «*consumidor*: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional». Y añade el artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/ce del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el

Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»), ahora bien, tengamos en cuenta que la Directiva relativa a los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles no se opone a que una legislación nacional sobre la materia extienda su protección a los comerciantes.

³⁵ Junto a otros ocho países más, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, República Checa y Eslovaquia ha decidido que no. En este sentido y en contra de concebir a las personas jurídicas como consumidoras, Sergio CÁMARA LAPUENTE (2011), Comentario al artículo 3, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir.), ed., Colex, Madrid, pp. 130 y sigs., y, «Aspectos legales del concepto de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspecto controvertidos no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, núm. 1. pp. 97 y sigs., para quien «La posibilidad de que las personas jurídicas sean consumidoras, tal como reconoce el artículo 3 TR-LGDCU, plantea, cuando menos, tres problemas de enjundia: [3.1.1] las consecuencias de su desajuste con el Derecho comunitario, [3.1.2] la consideración de pura política y técnica legislativa sobre si deberían o no considerarse consumidoras y [3.1.3] la delimitación de las personas jurídicas que pueden considerarse incluidas, *lege lata*, en la noción del artículo 3 en la actualidad».

³⁶ *Vid.*, la SAP, Sección 5.^a, de 16 de junio de 2011, en su FD Segundo.

³⁷ El artículo 3 reformado por segunda vez y redactado por el apartado uno del artículo único de 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 RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (*BOE* 28 de marzo), zanja de un plumazo el debate, aunque abre otros nuevos, concluyendo que con consumidoras o usuarias «las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» y las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, siempre y cuando «... actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».

³⁸ *Vid.*, la SAP, Sección 5.^a, de 16 de junio de 2011, en su FD Segundo.

³⁹ En 1984, en el artículo 1.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, se advierte que solo las personas jurídicas que sean destinatarios finales o las que no siéndolo cuando contratan no integren en sus procesos de producción, transformación, comercialización, etc. Sobre el particular, *vid.*, Sergio CÁMARA LAPUENTE, Comentario al artículo 3, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dir.), ed. Colex, Madrid, 2011, p. 130 y El concepto legal de “consumidor” en el Derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos no resueltos, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, núm. 1, pp. 90 y sigs.

⁴⁰ En este sentido, advierte la SAP, Sección 4.^a, Palma de 26 de noviembre de 2014, en el FD Segundo que, el «... arrendamiento de viviendas entre particulares es un negocio jurídico privado (y el demandante, persona física que no se ha acreditado tenga actividad calificable de empresarial en el sector inmobiliario, es a tales efectos un particular)».

⁴¹ Tal y como ha advertido en reiteradas ocasiones la doctrina (Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Comentarios al artículo 1 LGDCU, *cit.*, p. 33; J. M. BADENAS CARPIO, Comentarios al artículo 2 LCGC, Ámbito subjetivo, en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano, 2000 p. 75 y Sergio CÁMARA LAPUENTE, «El concepto...», *cit.*, p. 108, no deja de ser consumidor el arquitecto que se compra una casa, el mecánico que adquiere una rueda para su propio coche o el informático que compra por Internet el DVD de un videojuego, Tampoco deja de serlo, el abogado que se compra un despacho, el empresario que financia la adquisición de su local, o el administrador de la sociedad que se compra una vivienda para adjudicarla a la empresa.

⁴² En este sentido se expresan, entre otras, las SSAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 21 de octubre y 17 de julio de 2014, el SJMerc de Córdoba, Sección 1.^a, de 31 de octubre de 2014. También el Auto de la AP Huelva, Sección 2.^a, de octubre de 2014, aún resolviendo un supuesto de consumidor, alude en el razonamiento jurídico segundo a la posibilidad de que los profesionales pueden alegar la protección que dispensa la LCGC.

⁴³ «... debe señalarse que la parte actora, y aquí recurrida, no ostenta la condición de consumidor pues, pese a la interpretación de la Audiencia, no cabe duda de que el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios (despacho de abogados)». En esta ocasión, la parte recurrente alegó, en el motivo primero del recurso de casación, que había una aplicación indebida de la legislación de consumidores y usuarios al atribuir la condición de consumidores a los recurridos, motivo que estimó el Tribunal Supremo en esta Sentencia, determinando que no puede ostentar la condición de consumidor el profesional, pues según su juicio no queda duda de que el local adquirido (objeto del litigio), está integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios. Sin embargo, el Supremo se opuso al considerar al comprador del inmueble, pese a ser una persona física, como consumidor, pues tiene en cuenta el destino al que se dirige el bien, siendo este un destino profesional: un despacho de abogados, lo que le hace merecedor de la negativa no solo de la LGDCU sino de la LCGC. Cfr. En el mismo sentido, las SSTS de 24 de septiembre de 2013 y 10 de marzo de 2014.

⁴⁴ Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor a la Pyme que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción *no ostenta la condición de consumidor* quedando, por tanto, sujeto al régimen general del contrato por negociación. En esta ocasión el Supremo se planteó, como cuestión de fondo, si pese a la indicada naturaleza del contrato el juez puede tener en cuenta el desequilibrio contractual, propio del contrato bajo condiciones generales, a la hora de decidir sobre la *posible moderación de una cláusula penal configurada como «pena de arrepentimiento»*, en el caso de resolución unilateral y anticipada del contrato (en rigor, facultad de desistimiento unilateral del contrato celebrado), llegando a la conclusión de estimar que *no por no tratarse de un consumidor*. A continuación, se remite el Supremo a la STS de 18 de junio de 2002 en la que ya se recordó que la normativa de consumo, y particularmente la de la contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar especialmente el ámbito contractual predisposto y, con ello, de incidir en la regulación del tráfico patrimonial sujeto a estas características de contratación, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar» diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

⁴⁵ Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco ORDUÑA MORENO. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor a la *sociedad mercantil* (persona jurídica), *titular de una residencia para ancianos* que alegó el *carácter abusivo de una cláusula prevista en el contrato* (con condiciones generales de la contratación) de *mantenimiento de ascensores* (con condiciones generales de la contratación) suscrito por una sociedad mercantil (titular de una residencia para ancianos) pactado por diez años prorrogables y con cláusula de penalización (pago de cuotas pendientes) para el caso de desistimiento unilateral anticipado, La titular de la residencia comunicó el desistimiento del contrato varios años antes del plazo que se había pactado y la empresa de mantenimiento de ascensores reclamó, conforme a las cláusulas del contrato, el pago del precio previsto para los diez años de duración que se pactaron. La sociedad demandada esgrimió el carácter abusivo de la cláusula, solicitando la moderación o reducción de la indemnización. El Juzgado estimó parcialmente la demanda: apreció el carácter abusivo de la cláusula y moderó la indemnización. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia, y la demandante interpuso recurso de casación basado fundamentalmente en la inaplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas, al no ser la demandada una consumidora. En esta ocasión, el Tribunal Supremo estimó el recurso, con los siguientes argumentos: la demandada «no ostenta la condición de consumidor, pues el destino 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». Por ello no es aplicable el «control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones generales como modo

propio y diferenciado de contratar», sino el «régimen general del contrato por negociación». En consecuencia, dado el incumplimiento previsto en la cláusula penal, no procede moderación de la cláusula penal.

⁴⁶ En esta sentencia se le negó la condición de consumidor a la Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas contra TRAYSER GESTIÓN INTEGRAL, SL. alegando que «el control de abusividad solo es posible para la contratación por un profesional en relación con los consumidores, de cuyo entendimiento quedan excluidas las personas jurídicas». En la STS de 23 de julio de 2013, recuerda el Supremo que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales».

⁴⁷ *Vid.*, FD Segundo, según el cual «Dicha entidad, que como se ha dicho es una sociedad de capital, solicitó el préstamo en el ámbito de su actividad empresarial y por ello carece de la condición de consumidor o usuario de conformidad con el Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por lo que la posición de la entidad demandante se produce en plano de igualdad con la entidad demandada sin poder acogerse a dicha legislación, en materia de protección de consumidores y usuarios. Por otro lado, resulta acreditado en autos, que la escritura que se impugna es la cuarta escritura de constitución de préstamo hipotecario suscrita entre la actora y la demandada y la tercera de refinanciación, de modo que el Banco propuso dicho crédito como solución a varios impagos de los recibos del primer préstamo que estuvo a punto de entrar en mora, tratándose de un préstamo de carencia intermedia y como se dice en el informe de solicitud de novación redactado por la Directora de la Oficina gestora, se concertó para tener circulante para actividad de la sociedad, esto es, la explotación del Hotel».

⁴⁸ No le resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad ya que la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

⁴⁹ Sentencia que se remite, en su argumentación, a la SAP Barcelona, sección 15.^a, de 26 de enero de 2012, según la cual debe existir, como premisa fundamental, que el contrato haya sido celebrado con un «consumidor», pues en caso contrario, la demanda carecería de fundamento. En este sentido, concluye el Juzgado, no resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad porque la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

⁵⁰ La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo. Esta Ley entró en vigor a los tres meses siguientes a su publicación, salvo en lo concerniente a los artículos 3 y 17 que regulan la pobreza energética y que entraron en vigor al día siguiente de su publicación, el resto del articulado de dicha Ley entró en vigor el 31 de diciembre de 2014.

⁵¹ Se propone la inclusión del apartado 2 al artículo 111 de la Ley 22/10 del Código de Consumo de Cataluña (CCC), ampliando subjetivamente, en sus apartados a) y b) el concepto de consumidor.

⁵² También ha aclarado, y reformado, en qué supuestos nos encontramos ante una cláusula abusiva lo que permite introducir, añadiendo nuevos supuestos a la «lista negra» que contemplan los artículos 85 a 90 de la LCGYU. Tras la reforma referida se introduce a través del artículo 13, el artículo 251-6, del CCC. En opinión de Jesús SÁNCHEZ GARCÍA (miembro de la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona), a quien aprovecho la ocasión para agradecerle de manera pública su magnífica labor matutina poniéndonos al día de la actualidad legislativa y jurisprudencial, el acierto de esta reforma legislativa ya está teniendo sus frutos pues una gran parte de las escrituras de los préstamos actuales están por encima de esos parámetros que impone la ley.

⁵³ En préstamos concertados por consumidores (personas físicas) en el seno de una acción de cesación colectiva y que alude al control de transparencia gramatical y real.

⁵⁴ En préstamos concertados por consumidores en el marco de ocho acciones de nulidad individuales de contratos de préstamos hipotecario concertados y que alude al control de transparencia real.

⁵⁵ A través de esta Sentencia el Supremo recuerda que la abusividad ha de ser objeto de contradicción entre las partes. En concreto, resulta enormemente ilustrativo el FD Tercero, apartado 3 in fine, la metodología que debe seguirse para analizar si estamos ante una cláusula abusiva o no.

⁵⁶ En virtud de la SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2014, se concluye la nulidad de la cláusula pero no la devolución de las cantidades indebidamente cobradas porque, «Esta Sala no encuentra razones para sostener que los consumidores afectados por la sentencia del TR no puedan reclamar las cantidades abonadas con anterioridad en aplicación de la cláusula suelo y sí puedan hacerlo el resto de los que litiguen en procesos posteriores».

⁵⁷ Autos de AP Barcelona, Sección 9.^a, de 4 y 6 de febrero de 2015. En ambos Autos resueltos por el mismo ponente el mismo Magistrado (D. Gonzalo FERRER AMIGO), se resuelve el recurso de apelación de oposición a una ejecución hipotecaria en distinto sentido (se sobresee la ejecución en el primero y no en el segundo). Acerca de la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y la no devolución de las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de los efectos *ex tunc*, se remite esta segunda sentencia (en el razonamiento jurídico quinto) a la SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2014, citada en la nota a pie de página anterior a esta.

⁵⁸ SAP, Sección 4.^a, de Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014, que estima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el 11 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Las Palmas y concede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas, a favor del administrador de la sociedad que se subroga en el préstamo hipotecario concedido al promotor dado que el destino de las dos viviendas que compró era privado.

⁵⁹ SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014.

⁶⁰ SAP Palencia, Sección 1.^a, Audiencia Provincial de Palencia, de 5 de marzo de 2014.

⁶¹ SAP Burgos, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014.

⁶² SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014.

⁶³ SAP Zaragoza, Sección 5.^a, de 8 de enero de 2014.

⁶⁴ SAP Granada, Sección 3.^a, de 18 de octubre de 2013.

⁶⁵ SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 2 de octubre, 20 de junio, 18 de junio y 22 de mayo de 2013.

⁶⁶ SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre de 2013.

⁶⁷ SAP Murcia, Sección 4.^a, de 12 de septiembre de 2013.

⁶⁸ SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013.

⁶⁹ SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013.

⁷⁰ SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 julio 2013.

⁷¹ SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio.

⁷² SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013.

⁷³ En la Ley de Modernización de Obligaciones, de 1 de enero de 2002, se elevó por mandato legal el deber de transparencia constituyendo un límite para la validez de las condiciones generales. En este sentido, se dice en el parágrafo 307.2 BGB: «Es contraria a la cláusula general de buena fe una condición general que como consecuencia de no ser clara e incomprensible en su redacción cause un perjuicio indebido a la contraparte». En este sentido, Carlos SÁNCHEZ MARTÍNEZ («El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispostas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014», sobre cláusulas suelo, *La Ley*, 2014, pp. 1-6), advierte con acierto, la necesidad de que el control de transparencia sea plasmado desde el punto de vista legal.

⁷⁴ En contra de considerar que resulta de aplicación del deber de transparencia en los empresarios se han expresado, entre otras, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Almuñécar (Granada), de 26 de enero de 2015, para quien la cláusula abusiva en el caso de la empresa fue negociada individualmente y en ningún caso ocultada por la empresa». En este mismo sentido, la SJMerc. de Barcelona de 13 de febrero de 2014, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zamora, de 3 de abril de 2014. La propia Junta de Jueces de 1.^a Instancia de Barcelona, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, acordó en Acta de 4 de abril de 2013, que tras la referida reforma se debía partir de un concepto de consumidor persona física (sin perjuicio de tratarse de una presunción *iuris tantum*). El pasado 21 de noviembre de 2014, los Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, acordaron los criterios a seguir en la acción individual de nulidad de cláusulas suelo, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona para unificar los criterios, diferentes que están sosteniendo en orden a resolver la acción de nulidad individual de las acciones colectivas de cesación y reclamación de daños y perjuicios interpuestas por las asociaciones de consumidores y usuarios contra una misma entidad bancaria y la cuestión de litispendencia tras haber dictado la AP Barcelona, Sección 5.^a, dos autos contradictorios en este sentido.

⁷⁵ En favor de que el deber de transparencia que impone la STS de 9 de mayo de 2013 sea predicable también en los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre empresas vid., J. PLAZA PENEDES (2013) Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8112, Sección Doctrina, 25 de junio de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8097, y, Carlos SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2013), «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuertas: su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria», *Actualidad Civil*, 29 de mayo de 2013, *Diario La Ley*, núm. 8092, quien entiende que es posible plantearse si el deber de transparencia sobre elementos esenciales del contrato tiene su fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y, en consecuencia, «su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo estas condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente».

⁷⁶ El Juzgado de lo Mercantil de Málaga, número 1, 30 de septiembre de 2014, ha fallado a favor de una empresa imponiendo devolución de cantidades indebidamente cobradas (FD Sexto).

⁷⁷ SAP Zamora, de 17 de febrero de 2015. En contra de este criterio, y a favor de estimar improcedente la nulidad de la cláusula suelo solicitada por la empresa se expresó el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Zamora en sentencia de 3 de abril de 2014.

⁷⁸ La AP de Murcia, en sentencia de 4 de diciembre de 2014, declara la nulidad de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario concertado por una Pyme y obligó a la entidad a devolver 25.000 euros cobrados de más.

⁷⁹ Vid., las SSAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 31 de octubre, 21 de octubre, 17 de julio 2014 y 18 de junio de 2013.

⁸⁰ La SAP Huelva, Sección 3.^a, en la sentencia de 21 de marzo de 2014, advierte, en FD Tercero, (*in fine*), que, «No tenemos datos que permitan entender acreditado que se hubieran simulado escenarios posibles, ni informado del coste comparativo de asegurar la variación del interés o de otros préstamos en los términos expuestos. No se acredita tampoco una información suficiente en la fase de negociación sobre los límites a la variabilidad del mínimo del interés. No hay constancia de que el Banco hubiera dado a dicha cláusula la importancia decisiva que tiene para la economía del contrato, teniendo en cuenta que no basta una redacción clara de cláusula. En definitiva, no se acredita que la entidad incidiera en la información de la cláusula suelo en su negociación con los consumidores, para que estos tuvieran un conocimiento cabal de lo que estaban contratando y de la carga asumida por la suscripción del préstamo con tales condiciones, estimando que los actores no tuvieron al tiempo de la firma información suficiente para poder comprender el significado económico de la cláusula que estaban asumiendo con su firma».

⁸¹ SAP Jaén de fecha 27 de marzo de 2014.

⁸² La SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 5 de febrero de 2015, advierte que, «al vincular el consentimiento a la necesidad de información clara y suficiente, la exigencia de transparencia y las posibilidades de controlarla dependerán de las partes intervintes, de manera que, respecto del contrato de préstamo matriz, en la medida en que se celebre entre la entidad de crédito y un empresario, quedará sujeto a los requisitos previstos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (arts. 5 y 7)...».

⁸³ SAP Cáceres, de 3 de junio de 2013.

⁸⁴ SAP Málaga, de 12 de marzo de 2013. Recientemente, el Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 30 de septiembre de 2014, ha fallado a favor de una empresa.

⁸⁵ En opinión de José María MIQUEL (2002), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), ed., Civitas, S.L., Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia». Comparten esta opinión, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2000), «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisueltas», *RJC*, pp. 14 y sigs.; VICENT CHULIÁ, en U. NIETO CAROL (2000), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, pp. 396 y sigs.; RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999), El ámbito de aplicación de la Ley/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en S. Espiau (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, 1999, pp. 88 y sigs., y Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004). *Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, SA, pp. 106 y sigs.

⁸⁶ La SAP de Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013, advierte, que «las conclusiones a las que llega el Tribunal Supremo (fundamento jurídico 225) para considerar que la cláusula controvertida carece de transparencia —requisito del artículo 5— son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente».

⁸⁷ Acertadamente advierte Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1999), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Aranzadi, Madrid, pp. 261 y sigs., refiriéndose al artículo 8.1 LCGC que, «Parece un precepto inútil... admite una interpretación limitadora del control de contenido de las condiciones generales, que supondría una regresión incomprensible con respecto a las construcciones doctrinales y jurisprudenciales previamente existentes. Dicha interpretación ha de rechazarse por lo disparatado de sus consecuencias y porque no parece que corresponda con la voluntad del legislador». Cuestión esta última sobre la que reflexionaremos con detenimiento al referirnos al control de contenido en el epígrafe III de este trabajo. En opinión, acertada también de Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, pp. 123 y sigs., que el deber de transparencia de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, como es el caso de la cláusula suelo, debe residenciarse en la LCGC, como una forma de control de inclusión cualificado y no en el artículo 82 TR-LGDCU.

⁸⁸ El carácter abusivo de la cláusula suelo por un defecto de transparencia es indiferente al desequilibrio que pueda existir entre la misma y el límite máximo —techo— a la variación del tipo de interés. Así lo dice claramente también la STS de 9 de mayo de 2013: En este sentido, dispone en el párr. 257, «No es preciso que exista equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo».

⁸⁹ Establece la STS de 9 de mayo de 2013, en el párrafo 178, que «[I]a existencia de una regulación normativa bancaria tanto en cuanto a la organización de las entidades de crédito como en cuanto a los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores, no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario objeto de esta litis», «217. Las cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia, 218. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso

cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de transcendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor.²²¹ Dicho de otra forma, pese a tratarse, según se ha razonado, de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades les dan un tratamiento inpropriamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas «no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios», lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato.

⁹⁰ Compartimos la opinión de Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Comentario al artículo 9», en *Comentarios a las condiciones...*, cit., p. 490, para quien dentro del concepto adherente se debe incluir la persona física o jurídica.

⁹¹ A favor de considerar que en la contratación entre empresarios la protección que dispensan las normas generales es, en principio, suficiente, se muestra en nuestra doctrina, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN (2009). *La protección jurídica de las empresas en la contratación con Condiciones Generales de la Contratación*, ed., Aranzadi, SA, Navarra, pp. 177 y sigs.

⁹² Según José María MIQUEL GONZÁLEZ (2011), *Comentarios...*, op. cit., p. 1882, este control específico de las condiciones generales en contratos con adherentes empresas se residencia en el deber de buena fe como fuente de integración del contrato, en virtud del artículo 1258 CC. Así, se ha observado que la buena fe es una norma objetiva que incorpora contenidos contractuales que se sobreponen incluso a la voluntad de una de las partes y a partir de ahí se llega con toda lógica a la conclusión de que «no hay una gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes» (el predisponente). Se convierte así la buena fe del artículo 1258 CC en una norma modeladora del contenido del contrato, capaz no solo de integrar el contrato con contenidos no pactados, sino de expulsar del mismo cláusulas no negociadas que sean injustas, también en contratos entre empresas.

⁹³ En este sentido, la SAP Huelva, Sección 3.^a, de 23 de abril de 2014, estableció (con acierto, a nuestro modo de ver) que es nula la cláusula suelo contenida en un contrato de préstamo hipotecario concertado con un adherente-empresario, en virtud del artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 1258 CC, «Siempre que, como consecuencia de lo pactado en una estipulación, en este caso sobre la determinación del pago de un tipo de interés mínimo a pagar por el prestatario, se genere un desequilibrio contractual injustificado y favorable a la parte más fuerte, existirá carencia de esa buena fe objetiva que implica un comportamiento honrado y justo. Conforme al Preámbulo de la LCGC, puede ser nula una condición general de la contratación entre empresas cuando: sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes. De esta forma, el control de las condiciones generales de la contratación encuentra en la buena fe el principal escudo».

⁹⁴ En la AP de Lugo, Sección 1.^a, de 8 de febrero de 2011, se concluyó respecto a una sociedad mercantil que contrató un producto financiero para protegerse de las fluctuaciones de los tipos de interés (que se considera especulativo), que «No cabe duda que, por lo expuesto, la entidad actora debe ser considerada como un cliente minorista a los efectos legales y reglamentarios y por ello debe gozar de la necesaria protección reservada a los clientes que ostentan tal carácter». En esta misma línea, en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona de 30 de diciembre de 2010 se considera que al no haber sido el CMOF suscrito por el cliente «el objeto cierto materia (sic) del contrato está huérfano de consentimiento, pues la demandante ha confirmado una permuta financiera en el vacío. No basta que el contrato marco esté en la web del BBVA, SA, para que se entienda aceptado y entendido por la demandante, tiene que ser explicado (arts. 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) y firmado (1262 del Código Civil)». En contra de

este criterio, se expresó la SAP de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 20 de junio de 2011, en la que se rechazó la aplicación de la LCGC alegando que, «por el recurrente no se concreta en el escrito rector cuales de aquellas condiciones incurren en falta de claridad e imprecisión pareciéndonos, ante al contrario, que el examen del Anexo de los sendos contratos en el que contienen las condiciones principales, en sustancia, no guarda especial complejidad, si atendemos a la mecánica propia [...], de contratos como el suscripto», y sin embargo acaba dictando la nulidad por error en el consentimiento «Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee».

⁹⁵ *Vid.*, la STS de 29 de diciembre de 2010, en virtud de la cual se reconoce el derecho de reparación de manera universal a «todos los clientes», personas físicas o jurídicas, en sus relaciones de préstamo hipotecario con las entidades demandas, dispone que, «Se condena a la demandada a la devolución a los clientes contratantes afectados de las cantidades cobradas en exceso respecto a las cantidades que correspondería haber cobrado sin la aplicación de la cláusula de redondeo citada anteriormente, con el interés del dinero, desde cada una de las respectivas fechas en que se pagaron importes superiores por aplicación de la cláusula impugnada. A este respecto podrán intervenir en la ejecución todas las personas físicas o jurídicas que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario a tipo variable con la entidad CAIXA D'ESTALVIS DE TARRAGONA que tenga contratos en vigor en los que se haga aplicación de la cláusula que se está declarando nula».

⁹⁶ Puede ocurrir, y de hecho suele ser habitual en la práctica, que la subrogación realizada entrañe una novación modificativa de alguna o varias de las condiciones principales del préstamo (importe, tipo de interés, plazo de amortización, etc.), dado que tal modificación supone, necesariamente, una negociación previa a la fecha de otorgamiento de la escritura pública, entre la entidad de crédito y el nuevo deudor, tampoco hay duda de que una actuación diligente de aquella pasa por advertir y orientar al cliente de la naturaleza, contenido y alcance de las cláusulas preexistentes y de las llamadas a sustituir o a modificarlas, de modo que el destinatario las conozca y pueda comprender cómo funcionan en el marco de la relación contractual. En este sentido, la SAP Cáceres de 18 de noviembre de 2013 confirmó la nulidad de una cláusula suelo por falta de información del deudor, aunque este haya otorgado con posterioridad a la escritura de préstamo hipotecario otra de novación rebajando la cláusula suelo.

⁹⁷ Sobre el particular, *vid.*, José CARMELO LLÓPIS (2015). «La Cláusula suelo en novaciones y subrogaciones: nuevos criterios jurisprudenciales», de 16 de febrero de 2015, en <http://www.notariallopis.es/blog> y el post publicado el 14 de octubre de 2014 relativo a «Cláusulas suelo en las escrituras de subrogación real y novación», en <http://www.notariallopis.es/blog/i/144/73/las-clausulas-suelo-en-las-escrituras-de-subrogacion-y-novacion>.

⁹⁸ En este sentido, *vid.*, SJMerc, número 2, de Málaga, de 21 de abril de 2014.

⁹⁹ Conforme a los criterios de buenas prácticas bancarias, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que, en aquellos casos en los que la entidad acreedora intervenga en el otorgamiento de la escritura de compraventa con subrogación, bien como parte, para admitir la masa de forma expresa y, en su caso, para novar las condiciones del préstamo, bien como simple compareciente, resulta responsable de que el documento que va a regir la vida de la operación contenga la máxima información posible y de que no contenga incorrecciones u omita aspectos de tal trascendencia que pudieran condicionar el coste de la operación y/o la voluntad del cliente, *vid.*, <http://www.bde.es/clientebanca/productos/hipotecas/contratacion/pasos/subrrogacion.htm>.

¹⁰⁰ Advierte la SAP de Cáceres de 7 de julio de 2014, que el hecho de que el demandante sea Licenciado en Derecho y Abogado no es relevante a tales efectos porque suscribió el contrato en su condición de consumidor y no como un profesional (Abogado), y porque la condición profesional que pudiera tener el consumidor no excluye los estándares de transparencia e información que deben presidir este tipo de cláusulas ni el que puedan entenderse viciadas de abusividad determinadas estipulaciones de los referidos negocios jurídicos.

¹⁰¹ Así lo advierte la SAP Oviedo de 2 de diciembre de 2014 en virtud de la cual no se excluye del control conforme la STS de 9 de mayo de 2013. En esta Sentencia presume el juez que la presunción de veracidad de la constancia de lectura por el Notario de la escritura revela la oportunidad real de conocer el contenido del clausulado.

¹⁰² La sentencia recuerda que en el caso enjuiciado no solo no se incorporó la cláusula suelo en el contrato de compraventa con subrogación hipotecaria (el cual se limitó a remitirse a la escritura de préstamo matriz, indicando de forma genérica que el comprador «conocía» las condiciones), sino que, además, no se ha acreditado que la entidad prestamista informara, con antelación suficiente y durante la celebración del contrato, tanto de la existencia de la cláusula discutida como de las implicaciones que suponía, de manera que el prestatario pudiese prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. Por ello la Sala concluye que la cláusula no cumple el doble control de transparencia exigido por la jurisprudencia y la anula.

¹⁰³ La propia Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010, impone a los Estados miembros el deber de velar «por que los prestamistas, los intermediarios de crédito y los representantes designados exijan a su personal poseer y mantener actualizado un nivel adecuado de conocimientos y de competencia en relación con la elaboración, la oferta o la concesión de contratos de crédito...» (art. 9.1).

¹⁰⁴ El Supremo, hasta la fecha, ha aclarado que la obligación del vendedor de facilitar la subrogación de comprador es una obligación accesoria (tal y como advierte la STS de 1 de octubre de 2012), y que la obligación de facilitar la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario del comprador no es del vendedor-promotor sino del banco procediendo, en caso de denegación de la subrogación, la resolución del contrato de compraventa (tal y como advierte, en la STS de 16 de enero de 2013) y la declaración de oscuridad de la cláusula (tal y como advierte la STS de 12 de abril de 2013). Sobre el particular, vid., CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014), «El incumplimiento de la obligación de pagar el precio en la compraventa de inmuebles a causa de la imposibilidad de obtener financiación», RCDI, núm. 742, 2024, pp. 413 a 460.

¹⁰⁵ En este sentido, Carlos SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «El verdadero control de transparencia de las cláusulas predispuestas, Su definitiva plasmación y fundamentación técnica. Comentario de la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014, sobre cláusulas suelo», *La Ley*, 2014, p. 5.

¹⁰⁶ El Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona, en sentencia de 17 de febrero de 2014, estima la pretensión de nulidad parcial de la novación por nulidad de la cláusula suelo por vicio de consentimiento y por ser abusivas. Por su parte, el demandante alegó «... que no se les advirtió de que la novación iba a afectar a aspectos del préstamo hipotecario» y la entidad «... que no se trataba de condiciones generales predispuestas sino de una novación singular del préstamo hipotecario» (FD Primero). El juez nos remite a la STS de 12 de abril de 1986, según la cual incumbe al actor demostrar que existe vicio de consentimiento (error o dolo) o la falta de elementos esenciales, y conforme la STS de 21 de octubre de 2012 «... hay error o vicio cuando la voluntad del demandante se forma a partir de una creencia inexacta...».

¹⁰⁷ En este sentido, y tal y como puso de manifiesto el Auto de 3 de junio de 2013 aclaratorio de la STS 9 de mayo de 2013, por la trascendencia de la cláusula suelo en el coste real del crédito, se hace preciso que la entidad financiera aporte una información suficiente que asegure el perfecto conocimiento de la cláusula y de su incidencia en la carga económica del contrato, para que el consumidor pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa.

¹⁰⁸ La SAP de Córdoba, de 18 junio de 2013 alegó y admitió la inexistencia de consentimiento en la mercantil demandante al declarar «la nulidad de la cláusula impugnada y su eliminación del contrato celebrado entre las partes, conforme a los artículos 9.2 y 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con los artículos 1256, 1261 y 1300 del Código Civil».

¹⁰⁹ En este sentido, la AP Salamanca en su Auto de 9 de diciembre de 2014 se pronuncia a favor de atribuir la competencia a los Juzgados de 1.^a Instancia cuando se ejercitan acciones como la presente, resolviendo que: «Esta Sala comparte el mismo criterio de que las acciones de nulidad contractual de una condición general basada en vicios del consentimiento o en el carácter abusivo de la misma no constituyen, en rigor, «acciones típicas» de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, y que, aunque estén previstas en la misma, realmente ocurre por remisión a otros textos legales».

¹¹⁰ Recientemente se ha posicionado en contra de las empresas el Juzgado de Primera Instancia de Almuñécar (Granada) en sentencia de 26 de enero de 2015, acaso porque en la argumentación jurídica la empresa demandante argumentó en su favor el TRLCU, la AP Castellón, Sección 3.^a, en su Auto de 12 de noviembre de 2014, advierte «Pues bien, la lectura del escrito de demanda pone de manifiesto que la parte actora invoca para defender el carácter abusivo de la cláusula controvertida tanto la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 *bis* —vigente a la firma del contrato— contenía una enumeración de cláusulas abusivas, como hace el artículo 82 del actual texto refundido de la misma norma (RD Legislativo 1/2007), que tiene el mismo objeto. Esto es, la base jurídica de la reclamación de cantidad está constituida por la pretendida abusividad de la cláusula suelo, con fundamento en la legislación protectora de consumidores, sin que el hecho de que se trate de una condición general (al igual que tantas en diferentes campos de la contratación, como seguros, telefonía o suministros) le dote de singularidad tal que determine la competencia de los juzgados de lo mercantil».

¹¹¹ Al amparo del artículo 71, en relación con el artículo 400, se acumulan a través del presente pleito como acción principal la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario, por existir un vicio en el consentimiento otorgado y, subsidiariamente, la nulidad de dicha cláusula por ser la misma abusiva, conforme a la normativa tutiva de consumidores y, concretamente, por infringir lo dispuesto en la LGCYU y, como consecuencia lógica y legal de prosperar cualquiera de las acciones ejercitadas, la restitución de las recíprocas prestaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, con devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

¹¹² En este sentido, entre otras, las SSTS de 10 de septiembre de 2012 y 23 de mayo de 2013.

¹¹³ La competencia territorial en acciones individuales de nulidad viene determinada por el domicilio del demandante. Algunos Secretarios Judiciales están entendiendo que solo son competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de acciones colectivas (de cesación, retracción o declarativa).

¹¹⁴ Según la cual, habrá que estar a «la causa de pedir» determinante de la nulidad y a su fundamentación jurídica por más que se invoque en el cuerpo de la demanda, en cita aislada, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que es la norma que podría atraer la competencia de los juzgados de lo mercantil, de acuerdo con el artículo 86 ter., apartado 2.^º LOPJ. En este sentido y si se advierte que la cita a la mencionada Ley es un apoyo complementario, accesorio o residual para reforzar la inexistencia de negociación de la cláusula. La demanda no pretende la ineffectuación del contrato como consecuencia de la nulidad, por infracción de la LCGC, de alguna o alguna de las condiciones generales de la contratación que contiene, o porque alguna o algunas cláusulas deban tenerse por no incorporadas al contrato (art. 9 LCGC), pretende la aplicación de la LCGC al modo en que lo hizo el TS en la sentencia que cita».

¹¹⁵ Se pronuncia a favor de atribuir la competencia a los Juzgados de 1.^a Instancia cuando se ejercitan acciones como la presente, que: «Esta Sala comparte el mismo criterio de que las acciones de nulidad contractual de una condición general basada en vicios del consentimiento o en el carácter abusivo de la misma no constituyen, en rigor, «acciones típicas» de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, y que, aunque estén previstas en la misma, realmente ocurre por remisión a otros textos legales».

¹¹⁶ *Vid.*, el razonamiento jurídico segundo, *in fine*, en el que se advierte que: «A fin de resolver las dudas que puedan plantearse en la materia que nos ocupa, debemos estar al caso

concreto teniendo cuidado de examinar las acciones que se ejercitan en un determinado litigio, para de esta manera determinar la competencia... no por aquella mención a la LCGC, son en cualquier caso competencia de los Juzgados de lo Mercantil».

¹¹⁷ Dirigida a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de su contrato la condición general de la contratación que se reputa nula y a abstenerse en lo sucesivo.

¹¹⁸ Que tiene por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado, sea o no predisponente, el deber de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar las cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

¹¹⁹ Dirigida a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción, cuando esta proceda conforme a lo previsto en el inciso final 2 del artículo 11 LGCC.

¹²⁰ Razonamiento Jurídico Segundo, del Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a de 1 de octubre de 2014.

¹²¹ Advierte, con acierto, Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Comentario al artículo 9, en *Comentarios a las condiciones...*, cit., p. 490, que, «Qué debe entenderse por adherente viene definido en el artículo 3, que tiene por rúbrica ámbito subjetivo, según el cual tiene la condición de adherente toda persona física o jurídica, sea profesional o no, resultando indiferente en el caso de profesiones que actúen en el marco de la actividad profesional o empresarial, pública o privada. De este modo, es adherente toda persona que haya celebrado un contrato que contenga condiciones generales predispostas por la contraparte. La consecuencia más importante del art. 9.1 LCGC radica, como ya se ha adelantado, en excluir la legitimación activa del predisponente para solicitar la declaración judicial de nulidad o no incorporación al contrato de las condiciones generales impuestas por él mismo». La autora advierte, con acierto, que también podría ser legitimado activo «...el fiador, a quien el artículo 1853 CC expresamente autoriza para oponer «todas las excepciones que competan a deudor principal y sean inherente a la deuda (principal)».

¹²² Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de CESL.

¹²³ *Vid.*, el estudio elaborado por César MARTÍN MACHUCA y Cristina RODRÍGUEZ LLORENS, sobre «La participación de las Pymes y de las grandes empresas europeas en el comercio internacional de Bienes», <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Jul/Fich/be1407-art2.pdf>.

¹²⁴ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Marco Común de Referencia (DCFR).

¹²⁵ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de PECL.

¹²⁶ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Principios ACQUIS.

¹²⁷ En opinión de MARTÍN EBERS (2012). El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 1-46, disponible en www.indret.com/pdf/881_es.pdf, pp. 34 y sigs., «Según el DCFR el control de contenido solo se refiere a las condiciones generales de contratación, es decir, a las cláusula que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Al amparo de la normativa Común, el control de contenido del artículo 86 NCCE rige en general para las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción».

¹²⁸ *Vid.*, María Amalia BLANDINO GARRIDO, «Comentario al artículo II-904 DCFR», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Dir. Antonio Vaquer Aloy, ed. Esteve Bosch Capdevila, 2009, p. 662, nota p. 536.

¹²⁹ En este sentido, Antonio VAQUER ALOY, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, ed. Esteve Bosch Capdevila, 2009, pp. 665 y sigs.

¹³⁰ En este sentido, MARTÍN EBERS (2012). «El control de cláusulas abusivas...», cit., p. 36 y sigs., quien advierte, además, que «En la Unión Europea, al menos 14 Estados miembros han renunciado a establecer normas de carácter general que se dirijan específicamente al control de las condiciones practicadas en las relaciones entre comerciantes».

¹³¹ Opinión que compartimos junto a Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013), «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia», *Revista Cesco 2013*, disponible en blg.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE-CALIFICARSE-COMO-CLAUSULA-ABUSIVA-A-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO.pdf.

¹³² Sobre las razones a favor y en contra de un control de abusividad en la contratación entre empresarios, *vid.*, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMAN (2009). *La protección jurídica...*, *cit.*, pp. 253, 255 y sigs.

¹³³ En opinión de José María MIQUEL (2002), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ y Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), ed, Civitas, SL, Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia», Comparten esta opinión, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2000), «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *RJC*, pp. 14 y sigs.; VICENT CHULIÁ, en U. NIETO CAROL, *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 396 y sigs.; RODRÍGUEZ ARTIGAS (1999), El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, en S. Espiàu (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid, 1999, pp. 88 y sigs., y Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), «Las cláusulas...», *op. cit.*, pp. 106 y sigs.

¹³⁴ A pesar de que hace más de veinte años antes de que se dictara la LCGC, Federico de Castro aconsejó que se incluyera. En este sentido, *vid.*, Federico DE CASTRO (1975), *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, ed, Civitas, Madrid, p. 80, advierte la importancia del Derecho dispositivo. Se suma a esta opinión, Miguel PASQUAU LIAÑO (1999), en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir., Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) ed., Aranzadi, Madrid, p. 773, *Vid.*, también, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1999), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ed., Cizur Menor, pág. 30.

¹³⁵ En este sentido, Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), «Las cláusulas...», *op. cit.*, pp. 106 y sigs.

¹³⁶ A favor de esta tesis, Javier PAGADOR LÓPEZ (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998, ed., Marcial Pons, pp. 224 y sigs., y Miguel PASQUAU LIAÑO (1999), en *Comentario a los artículos 9 y 10 de la LCGC en Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) ed., Aranzadi, Madrid, pp. 276 y sigs. En contra de esta opinión se muestran, con acierto, José María MIQUEL (2002), «Comentarios...» *cit.*, pp. 363 y 455, para quien cuando la Ley guarda silencio, no es que exista una laguna porque hay silencios elocuentes. En opinión de este autor, el silencio del legislador en el artículo 8.1 excluyendo de su ámbito de aplicación a la contratación entre empresas es elocuente: esa fue la voluntad del legislador y, por tanto, no hay laguna que rellenar.

¹³⁷ Según el artículo 8.2 LCGC. «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» —remisión se entiende hoy hecha al artículo 83 TRLCU y 85 de 2014—.

¹³⁸ Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1999). «Comentario...», *cit.*, p. 265.

¹³⁹ Según el artículo 219 LEC: «cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe».

¹⁴⁰ A favor de defender esta tesis se muestran, hasta la fecha, entre otras, sin ánimo exhaustivo, SAP Vizcaya de 30 de mayo de 2014, SAP Jaén, Sección 1.^a, de 15 de mayo de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 20 de marzo de 2014, SAP Huelva, Sección 3.^a, de

21 de marzo de 2014 —virtud del principio de seguridad jurídica—, SAP Cáceres, de 24 de febrero de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 13 de febrero de 2014, SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014 —la nulidad de la cláusula suelo 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—, el Auto de la Audiencia de Pontevedra de 13 de febrero de 2014, SAP Burgos, Sección 2.^a, 28 de enero de 2014, SAP Cáceres, de 13 de febrero de 2014, Auto de AP Pontevedra, de 13 de febrero de 2014, SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014, SAP Burgos, de 28 de enero de 2014, SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, SAP Zaragoza, de 8 de enero de 2014, SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), SAP de Cáceres de 5, 11, 14 y 18 de noviembre de 2013, SAP de Córdoba, Sección 3.^a, de 31 de octubre de 2013, AP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013, SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de noviembre de 2013 (que expresa que su criterio era la retroactividad habiendo cambiado a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013), SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 31 de octubre de 2013, SAP Granada de 18 de octubre de 2013, SAP Cáceres de 2 de octubre de 2013, SAP de Madrid de 28 de julio de 2013 y SAP Madrid, Sección 28.^a, de 23 de julio de 2013, SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013, AP Cuenca, en sentencia de 30 de julio de 2013; SAP de Badajoz, de 27 de junio de 2013, SSAAP Cáceres, de 3, 18 y 20 de junio 22 de mayo de 2013, SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 y 17 de mayo de 2013, SAP Córdoba de 18 de junio de 2013 —siendo el demandante una sociedad mercantil, persona jurídica—.

¹⁴¹ A favor de la validez y transparencia de la cláusulas suelo se expresa, Ángel CARRASCO PEREA (2014), Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación. Fecha de publicación: 3 de marzo, *Revista Cesco*.

¹⁴² Cfr. Manual GARCÍA-VILLARRUBIA (2014), La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual, *El Derecho, Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, pp. 1 y sigs., y María Paz CANO SALLARÉS (2013), «La cláusulas de limitación al pago de interés (cláusula suelo), Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm., 4, p. 120. 9 de diciembre de 2014.

¹⁴³ Sobre el particular, *vid.*, Javier ORDUÑA MORENO, Francisco (2013), Control de transparencia y cláusula suelo, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm, 871.

¹⁴⁴ También los Juzgados se han posicionado, a favor de esta tesis. La primera sentencia en este sentido llegaba solo cuatro días después de que se pronunciase el Supremo. El primer juzgado que se posicionó de manera clara y contundente en contra de la nulidad sin retroactividad fue el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Orense que dictaba la Sentencia, de 13 de mayo de 2013, en virtud de la cual fallaba a favor de una clienta de Novagalicia anulando la cláusula suelo «al estimarla abusiva» y condenando a la entidad a pagar 7987,71 euros cobrados por este concepto en el momento de la demanda, lo generado después, los intereses correspondientes y las costas del proceso. Días después, el 23 de mayo, el juzgado de lo mercantil número 2 de Málaga, en virtud de la Sentencia de 23 de mayo de 2013, condenaba a Cajamar a devolver los 4546,85 euros cobrados a una cliente por otra cláusula suelo «abusiva», más los intereses correspondientes y las costas, A partir de estos primeros fallos, numerosísimas han sido las sentencias que se han posicionado a favor de la retroactividad de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas. Entre otras, podríamos citar, sin ánimo exhaustivo, SJMerc., núm. 3, Oviedo, de 12 de noviembre de 2014, SJMerc., núm. 2 de Málaga de 29 y 30 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Sevilla, de 24 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Granada, de 7 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Palma de Mallorca de 22 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Jaén de 21 de enero de 2014, SJMerc., núm. 4, Jaén, de 8 de enero de 2014, SJMerc., núm. 2, Málaga, de 9 de enero de 2014, SJMerc., núm. 1, Gerona, de 14 de enero de 2014, SJMerc., núm. 2, Málaga, de 23 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 2, Murcia, de 19 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 1, Cádiz, de 18 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 3, de Albacete, de 16 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 1, de Córdoba, de 4 de diciembre de 2013, SJMerc., núm. 1, Alicante, de 20 de noviembre

de 2013, SJMerc. núm. 1, Córdoba, de 14 de noviembre de 2013, SJMerc., núm. 1, Bilbao de 21 de octubre de 2013, SJMerc., núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013, SJMerc., núm. 10, de Barcelona, de 7 de junio de 2013, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013, SJMerc., núm. 2, Málaga, 23 de mayo de 2013, SJPI, núm. 4, Orense dictaba la Sentencia, de 13 de mayo de 2013, entre otras.

¹⁴⁵ En particular, la SAP Las Palmas, Sección 4.^a, de 26 de noviembre de 2014, SAP Córdoba, Sección 1.^a, de 31 de octubre de 2014 (se inclina favor de la retroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario concertados por personas jurídicas desde la fecha del inicio de la demanda judicial). En relación a personas físicas siguen esta misma línea, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 17, de 17 de octubre de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2014, SAP Granada, Sección 3.^a, de 23 de mayo de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2014, SAP Lleida, Sección 2.^a, de 24 de septiembre de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de 23 de septiembre de 2014, SAP León, Sección 1.^a, de 18 de septiembre de 2014, SAP Oviedo, Sección 5.^a, de 1 de julio de 2014, SAP Asturias, Sección 5.^a, de 1 de julio de 2014, SAP Jaén, Sección 4.^a, de 16 de junio de 2014, SAP Valencia, Sección 9.^a, de 9 de junio de 2014, SAP Jaén, Sección 1.^a, de 15 de mayo de 2014, SAP Huelva Sección 3.^a, de 21 de marzo de 2014 —alegra el principio de seguridad jurídica para devolver—, SAP de Pontevedra, de 20 de marzo de 2014, SAP Albacete, de 17 de marzo de 2014, SAP Albacete, Sección 1.^a, de sentencia de 16 y 17 de marzo de 2014, AP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Jaén, sentencia de 27 de marzo de 2014, AP Málaga, de 12 de marzo de 2014, SAP Badajoz, de 9 y 14 de enero de 2014 —anula la cláusula pero deniega la devolución la retroactividad—, SAP Burgos, de 28 de enero de 2014, SAP Zaragoza, de 8 de enero de 2014, SAP Málaga, de 12 de marzo de 2014, SAP Cáceres, de 19 de noviembre de 2014, SAP Málaga, de 12 de marzo de 2014, AP Barcelona, Sección 15.^a, de 16 de diciembre de 2013, SAP Alicante, de 5 de diciembre de 2013, SAP Álava, de 21 de noviembre de 2013, SSAP Cáceres, de 4, 5 y 8 de noviembre de 2013, SAP Madrid, de 18 de septiembre de 2013, SAP Cuenca de 30 de julio de 2013, SAP Alicante, de 23 de julio de 2013 con el voto particular —se concede la retroactividad hasta la fecha de firma del préstamo— y AP de Cuenca, de 30 de julio de 2013), SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013 —con un voto particular en contra, en la que se concede la retroactividad hasta la fecha de la STS de 9 de mayo de 2013—, SAP de Ciudad Real, de 11 de julio de 2013), SAP Madrid, Sección 28.^a, de 23 de julio de 2013 y SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre de 2013, AP Alicante, Sección 8.^a, de 23 de julio de 2013, SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 de julio y 21 de noviembre de 2013, AP Murcia, de 12 de septiembre de 2013, SAP Álava, de fecha 9 de julio de 2013, SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013, SAP Alicante de 23 de julio de 2013.

¹⁴⁶ Sobre esta cuestión nos posicionamos en el seminario celebrado el pasado 9 de mayo de 2013 organizado por Ausbanc en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Tras la STS de 9 de mayo de 2013 eran muchas las dudas y pocas certezas que había suscitado el Supremo tras la novedosa doctrina de la «la nulidad sin retroactividad». Sin perjuicio de abordar este tema con el detenimiento que merece exponiendo, con exhaustividad, todos y cada uno de los argumentos que enfrentan hoy a nuestra jurisprudencia menor en torno a si procede o retrotraer los efectos de la nulidad y, en su caso, hasta qué fecha —cuestión sobre la que reflexionaremos en otro trabajo de investigación, pendiente de publicación, que ya ha sido aceptado en esta Revista—, radiografiaremos brevemente el debate lo que nos permitirá exponer nuestra opinión, en torno a esta cuestión, importante, que afecta al bolsillo de consumidores y empresas.

¹⁴⁷ Encarna CORDERO LOBATO (2012). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad, en *Diario La Ley*, núm. 8088, 5 de junio de 2013, *Diario La Ley*, 2925/2012.

¹⁴⁸ Francisco PERTÍNEZ VÍLCHEZ (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista La Ley*, 5138/2013, *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, p. 5.

¹⁴⁹ Josep DE PUIG MATEU (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre, pp. 157-162.

¹⁵⁰ *Vid.*, Ángel CARRASCO PERERA (2014). «Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación». Fecha de publicación: 3 de marzo, disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/03/La-cláusula-suelo-nuevamente-a-las-puertas-de-la-casación.pdf> y Alicia AGUERO ORTIZ: ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? O de la rebelión de los Juzgados y Audiencias Provinciales, núm. 6 *Revista CESCO* de Derecho de Consumo, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/312/290>.

¹⁵¹ También se debate la jurisprudencia menor, en torno a determinar: (1.) si procede o no estimar la medida cautelar de suspensión de aplicación de la cláusula suelo (lo que se viene conociendo con el nombre de *periculum in mora*) y, (2.) si es conveniente pedir la compensación de las cantidades indebidamente cobradas con las cantidades aun adeudadas en concepto de principal, pues la devolución de importe ya abonado y desgravado en las declaraciones de IRPF de los años correspondientes podrían conllevar la apertura de expediente de inspección tributaria. El criterio sostenido por algunos juzgados en torno a la primera cuestión planteada es denegar dicha suspensión teniendo en cuenta que es posible la revocación de una resolución dictada en primera instancia por el Juzgado que entienda del asunto en segunda instancia; por lo que si se acepta dicho argumento como requisito de la medida cautelar, habría que aceptar todas las medidas cautelares de adelantamiento de efectos de la posible Sentencia que se solicitan. En la práctica, la adopción de la medida cautelar puede ser incluso contraproducente para el cliente bancario que insta la nulidad, que dejará de abonar prorrataedamente una cantidad que podría tener que ingresar de una sola vez en caso de desestimación de la demanda.

¹⁵² En la SAP Álava, sección 1.^a, de 9 de julio de 2013, se advierte, con enorme acierto y claridad, que «Lo que evidencia el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013, rec. 485/2012, es que la acción allí ejercitada solo ejercitaba acción de cesación, sin acumular reclamación de cantidad, con legitimación restringida, imprescriptible, y eficacia *ex nuc*, a la vista de los artículos 12, 16 y 19 LCGC (*RCL* 1998, 960). En cambio aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC que puede ejercitarse cualquier afectado, sometida a un plazo de caducidad y eficacia *ex tunc*. El propio FJ 7.^º de la sentencia que se dicta del Tribunal Supremo deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia no a otros casos».

¹⁵³ En SAP Ciudad Real, de 11 de julio de 2013.

¹⁵⁴ En SAP Barcelona, Sección 15.^a, de fecha 16 de diciembre de 2013.

¹⁵⁵ En SAP Alicante, Sección 8.^a, de 23 de julio de 2013.

¹⁵⁶ En SAP Madrid, Sección 21.^a, de 16 de enero de 2014.

¹⁵⁷ En SAP Asturias, Sección 7.^a, de 5 de marzo de 2014.

¹⁵⁸ En SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014.

¹⁵⁹ En SAP Albacete, Sección 1.^a, de 17 de marzo de 2014.

¹⁶⁰ En SAP Murcia, Sección 4.^a, de 17 de marzo de 2014.

¹⁶¹ En SSAP Huelva, Sección 3.^a, de 21 de marzo y 23 de abril de 2014.

¹⁶² En AP Ciudad Real, de 22 de marzo de 2014.

¹⁶³ En SAP Jaén, Sección 1.^a, de 27 de marzo de 2014.

¹⁶⁴ En SAP de Murcia, de 4 de diciembre de 2014.

¹⁶⁵ En SAP Asturias, Sección 5.^a, de 8 de abril de 2014.

¹⁶⁶ En las SSAP Pontevedra, Sección 6.^a, de 9 de mayo de 2014.

¹⁶⁷ En SAP Valencia, Sección 9.^a, de 9 de junio de 2014.

¹⁶⁸ La primera vez, que conozcamos, que una Audiencia Provincial defendió esta tesis fue en Alicante, Sección 8.^a, en la Sentencia de 12 de julio de 2013 (con un voto particular en contra). A partir de este momento, numerosas han sido las SAP de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 15 de mayo de 2014, la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 10 de febrero de 2014 y la SAP Alicante, de 23 de julio de 2013 (con el voto particular —se concede la retroactividad hasta la fecha de firma del préstamo—).

¹⁶⁹ El Juzgado de Primera Instancia, de Barcelona, de 17 de febrero de 2014, estima la pretensión de nulidad parcial de la novación por nulidad de la cláusula suelo por vicio de consentimiento concede la devolución de las cantidades indebidamente cobradas hasta la fecha de la sentencia (*vid.*, FD Segundo).

¹⁷⁰ Este es el criterio que sostiene la SAP Granada, Sección 3.^a, de 23 de mayo de 2014, en cuyo FD Séptimo advierte: «Al examinar los efectos de la nulidad declarada, debemos acudir al mismo criterio jurisprudencial determinante de la emisión de tal pronunciamiento. Este Tribunal no es ajeno a la controversia existente entre las Audiencias Provinciales en el examen de esta cuestión, tras la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, en el ejercicio de acciones individuales. En nuestra sentencia de 18 de octubre de 2013, ya nos posicionamos, y lo hemos hecho luego, en coherencia con la fundamentación de la nulidad, en la misma línea de los tribunales que siguen el criterio de irretroactividad... Por tanto, en la difícil situación examinada, entendemos que, respecto a los efectos de la nulidad declarada, solo cabe estar, sin escindir los motivos que justifican la invalidez y sus consecuencias, a la autoridad del pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo, concluyendo que la nulidad no afectará a los pagos ya efectuados en la fecha en que se pronunció la Sentencia de instancia, debiendo restituir la demandada solo cualquier otro realizado después, estimando en este apartado el recurso, y parcialmente la demanda. Aquí además, respecto de otras cuestiones planteadas por el apelado para eludir este pronunciamiento, únicamente resta por añadir, por los motivos expuestos en otros fundamentos, que no cabe apreciar la existencia de mala fe o, extemporáneamente, la existencia de hechos que revelen la vulneración de legislación sectorial no alegados en la demanda, afectando por último, indiscutiblemente, la devolución de los pagos ya realizados a situaciones consumadas».

¹⁷¹ Este es el criterio mayoritariamente defendido en el Juzgado de lo Mercantil de Córdoba, Sección 1.^a, en sentencia de 31 de octubre de 2014 y en el Juzgado de lo Mercantil de Málaga, Sección 1, de 9 de octubre y 30 de septiembre de 2014 (sentencia con la que se da un nuevo espaldarazo a todos aquellos perjudicados por las cláusulas suelo con devolución de cantidades indebidamente cobradas hasta la fecha de interposición de la demanda). Se acoge a la doctrina sentada por la AP de Málaga en su sentencia de 12 de marzo de 2014.

¹⁷² En particular, al BBVA, NCG Banco.

¹⁷³ En particular, al BBVA, Cajasur, Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Orense y Pontevedra (hoy NCG Banco).

¹⁷⁴ Una Sentencia que, a fecha de hoy, 26 de febrero de 2015, aún no está publicada en la página Web del CGPJ.

(Trabajo recibido el 16-12-2014 y aceptado para su publicación el 30-12-2014)

El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal

The settlement of payments in the bankruptcy law

por

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA*

*Profesora de Derecho mercantil
Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

RESUMEN: Es objeto de análisis el acuerdo extrajudicial de pagos incorporado a la Ley Concursal, con la presencia de un mediador, y que ha supuesto introducir matices peculiares que deben ser analizados a la luz de las características del proceso concursal. Se ha pretendido un encaje determinado y no parece claro que con ello se haya atendido a la naturaleza del proceso, aunque también es verdad, que se ha dejado paso, como viene siendo habitual en las reformas operadas en la Ley Concursal de 2003, a la realidad económica que nos envuelve, sumamente agobiante y desesperanzadora. Por ello, dar paso, a mecanismos previos a la judicialización, en sentido estricto, como fórmula de solventar las consecuencias siempre negativas a las que abocan las situaciones de insolvencia no tiene por qué llevar a priori a su rechazo, su estudio y aplicación práctica, es lo que nos va a permitir su aproximación y valoración final.

* Doctora en Derecho y profesora de Derecho mercantil, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria —ULPGC—, —GRAN CANARIA, Islas Canarias— dirección de correo electrónico; mpdominguez@dcjb.ulpgc.es.

ABSTRACT: The object of the analysis settlement payments incorporated into the Bankruptcy Act, with the presence of a mediator, and that has meant introducing quirky nuances that must be analyzed in light of the characteristics of the judicial processes. It has been claimed a certain reserve and it is not clear that this would have been addressed to the nature of the process, although it is true, that has been replaced, as is customary in the reforms introduced in the Insolvency Act 2003, the economic reality that surrounds us, extremely oppressive and hopeless. Therefore give way to pre-prosecution mechanisms, strictly speaking, as a way to solve the ever negative consequences which lead to the insolvency does not have to lead to its rejection a priori, the study and practical application, is what will allow us to approach and its final assessment.

PALABRAS CLAVES: Concurso. Acuerdo extrajudicial de pagos. Acuerdo preconcursal. Notario. Registrador. Empresario deudor. Acreedores concursales.

KEY WORDS: *Bankruptcy process. Settlement of payments. Agreement before bankruptcy. Notary. Recorder. Corporate debtor. Insolvency creditors.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—III. ELEMENTO OBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—IV. EXCLUSIONES MATERIALES PARA ACCEDER AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—V. ELEMENTO FORMAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—VI. EFECTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante LEI) introduce el apoyo a la financiación de los emprendedores¹, incidiendo en la Ley Concursal en la materia preconcursal de los acuerdos de *refinanciación* con un doble propósito de regular de una manera más completa y más flexible el procedimiento registral de designación de los expertos, ya que puede solicitarse del registrador su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo esté concluido o el plan de viabilidad cerrado y, de otra parte, para incluir una regla más flexible y clara del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo y que constituye el requisito legal mínimo para su potestativa homologación judicial². Pero también es cierto que la citada Ley introduce la figura del *acuerdo extrajudicial de pagos*³, en la Ley Concursal, que permite observar en su detallada

regulación elementos que concretan el ámbito subjetivo y objetivo de actuación, configurándose como una posibilidad más de proceso que permita evitar quedar inmerso en el concurso, en tanto en cuanto, siguen teniendo la consideración de mecanismos de actuación extraconcursal, aunque se determine el reconocimiento de determinados efectos jurídicos ya intramuros del proceso concursal.

La novedad, más que la pura delimitación del *acuerdo extrajudicial de pagos*, con la presencia de un mediador, ha supuesto introducir matices peculiares que deben ser analizados a la luz de las características del proceso concursal. Se ha pretendido un encaje determinado y no parece claro que con ello se haya atendido a la naturaleza del proceso, aunque también es verdad, que se ha dejado paso, como viene siendo habitual en las reformas operadas en la Ley Concursal de 2003⁴, a la realidad económica que nos envuelve, sumamente agobiante y desesperanzadora. Por ello, dar paso, a mecanismos previos a la judicialización, en sentido estricto, como fórmula de solventar las consecuencias siempre negativas a las que abocan las situaciones de insolvencia no tiene por que llevar a priori a su rechazo, su estudio y aplicación práctica, es lo que nos va a permitir su aproximación y valoración final.

II. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Obsérvese que la LC en este punto delimita y limita el elemento subjetivo que debe configurar e integrar el acuerdo extrajudicial. Mientras todo proceso concursal puede afectar a la persona física y persona jurídica, sea en su condición de empresario o no⁵, el acuerdo expresamente integra a los siguientes sujetos:

1. *empresario persona natural* al que además, considera integrante aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, y también a los trabajadores autónomos⁶.

2. *cualquier persona jurídica*, excepto las entidades aseguradoras y reaseguradoras⁷, sea o no sociedad de capital, al que se le pide con carácter concurrente que cumplan entre otras, las siguientes condiciones; i.- en caso de ser declarada en concurso, dicho concurso debe quedar sujeto a los requisitos que permiten su tramitación como procedimiento abreviado⁸, ii.- disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, y iii.- que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago expresamente regulado en la LC⁹.

El acuerdo extrajudicial limita el elemento subjetivo a la persona natural empresario y sin embargo en lo afectante a la persona jurídica, se concibe en su sentido más amplio, así debemos entender incluidas expresa e implícita-

mente; i.- las sociedades irregulares de carácter mercantil, ii.- las sociedades civiles que no han cumplido todos aquellos requisitos de constitución, iii.- los entes sin personalidad jurídica y iv.- las masas patrimoniales separadas, v.- las sociedades mercantiles estatales, vi.- las sociedades mercantiles autonómicas o locales creadas o participadas por las entidades que integran la organización territorial del Estado y sus correspondientes organismos públicos y vii.- las personas jurídico-privadas con capital o patrimonio perteneciente o derivado de administraciones públicas, viii.- la herencia yacente no aceptada y ix.- la herencia yacente aceptada a beneficio de inventario, x.- herencia yacente deudora.

3. *empresario persona natural y cualquier persona jurídica*, excepto las entidades aseguradoras y reaseguradoras, siempre y cuando no se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuando aquellos hubieran solicitado el concurso y haya sido admitida a trámite¹⁰.

4. *acreedor* no declarado en concurso¹¹, y no sujeto a negociación de refinanciación con su deudor, que no sea de derecho público y sin crédito con garantía real, salvo que siendo titular de créditos de esta clase voluntariamente quisiera intervenir en el acuerdo extrajudicial¹².

5. *mediador concursal*¹³ en tanto en cuanto su presencia es preceptiva para poder tramitar un *acuerdo extrajudicial preconcursal*¹⁴. Además, su nombramiento habrá de recaer en *la persona natural o jurídica*, debiendo reunir, las siguientes condiciones concurrentes¹⁵: i. *mediadores personas naturales* que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión y ii.- *mediadores personas jurídicas* que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural. Además, el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga. Además, específicamente el *mediador persona física concursal* debe ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, con la necesaria acreditación en la formación especializada en Derecho Concursal, o ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. Si se tratase de un *mediador concursal persona jurídica* debe integrarse, al menos, por un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

En conclusión en el ámbito subjetivo del acuerdo extrajudicial concursal es de resaltar el acceso al mismo de forma limitada, quedando excluida la figura de la persona natural no empresario, contradiciendo el principio de unidad de disciplina declarado en la Ley Concursal que permite la configuración de un procedimiento que atiende las necesidades de cualquier tipo de deudor extendiendo por ello, su aplicación sin hacer distinción entre deudor civil y deudor mercantil.

Ahora bien, la lectura del articulado de la Ley, y en relación a la determinación del presupuesto subjetivo, más la inclusión de este acuerdo extrajudicial, podemos extraer como principal consecuencia el hecho de que su aplicación parece estar destinada básicamente a un tipo de deudor; empresario. Además, del espíritu de la Ley, manifestado en su Exposición de Motivos, se extrae la confirmación del reconocimiento implícito de la diversidad de regímenes jurídicos —deudor civil, deudor mercantil— en tanto en cuanto, se admite la especialidad de sus normas en atención al concursado empresario.

III. ELEMENTO OBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Señala la Exposición de Motivos de la LC¹⁶ en relación al presupuesto objetivo de la misma lo siguiente:

«La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones».

La finalidad perseguida por la LC es la satisfacción del interés de los acreedores¹⁷, y no el saneamiento del deudor, por ello, se pretende articular la fórmula necesaria para evitar el deterioro del estado patrimonial de este. Así, se muestra la insolvencia como el presupuesto objetivo en nuestra LC¹⁸ con una (i) aparente configuración de unidad y entendida como la (ii) *situación jurídica o económica* del deudor que justifica la apertura del procedimiento concursal.

En relación a la (i) *aparente* configuración de unidad; viene justificada por el hecho de que en la declaración de concurso por la situación de insolvencia no solo puede deberse a su carácter actual¹⁹ sino igualmente puede tener su origen en su carácter inminente²⁰, lo que ocasionó una necesaria definición y por lo tanto delimitación, del término inminente en la LC, comportando tal y como se ha advertido, que junto a un presupuesto objetivo genérico —insolvencia actual— se encuentra otro presupuesto objetivo de naturaleza específica —insolvencia inminente²¹—, diluyendo el carácter puramente unitario pretendido.

En lo concerniente a la (ii) *situación jurídica o económica* del deudor que justifica la apertura del procedimiento concursal y en este caso iniciarse el

acuerdo extrajudicial de pagos, y por tanto, al concepto establecido en la LC, se aprecia como elementos definitorios los siguientes:

- a. Imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones por el deudor excluyendo la posibilidad de entender insolvente a aquel que no cumple por tener la única voluntad de no hacerlo.
- b. No dar cumplimiento regular²² y puntual a sus obligaciones. Por una parte, el concepto de insolvencia actual matiza el carácter de definitivo, pues para que se dé dicho supuesto es suficiente no poder cumplir sus obligaciones regularmente. Sin embargo, para el supuesto de la insolvencia inminente la LC exige del deudor que este prevea la imposibilidad de dar cumplimiento regular y puntual a sus obligaciones. En el supuesto general de insolvencia se hace referencia a un deudor incumplidor con regularidad²³, mientras que el caso de insolvencia específica el deudor será concursal pues *conoce* que no podrá cumplir regular y puntualmente²⁴, es decir prevé un incumplimiento irregular e impuntual de sus obligaciones.
- c. Exigibilidad de las obligaciones incumplidas. Dicha exigibilidad debe entenderse, tal y como se señala por la doctrina, con un alcance que va más allá que el de su vencimiento²⁵, siendo necesario la aplicación de las normas civiles o mercantiles referidas a la determinación del momento de exigibilidad de estas²⁶.
- d. Finalmente, es de añadir la necesidad de que el incumplimiento por parte del deudor debe afectar a una pluralidad de sus obligaciones, excluyendo la posibilidad de delimitar el supuesto de insolvencia —general o especial— al caso que afecte a una única obligación²⁷.

Preceptivamente el deudor que pretenda iniciar el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos debe encontrarse en situación de insolvencia que puede ser tanto actual como inminente²⁸.

IV. EXCLUSIONES MATERIALES PARA ACEDER AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

De los doce artículos que componen el Título X de la LC, que regulan el acuerdo extrajudicial del pagos, alguno de ellos, contienen los supuestos de exclusiones materiales en su aplicación, haciendo una distinción según afecta al i.- *deudor insolvente empresario persona natural* o ii.- *deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital*, y iii.- *común a ambos sujetos*.

i. *deudor insolvente empresario persona natural* cuando del correspondiente balance aportado, no quede justificado que su pasivo no supera los cinco millones de euros²⁹.

ii. *deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital*, cuando en caso de ser declarada en concurso, dicho concurso hubiere de revestir especial complejidad y no fuere posible su tramitación abreviada³⁰, además, en aquellos casos en los que no dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, y que su patrimonio y sus ingresos previsibles no permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago³¹.

iii. *común a ambos sujetos*, son aquellos supuestos en los que establecen la imposibilidad de acuerdo extrajudicial por parte de los deudores que hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. También afecta, a los sujetos en los que siendo obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil que no figuraren inscritos con antelación. Como motivo *económico*, las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales. Como motivo *funcional*, las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

V. ELEMENTO FORMAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Luego la delimitación de los elementos objetivos y subjetivos con sus exclusiones e inclusiones expresas, permite determinar los requisitos formales para iniciar, desarrollar y concluir, este acuerdo extrajudicial de pagos³², que ligado al concepto de legitimación para su solicitud o tramitación, diferencia momentos específicos en su desarrollo; i.- *momento inicial* de su solicitud y ii.- *momento de desarrollo* del acuerdo y iii.-*momento final* del acuerdo extrajudicial.

i. *momento inicial* de su solicitud³³ es el deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos el que debe solicitarlo, en tanto en cuanto, *debe ser el que inste el nombramiento de un mediador concursal*³⁴. La LC además, aclara, que si el a.- deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador, y además, b.- el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. Por su parte, dicha solicitud exige la constancia de su situación económica, sin olvidarse del necesario listado de acreedores.

Obsérvese como el legislador ha previsto que la admisión o inadmisión de la solicitud le corresponde al registrador o al notario, como mecanismo garantista del mismo, en tanto en cuanto, pese a no tener su inicio un control jurisdiccional,

sí que están tasados los supuestos para su inadmisión³⁵, delimitando la actuación de ambos, con el fin de evitar todo mecanismo discrecional.

Luego, cumpliéndose *inicialmente* los requisitos formales, se procede a la designación del mediador que debe aceptar el nombramiento³⁶, el cual *comprobará* la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor.

ii. *momento de desarrollo* del acuerdo, el impulso le corresponde al mediador, el cual asume la dirección y control del desarrollo del mismo, no así de la actividad laboral, empresarial o profesional del deudor instante que podrá o no continuarla, haciéndolo depender de su propia decisión³⁷. Además, el *mediador* debe solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores cuando decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público³⁸.

También es verdad, que en esta fase del acuerdo, la LC ha articulado la participación del a.- *deudor*, ya que la remisión del plan de pagos previamente redactado por el mediador, queda sujeta a su consentimiento³⁹, y de los b.- *acreedores* que podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación a la inicialmente remitida⁴⁰.

Luego en esta fase de la negociación, la participación de los sujetos integrantes del acuerdo es amplia, ciertamente el *mediador* garantiza que su aportación da respuesta no solo a la realidad económica del *deudor*, sino que además, lo hace con su consentimiento y con las posibles y reconocidas aportaciones de sus *acreedores*, a los cuales se les garantiza una participación activa desde esta fase media, en el proceso preconcursal.

iii. *momento final* del acuerdo extrajudicial puede producirse tras la no aceptación del plan de pagos, tras su cumplimiento e incumplimiento. Ello también hace que la participación subjetiva comporte la implicación del a.- *mediador* si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incursa en insolvencia, el mediador concursal debe solicitar de inmediato del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. El legislador recoge la posibilidad de que el mediador, en este supuesto, pueda instar a la vez del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa⁴¹, si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro Público Concursal y si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia⁴². Por su parte, b.- *deudor* y *acreedores* quedan legitimados para instar la declaración del concurso por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado.

En esta última fase, este acuerdo preconcursal que pudo dar lugar a un plan de pagos no aceptado, pero también pudo haberse cumplido o incumplido da paso a la posible participación tanto del *mediador*, del *deudor* como de los *acreedores*, añadiéndose la figura del *juez*, ciertamente no de oficio y siempre previa puesta en conocimiento por los implicados en el acuerdo, en tanto en cuanto, supone la necesaria apertura del proceso concursa, o en los supuestos de su cumplimiento el conocimiento de cierre del expediente, que debe comunicarse por el notario o el registrador ante el que se abrió el mismo⁴³.

VI. EFECTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Un vez la LC ha dado paso al reconocimiento expreso del acuerdo extrajudicial de pagos como mecanismo preconcursal, también es cierto que de su articulado se desprende el carácter vinculante del mismo. De tal forma, que solicitado el inicio de dicho expediente⁴⁴ las partes, con carácter general, quedan vinculadas al mismo desde su inicio. Mediante esta institución el deudor pacta por escrito con sus acreedores, fuera del proceso concursal, cómo va a pagar el importe de sus créditos; si se ha cumplido el acuerdo, este se cierra, con su puesta en conocimiento al juzgado que hubiera de tramitar el concurso, si el mismo no tuviera un resultado positivo —no se llega a un acuerdo, no se aprueba el plan o se incumple— dará inicio al proceso concursal en sentido estricto. Luego, debemos entender que *el acuerdo aprobado pasa a estar homologado*.

También es verdad, que la norma diferencia los *efectos jurídicos* i.- de la solicitud de acuerdo de pagos extrajudicial, los efectos jurídicos ii.- de no llegar a un acuerdo, de no aprobarse el plan de pagos y de no cumplirse y los efectos jurídicos iii.- del cumplimiento del plan de pagos.

i. Los *efectos jurídicos* de la solicitud de acuerdo de pagos extrajudicial afecta por una parte al *deudor* desde el instante solicita la apertura del expediente, que podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Ahora bien, desde la presentación de la solicitud, el deudor se debe abstener de solicitar la concesión de préstamos o créditos, debiendo devolver a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se debe abstener de utilizar medio electrónico de pago alguno. Una vez practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial. El deudor que se encontrase

negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias previstas en el artículo 5 *bis* LC.

En consecuencia los efectos jurídicos para el *deudor* operan desde la presentación de la solicitud.

Por su parte, desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los *acreedores* que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocie el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de su propia decisión. Ahora bien, el acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitárla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante.

Es más, desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común. Si lo estiman oportuno podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que este les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

En este caso, los efectos jurídicos para los *acreedores*, operan desde la publicación de la apertura del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

ii. de no llegar a un acuerdo, de no aprobarse el plan de pagos y de no cumplirse

El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores *si decidieran no continuar con las negociaciones* los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público⁴⁵. Dicha solicitud puede ser instada además, por los acreedores y el propio deudor.

Si el *plan no fuera aceptado* o el *acuerdo aprobado fuera incumplido* y el *deudor* continuara incursa en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. Dicha solicitud puede ser instada además, por los acreedores y el propio deudor⁴⁶.

El legislador ante las posibilidades anteriormente reseñadas y como medio que convalide los efectos jurídicos afectantes a las partes tras la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos y con el fin de que las mismas permanezcan,

establece la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado⁴⁷, abriendo la fase de liquidación.

iii. del cumplimiento del plan de pagos exige su previa aceptación pro los acreedores que voten a favor de mismo y sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo. En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el setenta y cinco por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo⁴⁸. Formal y materialmente, dicho plan aceptado por los acreedores, se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario o el registrador se *comunicará el cierre del expediente al juzgado* que hubiera de tramitar el concurso, lo que permite mantener que dicho trámite homologa judicialmente dicho acuerdo.

En este supuesto, ningún *acreedor* afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor. El *deudor* podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado, y en caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado.

El plan de pago aprobado y homologado por su conocimiento judicial, es automáticamente ejecutivo. Ciertamente, dicho plan puede ser impugnado, pero ello no suspende su ejecución⁴⁹ que queda tasada en los supuestos de falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, en la superación de los límites establecidos en relación a las quitas y esperas, o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas.

CONCLUSIONES

Sin duda, la realidad social, económica y cultural terminan modelando la realidad jurídica. La LC es el claro ejemplo de ello, y por supuesto es de agradecer. Desde la promulgación de la LC, allá por el 2003, las reformas operadas

en la misma, han permitido ir adaptando a las exigencias de nuestra sociedad. Ciertamente, sus principios se mantienen aunque franqueadas por otros que quieren dar respuesta inmediata a las nuevas exigencias.

El acuerdo extrajudicial de pagos responde a esa necesidad, el legislador concursal, no quiere dejar vacía esta parcela, que en puridad jurídica no formaba parte de este procedimiento regulatorio de las insolvencias.

Primero. En el ámbito subjetivo el acuerdo extrajudicial concursal es de resaltar el acceso al mismo de forma limitada, quedando excluida la figura de la *persona natural no empresario*, contradiciendo el principio de unidad de disciplina declarado en la Ley Concursal que permite la configuración de un procedimiento que atiende las necesidades de cualquier tipo de deudor extendiendo por ello, su aplicación sin hacer distinción entre deudor civil y deudor mercantil.

Segundo. Preceptivamente el deudor que pretenda iniciar el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos debe encontrarse en situación de insolvencia que puede ser tanto actual como inminente

Tercero. De los doce artículos que componen el Título X de la LC, que regulan el acuerdo extrajudicial del pagos, alguno de ellos, contienen los supuestos de exclusiones materiales en su aplicación, haciendo una distinción según afecta al i.- *deudor insolvente empresario persona natural* o ii.- *deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital, y iii.- común a ambos sujetos*.

Cuarto. Obsérvese como el legislador ha previsto que la admisión o inadmisión de la solicitud le corresponde al registrador o al notario, como mecanismo garantista del mismo, en tanto en cuanto, pese a no tener su inicio un control jurisdiccional, sí que están tasados los supuestos para su inadmisión, delimitando la actuación de ambos, con el fin de evitar todo mecanismo discrecional.

Quinto. Luego en esta fase de la negociación, la participación de los sujetos integrantes del acuerdo es amplia, ciertamente el *mediador* garantiza que su aportación da respuesta no solo a la realidad económica del *deudor*, sino que además, lo hace con su consentimiento y con las posibles y reconocidas aportaciones de sus *acreedores*, a los cuales se les garantiza una participación activa desde esta fase media, en el proceso preconcursal.

Sexto. En esta última fase, este acuerdo preconcursal que pudo dar lugar a un plan de pagos no aceptado, pero también pudo haberse cumplido o incumplido da paso a la posible participación tanto del *mediador*, del *deudor* como de los *acreedores*, añadiéndose la figura del *juez*, ciertamente no de oficio y siempre previa puesta en conocimiento por los implicados en el acuerdo, en tanto en cuanto, supone la necesaria apertura del proceso concursal, o en los supuestos de su cumplimiento el conocimiento de cierre del expediente, que debe comunicarse por el notario o el registrador ante el que se abrió el mismo.

Séptimo. El legislador ante las posibilidades anteriormente reseñadas y como medio que convalide los efectos jurídicos afectantes a las partes tras

la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos y con el fin de que las mismas permanezcan, establece la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado, abriendo la fase de liquidación.

La legislación concursal con sus reformas están interactuando con la práctica judicial, lo que ha permitido constatar la rapidez con la que se están abordando las carencias, en unos casos y/o imprecisiones legales en otros, dándose respuesta de forma más efectiva a las necesidades que en este ámbito se vienen produciendo; la realidad económica actual ha ido destapando, sin tapujos, que esta LC más que nunca, debe tratarse como mecanismo que aporte al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica.

En conclusión, la realidad práctica dirá, si esta figura cumple su función, que parece a todas luces querer convertirse en un medio que evite la *plena judicialización* de las situaciones de insolvencia de empresarios y sociedades, y desde la órbita del acreedor delimitar una fase preconcursal que juegue a su favor.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *Revista Concursal y Paraconcursal*, 2/2007.
- (2008). Insolvencia de las familias en la Ley concursal española, en TOMILLO URBINA, Jorge y ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coords.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P. (2012). La posición jurídica del consumidor insolvente, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 25.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2010). Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: el expediente registral preconcursal, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 21.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2003). El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.; *Derecho Concursal estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid.
- (2009). Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias, *Diario La Ley*, núm. 7097.
- RODRÍGUEZ CONDE, C. (2013). El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, núm. 4.
- SANJUAN y MUÑOZ, E. (2014). La naturaleza jurídica del mediador concursal sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia, *Diario La Ley*, núm. 8230.

- SENENT MARTÍNEZ, S. (2004). Artículo 1, en JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina (Dir.), HERMIDA, Carmen (coord.) y GARCÍA, Eduardo (coord.): *La nueva regulación concursal*, Madrid.
- VILA FLORENSA, P. (2008). Artículo 1, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (coord.): *Nueva Ley Concursal*, Barcelona.

NOTAS

¹ *Vid.*, artículos 31 a 35 LEI.

² Enriquecedores artículos científicos de PULGAR EZQUERRA, J.: Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias, *Diario La Ley*, núm. 7097, 2009 y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: el expediente registral preconcursal, *Anuario de derecho concursal*, núm. 21, 2010, pp. 9-80.

³ *Vid.*, artículo 21 LEI.

⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC).

⁵ *Vid.*, DOMÍNGUEZ CABRERA, MP: La posición jurídica del consumidor insolvente, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 25, 2012, pp. 97-101.

⁶ *Vid.*, artículo 231.1 LC.

⁷ *Vid.*, artículo 231.5 LC.

⁸ *Vid.*, artículo 190 LC.

⁹ *Vid.*, artículo 236.1 LC.

¹⁰ *Vid.*, artículo 231.4 LC.

¹¹ *Vid.*, artículo 231.5 LC.

¹² *Vid.*, artículo 234.4 LC.

¹³ Interesante el planteamiento de SANJUAN y MUÑOZ, E.: La naturaleza jurídica del mediador concursal sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia, *Diario La Ley*, núm. 8230, 2014.

¹⁴ *Vid.*, artículo 232.1 LC.

¹⁵ *Vid.*, artículos 11 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y 27.1 LC.

¹⁶ *Vid.*, apartado II de la Exposición de Motivos de la LC.

¹⁷ *Vid.*, apartado VI Exposición de Motivos de la LC.

¹⁸ Artículo 2 LC, que dice: «1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la

solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

¹⁹ Artículo 2.2 LC donde se define el estado de insolvencia actual y por tanto, el presupuesto objetivo de carácter general al señalar: «Se encuentra en *estado de insolvencia* el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (cursiva nuestra).

²⁰ Artículo 2.3 LC define el estado de insolvencia inminente y por ello, se establece un presupuesto distinto al genérico definido en el apartado 2 LC, al decir: «Se encuentra en *estado de insolvencia inminente* el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» (cursiva nuestra).

²¹ Adviéntase que cuando el que insta el proceso concursal es el acreedor, el presupuesto objetivo exigido debe estar basado en la justificación del título o algunos de los hechos recogidos en el apartado 4 del artículo 2 LC, pudiéndose valorar en los mismos que alguno de ellos, no hace referencia a una necesaria insolvencia inminente y por lo tanto una imposibilidad de dar cumplimiento regular del deudor con sus obligaciones. El artículo 2.4 LC dice: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

²² Como señala el profesor Beltrán Sánchez, pago regular «es el que se realiza de acuerdo con las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de la actividad de que se trate y con medios normales derivados del ejercicio de la empresa o de los ingresos ordinarios de un no empresario». BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Insolvencia de las familias en la Ley concursal española*, en TOMILLO URBINA, Jorge y ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coords.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, p. 204.

²³ Lo que comporta no considerar deudor en concurso el que atiende con regularidad sus obligaciones pero no con carácter puntual. *Vid.*, VILA FLORENSA, Pablo: Artículo 1 en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (coord.): *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, 2008, p. 75.

²⁴ La doctrina ha criticado el término de insolvencia inminente establecido en la LC por no parecer justificado «bajo la consideración de los principios de política jurídica informadores de la reforma» anticipar el momento de apertura del concurso basándose en situaciones de previsión futura de incumplimiento de las obligaciones. Se señala el hecho de que el legislador por seguridad jurídica, podía haber determinado el plazo temporal de la previsión de incumplimiento y obligaciones a las que se refiere. En este sentido PULGAR EZQUERRA, J.: El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.; *Derecho Concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003, pp. 73 y sigs. SENENT MARTÍNEZ, S.: «Artículo 1» en JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina (dir.), HERMIDA, Carmen (coord.) y GARCÍA, Eduardo (coord.): *La nueva regulación concursal*, Madrid, 2004, p. 29.

²⁵ No toda obligación vencida es una obligación exigible. Al respecto *vid.*, PULGAR EZQUERRA, Juana: El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en

GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.; *Derecho Concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal, cit.*, pp. 65-66.

²⁶ Se aplicarán los artículos 1113 y sigs. CC en relación a las obligaciones civiles y el artículo 62 CC en lo referido a las obligaciones de naturaleza mercantil.

²⁷ En sentido contrario BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Revista Concursal y Paraconcursal*, 2/2007, p. 40.

²⁸ *Vid.*, artículo 231 LC.

²⁹ *Vid.*, artículo 231.1 LC.

³⁰ *Vid.*, artículo 190 LC.

³¹ *Vid.*, artículo 231.2 LC.

³² Es de resaltar la aproximación general que esta nueva figura preconcursal hace RODRÍGUEZ CONDE, C.: El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, núm. 4, 2013, pp. 919-953.

³³ *Vid.*, artículo 232.1 LC.

³⁴ El artículo 231.2 LC señala que en caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor.

³⁵ Señala el artículo 232.3 LC que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231 de esta Ley y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos.

³⁶ *Vid.*, artículo 233 LC.

³⁷ *Vid.*, artículo 235.1 LC.

³⁸ *Vid.*, artículo 236.4 LC.

³⁹ *Vid.*, artículo 236.1 LC.

⁴⁰ *Vid.*, artículo 236.3 LC.

⁴¹ *Vid.*, artículo 176 *bis*. LC.

⁴² *Vid.*, artículo 241.2 y 3 LC.

⁴³ *Vid.*, artículo 238.2 LC.

⁴⁴ Tal y como señala el artículo 235 LC.

⁴⁵ *Vid.*, artículo 236.4 LC.

⁴⁶ *Vid.*, 238 y 241.3 LC.

⁴⁷ *Vid.*, artículo 242.1 LC.

⁴⁸ *Vid.*, artículo 238.1 LC.

⁴⁹ *Vid.*, artículo 239 LC.

(Trabajo recibido el 21-2-2014 y aceptado para su publicación el 25-3-2014)

DICTÁMENES Y NOTAS

Cuestiones sobre constitución fraudulenta del título *ex artículo 205* Ley Hipotecaria y caudales indivisos

*Title by bad faith and unsettled estate.
Some questions about the article 205
of Spanish Mortgage Act*

por

ALFREDO FERRANTE*

Profesor Lector Universidad de Girona
Doctor en Derecho por la Universidad de Oviedo
Acreditado a titular de universidad

RESUMEN: El artículo 205 LH legitima la primera inscripción en el Registro de Propiedad de un título público previa acreditación fehaciente de haberlo adquirido. Cuando este título se constituya de mala fe, aspecto que puede producirse por ejemplo en situaciones de herencias indivisas cuyos titulares sean de difícil identificación y contextualmente se venga a constituir una hipoteca sobre el bien, las consecuencias prácticas pueden ser lesivas para el efectivo titular extrarregistral o para la entidad bancaria a pesar de que ambos hayan actuado diligentemente tomando como referencia la fe pública registral como manifestada en el Registro. La posibilidad que tiene el efectivo titular extrarregistral de declarar la nulidad del título dentro de los dos años, los efectos retroactivos de

* Este estudio se enmarca dentro del proyecto «El nuevo derecho inmobiliario registral: hipoteca, mercado hipotecario y Derecho», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Andrés Augusto DOMÍNGUEZ LUELMO. Ref. Der. 2009, 12093.

la sentencia y la disfasia temporal en el Registro de la anotación preventiva de esta demanda, de la hipoteca y de los eventuales procedimientos de embargo y adjudicación por parte del banco, pueden crear complicadas situaciones que este estudio intenta aclarar ofreciendo una posible solución incluso en óptica reformadora de la incompleta y incongruente legislación actual.

ABSTRACT: The article 205 of Spanish Mortgage Act legitimizes the first entry in the Registro de Propiedad of a public title irrefutable proof of status has been sold. When this title derives from the bad faith, the practical consequences may be harmful for the true owner or for the bank even though both have acted diligently by reference to the registry record. The possibility that the true owner declared invalid registered title ex article 205 Spanish Mortgage Act within two years, the retroactive effect of the judgment and the temporary dysphasia of the anotación preventiva can create complicated situations. This study attempts to clarify this offering a possible solution and also a reforming proposal of the incomplete current legislation.

PALABRAS CLAVES: Adquisición a non domino. Buena fe. Mala fe. Constitución fraudulenta de título. Caudales indivisos. Artículo 34 LH. Artículo 205 LH. Artículo 207 LH. Artículo 298.4 RH. Artículo 362 CC.

KEY WORDS: *Acquisition a non domino. Good faith. Bad faith. Mortgage Regulations. Undivided heritage. Article 34 Spanish Mortgage Act. Article 205 Spanish Mortgage Act. Article 207 Spanish Mortgage Act. Article 298.4 Reglamento Hipotecario. Article 362 Spanish Civil Code.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA SOBRE TÍTULO *EX ARTÍCULO 205 LH: ¿DESPISTE BANCARIO O ACEPTACIÓN DEL RIESGO?*—III. REQUISITOS DE LA HIPÓTESIS ANALIZADA. 1. HERENCIA YACENTE DE INDIANOS. 2. MALA FE DEL DEUDOR HIPOTECARIO. A) *Mala fe en la fase de constitución del título.* B) *Mala fe omisiva frente a la entidad bancaria.* C) *Eventual mala fe en caso de construcción de obra nueva.*—IV. PANORAMA CALEIDOSCÓPICO DE LAS INSCRIPCIONES. 1. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA. 2. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA PERO ANTERIOR A LA DEL EMBARGO. A) *Cómputo del plazo a efectos del artículo 207 LH.* B) *Invocación del artículo 34 LH por parte del banco.* 3. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA TANTO POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA COMO A LA DEL EMBARGO.—V. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN REFORMADORA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. INDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO

«En los últimos años el desplome de la burbuja inmobiliaria, fomentada por la proliferación del crédito al consumo, ha creado una realidad que ha conllevado una masiva incorporación en el patrimonio bancario de propiedades inmobiliarias. Lo que es cierto es que, frente a los impagos de deudor hipotecario, los bancos se han activado masivamente en el embargo de los patrimonios inmobiliarios hasta el punto de generarse inmobiliarias controladas por las entidades ejecutantes que por su exponencial inflación han dado lugar, casi, a verdaderos *outlet* inmobiliarios, donde incluso se permite una «verdadera» negociación sobre el precio de adquisición, antes impensable¹.

En el caso de ejecución hipotecaria el legislador se ha activado en la protección del deudor hipotecario de buena fe (Vgr. el RD 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos²). Sin embargo, a veces, se tendrían que tutelar determinadas circunstancias frente a otros sujetos a los que la actividad del deudor hipotecario de mala fe puede causar algún tipo de perjuicio.

Esto puede darse cuando la persona del deudor hipotecario y la persona del propietario efectivo del bien hipotecado no coinciden. Dentro del abanico de estas situaciones hay una *border-line* que a mi entender podrían crear eventuales problemas e incluso aniquilar los derechos de un entidad bancaria que actuase un embargo en determinadas situaciones.

El caso concreto que analizaré es el de la constitución fraudulenta del título de propiedad en correlación con los derechos y efectos que pueden (o no pueden) derivar ex artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y del artículo 298 del Reglamento correspondiente en relación con la contextual constitución de una hipoteca sobre el bien que da lugar a procedimiento ejecutivo por impago del deudor hipotecario³ y que conduce a la adjudicación por subasta de dicho bien al banco⁴.

II. CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA SOBRE TÍTULO EX ARTÍCULO 205 LH: ¿DESPISTE BANCARIO O ACEPTACIÓN DEL RIESGO?

Es claro el valor declarativo y no constitutivo⁵ de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, aunque en determinados casos la inscripción en el Registro incentiva y consolida, en determinadas condiciones, la adquisición de la propiedad sin verdadero título (cfr. art. 34 LH⁶) o con título no firme (cfr. art. 205 LH). La inscripción otorga una eficacia *erga omnes* que se apoya en dos pilares: los principios de legalidad y de exactitud registral (cfr. art. 38 LH)⁷. Ahora bien estos pilares tienen que ser firmes; de lo contrario la estructura que sustenta el título —y los relativos derechos— quebraría.

Para evitar la eventual dicotomía entre inscripción en el Registro y la realidad jurídica, el segundo pilar citado crea una presunción de identidad. Tal presunción, puesto que es tal, puede ser destruida mediante prueba en contrario. En el caso de discordancia entre la realidad registral y la extraregistral la jurisprudencia adopta una postura clara al afirmar que debe darse prevalencia a la segunda. Esto deriva de que la ausencia de una base física real no puede ser protegida, ni aplicarse el principio de exactitud a las circunstancias y datos fácticos inexistentes⁸. Si esto es así en términos generales, en el caso de la inscripción de títulos públicos *ex* artículo 205 LH debe adoptarse una mayor cautela porque a la general presunción de exactitud del título se acompaña la toma de constancia de que esa presunción no es firme *ab inicio* no produciendo efectos de forma automática frente a terceros sino que se aplaza temporalmente dada la peculiar modalidad de constitución del título. Por esta razón el artículo 207 LH dispone que las inscripciones de un título de propiedad a tenor del artículo 205 LH no surten efectos respecto a terceros hasta que no hayan transcurrido dos años. En este sentido la jurisprudencia confirma y deja claro que también en este caso la presunción puede vencerse y que lo que consta a tenor de los artículos 205 y 207 LH puede ser desvirtuado mediante prueba en contrario⁹.

A la hora de hablar de terceros desde el punto de vista de la trasmisión de un título inscrito a tenor del artículo 205 LH, pueden darse dos posibilidades: por un lado el tercero de buena fe *ex* artículo 34 LH, y por otro el que no reúne los requisitos de dicho precepto. Desde el primer punto de vista, del tercero de buena fe, debe hacerse esta consideración. En el clausulado de casi todo tipo de contrato se prevé la obligación de entregar el bien libre de cargas o gravámenes. Si la suspensión bienal del artículo 207 LH se considerara tal, esto podría dar lugar a que por ejemplo el optante se niegue, en este periodo de dos años, a perfeccionar la compraventa objeto de esta opción por razón de considerar esta situación como una carga o gravamen. Al haber dudas sobre este aspecto, estas deben considerarse despejadas dado que el artículo 207 LH fija un «lapso de tiempo esterilizado jurídicamente»¹⁰ y por lo tanto no es una carga o gravamen sino una limitación o paralización de la protección que brinda el artículo 34 LH durante los dos años¹¹.

Sin embargo, objeto prioritario de este estudio es considerar con más profundidad la segunda tipología de tercero a la cual he hecho referencia y ver cómo y en qué términos puede tutelarse a aquel tercero a) cuyo derecho nazca a sabiendas de que el título sobre el cual se fundamente se constituyó a tenor del artículo 205 LH y b) lo inscriba antes del plazo de dos años. Concretamente quiero dar relevancia al caso en que una entidad bancaria decida conceder un préstamo hipotecario que tiene como garantía un bien inscrito a tenor del artículo 205 antes de que hayan pasado los dos años. Ante el eventual impago del deudor hipotecario, el banco podría ejercer su derecho a ejecutar el bien hasta adjudicárselo.

A la hora de realizar tal operación el banco está asumiendo un riesgo empresarial puesto que acepta hipotecar un bien cuyo título no es firme sino que

despliega sus efectos solo posteriormente, después de dos años, a no ser que el efectivo propietario impugne la inscripción. Esta es una libre operación financiera que, en aras de la autonomía de las partes, banco y deudor hipotecario (y titular del bien como por asiento registral *ex artículo 205 LH*) pueden decidir celebrar. En la mayoría de los casos no habrá situaciones «patológicas» relativas al título público del cual derive la propiedad amparada por el artículo 205 LH y por lo tanto el banco no tendrá problemas a la hora de ejecutar el bien del que, posteriormente a los dos años, se viene a considerar propietario «firme» *ex artículo 207 LH*. Este riesgo asumible por la entidad bancaria se restringe al caso en que el deudor hipotecario —y formal titular en el asiento *ex artículo 205 LH*— no resulte serlo porque, en estos dos años, el verdadero propietario extrarregional venza la presunción de exactitud del registro. En este caso, dándose actuación a lo dispuesto por el artículo 207 LH, el tercero no podría tener ningún derecho dado que operaría la limitación que dispone la norma: el banco tendría una garantía hipotecaria sobre un bien que no pertenece al deudor y por lo tanto debería asumirse el riesgo empresarial que ha derivado de la concesión de la hipoteca sobre un bien ajeno al otro contratante.

En la circunstancia patológica en la que el hipotecante deudor haya operado de mala fe, a sabiendas que el bien hipotecado no le pertenecía contratando igualmente la hipoteca y haya constituido fraudulentamente el título *ex artículo 205 LH* las cosas se hacen incluso más complicadas. Este concreto caso es el que es objeto de análisis de este estudio.

Para poder valorar correctamente la asunción de un riesgo empresarial debe —o debería conocerse— todo el panorama relativo a la contratación que se va a realizar. En el caso *de quo*, parecería que el importante carácter informador, *erga omnes*, del Registro de la Propiedad ofrece este panorama, pero no es así, dado que la realidad concreta demuestra que pueden darse circunstancias ya existentes en el momento de la contratación que sin embargo no constan todavía en el Registro. En la particular situación limitadora del artículo 207 LH esto juega un rol fundamental a lo largo de todos los dos años de referencia. Concretamente el problema se plantea porque la inscripción obligatoria (por ser constitutiva) de la hipoteca bancaria puede llegar a convivir con otra eventual y diferente: la posibilitada por el artículo 298.4 del Reglamento Hipotecario que prevé la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la demanda¹² que impugna el título constituido *ex artículo 205 LH*. En el caso que quiere analizarse tanto la hipoteca como la anotación preventiva se hacen constar registralmente dentro del plazo de los dos años. De lo contrario, si la anotación preventiva fuera practicada después de este periodo, la entidad bancaria no se vería afectada.

Este periodo de dos años da la posibilidad de que exista una disfasis temporal entre la inscripción de la hipoteca y la anotación preventiva de la demanda a tenor del artículo 298 RH pudiendo ser la segunda anterior o posterior a la primera. Si fuera anterior la entidad bancaria conocería *ab initio*, y antes de decidir

si conceder la hipoteca, todo el panorama de riesgos dado que la consulta del Registro le permitiría llegar a conocer que el título *ex* artículo 205 LH sobre el bien objeto de la hipoteca resulta conflictivo dado que hay un proceso pendiente.

Los problemas surgen cuando la anotación preventiva se practica con posterioridad (pero dentro de los dos años) a la inscripción de la hipoteca. En este caso, aunque la entidad bancaria haya consultado el Registro —si el deudor hipotecario es de mala fe y se calla— nunca puede llegar a conocimiento de la eventual situación conflictiva. Siendo «tercero», el banco no recibirá comunicación o notificación alguna del procedimiento de impugnación del título amparado por el artículo 205 LH y de su anotación en el Registro con posterioridad a la hipoteca. La eventualidad de esta posible circunstancia ¿crea una carga sobre el banco de consultar el Registro con regularidad a lo largo de todos los dos años? La entidad bancaria, posible adquiriente del bien hipotecado goza a priori de una doble protección: la presunción de exactitud *ex* artículo 38 LH y la presunción de buena fe. La falta de buena fe del tercero no puede extraerse nunca del mero hecho de haber aceptado la constitución de hipoteca sobre un bien inscrito al amparo del artículo 205 LH, sin embargo debe verse si la entidad bancaria debe asumir los riesgos de una operación sujeta a estas particulares condiciones. Por esto debe valorarse si esto puede incluirse o no en el riesgo empresarial de la parte y comporta la correspondiente consulta constante del Registro hasta que hayan pasado los dos años, o la entidad bancaria puede ampararse en su buena fe y en el hecho de que la anotación preventiva *ex* artículo 238.4 RH no se le ha notificado.

III. REQUISITOS DE LA HIPÓTESIS ANALIZADA

Seguidamente paso a analizar algunas particularidades que pueden darse en el caso analizado.

1. HERENCIA YACENTE DE INDIANOS

La constitución fraudulenta del título público al amparo del artículo 205 LH es proclive, a mi entender, en los casos de caudal relicto de una herencia cuyas cuotas pertenecen a un abanico de personas difícilmente identificable, por su ingente número o deslocalización endémica. Esto no es un verdadero requisito pero es una de las hipótesis más propensas para que se cumpla. Por ello puede relacionarse con algunos fenómenos sociales comunes en regiones que han vivido con mucha intensidad el fenómeno de la emigración a lo largo del siglo pasado y donde existen, tras el paso de las generaciones y la diáspora de los herederos, masas hereditarias sin repartir, como puede darse en las de las Comunidades Autónomas de Galicia, Asturias y Cantabria. Es cosa fácil, por ello, que las

generaciones existentes intenten hacerse con los patrimonios familiares de los que fueron «Indianos»¹³ en fraude de los otros herederos, muchas veces alejados o, en todo caso, en paradero desconocido o con pocas relaciones con la que fue la tierra de sus antepasados. El prototipo es el patrimonio del emigrante que se fue a la «Nueva España» que ha regresado rico o que ha mandado su ingente patrimonio a los familiares que se quedaron en España. Con dichas remesas dinerarias, esencialmente todos bienes atesorables, se compran inmensas hectáreas y se construyen las que son conocidas como Casas de Indianos¹⁴ contribuyendo a la repatriación de capitales¹⁵. Tipología de este fenómeno es una familia numerosa, con emigrantes que incluso se desplazan a más de una nación de América Latina, con la familia originaria que deja una conspicua herencia. Esta herencia, la mayoría de las veces, queda todavía por repartir debido a los múltiples descendientes ubicados en varias partes del territorio, de los cuales quizás se ha perdido el rastro puesto que las comunicaciones al inicio del siglo¹⁶ no eran tan fáciles como lo son en los tiempos actuales. Este fenómeno puede haber contribuido, y todavía contribuye, a la constitución de títulos falsos en perjuicio de la herencia yacente y a favor de una parte de los herederos, sobretodo de los bisnietos y ulteriores descendientes (*v. gr.* rebisnietos) frente al caudal indiviso de los tatarabuelos y en perjuicios de los demás herederos. Utilizaré como ejemplo a lo largo de este estudio un caso concreto¹⁷, útil para tomar como referencia y generalizar. Adolfo y María mueren respectivamente en los años 1931 y 1957 dejando una herencia indivisa a los nueve hijos, de los cuales uno se ha marchado a Cuba, del cual no se sabe si tiene descendientes, y otro a Argentina, con dos hijos allá residentes, reflejando el arquetipo de familia asturiana emigrada¹⁸. La herencia se encuentra todavía sin repartir con un testamento de María que deja la herencia en partes iguales con exclusión del tercio de mejora, a favor de las hijas Aquilina y Amparo, sobre la finca Y. Aquilina es la última de los descendientes de los causantes en fallecer, quedan nietos, bisnietos y tataranietos, algunos en Argentina y otros pocos, dado que cinco de los hijos del matrimonio han muerto sin progenie, en España. La conspicua herencia, fruto de las fortunas en el otro lado del Atlántico, consta de numerosos bienes y también de una apetecible finca X. Frente a esta dispersión de las personas y tomando conciencia de la importancia del valor de la masa hereditaria, Efrén —el bisnieto— con su hijo —y rebisnieto— Pablo deciden crear fraudulentamente un título de propiedad sobre una parte de esta herencia y en particular sobre la finca X, edificable y colocada en una buena zona desde el punto de vista urbanístico¹⁹.

2. MALA FE DEL DEUDOR HIPOTECARIO

En el contexto que quiero analizar la mala fe del deudor hipotecario es imprescindible. Esta puede dirigirse hacia dos ámbitos diferentes: por un lado frente

al verdadero propietario (por ejemplo, los titulares de las cuotas de la herencia yacente) y, por otro lado, frente a la entidad bancaria, ya que podría considerarse de mala fe quien calle frente a dicho sujeto a la hora de celebrar la hipoteca en caso de pendencia de un proceso sobre el bien a tenor del artículo 205 LH. Finalmente, referiéndome a la finca, la mala fe podría hasta llegar a producir los efectos del artículo 362 CC. Se analizan por separado estos dos aspectos.

A) *Mala fe en la fase de constitución del título*

La mala fe en fase de constitución del título es requisito imprescindible en el caso *de quo*: de lo contrario el deudor hipotecario se podría beneficiar de los efectos del artículo 34 LH.

Efectivamente en caso de herencias yacentes donde los sujetos son titulares de cuotas abstractas y todavía indivisas, la creación fraudulenta del título público constitutivo puede resultar facilitada mediante la astuta aplicación de la concordancia entre el artículo 81.a) RH y el artículo 205 LH.

El artículo 81.a) RH permite practicar la inscripción a favor del legatario en virtud de una simple manifestación del legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y el legatario se encuentre facultado por el testador para posesionarse de la cosa legada. Ahora bien, en caso de herencia yacente de familia numerosa de emigrantes como la que he tomado como referencia, se comprenda como puede ser fácil inscribir y crear el futuro título mediante una simple declaración del legatario afirmando que un sujeto al cual pertenece la cuota de la masa hereditaria indivisa le legó las fincas que efectivamente «le correspondan por testamento por herencia», caso que se podría dar cuando una tía sin descendencia —y heredera de un caudal indiviso— recuerda en sus últimas voluntades con particular cariño el resobrino que la ha atentadamente cuidado (quizás con dobles y torticeras intenciones) en sus últimos años de vida²⁰. De esta forma el resobrino de uno (en el ejemplo Aquilina) de los hijos, sin descendencia, de los testadores originarios puede —aportando el testamento del difunto— demostrar efectivamente que el legatario está facultado para posesionarse de la cosa²¹ al demostrar que el pariente fallecido no tenía descendientes. Esta «maniobra» resulta aún más efectiva si el sujeto es preavido y ha dejado pasar los dos años «de seguridad» establecidos por el artículo 28 LH, aspecto no improbable en la tipología de herencias yacentes a la que he hecho referencia, con mayor razón si los otros hijos del causante han fallecido todos, o casi todos. La declaración de aceptación de este legado permite crear una buena base para constituir un futuro título a tenor del artículo 205 LH cuando, en dicha situación el legatario venda a un tercero.

En este caso a pesar de que el bisnieto de los originarios causantes (y resobrino del difunto—Aquilina) haya creado fraudulentamente el legado, podría

darse la hipótesis de que el tercero que adquiera a título oneroso la finca sea efectivamente de buena fe y se beneficie del artículo 34 LH, con las limitaciones temporales del artículo 207 LH. No sería así en caso de mala fe del adquiriente, es este el caso que aquí interesa analizar.

El caso de herencias yacentes con un caudal cuantioso cuyos descendientes de primeras y segundas generaciones han, casi todos, fallecido, donde las cuotas del caudal indiviso pertenecen por transmisión hereditaria a las sucesivas generaciones (incluso alejadas por el océano) fomenta una peculiar situación dado que donde «nadie sabe exactamente lo que tiene», no se conoce (o no se quiere conocer) quiénes son exactamente los demás herederos. Esta situación puede fomentar la constitución fraudulenta del título de propiedad en perjuicio a los demás titulares de las cuotas de herencias indivisas como podría darse cuando el legatario venda a su hijo (tataranieto de los originarios causantes de la herencia indivisa) con una finalidad torticera y a sabiendas de este último. Aquí resultaría indiferente «fosilizarse» en atacar la nulidad o anulabilidad de la compraventa que se realice por «confesión de pago recibido» o por pago irrisorio ya que la nulidad de la compraventa radica a priori en la nulidad de la aceptación del legado. En este caso, el conocimiento por parte del comprador (tataranieto de los originarios causantes de la herencia indivisa e hijo del legatario) de la creación ficticia del legado lo excluiría de la tutela del artículo 34 LH.

En este supuesto cualquier sujeto²² que tenga una cuota de la masa hereditaria indivisa podría impugnar *ex artículo 348 CC y artículo 298.4 RH* y en el plazo de dos años de la inscripción efectuada al amparo del artículo 205 LH para pedir la declarativa de dominio²³ a favor de la masa hereditaria (verdadero propietario extrarregistral de la finca), la acción reivindicatoria y pedir todo esto de forma subordinada a la declaración de la nulidad de la inscripción registral *ex artículo 205 LH* al ser la protección registral basada en un contrato artificial y a la correspondiente cancelación del asiento respectivo²⁴.

Ahora bien partiendo de la consideración que al pie o margen de la escritura matriz del acto de última voluntad, el notario debe anotar la expedición de la copia y los datos de su solicitante (cfr. art. 244.1 Reglamento del Notariado)²⁵ será más fácil probar la mala fe de los sujetos demostrando a) que el legatario —habiendo solicitado copia de su condición de legatario— conocía sobradamente el contenido de ese testamento no pudiendo invocar desconocimiento alguno en relación con la situación de que los bienes de quien legó son parte de una herencia no repartida de los padres de quien ha hecho el legado. De lo anterior y en consideración de la estrecha relación familiar entre los celebrantes el contrato de compraventa (por ejemplo celebrada entre padre e hijo) puede presumirse que ambos sabían la situación del bien litigioso llegando a simular la aceptación de un legado que no es tal y sucesivamente, una venta con el único fin de hacerse con la propiedad de una finca, en fraude del derecho de la masa hereditaria indivisa.

Para demostrar la «mala fe» del legatario que haya constituido fraudulentamente el legado a sabiendas del futuro comprador de poco serviría a tutelar el verdadero propietario extrarregistral —en virtud del artículo 210 del Reglamento Notarial— el control notarial de los documentos relativos a la titularidad de la finca por el transmitente ya que no puede entrar en cuestiones de fondo y debe tomar acto solamente de las declaraciones de las partes y de la efectiva existencia de los documentos aportados (eventualmente manipulado por las partes). Lo dicho también porque esta disposición ha sido anulada como consecuencia de la nulidad parcial del RD 34/2007, de 19 de enero mediante STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sec. 6.^a, de 20 de mayo de 2008²⁶.

B) Mala fe omisiva frente a la entidad bancaria

Bajo este punto de vista, la mala fe frente a la entidad bancaria podría dar lugar exclusivamente a la posible acción de daños y perjuicios del banco, que podría incluso utilizar la vía penal. Esta situación tendría lugar en una fase posterior, es decir, cuando el bien embargado que era objeto de garantía hipotecaria se atribuyera al verdadero propietario. La entidad bancaria podría pedir una reclamación de daños y perjuicios en virtud del comportamiento fraudulento del sujeto, pero debemos preguntarnos si verdaderamente puede considerarse mala fe, aquella actuación del deudor hipotecario que omite comunicar al banco la presencia de un proceso en el que se le reivindica el bien. Si se analizan las normas aplicables, debería quizás llegarse incluso a la solución contraria. Debe constatarse, que no existe una obligación informativa del sujeto también porque este podría —después del proceso litigioso sobre el bien— resultar el titular verdadero del bien (se constata que el supuesto de impugnación del título no está necesariamente vinculado con la hipótesis de su mala fe). Se trata de un proceso que está todavía *sub iudice* y la eventual comunicación al banco podría perjudicarlo con la denegación del préstamo hipotecario a pesar de que posteriormente, al término del proceso, se desestimara la acción de declaración y se comprobara que es el efectivo propietario de la finca.

El silencio del solicitante del préstamo hipotecario podría amoldarse a la buena fe dado que no solamente no consta jurídicamente ninguna obligación de declaración por su parte sino que el ordenamiento establece determinadas obligaciones de publicidad y notificación *ad hoc* a cargo del registrador. Por ello es importante constatar que I) el artículo 205 RH prevé la publicación de edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radique la finca con la finalidad de dar mayor conocimiento y II) en el procedimiento de impugnación del título del artículo 205 LH, la parte demandante puede pedir la anotación preventiva de embargo que se publicará en el registro adquiriendo eficacia *erga omnes*, por ello el banco consultando el registro puede tener conocimiento de esto.

Por todo ello, este conjunto de normas podría excluir la mala fe por falta de comunicación del proceso por parte del deudor hipotecario; un conjunto de normas que sin embargo es totalmente ineficiente para que el banco efectivamente llegue a conocer del procedimiento dado que en determinados casos, debido a la disfasia temporal de las inscripciones en los dos años, pueden darse casos que aunque consulte los registros y los edictos, dicho comportamiento no sería suficiente dado que prácticamente debería producirse —para su total efectividad— una continua, periódica e incessante consulta del tablón de anuncios y del Registro a lo largo de estos dos años, trasformando una actuación de buena fe del banco casi en una carga (*vid.*, sub IV).

C) Eventual mala fe en caso de construcción de obra nueva

La situación hasta ahora analizada —en que el bien objeto de la titularidad al amparo del artículo 205 LH llega también a ser objeto de la garantía hipotecaria— puede incluso complicarse más. Lo sería por ejemplo en el caso de que el bien garantía de la hipoteca produzca frutos, como puede darse si el préstamo hipotecario se ha concedido para pagar la obra nueva que se construye sobre la finca objeto de titularidad al amparo del artículo 205 LH. En este caso el riesgo de la operación de la entidad bancaria es superior dado que la mala fe del deudor hipotecario, que construye a sabiendas que lo hace en la propiedad ajena, activaría los efectos del artículo 362 CC²⁷ y el verdadero propietario de la finca no solamente podría reivindicar la finca sino sus frutos beneficiándose de la accesión. En este caso el banco, al margen de una posterior acción de responsabilidad civil y/o penal ejercitable contra el deudor hipotecario, no podría beneficiarse de ninguna protección durante el juicio que le permitan evitar perder su garantía hipotecaria.

Para que los efectos del artículo 362 CC se activen serviría por ejemplo la evidente connivencia entre los familiares (en el caso puesto como ejemplo padre e hijo) y el conocimiento previo de las disposiciones testamentarias. Si en la compraventa de la finca edificable se ha estipulado un precio irrisorio²⁸ ello mostraría aun más que el verdadero objetivo es apoderarse de la finca con el objeto de que aumente su valor mediante la obra nueva en fraude del derecho de los demás causahabientes. Todas las actuaciones de las partes contribuirían a demostrar la mala fe puesto que se sabe por parte del deudor hipotecario que la finca pertenece a la masa hereditaria. La única forma para excluir —*ex* artículo 364 CC— los efectos del artículo 362 CC sería demostrar la mala fe también de quien insta el proceso de reivindicación, los que podrían haber tardado en instar el procedimiento de reivindicación de la finca para que se llegara a culminar la construcción de la obra, por ello es conveniente que los causahabientes comuniquen fehacientemente, por ejemplo por burofax, que el verdadero titular

de la finca es la masa hereditaria. De este modo se pondría en conocimiento del comprador —incluso si antes lo ignorase— la situación conflictiva, asumiéndo este último los riesgos si continuara la construcción. Esta comunicación de los causahabientes debería incluso incluir la advertencia de dejar de construir y preavisar que, en caso de que la finca sea de propiedad de la masa hereditaria, la obligación de pagar la indemnización a tenor del artículo 361 CC, deberá extenderse únicamente hasta lo que actualmente está construido.

Finalmente una última consideración, en caso de que el efectivo propietario extrarregistral (en el ejemplo aportado, cualquier titular de una cuota de la masa hereditaria) reclame la accesión de lo construido —puesto que es conveniente que la reclamación independiente se beneficie de los efectos del artículo 362 CC o que se ejercite el derecho de opción del artículo 361 CC en caso de construcción en buena fe— debe cumular dicha acción al momento de la acción declarativa y reivindicatoria dado que —si se acertara que se construyó en buena fe— la jurisprudencia ha considerado que el derecho de opción del propietario del suelo, a tenor del artículo 361 CC, entre hacerse suya la obra previa pago de la indemnización u obligar al que construyó a pagar el precio del terreno, no puede reivindicarse hasta que no se haya ejercitado²⁹. Por lo tanto a la hora de redactar la acción declarativa y reivindicatoria los causahabientes deberán contextualmente, en su interés, ejercitar el derecho de opción y pedir la accesión dado que «no hay accesión automática en beneficio del dueño del terreno a quien simplemente se le concede un derecho potestativo consistente en optar por hacer suya la obra»³⁰.

IV. PANORAMA CALEIDOSCÓPICO DE LAS INSCRIPCIONES

El problema principal objeto de este estudio deriva del solapamiento de dos relaciones jurídicas estrechamente dependientes pero no relacionadas jurídicamente por las oportunas disposiciones normativas.

Deben distinguirse algunas situaciones:

Primero: la entidad bancaria concede un préstamo hipotecario a Pablo garantizado con la finca en la cual Pablo va a construir una vivienda. Al momento de la constitución de la hipoteca, Pablo figura como propietario por un título de compra, previa adjudicación por legado, inscrito por el trámite del 205 LH. Frente al impago del préstamo hipotecario, el banco insta un procedimiento de ejecución hipotecaria en función de garantía real constituida. Celebrada la subasta en el procedimiento de ejecución hipotecaria, el banco, no existiendo ninguna puja, se adjudica la finca objeto de licitación.

Hasta aquí parece todo normal, siempre que no haya situaciones patológicas ligadas a la inscripción al amparo del artículo 205 LH, porque si es así, las reglas del juego cambian.

Segundo. Comunidad hereditaria indivisa y fraude. Como ya se ha visto el bien efectivamente pertenece a una masa hereditaria indivisa donde se ha constituido de forma fraudulenta el título al amparo del artículo 205 LH mediante un contrato de compraventa. Por lo tanto existe un juicio paralelo en el cual algunos titulares de las cuotas de la masa hereditaria reivindican la finca a favor de esta última, la nulidad de la compraventa efectuada y la contextual accesión del bien inmueble por mala fe a tenor del artículo 362 CC. He adelantado antes que quiero analizar solo la presencia de la mala fe del comprador, excluyendo su posible beneficio del artículo 34 LH.

Dado que, a tenor del artículo 1068 CC, la partición confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan adjudicado, en caso de caudal relicto indiviso se posee solamente una cuota abstracta que limita las facultades dispositivas. En este sentido la jurisprudencia es clara en afirmar que «cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás³¹. Por ello, ningún coheredero puede disponer de ningún bien concreto hasta la partición derivando la nulidad por falta del poder de disposición³².

De esto deriva la nulidad de la aceptación del legado llevada a cabo por el resobrino y consecuentemente de la venta que posteriormente en base a tal título de propiedad se hizo, así como su inscripción al amparo del artículo 205 LH. El contrato de venta es ineficaz dado que el legatario no tiene la plena disposición de la finca y tampoco puede operar el artículo 34 LH dado que se ha asumido la mala fe de las partes al conocer que el título no era válido para trasmitir y no se ajustaba a la realidad puesto que no se puede enajenar un bien concreto de una masa indivisa. De la nulidad de la compraventa —efectuada por un vendedor en nombre propio atribuyéndose una propiedad plena que no le corresponde— deriva la invalidez de cualquier acto que pudiera haberse ejercitado. Por todo ello, la pretensión de cancelación de la inscripción registral practicada al amparo del artículo 205 LH se fundamenta en la nulidad de la escritura de aceptación del legado y compraventa de la finca objeto del litigio por haber dispuesto de un bien hereditario sin haber mediado la autorización y consentimiento unánime de los demás integrantes de la masa hereditaria. Dicho legado es nulo por no haberse realizado todavía el reparto ni tenido el consentimiento de los causahabientes.

Por todo ello, de la creación fraudulenta de un título a partir de una disposición a título gratuito nula (el legado) deriva una nulidad en cascada de cualquier acto que se ha ejercitado en aprovechamiento de la posterior inscripción efectuada a tenor del artículo 205 LH y por lo tanto de la hipoteca del banco y de la correspondiente ejecución hipotecaria ya que los efectos de la nulidad son retroactivos a tenor del artículo 1303 CC. Esto crea un panorama devas-

tador para el banco que —como se verá en los siguientes epígrafes— resulta en determinados casos prácticamente «autorizado» por el ordenamiento por falta de una regulación específica que tenga en consideración todo el abanico de posibilidades.

Tercero. En virtud de todo lo dicho hasta ahora estamos en presencia de dos situaciones jurídicas que ligan una misma persona con otras dos. La primera es una relación contractual que liga a Pablo, como deudor hipotecario, con el Banco; la segunda, liga a Pablo con los titulares de una herencia indivisa del tatarabuelo. A pesar de que se trate de dos relaciones (en principio) independientes son evidentes sus conexiones. Un ejemplo de su clara dependencia es que el buen fin para la parte actora de cualquier parte de los dos procedimientos (efectivo titular extraregistral, o entidad bancaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria) va en contra del interés del otro actor dado que ambos tienen la finalidad de adquirir el dominio del bien. Además ambas «parejas» de partes de las dos relaciones jurídicas saben que estamos en presencia de un título inscrito al amparo del artículo 205 LH.

Esta disposición permite la inscripción de títulos públicos otorgados por personas que acrediten haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, siempre que no estuviera inscrito el mismo derecho a favor de otra y se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radica la finca que tienen por finalidad que aquellos que se consideren interesados puedan instar a la acción del artículo 298 RH. Ambas partes conocen esta situación y saben que puede darse la posible inscripción de determinados aspectos en el Registro. Concretamente con posterioridad a la inscripción del título al amparo del artículo 205 LH, el Banco inscribirá la hipoteca y otros derechos derivados hasta la inscripción del embargo de la finca y su adjudicación. Desde la perspectiva de los titulares de la masa indivisa, en cambio, puede solicitarse en el Registro la anotación preventiva de la demanda *ex* artículo 298.4 RH. A todo esto se añade la publicación de los edictos. De toda esta situación se crea un desenlace final calidoscópico puesto que la sumisión de esta situación al plazo de dos años, a tenor del artículo 207 LH, puede crear unas situaciones límite que desprotegen las partes a pesar de que estas puedan haber consultado el Registro al momento de instar sus pasos, creyéndose tutelados cuando en verdad no lo son. Concretamente puede darse un abanico con los tres casos que analizaré seguidamente. A efectos prácticos es importante ver la «fluctuación» de la anotación preventiva de la demanda *ex* artículo 298.4 RH, la inscripción de la hipoteca y la inscripción del procedimiento ejecutivo. Obviamente el punto de partida de este análisis debe enfocarse en los casos teniendo en cuenta que todos se hayan inscrito dentro de los dos años a tenor del artículo 207 LH y artículo 298 RH³³. Seguidamente analizaré los principales casos que se resumen en esta tabla.

Registro de Propiedad	Caso A	Caso B	Caso C
1	Inscripción art. 205 LH	Inscripción art. 205 LH	Inscripción art. 205 LH
2	Anotación demanda <i>ex</i> art. 298 RH	Inscripción constitución hipoteca	Inscripción constitución hipoteca
3	Inscripción constitución hipoteca	Anotación demanda <i>ex</i> art. 298 RH	Embargo
4	Embargo	Embargo	Adjudicación judicial
5	Adjudicación judicial	Adjudicación judicial	Anotación demanda <i>ex</i> art. 298 RH

↑
Dentro de los dos años *ex* art. 207 LH y art. 298 RH
↓

1. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA ANTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA

Esta situación es la que colleva menos problemas. Este es el escenario: la hipoteca no se ha constituido todavía ni inscrito en el Registro³⁴. El efectivo titular extraregistral (en el ejemplo los titulares de las cuotas hereditarias) presentará demanda tanto frente al titular de la inscripción regstral de la edificación contra el cual se ejercita la acción reivindicatoria (en nuestro caso Pablo) como frente al pariente vendedor (y padre del primero) que ha generado la inscripción impugnada (en el caso Efrén). Aquí no se producen los problemas de un eventual litisconsorcio pasivo necesario con el banco dado que no se ha pedido todavía préstamo hipotecario.

A la hora de constituirse la hipoteca, el banco puede encontrarse este panorama. Por un lado tendrá —seguramente— conocimiento de la constitución del título al amparo del artículo 205 LH y de la relativa publicación de los edictos; por otro —eventualmente— podrá encontrarse con la inscripción de la anotación preventiva (art. 298.4 RH). La anotación preventiva es solamente una eventualidad que puede plantearse dado que esta es una facultad que se concede a quienquiera que cree poseer un derecho sobre el bien; una facultad que una vez ejercitada, debe ser preceptiva y no discrecional por parte del

juez³⁵, salvo la posibilidad de otorgarla *inaudita altera parte* o mediante una vista previa (cfr. arts. 733.2 y 734 LEC). Ahora bien la mora procesal (cfr. art. 728.1 LEC) en este caso sería legitimada de la necesidad de dar cuanto antes publicidad de la existencia de la reclamación de la propiedad del bien para evitar cualquier posible perjuicio para el solicitante mismo e incluso para eventuales terceros dado que a lo largo del proceso podrían producirse hechos, como la enajenación a terceros del bien objeto de la inscripción impugnada o su eventual hipoteca y embargo. En este caso la anotación preventiva de demanda (cfr. art. 727.5 LEC, art. 42.1 LH y arts. 139 RH y sigs.) mediante la eficacia *erga omnes* del Registro, permitiría tutelar de esta situación quien la inscribe.

En la hipótesis que se acaba de describir, la entidad bancaria que decide constituir una hipoteca sobre la finca e incluso iniciar un procedimiento de ejecución inmobiliaria asumirá los riesgos que proceden de su elección y quedará claramente desprotegida frente a la adjudicación de la finca al efectivo propietario extraregistral de la finca. En este caso ningún tipo de defensa puede aportar el banco, dado que la inscripción del título a tenor del artículo 205 LH ya ha puesto en pre-alerta al banco de una situación sometida a determinados aspectos; la presencia de la anotación preventiva despejaría cualquier duda sobre las concretas posibilidades de que se esté embargando un bien de otra persona. En esta situación no podría prohibirse o denegarse la inscripción de la hipoteca. De lo contrario —dado el valor constitutivo de la inscripción de la hipoteca— debería llegarse a la conclusión que la entidad bancaria tampoco puede constituir ningún tipo de hipoteca hasta que no hayan pasado los dos años a tenor del artículo 207 LH, sobre un bien inscrito al amparo del artículo 205 LH. La negación de la constitución de la hipoteca no podría aceptarse y sí debería permitirse a condición de que el banco se aceptara los riesgos que tal operación puede conllevar; a condición de que este mecanismo sea regulado con una normativa que tuviera en consideración todo el abanico de posibilidades que pueden aparecer. Además, en el caso analizado, los artículos 205, 207 LH y el artículo 298 RH no producen problemas, simplemente estamos en una situación en la que el banco es consciente y está debidamente «informado» registralmente de los riesgos de que pudiera correr en conceder una hipoteca sobre un bien que pudiera no resultar perteneciente al deudor hipotecario.

Ahora bien aquí es útil y oportuno introducir también una disposición que por su ubicación ha pasado prácticamente³⁶ desapercibida tanto para los tribunales como para los registradores. El legislador se ha dado cuenta que una hipoteca en la situación en la cual nos encontramos podría ser conflictiva y no evita, al regular el mercado hipotecario, una norma por la cual «la inscripción de la finca hipotecada deberá estar vigente y sin contradicción alguna, y no sujet a limitaciones por razón de inmatriculación o por tratarse de inscripciones practicadas al amparo del artículo 298 del Reglamento Hipotecario»³⁷. Ahora

bien dicha norma, a pesar de su loable esfuerzo —tal como está redactada— juega un papel del todo influyente para solucionar la naturaleza del problema planteado en este estudio.

La disposición parecería impedir la inscripción de la finca hipotecada sometida al procedimiento del artículo 298 RH. Inmediatamente debe destacarse la impropiedad del lenguaje operado por el legislador dado que en ningún caso puede hablarse de «inscripción de finca hipotecada»: si se quisiera impedir la inscripción de un determinado aspecto, se debería impedir o la inscripción de la «finca inscrita al amparo del artículo 205 LH» (y que es posible objeto de futura hipoteca) o la «inscripción de la hipoteca» (sobre dicha finca), pero de ningún modo podría hablarse de «inscripción de finca hipotecada» dado que o se inscribe la finca (su titularidad) o su hipoteca. Por lo tanto, aunque es claro que deberíamos decantarnos por el sentido que el legislador quiere hacer referencia a la inscripción de la hipoteca concedida sobre una finca inscrita al amparo del artículo 205 LH, es patente la impropiedad de lenguaje operado, ni siquiera mejorada en la redacción del 2009, frente a la de 1982³⁸.

La inefectividad de esta disposición deriva del hecho de que, por un lado, no identifica con claridad a quien se dirige y, por otro, no consigue recibir los requisitos de una norma jurídica al no contener consecuencia jurídica. Por ello, la norma queda impersonificada al no dirigirse expresamente al registrador o a la entidad bancaria. Si con esta norma se hubiera querido crear una específica obligación del registrador el texto escogido para su ubicación es totalmente inoportuno, si se hubiera dirigido a las entidades bancarias, esto no tendría sentido dado que los bancos deberían asumir los riesgos propios de cada operación financiera en aras de la autonomía contractual de las partes.

Sobre todo la norma queda incompleta al no regular ni la sanción por la eventual inscripción ni los efectos en caso de que se efectuara. Así que estamos en presencia de una norma que aunque «regulada» resulta inefectiva. Por esto, debemos encontrar soluciones cuando esta norma de hecho no se respete, no se tome en consideración, tanto por los bancos como por el registrador, como intentaré hacer detenidamente en los siguientes dos epígrafes que delinean las hipótesis más conflictivas.

Aquí —en caso de efectiva inscripción de la hipoteca y contextual «violación» del artículo 4.2 RD 716/2009— solamente queda por decir que si la norma estableciera una violación genérica de inscripción: el banco que concediera la hipoteca y la inscribiera, estaría realizando una operación no permitida por el legislador y quedaría totalmente desprotegido, aunque no se sabe de cuáles efectos dado que la norma es coja. Si la norma, en cambio, quisiese establecer una precisa obligación del registrador se daría la paradójica situación que ambas partes —tanto el banco como el efectivo propietario, pudieran reclamar eventualmente una responsabilidad frente a su decisión de inscribirla dado que de esta inscripción se ha generado el pleito. De todos modos aunque existirá

esta posibilidad, quedaría por resolver el efectivo problema de a quién atribuir concretamente el bien, sobre todo en las dos complicadas situaciones que se plantean abajo.

2. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA PERO ANTERIOR A LA DEL EMBARGO

En este panorama, el banco a la hora de decidir si constituir la hipoteca, sabe que el título está condicionado al plazo temporal de los dos años, pero consultando el Registro al momento de inscribir la hipoteca comprueba que no existe ningún procedimiento. Ahora bien, en estos dos años sin embargo el titular verdadero del bien puede activarse y dependiendo de la situación puede ser que el banco nunca tenga conocimiento.

Desde el punto de vista del efectivo titular extrarregistral, él se encuentra —consultando el Registro— que existe una hipoteca sobre el bien, hipoteca que no ha celebrado y que no lo vincula jurídicamente. Los derechos que el banco puede tener son exclusivamente sobre el titular del asiento registral (en el caso propuesto Pablo) titular «condicionado» dado que lo es al amparo del artículo 205 LH. Además al estado de presentación de la demanda judicial por parte del titular efectivo, la hipoteca es exclusivamente un derecho real de garantía que no necesariamente debe dar lugar al procedimiento ejecutivo. Dicha hipoteca no deja de ser un derecho real de garantía que no otorga ningún derecho a favor del banco hipotecante sobre el efectivo titular extrarregistral. Por ello podría existir la posibilidad de que el procedimiento relativo a la reivindicación de finca se inicie frente a los familiares que han respectivamente vendido y comprado la finca pero no podría hacerse también contra el banco. Aquí existe una doble posibilidad pudiéndose efectivamente valorar que no existe litisconsorcio pasivo necesario con el banco o es necesaria su llamada en causa.

En la hipótesis de que el banco no venga llamado en causa como litisconsorte pasivo necesario puede darse que —frente al impago del deudor hipotecario— empiece un procedimiento de ejecución hipotecaria, sin haberse tenido en consideración la existencia de un proceso que está averiguando el efectivo propietario de la finca. De esta situación la entidad bancaria se daría cuenta exclusivamente cuando fuera a inscribir la anotación de embargo. El banco podría venir privado del bien que ha garantizado su crédito frente a una impotencia patente a pesar de que hay buena fe, consultado el Registro y los edictos oportunos. Efectivamente en el momento de la constitución de la hipoteca y de su inscripción (se recuerde la mala fe del deudor hipotecario) la banca nunca ha tenido conocimiento de esta situación y ha procedido —de forma automática— a embargar el bien frente al impago. Quizás el saber que el título queda sujeto a una situación pendiente de dos años, le hubiera impuesto la obligación de

seguir comprobando el Registro cotidiana o periódicamente para ver si efectivamente alguien quiere revindicar el bien. Sin embargo el principio de buena fe no puede extenderse tan lejos. Por lo tanto para evitar que el banco quede totalmente desprotegido frente a esta situación debería concluirse la necesaria presencia de un litisconsorcio necesario en el procedimiento de reivindicación de la finca, llamando en causa también al banco puesto que al momento de empezar el pleito, los demandantes tienen (o deben tener conocimiento por la eficacia *erga omnes* del registro) de la existencia de una hipoteca y el banco tiene intereses legítimos en juego. Dado que el acreedor hipotecario se ve así directamente afectado por la declaración de la nulidad de la inscripción al declararse igualmente la nulidad de la garantía real que representa la hipoteca debe concluirse la necesaria presencia del litisconsorcio pasivo necesario³⁹. Ahora bien, si la necesidad de este litisconsorcio fuera establecida no en primera instancia sino en fase de apelación⁴⁰ provocaría ulteriores problemas. Aquí existe ya una sentencia —aunque evidentemente revisable— de la cual, pero a pesar de que se acoja la excepción litisconsorcial, se deberán respetar —teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos procesales ya realizados— todas las pruebas ya practicadas para evitar su repetición; en este sentido el banco podrá proporcionar escritos y pruebas limitadas. Aquí el banco sí llega a tener conocimiento de la situación pero quizás cuando es demasiado tarde para tutelar su posición, cual es por ejemplo el haber adquirido el bien por subasta. Además debe observarse que en el caso de que no se releve en primera instancia, la llamada en causa del banco sería totalmente aleatoria y condicionada a la voluntad de las partes del proceso— y concretamente a la excepción litisconsorcial eventualmente propuesta por los demandados.

En el escenario que se está analizando el banco tiene conocimiento de que la inscripción efectuada a favor de deudor hipotecario (Pablo) está sujeta a los límites del artículo 207 LH. Suponiendo que a la hora de constituir la hipoteca, el banco no tenía conocimiento del proceso de reivindicación de la finca, podría hacer valer sus derechos mediante dos puntos de vista a) demostrar que hayan pasado dos años de la anotación preventiva b) ha adquirido el bien *ex* artículo 34 LH, fundamentándolo mediante el combinando de los artículos 34, 205, y 207 LH.

A) Cómputo del plazo a efectos del artículo 207 LH

La entidad hipotecante no puede beneficiar de la protección que al tercero de buena fe proporciona el artículo 34 LH, porque el adquirente de un inmueble, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta que hayan transcurridos dos años⁴¹. Por ello debería valorarse como computa el plazo de los dos años, por un lado, identificando su *dies a quo* y, por otro, estableciendo

cuando este plazo puede dejarse por terminado. Si se demostrara que los dos años han pasado la demanda de reivindicación será inefectiva. La jurisprudencia parece no tener duda que el *dies a quo* se inicia «desde la inscripción primaria», es decir desde la inmatriculación de la finca a efectos del artículo 205 LH⁴². Debe constatarse la anulación por el Tribunal Supremo⁴³ del primer y segundo epígrafe de la redacción, conforme al RD 1867/98, del artículo 298.4 RH por la cual se preveía que la publicación de los edictos, de la duración de un mes, no era propedéutica ni contextual a la inscripción del bien. Según dicha redacción el *dies a quo* quedaba aplazado hasta la efectiva constancia registral de la publicación del edicto⁴⁴.

Identificado el momento desde el que se cuenta este plazo, debemos despejar también la duda sobre el momento en el cual finaliza. En caso de ninguna reclamación del bien, la identificación es fácil dado que será el normal expirar del plazo temporal. Más complicado es en caso de presencia de una reivindicación del bien. Dada la peculiaridad del caso podrían tomarse como referencia, la fecha de presentación en el juzgado de la demanda de reivindicación, la fecha de inscripción de la anotación preventiva o la notificación al banco de la existencia del proceso. Dado que —en el caso que se está analizando— la anotación preventiva se ha inscrito en el plazo de los dos años pero posteriormente a la hipoteca del banco, la entidad bancaria tendrá interés en sostener que el plazo temporal de referencia debe ser el de la notificación del litisconsorcio pasivo necesario, es decir el término más lejano del *dies a quo* (en el caso, naturalmente, de que se le hubiera notificado después de dos años, cosa muy probable en caso de excepción litisconsorcial en apelación de la sentencia de primera instancia). Sin embargo lo que jurídicamente releva es la notificación que se efectúa frente al efectivo titular amparado por el artículo 205 LH y nada más por ello contará la fecha de presentación de la demanda de reivindicación en el juzgado frente al titular que el Registro de la Propiedad identifica como tal.

B) Invocación del artículo 34 LH por parte del banco

El banco podría defenderse asumiendo que es un tercero hipotecario amparado por la fe pública registral por la combinación de los artículos 34, 205 y 207 LH, llegando a ser inatacable el derecho inscrito en su día como el de la adjudicación de la finca en virtud de la garantía hipotecaria. Sin embargo, por un lado, se debe recordar que la protección del tercer adquiriente *ex artículo 34 LH* queda en suspenso al expirar los dos años⁴⁵ y, por otro, que un argumento que se basa sobre la buena fe —aunque esta podría efectivamente darse— no puede encontrar aplicación aquí. La actual normativa a pesar de que podría parecer proteger incluso una buena fe del banco —quizás legitimada de la situación de los asientos registrales— debe dar prioridad necesariamente a otra

situación —siempre en buena fe: la del efectivo titular extraregistral. Es en este caso que el desfase entre el momento de las inscripciones o anotaciones y sus efectos crea su mayor incertidumbre jurídica dado que la inscripción de la anotación preventiva de la demanda —anterior al procedimiento de ejecución inmobiliario— trasforma la portada del artículo 207 LH.

En el estado actual de la legislación, efectivamente no se trata aquí de analizar la buena fe (y de los efectos *ex art.* 34 LH) del banco al no enterarse o no haberse notificado la anotación preventiva, sino de ofrecer tutela al anotador. Si fuera así, por el contrario, el banco nunca se vería afectado por la disposición del artículo 205 LH, porque bastaría hipotecar una finca para eludir siempre el derecho del verdadero titular. Por lo tanto el argumento que se funda sobre una adquisición *ex artículo 34 LH* del banco no podría admitirse dado que el banco al constituir e inscribir la hipoteca y embargarla posteriormente por un lado inscribe un título no definitivo y por otro hace un procedimiento ejecutivo en base a un título que —independientemente que lo sepa o no— es *sub iudice*.

Desde la perspectiva del efectivo titular extraregistral se presenta una panorámica en la que la veracidad del registro está expresamente sometida al plazo de impugnación; no se viene a discutir la buena fe dentro de los dos años del tercero que como en el caso del banco puede haber constituido la hipoteca e incluso financiado la obra nueva con buena fe (al no saber la presencia de la litigiosidad sobre la finca), lo que legalmente cuenta a todos los efectos es la mala fe de la constitución del título al amparo del artículo 205 LH. Si se demuestra esto incluso la propiedad de lo edificado revierte sobre el verdadero dominio *ex artículo 292 CC*. Por mucho que el banco tenga buena fe, la combinación de los artículos 205, 207 LH y 298.4 RH debe hacer su curso dado que —dentro del plazo de los dos años— quien quiera realizar actos sobre el bien sabe que está sujeto a la impugnación del título. El estado actual del panorama legislativo no puede proteger al banco frente al efectivo titular, sino solamente frente al deudor hipotecario mediante una acción de daños y perjuicios, o penalmente, pero perderá de facto tanto su préstamo hipotecario impagado como el bien objeto de la garantía inmobiliaria. Por mucho que el banco no haya actuado de mala fe, lo ha hecho con las limitaciones del 207 LH, asumiéndo un riesgo económico contractual procedente de esta específica situación. Además si la anotación preventiva de embargo se realiza posteriormente a la anotación preventiva de la demanda efectuada por efectivo titular extraregistral, el banco, —independientemente que sea o no parte del procedimiento litigioso mediante litisconsorcio pasivo necesario— sabe que está instando un procedimiento de ejecución inmobiliaria en base a una sentencia no firme.

El principio de fe pública registral permite las adquisiciones *a non domino* de bienes inmuebles siempre que concurra la creencia de que el transmitente es el dueño de la finca y se desconozcan los vicios invalidatorios de esta titulidad⁴⁶. En este sentido el banco carecería de un requisito incluso negativo del

artículo 34 LH por el cual «un fundado estado de duda en el adquirente sobre si la titularidad del derecho que se le enajenó correspondía a su transmitente en la forma que proclama el asiento registral, elimina la buena fe»⁴⁷ dado que en este supuesto el banco es conocedor que dicho bien podía efectivamente no ser del propietario. Sostener un diferente planteamiento y admitirse la buena fe *ex* artículo 34 LH por parte del banco implicaría la paradójica consecuencia de que bastaría hipotecar dentro del plazo de dos años un bien inscrito en el cauce del artículo 205 LH para vaciar de contenido lo dispuesto en dicho artículo. Sería como autorizar las entidades hipotecantes a efectuar un claro fraude de ley, una diferente interpretación destrozaría la función teleológica del artículo 205 LH.

La actual normativa y la posibilidad de poderse perfilar diferentes inscripciones o anotaciones en el registro a lo largo de los dos años *ex* artículo 207 LH a la cual no corresponde un oportuno régimen de notificación a todos los interesados, puede llevar a situaciones no conformes a justicia dado que —al consultar el Registro de la Propiedad, a pesar de que el sujeto (banco o efectivo titular extraregistral) creen que existe un determinado panorama, la realidad es otra. El problema resulta aun más evidente dado que no importaría que el banco, operando con la oportuna precaución, espere a instar (y a inscribir) el procedimiento de embargo pasados dos años desde la fecha de la inscripción del título amparado por el artículo 205 LH, dado que se le podrían notificar efectos procedentes de la demanda judicial de reivindicación de la finca incluso en un periodo posterior y bien más largo, sobre todo si fuera la apelación la que considerara la necesaria presencia de un litisconsorcio pasivo necesario. Suponiendo en cambio, que el demandado no planteara una excepción⁴⁸ de litisconsorcio en apelación, y la situación de primera instancia fuera firme, incluso las defensas del banco serán aún más débiles —no pudiendo participar a la fase judicial— debiendo solamente soportar el efecto en cascada de la nulidad del título *ex* artículo 205 LH.

Los posibles efectos retroactivos, debidos a la nulidad del título, procediendo de una anotación temporalmente posterior a la hipoteca en el Registro crean una disfasia no oportunadamente regulada en el ordenamiento.

Finalmente cabe una última consideración. En el caso analizado, al momento de la demanda de reivindicación, el procedimiento de embargo y de adjudicación no han sido todavía inscritos constando registralmente solamente la constitución de la hipoteca, es decir un derecho real de garantía. Ahora bien ¿cómo debería interpretarse un *petitum* de la demanda del efectivo titular extraregistral que pida la nulidad de la compraventa, de la inscripción del título al amparo del artículo 205 LH y de «cualquier acto posterior que se haya realizado e inscrito en aprovechamiento de la citada inscripción»? El efecto de la eventual sentencia debiera quizás recubrir todos los actos que se hayan realizado hasta la interposición de la demanda. Justamente por eso existe la posibilidad de la contextual anotación preventiva requerida por el demandante para avisar de la existencia del pleito. Ahora bien, en el momento de la existencia de dicho pleito, el juez a

quo muy probablemente no conocerá de la existencia del eventual procedimiento de ejecución inmobiliaria que se ha instado posteriormente a la demanda y que se está realizando paralelamente por el banco.

Ningún problema por lo que respecta a la nulidad en cascada que pueda derivar sobre dicha adjudicación. Mayores perplejidades, sin embargo sobre si dicha nulidad —dado que se relaciona con una inscripción posterior a la presentación de la demanda— pueda dictar mediante la misma sentencia. Afirmo esto porque la eventual citación en juicio del banco mediante litisconsorcio pasivo necesario por parte de la apelación que admitiera la excepción litisconsorcial remitiría a un nuevo juicio en primera instancia pero no permitiría cambiar el *petitum* al demandante. De mayor peso, incluso, es el argumento por el cual debe asumirse que en este caso el banco ha llegado a ser dueño del bien en base a un procedimiento de ejecución hipotecaria totalmente autónomo e independiente. Por lo tanto, dado que «el litigio ha de resolverse en base a la situación existente al momento de la demanda»⁴⁹ es obvio que la sentencia declarará la «nulidad de las inscripciones y asientos posteriores» hasta la interposición de la demanda. Dado que aquí el embargo y la adjudicación se han realizado posteriormente, aunque en virtud de una hipoteca afectada, mediante un procedimiento ejecutivo independiente y autónomo son admisibles dudas de que se necesitaría otro procedimiento autónomo por el cual se ataque el procedimiento de ejecución y la adjudicación y declare expresamente su nulidad. Esto porque a pesar de que derive una nulidad en cascada, el procedimiento se ha realizado en otro proceso, con otro juez y en un tiempo anterior al nuevo procedimiento. Esta legítima duda podría comportar que el registrador no inscriba a favor del efectivo titular extrarregistral dado que la sentencia que ha obtenido no se refiere a las inscripciones posteriores a su demanda judicial y procedentes de un procedimiento judicial independiente. El registrador, interpretando que el *petitum* originario del demandante se refería a la nulidad de las inscripciones «posteriores» a la inscripción de constitución del título *ex artículo 205 LH* pero hasta el momento de la presentación de la demanda, podrá denegar la inscripción a favor del titular efectivo dado que la sentencia dictada debe referirse solamente a cualquier acto posterior que al momento de la presentación de la demanda «se haya realizado» en aprovechamiento de la citada inscripción»⁵⁰ no dando necesaria correlación a las nulidades posteriores, sobre todo si la adjudicación del bien por subasta ya ha producido las cancelación de las garantías hipotecarias y del embargo.

3. INSCRIPCIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA TANTO POSTERIOR A LA INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA COMO A LA DEL EMBARGO

En este caso el banco tendría una mayor posibilidad argumentativa frente al caso tratado en el epígrafe anterior. Si en el epígrafe anterior el banco al

momento de instar el procedimiento de ejecución mobiliaria tiene conocimiento por el Registro de la anotación preventiva de la demanda, en este caso no. Un caso análogo se dará en el supuesto analizado en el epígrafe anterior cuando el proceso de reivindicación inicie después de la constitución de la hipoteca y antes del embargo pero no se haya pedido (o concedido porque no se haya formulado con la debida claridad) la anotación preventiva de la demanda dado que esta es facultativa. En el caso anterior el banco sabe que va a instaurar un embargo en pendencia de un proceso relativo al título que existe efectivamente. En este caso sabe que está instaurando un procedimiento que podría ser todavía impugnado dentro esos dos años⁵¹.

Siempre pueden aplicarse los razonamientos anteriores en relación a la efectiva función teleológica de los artículos 205 y 207 LH dado que el banco al constituir la hipoteca sabe que puede invocar los procedimientos posteriores sobre la base de un título que no despliega sus totales efectos hasta que no hayan transcurrido los dos años.

Sin embargo en este caso, si se quisiera admitir la eventualidad de plantear una posible adquisición *ex artículo 34 LH*, la entidad bancaria estaría en una posición de mayor ventaja dado que el procedimiento de reivindicación de la finca por parte del efectivo titular extraregistrado todavía no habría empezado. Sin embargo incluso aquí se evidencian la preocupante falta de coordinación de la normativa puesto que, en este caso, técnicamente a pesar de resultar el bien ya perteneciente a la entidad bancaria el efectivo titular puede siempre legal y legítimamente instar el recurso *ex artículo 298 RH* (siempre que no hayan pasado los dos años). Estas incongruencias y problemas se planean en este caso ya que a pesar de que él sepa que en este momento el bien es de un tercero, el ordenamiento, por un lado, lo sigue tutelando, legitimándolo a recurrir *ex artículo 298 RH* y, por otro no lo hace dado que serían mayores las posibilidades de que el banco llegue a ser tutelado *ex artículo 34 LH*. Todo esto resulta inadmisible.

V. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN REFORMADORA

El artículo 207 LH establece que después dos años desde las inscripciones al amparo del artículo 205 LH, los efectos frente a terceros surtirán efectos. La posibilidad de la anotación preventiva a tenor del artículo 298.4 y los contextuales efectos de nulidad que puede generar sobre el título amparado por el artículo 205 LH crean *de facto* otro y más completo panorama, sobre todo en el caso en que el bien quede sujeto a hipoteca.

Por ello, en el estado actual es inoperante la presencia de una disposición (art. 4.2 RD 719/2009, de 24 de abril) que parece impedir la constitución de la hipoteca en estas circunstancias dado que no regula ni los efectos ni las consecuencias de su eventual violación. El banco o el efectivo titular registral

podrían resultar desprotegidos, a tenor de la legislación actual, aunque hayan operado de buena fe consultando el Registro y utilicen un comportamiento precavido.

Poco importaría que la entidad bancaria esperase dos años antes de embargar el bien, dado que el sistema registral y la normativa actualmente vigente no le asegurarían nada. Aquí a pesar de que el plazo temporal haya efectivamente pasado y que por lo tanto la entidad podría creerse amparada en la creencia de que ha pasado el plazo del artículo 207 LH, los resultados podrían ser totalmente diferentes. A pesar de que el banco compute correctamente el pasar de los dos años desde la fecha de inscripción del título público, los éxitos de una reclamación judicial del bien presentada dentro de este plazo podrían tardar mucho más y los efectos retroactivos de la nulidad de la constitución del título *ex artículo 205 LH*, dejarían al banco desprotegido.

En este caso cabe una ulterior consideración. Esta situación le sería totalmente inidentificable al banco si no se pidió la anotación preventiva dado que en este caso la entidad bancaria en ningún momento ha podido conocer registralmente de la existencia del pleito.

VI. CONCLUSIONES

Por todo ello considero oportuno que se estimen las siguientes consideraciones.

I. Considero necesaria una reforma y reformulación de la normativa que considere necesariamente los aspectos y problemática hasta ahora evidenciados. Esta reforma debería delinear adecuadamente un exacto sistema de notificaciones a los sujetos interesados, anulando la disfasia temporal de los efectos que puede producir esta peculiar situación.

II. Debe darse la libertad a una entidad bancaria de poder hipotecar una finca registral inscrita al amparo del artículo 205 LH; de lo contrario se iría en contra de la autonomía contractual de las partes y de una libre circulación del tráfico económico-jurídico. Será el banco quien valorará los riesgos de emprender una situación cuyos efectos pueden resultar firmes después del plazo de dos años establecidos por el artículo 207 LH. Otra cosa que el ordenamiento deberá regular son los supuestos analizados para evitar problemas e identificar exactamente los «jugadores» y los efectos. Es impensable que en el estado actual el verdadero propietario extrarregional del bien o el banco puedan correr el riesgo de resultar perjudicados a pesar de que intenten actuar con diligencia y consulten debidamente el Registro de la Propiedad. Aún más es impensable que los verdaderos responsables de esta situación —los sujetos que de mala fe han constituido el título y han realizado una compraventa simulada— «se vayan sin pagar». Efectivamente es verdad que podrá ejercitarse una acción

penal o de responsabilidad civil contra ellos, pero la cruda realidad es que el sistema legitima que el banco —aunque se active diligentemente a lo largo de la constitución de la hipoteca y en las fases posteriores— pueda llegar no solo a perder el dinero con el cual se ha construido por ejemplo la vivienda sobre la finca hipotecada, sino su garantía hipotecaria.

III. Sería loable prever en los casos analizados la obligación por parte del registrador de notificar la anotación preventiva de la demanda a la entidad bancaria todas las veces que conste, o venga a constar la inscripción de una hipoteca. Incluso sería loable que la anotación preventiva no fuera facultativa sino obligatoria dado que podría efectivamente dar a conocimiento que efectivamente no solamente el título *ex artículo 205 LH* en línea teórica podría ser impugnado, sino lo ha sido de verdad. Además sería necesaria la expresa previsión que en caso de impugnación *ex artículo 298 RH* en relación a los artículos 205 y 207 LH, y contextual anterior presencia de hipoteca, exista necesariamente un litisconsorcio pasivo necesario que permita al banco conocer dicha situación judicial. Por todo ello, por una parte la notificación por parte del registrador de la anotación preventiva a la entidad bancaria, tutelaría a esta última de la violación del litisconsorcio pasivo por parte del titular extraregistro y le permitiría activarse para instar sus derechos. Por otra parte el litisconsorcio pasivo necesario permitiría coordinar adecuadamente el proceso que deriva de la demanda de reivindicación del bien y el eventual proceso de ejecución inmobiliaria que quiere instar el banco o su reclamación de daños y perjuicios frente al deudor hipotecario.

IV. Finalmente sería oportuno predisponer la obligatoriedad de la anotación de la demanda; eso prevendría problemas y conflictos incluso entre el efectivo titular y frente a un tercer sujeto que haya adquirido el bien por subasta o que lo haya posteriormente comprado al banco dentro del plazo de los dos años. Un sistema así delineado evitaría todas las problemáticas analizadas, o por lo menos las pararía hasta que no se deline una correcta solución por parte del tribunal evitando que sujetos legitimados a determinados derechos salgan perdiendo aunque hayan actuado con la debida diligencia o precaución. De lo contrario esta situación podría incluso ampliarse peligrosamente, como en los casos en que el título amparado no sea nulo de pleno derecho, sino anulable, aspecto que aquí no se puede tratar.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANES ÁLVAREZ, R. (1993). *La emigración de Asturianos a América*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias).
- BOJSTAD, A., y MENCOS VALDÉS, E. (2004). *Indianos. La Grande Aventura*, Antonio Machado Libros, Madrid.

- CABALLERO ESCRIBANO, C. (1991). La anotación preventiva de la demanda, *AC*, núm. 3, 641-653.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2011). *Superficies solo cedit* un principio (natural) en crisis (económica), *RCDI*, núm. 728, 3063-3104.
- (2012). El automatismo en la accesión inmobiliaria, *RCDI*, núm. 729, 43-109.
- CRUZ MORALES SARO, M. (1987). *Arquitectura de indianos en Asturias*, Consejería de Educación y Deporte, Principado de Asturias.
- DE LA RICA Y ARENAL, R. (1950). Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario, *RCDI*, núm. 269, 625-643.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (1964). Las anotaciones preventivas, *Revista Derecho Notarial*, núm. 44, 7-28.
- FERNÁNDEZ BRANA, M., y LAVONA CAMPO, M. (2008). *Viaje en el tiempo: un recorrido por las casas de indianos en Asturias (libro de fotografías sobre la arquitectura de las casonas de indianos en Asturias)*, Editorial Nuevedoce, Gijón.
- FERNÁNDEZ ROMERO, A. M.^a (1989). *La huella de los indianos en la documentación notarial*, Consejo de Comunidades Asturianas.
- GARRIDO PALMA, V. M. (1969). ¿*Superficies solo cedit*? El principio de accesión y el principio de superficie, *RDN*, 89-164.
- GÓMEZ GÓMEZ, M. (1949). Inscripción declarativa o constitutiva, *RCDI*, núm. 259, 787-793.
- GONZÁLEZ, G. (1927). El principio de legalidad, *RCDI*, núm. 32, 597-609.
- MALUQUER DE MONTES, J. (1992). *Nación e inmigración: los españoles en Cuba (SS XIX y XX)*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias).
- OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (2000). Reflexiones acerca del principio de legalidad, *RCDI*, núm. 657, 481-511.
- RAMOS MÉNDEZ, F. (1980). *La anotación preventiva de demanda*, Bosch, Barcelona.
- ROCA SASTRE, R. M.^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I., y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, tomo I y tomo II, vols. 1 y 2, tomo IV, 9.^a Ed., Bosch, Barcelona.
- RODRÍGUEZ OTERO, L. (2011). *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.^a ed. actualizada y corregida, Bosch.
- SÁNCHEZ CEBRIÁN, J. (2009). Suspensión temporal de la fe pública registral: cómputo del artículo 207 LH, *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo, D 189.
- SERRANO ALONSO, E. (1981). La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 CC, *RDP*, 129-190.
- TORRALBA, SORIANO, V. (2006). La anotación preventiva de demanda: Problemas planteados por su modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, coordinado por Juan Manuel Abril Campoy, María Eulalia Amat Llari, Vol. 2, pp. 2365-2382.
- YÁÑEZ GALLARDO, C. (1994). *La emigración española a América (siglos XIX y XX). Dimensión y características cuantitativas*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias).
- VV.AA, suplemento «ejecución» de la Revista *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2012 contribuciones de M.^a R. BELINCHÓN ROMO, M.^a P. GARCÍA ABURUZA y M. C. JUAN GÓMEZ.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN 28 de marzo de 2005 (*RJ* 2005, 3481)
- RDGNR 11 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 1880)
- RDGRN núm. 2/2007 de 5 de octubre (*RJ* 2007, 6517)
- RDGRN 16 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 1665)
- STS 7 de noviembre de 1935 (*RJ* 1935, 2168)
- STS 15 de febrero de 1947 (*RJ* 1947, 150)
- STS 7 de enero de 1949 (*RJ* 1949, 3)
- STS 11 de abril de 1953 (*RJ* 1953, 1262)
- STS 19 de noviembre de 1956 (*RJ* 1956, 4116)
- STS 2 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960, 3782)
- STS 28 de enero de 1964 (*RJ* 1964, 392)
- STS 25 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 852)
- STS 27 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4759)
- STS 5 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3682)
- STS 24 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 117)
- STS 26 de abril de 1986 (*RJ* 1986, 2004)
- STS 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715)
- STS 14 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5689)
- STS 14 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2046)
- STS 29 de septiembre de 1989 *vid.* (*RJ* 1989, 6385)
- STS 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 6921)
- STS 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196)
- STS 29 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8090)
- STS 22 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 6275)
- STS 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457)
- STS núm. 828/1993, de 2 de septiembre (*RJ* 1993, 6635)
- STS núm. 18/1994, de 31 de enero (*RJ* 1994, 642)
- STS 30 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9124)
- STS núm. 847/1997, de 6 de octubre (*RJ* 1997, 7356)
- STS 27 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6446)
- STS núm. 64/1999, de 5 de febrero (*RJ* 1999, 749)
- STS núm. 896/1999, de 26 de octubre (*RJ* 1999, 8163)
- STS núm. 111/2000, de 15 de febrero (*RJ* 2000, 805)
- STS núm. 129/2000 de 17 de febrero (*RJ* 2000, 806)
- STS núm. 446/2000, de 18 de abril (*RJ* 2000, 2975)
- STS núm. 23/2001, de 15 de enero (*RJ* 2011, 1311)
- STS núm. 532/2002, de 21 de mayo (*RJ* 2002, 4455)
- STS núm. 563/2002, de 7 de junio (*RJ* 2002, 7929)
- STS 4 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9630)

- STS núm. 67/2003, de 7 de febrero (*RJ* 2003, 858)
- STS 2 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 3000)
- STS 18 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 5647)
- STS núm. 1143/2004 de 7 de diciembre (*RJ* 2004, 7872)
- STS núm. 90/2005 de 18 de febrero (*RJ* 2005, 1683)
- STS núm. 43/2006, de 27 de enero (*RJ* 2006, 422)
- STS núm. 747/2007, de 3 de julio (*RJ* 2007, 4676)
- STS núm. 1073/2008, de 13 de noviembre, (*RJ* 2008, 5916)
- STS núm. 5/2010, de 22 de enero (*RJ* 2010, 160)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.^a) 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083)
- STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.^a) 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3491)
- SAP Murcia, 2.^a, núm. 162/2000, de 23 de mayo (*JUR* 2000, 180870) evidencia
- SAP Vizcaya, 4.^a, núm. 291/2001, de 14 de marzo (*JUR* 2001, 284171)
- SAP Lleida, 2.^a, núm. 446/2001, de 15 de octubre (*JUR* 2001, 330667)
- SAP Valencia, 7.^a, núm. 199/2006, de 29 de marzo (*JUR* 2006, 228872)
- SAP Islas Baleares, 5.^a, núm. 482/2004, de 30 de noviembre (*JUR* 2005, 68183)
- SAP Pontevedra, 3.^a, núm. 298/2007, de 6 de julio (*JUR* 2007, 318596)
- SAP Granada, 3.^a, núm. 249/2008, de 30 de mayo (*JUR* 2012, 136231)
- SAP León, 1.^a, núm. 418/2009, de 29 de junio (*AC* 2009, 2196)
- SAP Cáceres, 1.^a, núm. 481/2009, de 4 de noviembre (*AC* 2010, 594)
- SAP Asturias, 1.^a, núm. 63/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 146387)
- SAP Ciudad Real, 2.^a, núm. 50/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 156230)
- Auto Audiencia Provincial de Valencia, 7.^a, núm. 135/2007, de 5 de junio (*JUR* 2007, 259595)
- Auto Audiencia Provincial Granada, 5.^a, núm. 166/2008, de 11 de abril (*JUR* 2008, 332246)
- Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2008 (inédito)
- JPI núm. 1 Piloña de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366).
- JPI núm. 1 Piloña núm. 29/08, de 16 de mayo (inédita).

NOTAS

¹ Llamativo es el *slogan* de la Caixa y de sus servicios inmobiliarios Servihabitat «Ahora, el precio de la vivienda que quieras, lo propones tú». Se comenta incluso por sí misma la otra

campaña de la misma entidad «recomendar un amigo tiene premio», por la cual si llevas un amigo que compra un piso «te regalamos un ipad», en <http://www.servihabitat.com/mgm/es/>, fecha de consultación 10 de septiembre de 2012. En términos generales para una panorámica incluso premonitora del fenómeno se remite por todos a FERNÁNDEZ DURÁN, Ramón, *El tsunami urbanizador español y mundial sobre sus causas y repercusiones devastadoras, y la necesidad de prepararse para el previsible estallido de la burbuja inmobiliaria*, Virus Editorial, Barcelona, 2006.

² BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012 y sucesivas modificaciones.

³ En general *vid.*, vgr. RODRIGUEZ OTERO, L., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.^a Ed. Actualizada y corregida, Bosch, 2011, pp. 367 y sigs., salvas las modificaciones en relación al artículo 298 RH también ROCA SASTRE, R. M.^a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, 9.^a Ed., Bosch, Barcelona, 2008, pp. 247 y sigs.

⁴ Como ejemplo se aporta que el Grupo Bankia acumuló a su cartera 53.123 inmuebles por los impagos: artículo de *El País*, 25 de septiembre de 2012, p. 21.

⁵ Por todos *vid.*, GÓMEZ GÓMEZ, M., *Inscripción declarativa o constitutiva, RCDI*, núm. 259, 1949, 787 y sigs., DE LA RICA Y ARENAL, R., *Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario, RCDI*, núm. 269, 1950, 625 y sigs.

⁶ Por todos esquemáticamente *vid.*, ROCA SASTRE, R. M.^a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. BERNÀ I XIRGO, J., *op. cit.*, Tomo II, vol. 2, pp. 7 y sigs.

⁷ GONZÁLEZ, G., *El principio de legalidad, RCDI*, núm. 32, 1927, 597 y sigs.; OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., *Reflexiones acerca del principio de legalidad, RCDI*, núm. 657, 2000, pp. 481 y sigs., *Visión panorámica reciente vid.*, RODRÍGUEZ OTERO, L., *Elementos de Derecho Hipotecario*, Tomo I, 4.^a ed. actualizada y corregida, Bosch, 2011, pp. 95 y sigs., ROCA SASTRE, R. M.^a ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. BERNÀ I XIRGO, J., *op. cit.*, tomo I, pp. 613 y sigs., y tomo II, vol. 1, pp. 73 y sigs.

⁸ *Ex plurima vid.*, STS de 26 de abril de 1986 (*RJ* 1986, 2004), STS núm. 64/1999, de 5 de febrero (*RJ* 1999, 749), STS núm. 67/2003, de 7 de febrero (*RJ* 2003, 858).

⁹ STS 27 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980, 4759), STS núm. 111/2000, de 15 de febrero (*RJ* 2000, 805).

¹⁰ STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

¹¹ STS núm. 5/2010, de 22 de enero (*RJ* 2010, 160) que fija la doctrina jurisprudencial de la STS núm. 446/2000, de 18 de abril (*RJ* 2000, 2975).

¹² Para una panorámica general *vid.*, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Las anotaciones preventivas, Revista Derecho Notarial*, núm. 44, 1964, 7-28; RAMÓS MÉNDEZ, F., *La anotación preventiva de demanda*, Bosch, Barcelona 1980; CABALLERO ESCRIBANO, C., «La anotación preventiva de la demanda», *AC*, núm. 3, 1991, 641-653, TORRALBA, SORIANO, V., *La anotación preventiva de demanda: Problemas planteados por su modificación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000*, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, coordinado por J. M. Abril Campoy, M. E. Amat Llari, Vol. 2, 2006, pp. 2365-2382.

¹³ El diccionario de la Real Academia Española (cfr. XXII Ed.) identifica «indiano» como la persona «que vuelve rica de América».

¹⁴ Incluso para apreciar los maravillosos fenómenos arquitectónicos, con particular referencia a Asturias vgr. *vid.*, CRUZ MORALES SARO, M., *Arquitectura de indios en Asturias*, Consejería de educación y Deporte, Principado de Asturias, 1987; BOJSTAD, A., MENCOS VALDÉS, E., *Indios. La Grande Aventura*, Antonio Machado Libros, Madrid, 2004; FERNÁNDEZ BRANA, M., LAVONA CAMPO, M., *Viaje en el tiempo: un recorrido por las casas de indios en Asturias (libro de fotografías sobre la arquitectura de las casonas de indios en Asturias)*, Editorial Nuevedoce, Gijón, 2008.

¹⁵ Por lo que respecta a Asturias en concreto *vid.*, ANES ÁLVAREZ, R., *La emigración de Asturianos a América*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias), 1993, pp. 91 y sigs. Por un estudio profundizado del fenómeno anterior a la gran emigración asturiana y que incluye el periodo 1750-1850, *vid.*, en FERNÁNDEZ ROMERO,

A. M.^a, *La huella de los indianos en la documentación notarial*, Consejo de Comunidades Asturianas, 1989.

¹⁶ Un importante estudio monográfico sobre la emigración asturiana, analizando los datos del Instituto Geográfico y Estadístico, muestra que, entre el periodo 1884 a 1985, es justo a inicio de siglo —entre los años 1905 y 1913— cuando el porcentaje de emigración asturiana a América toca su cumbre (como ejemplo: 1884, 1869 emigrados, 1912 15.808 emigrados, 1985 69 emigrados): cfr. ANES ÁLVAREZ, R., *op. cit.*, p. 32.

¹⁷ *Vid.*, SAP Asturias, 1.^a, núm. 63/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 146387) que confirma, JPI núm. 1 Piloña de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366). Las sentencias en su contenido confirman la JPI núm. 1 Piloña núm. 29/08, de 16 de mayo (inédita) que el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2008 (inédito) —estimando el recurso del demandado— haya formulado al Juzgado de primera instancia considerando que se debía llamar en juicio por parte del demandante también el banco puesto que por los intereses en juego se trata de un litisconsorcio pasivo necesario.

¹⁸ En caso de emigrantes asturianos los destinos esencialmente son Uruguay, México, Argentina y Cuba. Estas últimas dos, Cuba y Argentina, son netamente los preferidos sumando entre ellos, para el periodo de 1886 a 1930, casi siempre más del 90% de los emigrantes *vid.*, ANES ÁLVAREZ, R., *op. cit.*, p. 119. Sobre los emigrantes españoles me remito a *vid.*, MALUQUER DE MONTES, J., *Nación e inmigración: los españoles en Cuba (SS. XIX y XX)*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias), 1992. Por ejemplo piénsese que en Cuba en el año 1907 el porcentaje de inmigrantes españoles en la población empleada era del 19,7%: *op. ult. cit.*, p. 166. Para una visión más general y detallada también *Vid.*, YÁÑEZ GALLARDO, C., *La emigración española a América (siglos XIX y XX). Dimensión y características cuantitativas*, Editorial Júcar, Fundación Archivos de Indianos, Columbres (Asturias), 1994.

¹⁹ Piénsese aún más justo hace unos pocos años, en la época del «boom» inmobiliario, en el que las fincas o los inmuebles asumen valores desproporcionados.

²⁰ La construcción fraudulenta del título no solamente puede constituirse mediante la forma del legado de herencia. Se podría constituir incluso alegando que el legado se ha concedido por acuerdo unánime por la totalidad de los titulares de las cuotas hereditarias. La enajenación de la cosa común exige el consentimiento de todos los titulares, por lo tanto, no se puede transmitir el dominio de la cosa común sin haber acreditado la existencia del pacto entre todos los coherederos [cfr. arts. 348, 397, 399 CC en relación con los artículos 1051 y 1068 CC, *Vid.*, vgr. STS de 27 de julio de 1998 (*RJ* 1998, 6446) que extiende a la comunidad hereditaria el artículo 397 CC]. Así que por unanimidad *nemine discrepante* puede también repartirse la herencia prescindiendo incluso de las disposiciones testamentarias, creando una situación jurídica de plena validez y eficacia [cfr. STS de 7 de noviembre de 1935 (*RJ* 1935, 2168), STS de 7 de enero de 1949 (*RJ* 1949, 3), STS de 28 de enero de 1964 (*RJ* 1964, 392), STS de 25 de febrero de 1966 (*RJ* 1966, 852), STS de 29 de octubre de 1992 (*RJ* 1992, 8090), STS núm. 18/1994, de 31 de enero (*RJ* 1994, 642)]. Se permite que todos los coherederos encuentren un acuerdo para enajenar con plena validez y eficacia un acto de disposición o de otra índole sobre los bienes que les pertenecen desde que sobrevino el fallecimiento de su causante [cfr. STS de 15 de febrero de 1947 (*RJ* 1947, 150), STS de 19 de noviembre de 1956 (*RJ* 1956, 4116)], sin embargo en este caso a pesar de que pueda fácilmente obviar a evitar las peligrosas pruebas testificales de personas ya difuntas, la creación de este documento fraudulento peligrosamente iría en contra a aspectos inclusos penales en la falsificación de la documentación. Se deniega la inscripción al amparo del artículo 205 LH en caso de título adquirido por herencia en RDGRN núm. 2/2007 de 5 de octubre (*RJ* 2007, 6517); se admite en RDGRN de 28 de marzo 2005 (*RJ* 2005, 3481).

²¹ Efectivamente solo con afirmar que se legan «las fincas que a la testadora le correspondan por herencia de sus padres» permite crear este requisito aunque la cuota hereditaria deberá todavía establecerse en concreto dado que la herencia todavía está indivisa.

²² Efectivamente cualquiera de los perjudicados puede instar la ineficacia del contrato en beneficio de los comuneros: *Vid.*, STS núm. 129/2000 de 17 de febrero (*RJ* 2000, 806), STS núm. 847/1997, de 6 de octubre (*RJ* 1997, 7356).

²³ Sobre procedencia de la declarativa y la legitimación registral en relación con el artículo 205 LH, *vid.*, STS de 14 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2046), STS de 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1989, 2046).

²⁴ Se permitiría en este caso una acumulación de acciones a tenor de los artículos 71 y 72 LEC puesto que existe una única finalidad común, la restituir a la masa hereditaria un bien ilegítimamente sustraído.

²⁵ *Vid.*, también artículo 17.1 de la Ley del Notariado y artículos 233, 238 y 246 del Reglamento.

²⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.^a) de 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3491). Concretamente el Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España impugnó esta pretendida reglamentación dado que: a) «un reglamento notarial no puede regular materias registrales» b) «se contradice el artículo 205 LH al duplicar el requisitos de los edictos, cuando la inmatriculación y publicación de edictos es competencia exclusiva del Registrado». c) Además el artículo 210 RN «es contrario al artículo 298 RH, que prevé el acta de notoriedad complementaria como simultánea o posterior al título público y no solo posterior a él».

²⁷ Sobre el principio *superficies solo cedit* *Vid.*, *vgr.* GARRIDO PALMA, V. M., *¿Superficies solo cedit?* El principio de accesión y el principio de superficie *RDN*, 1969, 89 y sigs.; y más recientemente CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Superficies solo cedit* un principio (natural) en crisis (económica) *RCDI*, núm. 728, 2011, 3063 y sigs.; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., El automatismo en la accesión inmobiliaria *RCDI*, núm. 729, 2012, 43 y sigs.

²⁸ Esto se da en el caso concreto que he traído como ejemplo. Los compradores escrituran por 3000 euros frente a los 77.022 como indica el informe de valoración de conocimiento y valor de mercado. [SAP Asturias, 1.^a, núm. 63/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 146387), JPI núm. 1 Piloña 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366), JPI núm. 1 Piloña núm. 29/08, de 16 de mayo (inédita)].

²⁹ STS de 2 de diciembre de 1960 (*RJ* 1960, 3782), STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715), STS de 22 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 6275), STS núm. 896/1999, de 26 de octubre (*RJ* 1999, 8163).

³⁰ STS de 22 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 6275) apoyada por SAP Ciudad Real, 2.^a, núm. 50/2010, de 17 de febrero (*JUR* 2010, 156230); Auto Audiencia Provincial Granada, 5.^a, núm. 166/2008, de 11 de abril (*JUR* 2008, 332246); SAP Islas Baleares, 5.^a, núm. 482/2004, de 30 de noviembre (*JUR* 2005, 68183), SAP Vizcaya, 4.^a, núm. 291/2001, de 14 de marzo (*JUR* 2001, 284171). Definen expresamente como potestativo el derecho del propietario a tenor del artículo 361 CC también STS de 24 enero de 1986 (1986, 117), STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715). En relación con el artículo 361 CC y la mala fe del dueño del suelo es útil reniviar a SERRANO ALONSO, E., La accesión de bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 CC *RDP*, 1981, pp. 129 y sigs.

³¹ *Ex plurima* SSTS de 4 de abril de 1905, 26 de enero de 1906, 30 de enero de 1909, 18 de noviembre de 1918, STS de 11 de abril de 1953 (*RJ* 1953, 1262); STS de 30 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9124), STS núm. 129/2000 de 17 de febrero (*RJ* 2000, 806) y sentencias que citan.

³² *Ex plurima* STS de 14 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 6921), STS núm. 18/1994, de 31 de enero (*RJ* 1994, 642), STS núm. 847/1997, de 6 de octubre (*RJ* 1997, 7356).

³³ Aportando un caso en que la presentación de la demanda se realiza fuera del plazo se cita STS núm. 1073/2008, de 13 de noviembre, (*RJ* 2008, 5916) que resuelve la SAP León, 1.^a, núm. 418/2009, de 29 de junio (AC 2009, 2196). El caso es muy interesante a pesar de que en este no se solicita la anotación preventiva de la demanda. En este supuesto la hipoteca se inscribió dentro de los dos años y el tribunal estima que se consolida la posición del tercer hipotecario al no haberse dirigido la demanda contra él dentro del plazo de dos años. Pero, se repite el supuesto de hecho es totalmente diferente a los que aquí se analizan. Sobre un supuesto que se decreta la nulidad del procedimiento fraudulento de inmatriculación por la

vía del artículo 205 LH, pero no interviene contextualmente la hipoteca *Vid.*, SAP Granada, 3.^a, núm. 249/2008, de 30 de mayo (*JUR* 2012, 136231).

³⁴ Muy bajas son las posibilidades, en este caso que la hipoteca sí se haya constituido en el periodo anterior a la presentación de la demanda del efectivo titular extra registral y la inscripción efectiva en el registro de la anotación de la demanda esto por un lado porque la entidad bancaria suele inscribir la hipoteca en el plazo más corto y por otro porque la medida cautelar debe hacerse junto a la presentación de la demanda y no en una fase posterior del proceso (cfr. artículo 721 y sigs., en particular arts. 723.1 y 730.1 LEC).

³⁵ Esto se deduce del hecho de que el último epígrafe del artículo 298.4 RH a la hora de hablar de este aspecto diferencia entre «podrán» (en referencia a los posibles titulares del derecho sobre la finca) y «deberá» (en relación a la concesión de la anotación por parte del juez). Ahora bien la anotación preventiva se podría denegar por realizar una petición formulada sin claridad: Auto Audiencia Provincial de Valencia, 7.^a, núm. 135/2007, de 5 de junio (*JUR* 2007, 259595).

³⁶ Digo prácticamente, dado que es difícil medir su efectiva aplicación. Al ser una disposición «negativa» si el registrador se negara a inscribir dicha hipoteca y el sujeto perjudicado no recurriera, la aplicación de la norma se verificaría pero sin poderse dejar rastro en ninguna resolución o sentencia.

³⁷ Artículo 4.2 RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero. Esta disposición esencialmente retoma el artículo 25.2 Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

³⁸ El legislador en la reforma del 2009 se preocupa en cambio de operar otro tipo de mejoras estilísticas del todo inútiles como la sustitución de «La inscripción de la finca hipotecada habrá de estar vigente», con el término «deberá estar vigente».

³⁹ La jurisprudencia es unánime en establecer que «la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino además por incompatibles» *Vid.*, STS núm. 43/2006, de 27 de enero (*RJ* 2006, 422), STS de 2 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 3000), STS de 18 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 5647), STS de 4 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9630).

⁴⁰ Es esta la solución adoptada por el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2008 (inédito).

⁴¹ STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

⁴² STS núm. 5/2010, de 22 de enero (*RJ* 2010, 160), STS núm. 23/2001, de 15 de enero (*RJ* 2011, 1311), STS núm. 23/2001, de 15 de enero (*RJ* 2011, 1311), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

⁴³ STS, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6.^a) de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083).

⁴⁴ Posteriormente a la reforma operada sobre el artículo 298 RH, se eliminaba el plazo de los tres meses dentro del cual necesariamente debía constarse a pena de cancelación dicha publicación. La versión del artículo 298 RH, anterior al RD 1867/98, de 4 de septiembre, preveía que «si no se preparara el edicto en el Registro dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inscripción se cancelará de oficio por nota marginal» [sobre un caso de cancelación en relación a esta normativa *vgr.* SAP Cáceres, 1.^a, núm. 481/2009, de 4 de noviembre (AC 2010, 594)]. La redacción del artículo 298.4 RH a tenor del RD 1867/1998 otorgaba

indudablemente una mayor seguridad del tráfico jurídico tutelando más el efectivo propietario registral dado que aplazaba el *dies a quo* hasta que no conste efectivamente en el registro la publicación de los edictos. Por ello la finalidad de la publicación de los edictos no es solamente la de «notificar a todos los que pudieran estar interesados» el conocimiento de la inscripción *ex artículo 205 LH*, sino de aplazar el *dies a quo* de la inscripción primaria a la efectiva constancia registral de la publicación de los edictos.

Computan el plazo desde la publicación de los edictos *vgr.* JPI núm. 1 Piloña de 17 de junio de 2009 (*JUR* 2010, 200366), SAP Lleida, 2.^a, núm. 446/2001, de 15 de octubre (*JUR* 2001, 330667). Con referencia al plazo *ex artículo 207 LH* en relación a la adquisición *ex artículo 34 LH*: *Vid.*, SÁNCHEZ CEBRÍAN, J., Suspensión temporal de la fe pública registral: cómputo del artículo 207 LH, *Diario La Ley*, núm. 7182, 26 de mayo de 2009, D 189.

⁴⁵ STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

⁴⁶ En este sentido la SAP Murcia, 2.^a, núm. 162/2000, de 23 de mayo (*JUR* 2000, 180870) evidencia que a un aspecto positivo que es la «creencia de que la persona de quien recibió la finca de que se trate era dueña de ella y se podía trasmisitir el dominio», debe añadirse un aspecto negativo «el desconocimiento de los vicios invalidatorios que pudieran afectar a la titularidad del transmitente».

⁴⁷ STS de 14 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5689), STS núm. 1143/2004 de 7 de diciembre (*RJ* 2004, 7872), STS núm. 90/2005, de 18 de febrero (*RJ* 2005, 1683) confirmado por SAP Valencia, 7.^a, núm. 199/2006, de 29 de marzo (*JUR* 2006, 228872), SAP Pontevedra, 3.^a, núm. 298/2007, de 6 de julio (*JUR* 2007, 318596) que estiman que no se actúa de buena fe cuando se desconoce lo que con la exigible diligencia normal o adecuada al caso se debería haber conocido. Sobre la falta de buena fe *vid.*, *vgr.* STS de 5 de julio de 1985 (*RJ* 1985, 3682). Ahora bien esta situación poco se concilia con la orientación de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la cual «las simples sospechas acerca de la realidad del negocio jurídico incorporado al documento fehaciente que acredita la adquisición anterior del ahora transmitente no pueden ni deben bastar para suspender la inscripción» a efectos del art 205 LH como afirman *vgr.* la RDGRN de 11 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 1880), la RDGRN núm. 2/2007 de 5 de octubre (*RJ* 2007, 6517) y la RDGRN de 16 de noviembre de 2009 (*RJ* 2010, 1665).

⁴⁸ STS de 4 de octubre de 1993 (*RJ* 1993, 7457), STS de 21 de enero de 1992 (*RJ* 1992, 196).

⁴⁹ Por el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* el juez no solo debe estimar incoado un proceso sustantivo y decidirlo en los términos planteados, sino se obliga también a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso tanto al inicio como a su resolución por el Juez, STS de 29 de septiembre de 1989 *vid.* (*RJ* 1989, 6385), en el mismo sentido *vgr.* STS núm. 532/2002, de 21 de mayo (*RJ* 2002, 4455), STS núm. 563/2002 de 7 de junio (*RJ* 2002, 7929). Ahora bien aunque pueden tomarse en consideración hechos posteriores cuando despliegan una eficacia complementaria o interpretativa para la integración del objeto del proceso [STS núm. 747/2007, de 3 de julio (*RJ* 2007, 4676)] no pueden alterarse los hechos fundamentales [STS núm. 828/1993, de 2 de septiembre (*RJ* 1993, 6635)]. Por todo ello el eventual procedimiento de ejecución hipotecaria no presente al momento de la presentación de la demanda dejaría plantear dudas.

⁵⁰ Este eventual problema pude darse en los dos casos analizados hasta ahora, en cambio no se daría en el caso que se analiza en el siguiente epígrafe dado que todas las demás inscripciones constan como posteriores al momento de la anotación de la demanda de reivindicación.

⁵¹ Recuérdese que se están analizando casos en que la anotación preventiva, hipoteca y embargo se inscriben dentro de los dos años, es decir donde encuentra aplicación la posibilidad del recurso a tenor del artículo 298 RH.

(Trabajo recibido el 7-1-2014 y aceptado para su publicación el 20-2-2014)

Sociedades anónimas: ¿Derecho a las ganancias *contra* derecho al dividendo? ¿Derecho a las ganancias *versus* derecho al dividendo?

Public Limited Companies: The Right to Earnings against the Right to Dividends? The Right to Earnings versus the Right to Dividends?

por

LEOPOLDO JOSÉ PORFIRIO CARPIO
Catedrático de Derecho Mercantil
Facultad de Derecho
Universidad de Sevilla

RESUMEN: Prescribe el artículo 93 a) de la Ley de Sociedades de Capital que, en los términos establecidos en esta Ley, y salvo los casos en ella previstos, el accionista tendrá, como mínimo, el derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales. La doctrina mercantilista española diferenció entre un derecho abstracto a los beneficios y otro concreto al dividendo. La práctica ha demostrado que en el seno de las compañías anónimas españolas la relación entre las ganancias y dividendos ha cursado en no pocas ocasiones como una pugna entre las mayorías de gobierno y los grupos minoritarios de titulares de acciones ordinarias (política de reserva de beneficios frente a la del reparto de dividendos). La aparición de las acciones sin voto y de las

privilegiadas alteró los presupuestos básicos de los anteriores referidos derechos, ya que estas, con algunas matizaciones, tienen reconocido legalmente un derecho concreto al dividendo, del que carecen las ordinarias. De otra parte, el artículo 348 bis —actualmente suspendido en su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014— de la Ley de Sociedades de Capital, a juicio de un sector doctrinal, reconocería también a los accionistas ordinarios un determinado derecho al dividendo.

ABSTRACT: Under article 93 a) of the Corporate Enterprises Act, shareholders have at least the right to participate in the distribution of corporate profits. The Spanish mercantilist doctrine distinguished between an abstract right to benefits and other specific dividends. Practice has shown that in Spanish stock companies, common shareholders have often seen the relationship between profits and dividends as a struggle between governing majorities and minorities (reservation policy benefits against that of the dividend). The emergence of non-voting shares and privileged shares alter the basic assumptions of the above-mentioned rights, as these, with some qualifications, have a legally enforceable right to a particular dividend, which lack ordinary shares. Furthermore, the currently suspended article 348 bis of the Corporations Act, which was valid until December 31, 2014, also recognized ordinary shareholders' certain right to the dividend.

PALABRAS CLAVE: Sociedades anónimas. Derecho al dividendo

KEY WORDS: *Public limited companies. Earnings and dividends. Common shares. Preferred shares.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. NUDO. 1. LEY DE 17 DE JULIO DE 1951 SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. A. *Ideas generales. B. Análisis de jurisprudencia. C. Recapitulación. D. Conclusión.* 2. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1990 Y LAS LEYES 37 Y 50 DE 1998. A. *Preliminar. B. Acciones sin voto. C. Acciones privilegiadas. D. Acciones sin voto, acciones privilegiadas y acceso a Bolsa. E. Colisión de dividendos preferentes. F. Epílogo.* 3. EL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y EL PRETENDIDO DERECHO AL DIVIDENDO. A. *Planteamiento. B. Derecho transitorio. C. El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.* a. Contenido. b. Alcance. c. Interpretación.—III. DESENLACE.—IV. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADAS —Y EN SU CASO— CITADAS.

«Pessima republica, plurimae leges» (Tácito)

I. PLANTEAMIENTO¹

«(...) Y si es justo reconocer que a causa del ambiente de honestidad en que generalmente se desenvuelve la vida de los negocios en España, esta insólita libertad de que gozaron hasta hoy los fundadores y las mayoría de accionistas no ha producido graves escándalos, tampoco sería justo ni razonable empeñarse en mantener, frente al Derecho Universal de la sociedad por acciones, un régimen de excepción que solo puede producir frutos de inseguridad y de incertidumbre en las relaciones jurídicas nacidas en torno a este tipo de sociedad»².

Estas solemnes palabras, y la idea *honestidad* en ellas contenida, no impidieron que fuera práctica común por parte de algunas sociedades anónimas españolas la no distribución de beneficios en forma de dividendo a sus socios, probablemente ello debido a la inexistencia en el Código de Comercio³ —en adelante, CCom— de una disciplina reguladora del derecho a las ganancias y del derecho al dividendo.

Es bien sabido que «(...) se intenta, desde el CCom de 1885, el milagro de ordenar la sociedad anónima con solo un puñado de artículos, regidos en su mayoría por el principio dispositivo que antepone la voluntad de los interesados al mandato de la ley (...). Pero nuestro CCom, a fuerza de querer ser liberal, terminó siendo inhibicionista, juzgando suficiente diecinueve artículos para regular la complejísima materia de la sociedad anónima (arts. 151-169) (...)»⁴.

Ciertamente en estos preceptos no se disciplinaba el derecho a participar en el reparto a las ganancias sociales, ni menos aún el derecho al dividendo correspondiente a los accionistas de las compañías por acciones. Su ordenación y reglamentación habría que buscarla, de forma tácita, en las escrituras sociales de la sociedad, más concretamente en el párrafo duodécimo del artículo 151 del CCom, a cuyo tenor: «*Se podrá además consignar en la escritura todos los pactos lícitos y condiciones especiales que los socios juzguen conveniente establecer*». Y dentro de uno de esos pactos, podría incluirse la disciplina de la distribución de los beneficios. Ese carácter inhibicionista tuvo su máximo ejemplo en la posibilidad reconocida a las compañías anónimas existentes con anterioridad a la publicación del Código de 1885. Dichas compañías, al amparo del artículo 159, que (...) *vinieren rigiéndose por sus reglamentos y estatutos, podrán elegir entre continuar observándolos o someterse a las prescripciones del Código*».

El propósito de este trabajo es analizar si en nuestro Ordenamiento jurídico societario, desde sus primeras normas hasta las últimas, es posible, de alguna manera, compatibilizar las ganancias que la sociedad obtiene en cada ejercicio social con el dividendo que ha de repartir entre sus accionistas o, si por el contrario, ganancias y dividendos están irremediablemente enfrentados.

Quiero terminar el planteamiento de este trabajo haciendo referencia a un extremo que se apreciará en las páginas que siguen y que tiene que ver con la reiterada diversidad de interpretaciones, de disparidad de criterios y de señalados matices que, sobre un mismo asunto, se detecta en algunas de las sentencias que han sido espiadas.

En efecto, un problema que se plantea en la práctica aplicación del Derecho y que, en muchas ocasiones, escapa al entendimiento de los legos —¿solo de ellos?— en la Ciencia Jurídica consiste en las discrepancias de elucidación de los distintos Tribunales de Justicia sobre una misma materia, problema que se ve agravado en un tema como es el del derecho de participación de los socios en el reparto de las ganancias sociales, derecho que, *lato sensu*, ha sido considerado tradicionalmente el más determinante de los configuradores del status jurídico del accionista. En una primera consideración, ciertamente superficial, podría llegar a pensarse que tales discrepancias infringirían el principio de la igualdad de los españoles ante la Ley, atentando, en última instancia, contra la seguridad jurídica⁵.

Esta consideración ha de ser rechazada puesto que es doctrina constitucional que «(...) cuando a pesar de las instituciones procesales destinadas a evitarlas o corregirlas se producen diferencias interpretativas, estas no entrañan, sin embargo, en sí mismas, una quiebra del principio de igualdad ante la ley, pues la norma diversamente interpretada por los distintos Jueces o incluso por un mismo Juez, en diversos momentos, es aplicada, sin embargo, por igual siempre que en tal aplicación no se tomen en consideración diferencias personales a las que la Ley misma no conceda relevancia; (...) y en cuanto ninguna de las interpretaciones divergentes resulte contraria a la Constitución, el problema que la divergencia plantea solo puede ser traído ante el Tribunal Constitucional cuando quién se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la ley pueda ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores y, eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo (...)»⁶».

Roma locuta, causa finita.

II. NUDO

1. LEY DE 17 DE JULIO DE 1951 SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

A) *Ideas generales*

La Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas —LSA de 1951— sí reguló, si bien parcamente, el derecho a participar

en las ganancias sociales. De una lectura reflexiva de sus artículos 39, 50 y 102 a 107, podrían extraerse las siguientes consideraciones⁷:

1.^{a)} El artículo 39 LSA tras 1951, tradicionalmente conocido como el precepto que estatúía la *Carta Magna de los derechos del accionista*, atribuía al socio el derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, pero no el derecho a la percepción de un determinado derecho al dividendo.

2.^{a)} La Junta general era el órgano competente para resolver la distribución de beneficios en forma de dividendo.

3.^{a)} Solo podrían pagarse dividendos a los socios en caso de existencia de beneficios realmente obtenidos o «de reservas expresas de efectivos de libre disposición, siempre que el valor del activo no sea inferior al capital social»⁸.

Bajo la influencia jurídica de la LSA de 1951, y de acuerdo con la jurisprudencia emanada por nuestros Tribunales de Justicia y con la más insigne doctrina mercantilista, era posible distinguir entre el derecho a participar en las ganancias, como derecho corporativo, inconcreto y abstracto, que no hacía nacer por sí a favor del accionista ninguna acción de pago de cantidad, y el derecho al dividendo repartible en un determinado ejercicio económico, derecho que derivado del anterior, sí atribuía al socio un derecho de crédito concreto sobre una parte de los beneficios que, arrojados por el balance, la junta general acordase repartir.

La LSA de 1951, en fin, establecía un criterio elástico en materia de distribución de beneficios a favor de sus accionistas⁹.

Por tanto, el derecho del socio al dividendo acordado venía determinado por el acuerdo de reparto de beneficios que adoptase la junta general y, en tanto que dicho acuerdo no se alcanzase, los socios tendrían un genérico e indefinido derecho a los beneficios pero no, en absoluto, un derecho al dividendo acordado, concreto y preciso. En consecuencia, el acuerdo distributivo de beneficios sociales constitúa el supuesto constitutivo del derecho. Una vez alcanzado el acuerdo de distribución de ganancias en forma de dividendos, el accionista de la sociedad anónima se convertía en un verdadero acreedor societario; disfrutaba de un auténtico derecho frente a la compañía.

Este derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales, *ex artículo* 39 de la LSA de 1951, fue considerado, en fin, como el más importante de los regulados en dicho precepto «por servir directamente a la finalidad lucrativa que persigue todo accionista»¹⁰.

B) Análisis de jurisprudencia

Del escudriñamiento de la jurisprudencia emanada de nuestros Tribunales en los últimos cuarenta años se pueden extraer los siguientes rasgos configuradores,

de un lado, del derecho al reparto de las ganancias y, de otro, del derecho al dividendo¹¹:

1.º) Si bien es correcto el acuerdo de utilizar parte de los beneficios en las reparaciones urgentes e imprescindibles del inmueble que es sede de la Compañía, la cantidad restante no puede ser *sustraída a su normal destino de atender al pago del dividendo* (art. 107 LSA 1951)¹².

2.º) No está permitido a la Junta general contrariar los Estatutos e impedir el reparto del beneficio para constituir un fondo de reserva, además del legal ordenado en el artículo 106 LSA de 1951¹³.

3.º) La LSA de 1951 —art. 107— no concede al accionista derecho a reclamar directamente aquellos dividendos que no han sido acordados por la Junta General, sino solo los acordados por la misma¹⁴.

4.º) El derecho abstracto al dividendo —art. 39 LSA de 1951— se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta; los beneficios no han de asignarse necesariamente y en su totalidad al reparto de dividendos; ninguna circunstancia puede suplir el necesario acuerdo de la Junta General sobre reparto de dividendos a que se refiere el artículo 107 de la LSA de 1951, ni faculta para entender suprido tal acuerdo por la doctrina de los actos propios, dado que ha de adoptarse de forma explícita por el órgano democrático y soberano de la sociedad, cual es la Junta General, reunida con la observancia de las formalidades que marca la propia Ley¹⁵.

5.º) En esta misma línea, se ha considerado que siendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas¹⁶. Por ello, no se llegó adquirir el derecho subjetivo, de crédito, frente a la sociedad anónima, a percibir el dividendo¹⁷.

6.º) El *tránsito del derecho abstracto* al concreto corresponde decidirlo a la Junta, órgano soberano de formación de la voluntad general¹⁸.

7.º) El derecho de beneficios regulado lo es en su fórmula de distribución proporcional al capital desembolsado y en su momento y en su forma de pago¹⁹.

8.º) La disciplina legal del dividendo tiene una escasa producción jurídica; este derecho, pese a su sustancia económica o de interés para los socios, no encuentra luego ninguna regulación *nominatim*²⁰.

9.º) El derecho a participar en las ganancias se configura como un derecho mínimo, mas no como un derecho absoluto de reparto de todos los beneficios, pues, aparte de las reservas legales, se pueden constituir otras de carácter voluntario²¹.

10.º) Privar al socio minoritario, sin causa acreditada alguna, de sus derechos a percibir los beneficios sociales obtenidos y proceder a su retención sistemática,

y una vez probado que nunca se ha repartido dividendos a los socios, se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría²².

11.º) En algunas, si bien escasas, resoluciones judiciales se reconocía el derecho del socio minoritario a recibir un concreto dividendo en contra de la opción societaria de continuar con una política de reserva o atesoramiento de ganancias²³.

Detengámonos brevemente, a los efectos que ahora interesa a este estudio, en la dicotomía *abuso de derecho y política de no reparto de dividendos*. A tal fin, espigaremos dos sentencias: la primera es del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid, de 28 de noviembre de 2013 y la segunda de la Audiencia Provincial de Gerona —Sección 1.^a—, de 21 de marzo de 2013.

1.º) El artículo 204.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital —en adelante, LSC— prescribe que «*Serán impugnables los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*»... El hecho de que no se haga referencia alguna al abuso de derecho en la adopción de los acuerdos por parte de la mayoría del capital social, no empece a que dicho abuso pueda fundamentar el ataque impugnatorio contra aquellos acuerdos.

En tal sentido, recuerda la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid y la STS de 10 de noviembre de 2011 donde se manifiesta que «*La ausencia de expresa referencia al abuso de derecho, sin embargo, no fue obstáculo para que la sentencia 1136/2008, de 10 de diciembre (...), reiterando la de 10 de febrero de 1992, que aplicaba el artículo 67 de la Ley de Sociedades Anónimas (...) de 17 de junio de 1951 (precedente del 115 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (...), hubiera admitido que la lesión de los intereses de la sociedad en beneficio de uno o varios accionistas puede producirse mediante acuerdos sociales adoptados con la intervención de las circunstancias tipificadoras del abuso del derecho. En consecuencia, no cabe descartar el abuso de derecho como causa de impugnación de acuerdos lesivos, sujeta al plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 116.2 de la Ley de Sociedades Anónimas (...) —de hecho, los acuerdos lesivos a los intereses de la sociedad, frecuentemente comportan un abuso por la mayoría de su derecho a decidir, al hacerlo en contra del interés de la sociedad—».*

2.º) Respetando la prescripción contenida en el artículo 7.2 CC²⁴, la Jurisprudencia²⁵ ha establecido los requisitos para la apreciación del abuso de Derecho, a saber:

- a) Ejercicio de un derecho subjetivo externa o aparentemente ejercido en forma legal. Es decir, que se lleve a cabo una determinada actividad

formalmente amparada en un derecho existente, en un título jurídico suficiente que otorgue cobertura a la actuación.

- b) Generación de un daño para un interés legítimo, pero no protegido por una específica prerrogativa jurídica. Se apareja ello al carácter subsidiario de este remedio, y es que en el caso en que el perjudicado esté protegido por una posición legal de exclusiva, se habrá de estar al conflicto de derechos, pero no a la doctrina del abuso de derecho.
- c) El ejercicio formalmente legal del derecho resulte ser antisocial o extralimitado de acuerdo con la normalidad. Pese a aquella cobertura formal del título jurídico que se actúa, la concreta y precisa actuación que se lleva a cabo no pueda resultar amparada por ejercitarse sin su debida finalidad, para la que se concede protección, ya sea por motivos subjetivos de su autor, u objetivos, de las circunstancias de uso.
- d) Subsidiariedad de la construcción. Esta construcción jurídica del abuso de derecho solo operará en caso de que el perjudicado no cuente con otro remedio jurídico expresamente habilitado por el Ordenamiento.

3.º) Como corolario de todo lo anteriormente manifestado, la SJM de Madrid, núm. 8, de 28 de noviembre de 2013 considera que la decisión sistemática de la Junta general de dotar el beneficio obtenido a la constitución o incremento de reservas, frente a la alternativa de reparto de aquellos beneficios a los socios constituye un ejercicio antisocial o anormal del Derecho porque:

- a) Se está en presencia de una sociedad familiar, integrada por socios personas físicas vinculados por estrechas relaciones de parentesco;
- b) la sociedad, además, cumple la finalidad, dentro de la anterior circunstancia, de dar gestión y explotación al patrimonio familiar;
- c) los recursos para su sustento personal son sustancialmente obtenidos por los socios a través de su participación en dichas sociedades, sea por la obtención de dividendos o por la remuneración de los cargos de administración, por sumas en torno a 150.000 euros al año;
- d) se da la especial circunstancia de que no se ostenta cargos de administración, ni se es socio de otras sociedades del grupo en las que sí se reparten dividendos o remuneraciones a sus familiares, de modo que la negativa a repartirlos en la sociedad de la litis supone un estrangulamiento económico precisamente para él, lo que no se da en los otros socios que votan a favor de la dotación de reservas;
- e) la negativa a repartir dividendos en la sociedad es ya reiterada de forma consecutiva y sistemática durante 6 años, pese a la presencia constante de beneficios en todos esos años;
- f) ello ha motivado que la sociedad disponga de una reserva voluntaria superior a la cantidad de 13.000.000 euros, con un incremento cercano al 10% cada año;

- g) esa cantidad de fondo de reserva no responde en modo alguno a necesidades ni actuales ni estratégicas de la sociedad ya que no se ha alegado ni probado que se vaya a afrontar proyecto empresarial o de inversión alguno que justifique la exigencia de destinar todo el resultado del ejercicio de modo sistemático y continuo en el tiempo a reservas voluntarias. Tampoco por la sociedad se ha alegado ni probado contingencia alguna en curso de desarrollo que pueda motivar la necesidad de contar con dicha acumulación de liquidez en detrimento del interés económico de los socios. Todo lo más, se alega por la sociedad que debió prestar una suma aproximada de 1.300.000 euros a otras sociedades del grupo, pero se trata de entidades en las que no participa el socio en cuestión, y sí los demás socios, de suerte que se termina por financiar otras sociedades ajenas a este socio a costa de sacrificar su derecho al dividendo en la sociedad, y
- h) finalmente respecto a la exigencia de que se trata de un remedio subsidiario, el acudir a la doctrina del abuso de derecho, el acuerdo social adoptado en la Junta de la sociedad debe indicarse que no puede ser tachado de ningún vicio de nulidad o anulabilidad formal, por contravención directa de normas legales o previsiones estatutarias, ni de perjudicar el interés social, que justificase un ataque directo por vía del artículo 204 TRLSC, de modo que el análisis de la regularidad material de la práctica de denegación de reparto de dividendo solo puede ser analizada a través de esta vía subsidiaria.

En esta misma línea, la segunda de las sentencias, la de la Audiencia Provincial de Gerona de 21 de marzo de 2013 —Sección 1.^a— considera que para apreciar la concurrencia de un abuso de Derecho se requiere el análisis del concreto acuerdo social adoptado y así, «*Por ello la cuestión debe decidirse en atención a si el acuerdo de la Junta sobre el no reparto de dividendos está justificado a los ojos del derecho o por el contrario constituye un acuerdo puramente arbitrario de quienes integran la mayoría del capital social a espaldas de los socios minoritarios. Pues, como ya dijimos en la sentencia de 23 de septiembre de 2004, es necesario que sea un acuerdo que se venga adoptando de una forma continuada y reiterada en claro abuso de derecho, dejando vacío de contenido el derecho a recibir beneficios*».

La segunda instancia comparte el fallo de la primera en los siguientes términos: «*(...) El Juzgador de instancia analiza minuciosamente la situación económica de la sociedad, tanto, respecto de las cuentas del ejercicio objeto de impugnación, como las cuentas del ejercicio siguiente que fueron aportadas en el acto del juicio. Tal análisis no ha sido impugnado por la recurrente, que en su recurso insiste en el carácter familiar de la sociedad, que en un principio los socios prestaban sus servicios a la sociedad por los que percibían cantidades*

superiores o que ninguno de los socios minoritarios asumían riesgo directo (hecho que en absoluto quedan demostrado, y aunque así fuera, sería lógico, visto el porcentaje que tenían), que dejaron voluntariamente la sociedad o que formaron una nueva, pero ello es insuficiente para decidir no repartir beneficios, pues, el Sr. Rodolfo, como socio partícipe que sigue siendo, tiene derecho a participar en los beneficios, aunque su participación en la sociedad sea mínima y, por lo tanto, aunque mínima, sufre un perjuicio económico, pues contribuyó con un importe a la constitución del capital social y no recibe ningún beneficio».

En suma, en la *litis* resuelta por la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 21 de marzo de 2013, el acuerdo impugnado incurre en abuso de derecho: «*Y de conformidad con tal planteamiento, el acuerdo adoptado y que ahora es objeto de impugnación, debe considerarse incardinable jurídicamente en el denominado abuso de derecho, que como hemos mencionado, constituye el parámetro jurídico, a tenor del cual ha de resolverse el cuestionado conflicto. Ya hemos dicho que hasta que Rodolfo y el otro hermano trabajaban en la sociedad y a través de su salario percibían beneficios, podía estar justificada la no percepción de dividendos, pero finalizada dicha situación tal argumento ya no se sostiene, por lo que deberá justificarse en otras razones. Nunca se han repartido beneficios como así se ha admitido y de la documentación aportada con la demanda respecto a las actas de los ejercicios anteriores, se desprende que los socios minoritarios siempre solicitaron reparto de beneficios, oponiéndose al acuerdo de que se destinan a reservas voluntarias, lo que demuestra su oposición a la actuación del socio mayoritario, siendo indiferente que finalmente no se impugnaran los acuerdos, pues la consecuencia jurídica de la ausencia de impugnación que tiene es que el acuerdo es firme y ya no podrán reclamarse beneficios de ejercicios anteriores, pero la oposición a tales acuerdos es clara y reiterada, y por lo tanto, no estamos ante un acto propio que impida la impugnación de acuerdos posteriores. Por otro lado, ninguna relevancia tiene que no se hayan impugnado la cuentas y la gestión social, acuerdos a los que también se opuso el socio minoritario, no comprendiéndose, ni tampoco lo explica la recurrente que el acuerdo de no distribución de dividendos sea una consecuencia lógica de las cuentas formuladas. Al contrario de tales cuentas se desprende la plena solvencia de la sociedad y el margen evidente que tiene para poder repartir beneficios».*

* * *

¿Por qué se produce esta sistemática y casi constante práctica societaria consistente en la actuación abusiva por la mayoría que no reparte a la minoría dividendo alguno?

Esta no es una pregunta retórica, no pretende serlo. Para contestarla hay que acudir a la Historia. Siempre he pensado que quizá la práctica societaria

española haya orillado, desde hace muchos años, las enseñanzas contenidas en la obra «*Suma de tratos y contratos*» escrita en 1571 por Fray Tomás DE MERCADO²⁶. En cualquier caso, tal vez el olvido fuese, es ineluctable.

En esta obra, su autor, teólogo dominico nacido en Sevilla en 1523, espigaba una serie de prácticas comerciales, societarias y financieras desarrolladas en la Sevilla del siglo XVI —*Puerto de Indias*— con el propósito de advertir, alertar y proclamar su corrección o incorrección conforme a las Leyes de la Moral.

En su Capítulo IX, bajo la rúbrica, «*De las compañías de los mercaderes y de las condiciones que se han de poner para que sean justas*», está escrito²⁷ lo siguiente:

1.º) En todos los actos exteriores del hombre, como cultivar, granjear, deprender, gobernar, y aun comer y vestir, ha menester compañía y favor de otro, o para hacerlos o para continuarlos, especialmente el mercader que trata fuera de la ciudad. Es necesario tener alguna persona de confianza allá. También como el medio, y materia para enriquecer, es el caudal y dinero, que mientras es mayor, se gana más, tener por útil, y cómodo juntar dos o tres caudales, para que haciéndose más grueso el trato, más se interese. Las cuales ambas razones tienen particular lugar, y fuerza en esta ciudad por tener el trato en Indias, tierras tan remotas y distantes. Así es común la gente de gradas armar compañías, y enviar compañeros.

2.º) Por lo cual acordé antes de tratar ventas y compras, tocar las condiciones que se deben poner, y la equidad y justicia, con que se deben hacer, y la verdad que entre ellos se ha de tratar y escribir, y la fidelidad que se ha de guardar y tener²⁸.

3.º) En estas compañías, unas veces ponen todos dineros, y trabajo, otras se reparte e puesto, que unos ponen dineros, otros lo negocian y tratan.

4.º) En la ganancia, una veces ganan por iguales partes, otras por desiguales, el uno dos tercios, el otro uno, y de otros mil modos se varía y diferencia el concierto, tanto que no cae debajo de número, ni ciencia, ni es menester que caiga.

5.º) Lo que en buena filosofía consiste son dos cosas. La primera, que los trabajos humanos, y la solicitud y cuidado del hombre, su industria, ingenio y habilidad en los negocios, el peligro de enfermedad, o de vida a que se pone vale mucho, y se aprecia por dineros. Y tanto más se han de estimar, y apreciar cuanto ellos fueren mayores, y más patentes, o la persona que los pasa de más ser y calidad, mayormente si arriesga la vida por aguas de la mar.

6.º) Lo segundo, la justicia en estos contratos consiste en dos puntos, que todos sabemos en general, y muy raro se aplican bien en particular, conviene a saber, que el principal se exponga a pérdida y ganancia. Dice el derecho contra toda buena ley de compañía, es querer la ganancia y provecho sin peligro de pérdida y daño. Lo contrario, es tan usura paliada que no es puesto, si no lo que está expuesto a este riesgo o peligro. De modo que si uno mete diez mil

ducados y no corre el riesgo, sino en los seis mil, y los otros compañeros toman en sí el riesgo de los cuatro, no es el puesto deste, sino solos los seis. Los otros cuatro fué como prestarlos a la compañía.

7.º) Y va mucho en averiguar cuánto pone cada uno. Porque el segundo juicio donde juega la equidad y justicia de la compañía, es que lleve cada uno de la ganancia o pérdida, según puso sueldo a rata excepto si la compañía fuese tan general, que se tuviesen en todo: en los bienes y en la hacienda que ahora tienen, y en la que esperan tener, que entonces no es necesario se tenga respeto con lo que de presente mete, pues se obliga a poner todo 10 que ganare. A cuya causa aunque ahora sean los puestos desiguales se puede desde el principio poner, que sea la ganancia igual, pues en la obligación que ambos echan sobre si son iguales, que es meter en la compañía, todo lo que hubiere.

8.º) Mas si no es en todo, sino como suelen en parte se ha de tener cuenta, con lo que se pone cada uno a ganar o perder. Y si el principal fuesen veinte mil, quien desta manera puso diez, no ha de ganar la mitad, sino como si metiera solamente seis, pues seis solos expuso. Y no se ha de tener por puesto tan solo el dinero, sino el trabajo y ocupación que se suelen apreciar y estimar. Y si oro es, según dicen lo que oro vale, oro pone quien su solicitud, sudor e industria mete, pues oro vale. Y aún pueden ser tantos y tales, que como dicen claramente las leyes, deba interesar más que el que puso el caudal todo.

9.º) Quien quisiere favorecer a otro, hágalo de tal modo que parezca quererle favorecer, y no buscar su ventaja e interés. Considere los trabajos que ha de pasar, el peligro a que se pone, acuérdese que el otro es hombre semejante a él, háyase con él, como querría que con él se hubiesen, que es una ley, y dictamen natural. Y para que sepa cómo se ha de apreciar, y evaluar todo. Digo que quien pone diez mil ducados, no los pone, como quien los echa en el pozo, sino pone el riesgo de los diez mil, y da materia, con que se puede granjear y tratar. Pone el riesgo, digo, porque los pone en aventura de perder, o ganar, el cual riesgo en una compañía larga vale todo el puesto.

10.º) Especialmente que al tiempo de la partición saca primero su dinero quien lo metió, y después tiene acción a su ganancia: mas quien puso su trabajo, piérdelo totalmente, que no se lo pagan por sí, solo tiene por paga lo que le cabe del multiplicando. Por lo cual el dinero de uno, y el afán del otro, todo se ha de cotejar, y pesar, y si en estima igualaren ganarán por igual. Nuevo en extremo me parece, que les ha de parecer a muchos, el hacer (como he hecho) tanto caso del ingenio, traza, y cuidado del hombre en un trato largo, que lo tenga en más que el caudal. Mas no creo, que me engaño yo, sino los que piensan, que no hay cosa de mayor estima, que la plata.

11.º) Dice Justiniano, todos sabemos, y nadie duda, que pueden dos hacer compañía (aunque el uno solo ponga el dinero, si el otro lo trata y negocia) porque muchas veces la industria, e ingenio de uno aprovecha tanto como la moneda del otro, y a las veces más. Solo el dinero jamás gana, y si solo

alguna vez gana, como en la usura, es contra natura su ganancia, ganancia nefanda, mas solo diligencia gana lícitamente y enriquece muchas veces al hombre.

Quizá en estas reflexiones y enseñanzas de Fray Tomás DE MERCADO pueda vislumbrarse el origen de las prácticas abusivas en algunas sociedades anónimas españolas.

* * *

Constatado y declarado por los Tribunales que se ha producido un abuso de derecho en la actuación de la «mayoría» favorable a la política sistemática de no repartir a la minoría ganancias en forma de dividendo y que, consecuentemente, el acuerdo social en esa línea adoptado podría ser impugnado y declarado nulo por incurrir en dicho abuso de derecho, podríamos plantearnos, como así lo hace nuestra Jurisprudencia, si las sentencias, aparte de declarar la nulidad del acuerdo social adoptado contrario al reparto de dividendos, deberían contener un pronunciamiento integrador de la voluntad social, en el sentido de imponer a la sociedad el reparto de un concreto dividendo.

Al respecto, la Jurisprudencia que he analizado ofrece y utiliza argumentos dispares. De un lado se afirma, más allá de las tesis clásicas²⁹, que en estos supuestos de «manifiesto abuso de derecho» en el proceder de la mayoría, concurren razones suficientes como para estimar que el órgano judicial en el proceso de impugnación habría de integrar la voluntad social. La fundamentación jurídica es la siguiente³⁰:

a) En esta clase de acuerdos, el contenido de la voluntad social es puramente binario, alternativo. Es decir, la Junta solo puede, en cuanto a su decisión sobre la aplicación del resultado positivo del ejercicio, adoptar una de dos soluciones, o dotar reservas o repartir dividendos.

b) No se trata, por tanto, de integrar una voluntad discrecional del órgano social, en asuntos o decisiones cuyo contenido puede ser vario, indeterminado por las normas, y asentado en meros criterios de oportunidad e interés. En cambio, en el caso de la aplicación del resultado positivo del ejercicio, únicamente existen dos opciones posibles, excluyentes la una de la otra en su esencia, no cuantitativamente, como se verá.

c) Así, cuando el proceso de impugnación del acuerdo por el que se decidió la dotación de reservas, con denegación de reparto de dividendos, termina con la anulación del acuerdo, anulación precisamente asentada en un reproche al contenido mismo de la decisión, esto es, en que optarse por la dotación de las reservas se ha vulnerado indebidamente el derecho al dividendo, aquella censura no puede más que llevar a la conclusión de que el único acuerdo que era

ajustado a Derecho era precisamente el contrario, el de reparto de dividendos, al menos en lo conceptual, no en lo cuantitativo.

d) Esa alternativa con un exclusivo doble camino, y ese reproche de contenido al acuerdo efectivamente adoptado, debe llevar a concluir que, en estos casos especiales, puede el proceso impugnatorio terminar en una integración de la voluntad social, sobre el reparto de dividendo, única posibilidad que permite la tutela íntegra *in natura* del derecho del socio.

e) Cuando el artículo 348 bis TRLSC, aún no en vigor a la fecha de esta resolución, permitiese la baja voluntaria del socio ante la negativa a repartir dividendos, no se trataría de la respuesta que imperativamente indica el Ordenamiento a esta situación, sino de una facultad más otorgada a favor del socio, quien puede ejercitárla, o bien puede optar por litigar para la tutela *in natura* de su derecho al dividendo, sin que la solución propuesta en el artículo 348 bis TRLSC suponga una exclusión de tal opción para el socio.

f) Lo dicho hasta aquí permite afirmar que el Juez puede integrar la voluntad social de repartir dividendos, pero dicha voluntad puede y debe ser modulada, ya que cuantitativamente el reparto de dividendos y la dotación de reservas son compatibles, de modo que la sociedad puede destinar un porcentaje del resultado del ejercicio a cada finalidad³¹.

De otro, se declara³² que «*(P)ara concluir y a modo de obiter dicta, dado que el pronunciamiento no ha sido recurrido y esta Sala no aprecia de lo razonado en el recurso motivos para su revocación, pues se incurría en incongruencia, la petición del demandante y la decisión de la sentencia de repartir beneficios no es correcta jurídicamente, pues solo podía pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo, y acordada la misma, sigue siendo competencia de la junta de accionistas el reparto de beneficios, que deberá efectuarse de acuerdo a lo decidido, pero no necesariamente en el cien por cien de todos los beneficios, pues la Junta de accionistas, justificándolo debidamente, puede decidir que el porcentaje a repartir sea inferior y el resto se destine a reservas. Por ello, el pronunciamiento de la sentencia en este aspecto no debió haberse acordado, pero como no ha sido impugnado debidamente, no puede ser modificado».*

Según mi criterio, la distribución de ganancias en forma de dividendos a los socios es, en cualquier caso, una competencia de la junta general que no puede arrogarse por los jueces. En este sentido, y tal como se dirá seguidamente, nuestros Tribunales atienden a la aplicación de la *business judgment rule*.

C) Recapitulación

A la vista de la jurisprudencia escrutada, podemos realizar las siguientes consideraciones:

1.^{a)} Por parte del Tribunal Supremo se exige la concurrencia de un doble requisito para la imposición del reparto de dividendos: que carezca de toda justificación la decisión de no repartir dividendos y que exista una retención sistemática de los beneficios³³.

2.^{a)} El acuerdo de no repartir dividendos, cuando menos en abstracto y aparentemente, no vulnera la LSA, desde el momento en el que la propia norma atribuye a la Junta General la facultad de decidir en tal sentido en el caso de que existan beneficios repartibles —«[l]a junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado»³⁴—.

3.^{a)} La aplicación de beneficios reservas supone la capitalización de la sociedad, por lo que el acuerdo, si no es reiterado, no se percibe como lesivo para los intereses de esta; sin embargo, para el Tribunal Supremo puede ser abusivo un solo acuerdo social de reservar los beneficios y no proceder a su reparto en forma de dividendo a sus socios; en otros términos, la calificación de abusivo de dicho acuerdo social no se hace depender de la aplicación sistemática de no repartir beneficios a los socios vía dividendo³⁵.

4.^{a)} El abuso de derecho —art. 7.2 CC— por parte de la Junta general, cuando reiteradamente adopta acuerdos en contra de la distribución de beneficios a los socios como dividendo y a favor de su atesoramiento, se erige como un límite infranqueable a la libertad de decisión de la Junta General. La Junta deberá actuar velando por el interés social. Más allá de las divergencias palmarias entre las tesis o concepciones contractualistas e institucionalistas para definir qué deba entenderse por actuación en defensa del interés social³⁶, de la jurisprudencia analizada se infiere que no se puede privar, por sistema y sin causa justificadora alguna a la minoría de concurrir a la distribución de ganancias en forma de dividendo³⁷.

5.^{a)} Salvo algunas excepciones³⁸ y siguiendo la doctrina del abuso de derecho, los Tribunales se limitaban a declarar nulo el acuerdo adoptado de no reparto de beneficios a los socios, mas no condenaban a la compañía al pago de un dividendo³⁹.

En última instancia, hay que tener presente que el «*juez no es un órgano fiscalizador 'del desacuerdo económico' de las decisiones empresariales ni un órgano dictaminador de lo que en cada momento haya de resultar conveniente para la sociedad*»⁴⁰. Se quiere afirmar que los Tribunales españoles acogen la aplicación de la *business judgment rule* conforme a la cual los jueces no fiscalizarán ni supervisarán las decisiones empresariales adoptadas por los administradores societarios, siempre y cuando se haya actuado conforme a la diligencia que legalmente es exigible. Ello se «traduce en la práctica en que cualquier justificación mínimamente razonable para el atesoramiento (incluso en casos de dilatados períodos temporales sin repartir dividendos) suele ser suficiente para declarar la validez del acuerdo. El resultado práctico de este planteamiento

doctrinal y jurisprudencial ya ha sido apuntado: es posible impugnar acuerdos contrarios al reparto de dividendos pero no tan fácil que se declare abusivo el acuerdo de atesoramiento»⁴¹.

D) Conclusión

Junto a estos derechos —abstracto a la distribución de ganancias y concreto al dividendo repartible—, ¿era posible y correcto afirmar que el accionista disfrutaba en nuestro ordenamiento societario de un derecho al reparto anual —periódico— de dividendos? La conclusión mayoritariamente aceptada —con todos los matices adecuados y pertinentes que se han realizado— fue que el accionista no tenía reconocido un derecho a que su sociedad, vía junta general, en caso de existencia de beneficios repartibles, acordase forzosa y necesariamente su distribución anual en forma de dividendos. La doctrina de nuestro Tribunal Supremo —y la de las Audiencias Provinciales— analizada confirman lo señalado anteriormente. El socio minoritario, partidario de una política del dividendo, estaba enfrentado en la defensa de sus legítimos intereses con la mayoría de gobierno de la compañía, defensora de una política de incremento y consolidación de reservas. Podríamos decir que el derecho a las ganancias estaba enfrentado, colisionaba, o se encontraba en pugna con el derecho al dividendo: derecho a las ganancias *contra* el derecho al dividendo.

En esa dicotomía ganancias/dividendos el Tribunal Supremo intervino, manifestando que el *derecho a los dividendos se presenta como tránsito del derecho abstracto social a un derecho de crédito a favor del socio cuando se aprueba el reparto en Junta.* (STS de 10 de octubre de 1996); que el *derecho al dividendo es un derecho contingente, condicionado por la existencia de beneficios y porque se produzca el acuerdo válido de distribución que requiere la propuesta de aplicación del resultado de los administradores y la aprobación de la Junta general* (STS de 10 de octubre de 1996) y que, si bien es correcto el acuerdo de utilizar parte de los beneficios en las reparaciones urgentes e imprescindibles, no era factible detraer la cantidad restante a su normal destino de atender al pago del dividendo, pues como tiene resuelto no está permitido a la Junta General contrariar los estatutos e impedir el reparto de beneficio para constituir un fondo de reserva, además del legal». (STS de 30 de octubre de 1971).

Consecuentemente el Tribunal de Casación declaró contrarios a la buena fe y, por tanto, nulos aquellos acuerdos sociales adoptados por la Junta general que, reincidientemente y sin justificación alguna, dedicasen todas las ganancias obtenidas en los sucesivos ejercicios sociales a políticas de atesoramiento, autofinanciación e incrementos de reservas y ello porque, en última instancia, tales acuerdos privaban al accionista de uno, sino el

que más, de sus derechos esenciales, el de participar en el reparto de las ganancias e infringían la finalidad lucrativa típica que todo socio persigue cuando suscribe acciones⁴².

2. LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE 1990 Y LAS LEYES 37 Y 50 DE 1998

A) *Introducción*

Con la publicación del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas⁴³ —LSA de 1990— en vigor desde el 1 de enero de 1990, la configuración del derecho a las ganancias sociales, así como el alcance del derecho al dividendo requirieron nuevas precisiones, puesto que la citada Ley, y sin exigencia alguna por parte del Derecho Comunitario a la sazón vigente, introdujo en España las denominadas acciones sin voto⁴⁴, disciplinadas en los artículos 90-92 del citado Texto Refundido.

A su vez, la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores⁴⁵ matizó, en parte, el régimen jurídico de las acciones sin voto e introdujo importantes modificaciones en el de las acciones privilegiadas⁴⁶.

Con posterioridad, tanto las acciones sin voto cuanto las privilegiadas resultaron parcialmente modificadas en su disciplina jurídica por la vigente LSC. En consecuencia, si nada se especifica en contra, a partir de aquí, nos referiremos al derecho vigente desde el 1 de septiembre de 2010, concretamente a los artículos 98 a 103 (acciones sin voto), 95 (acciones privilegiadas) y 499 (para ambas).

Dos ulteriores consideraciones:

1.^{a)} Será necesario distinguir entre acciones sin voto y acciones privilegiadas puestas en circulación por sociedades cotizadas de aquellas emitidas por compañías que no tienen acceso a Bolsa⁴⁷, puesto que su disciplina jurídica es significativamente diferente según coticen o no.

2.^{a)} Cuando la LSC se refiere a los *beneficios distribuibles* como *conditio sine qua non*, como previo presupuesto habilitador para el pago de dividendos, está exigiendo el cumplimiento de sus artículos 273 y 274⁴⁸. Y así, solo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio —o a reservas de libre disposición— cuando el valor del patrimonio neto sea superior al capital social, hayan sido amortizados los gastos prescritos por la Ley o cubiertos por las reservas disponibles; de igual modo, deberá dotarse una reserva indisponible equivalente al fondo de comercio, destinándose una cifra del beneficio que represente, al menos, un cinco por ciento del importe del antedicho fondo de comercio⁴⁹. Además, lógicamente, se han debido compensar las pérdidas de ejercicios anteriores,

se ha tenido que dotar, en todo caso, la reserva legal con una cifra igual al diez por ciento del beneficio hasta alcanzar, al menos, el veinte por ciento del capital social y, eventualmente, la reserva estatutaria⁵⁰. Junto a ello, la sociedad anónima, antes de proceder a la distribución de beneficios entre los socios, deberá cumplir con las prescripciones contenidas en los artículos 27 y 218 LSC⁵¹.

B) Acciones sin voto

En relación con las acciones sin voto, el artículo 99.1 LSC prescribe que: «*(L)os titulares de (...) acciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales (...)*» y en su apartado 2, que: «*Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo a que se refiere el párrafo anterior*». Ello permite afirmar que los titulares de acciones sin voto tienen reconocido legalmente el derecho, en presencia de ganancias distribuibles, al reparto anual de estas en forma de dividendo mínimo preferente.

Con ello no se pretende aseverar que el accionista sin voto posea, frente a la sociedad, un derecho de crédito que nazca con la simple existencia de ganancias distribuibles, arrojadas según balance; si fuera así el titular de acciones sin voto estaría facultado para ejercitar contra la compañía las acciones comunes a disposición de cualquier acreedor social y ello no es legalmente posible. Expresado en otros términos, el derecho de los accionistas sin voto al reparto anual de ganancias como dividendos no surge automáticamente por el acuerdo de la Junta general aprobatorio del balance, sino que, aun estando la Junta privada de cualquier poder discrecional —*la sociedad está obligada a acordar el reparto* (art. 99.2 LSC)—, es necesario que aquella acuerde la distribución de las ganancias sociales⁵².

Si la sociedad, existiendo beneficios distribuibles, o no acuerda el reparto del dividendo —acuerdo que puede suplirse por resolución judicial— o, en el acuerdo de distribución de ganancias los accionistas sin voto se ven preteridos en su derecho a la percepción de los mismos, dicho acuerdo se reputará nulo, pudiéndose impugnar por ser contrario a la Ley⁵³.

Consecuentemente los titulares de acciones sin voto disfrutan *ope legis*, siempre que existan beneficios distribuibles, de un derecho al dividendo *stricto sensu*, esto es, a que la Junta general obligatoriamente resuelva cada ejercicio social la distribución de los beneficios repartibles vía dividendo⁵⁴.

C) Acciones privilegiadas

Con la publicación de la citada Ley 37/1998, las acciones sin voto dejaron de ser —si se nos permite la expresión— «*las joyas de la Corona*», puesto

que ese *status jurídico* especial tuvo que ser compartido con las privilegiadas a raíz de su regulación contenida en el adicionado apartado 3 al artículo 50 LSA de 1990.

En la actualidad, el artículo 95 LSC, bajo la rúbrica, *Privilegio en el reparto de las ganancias sociales*, prescribe que: «*1. Cuando el privilegio consista en el derecho a obtener un dividendo preferente, las demás (...) acciones no podrán recibir dividendos con cargo a los beneficios mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio. 2. La sociedad, salvo que sus estatutos dispongan otra cosa, estará obligada a acordar el reparto de ese dividendo si existieran beneficios distribuibles (...)*». El privilegio de dichas acciones radicaría en el derecho a obtener un dividendo preferente que la compañía vendría constreñida a distribuir siempre que existiesen beneficios repartibles.

Junto con las acciones sin voto, y bajo la LSC, también las privilegiadas tendrían atribuido legalmente el derecho al reparto anual de ganancias vía dividendo preferente.

D) Acciones sin voto, acciones privilegiadas y acceso a Bolsa

En principio, podría aseverarse que tanto acciones sin voto cuanto acciones privilegiadas disfrutan *ope legis* de un derecho a la distribución anual de beneficios como dividendo preferente —mediando, ganancias distribuibles—, esto es, un derecho al dividendo *stricto sensu*. Empero, dicha aseveración, siendo categórica, ha de ser inmediatamente matizada, por su parcialidad⁵⁵: la configuración jurídica del dividendo preferente de las acciones privilegiadas difiere según se trate de que su sociedad emisora cotice o no.

En efecto, cuando las acciones privilegiadas se emiten por sociedades no cotizadas, sus estatutos pueden conformar su derecho al dividendo preferente de una manera diversa⁵⁶, no estando obligada a acordar el reparto periódico del mismo; en otros términos, estas sociedades pueden no verse compelidas a la distribución periódica de ganancias —en forma de dividendo preferente— a los titulares de acciones privilegiadas, a pesar de la existencia de beneficios a repartir. Todo lo anterior se deduce claramente de la dicción legal del artículo 95.2 LSC: «*La sociedad, salvo que sus estatutos dispongan otra cosa, estará obligada a acordar el reparto de ese dividendo si existieran beneficios distribuibles*»⁵⁷.

Por el contrario, en el supuesto de sociedades anónimas cotizadas, *ex artículo 499.1 —Régimen legal del dividendo preferente— LSC*, «*1. El régimen legal del dividendo preferente de las acciones privilegiadas emitidas por sociedades cotizadas será el establecido para las acciones sin voto en la sección 2.^a del capítulo II del título IV (...)*». Por tanto, las compañías anónimas que coticen y

que sean emisoras de acciones privilegiadas, existiendo beneficios distribuibles, están compelidas, en todo caso, a acordar el reparto del dividendo preferente a los suscriptores de esta clase de acciones. No cabe que, por vía estatutaria, este derecho al dividendo *stricto sensu* pueda ser obviado⁵⁸.

En relación con las acciones sin voto, independientemente del acceso a Bolsa de su sociedad emisora, estas tienen atribuido legalmente el derecho a obtener un dividendo preferente —anual, mínimo— que la sociedad estará obligada a acordar siempre que existan ganancias repartibles (arts. 99 y 499.2LSC)⁵⁹.

E) *Colisión de dividendos preferentes*

Si una sociedad anónima ha emitido acciones sin voto y acciones privilegiadas podría darse el supuesto de que una vez cerrado el ejercicio social, las ganancias repartibles fuesen insuficientes para satisfacer el pago del dividendo preferente correspondiente a las dos clases de acciones. Si ello sucede se produciría una *colisión de dividendos* que es necesario aclarar⁶⁰. A tal fin, resulta ineludible distinguir entre sociedades que hayan accedido al mercado bursátil y las que no lo hayan hecho.

Cuando la sociedad cotice se daría la siguiente situación de *facto*: las acciones sin voto legalmente tendrían derecho a percibir el dividendo preferente establecido en los estatutos⁶¹, mientras que las acciones privilegiadas también disfrutarían *ex lege* de este derecho conforme a la remisión disciplinada en el artículo 499.1 LSC. En tal caso, se produce, como decimos, un *choque* o una *pugna* entre ambos dividendos y, en ningún caso, podría establecerse una prelación entre ellos porque en ambos el reparto se encuentra garantizado *ope legis*, ya que los dos, en caso de beneficios distribuibles, tienen derecho a que su sociedad acuerde obligatoria y necesariamente su reparto vía dividendo preferente⁶². No son, pues, dividendos competitivos; no cabe prelación ni preferencias entre ellos⁶³.

Siendo así, no sería posible acudir a los estatutos sociales para que resolvieran la situación de igualdad entre dividendos preferentes fijando un orden de prelación (distribución). La factible y probable solución pasaría por el reparto proporcional de los beneficios distribuibles entre todas las acciones sin voto y privilegiadas emitidas conforme a su participación en el capital social.

Por el contrario, tratándose de sociedades anónimas no cotizadas, si se diera colisión de dividendos, podría solucionarse *ex statuto*, ya que estos, pueden disponer, para el supuesto de acciones privilegiadas, que la sociedad no se encuentre obligada a acordar el reparto del dividendo preferente aun existiendo beneficios distribuibles⁶⁴ y que, por tanto, se establezca un orden de prelación en el reparto: primeramente el pago del dividendo preferente atribuido legalmente

a las acciones sin voto y, posteriormente, en su caso, el del establecido en los estatutos relativo a las acciones privilegiadas.

F) Epílogo

Para la Exposición de Motivos de la Ley 37/1998 las acciones sin voto y las privilegiadas eran valores «que representan un género intermedio entre la renta variable y la renta fija, y que tienen especial interés como activos que, a la vez que reportan una financiación eficiente, redundan también en un mayor reforzamiento de los recursos propios de la entidad emisora».

Nada habría que objetar a las ideas de financiación y reforzamiento del capital propio, sí en cambio algún matiz discordante ha de realizarse en cuanto a la calificación de tales acciones como un *tertium genus* entre las acciones (renta variable) y las obligaciones (renta fija).

A mi juicio, acciones sin voto y acciones privilegiadas son auténticas y verdaderas acciones en sentido técnico-jurídico, porque siempre participarán del albur societario. Nunca se podrán asimilar, ni siquiera parcialmente, a las obligaciones, puesto que la percepción de sus dividendos se condiciona siempre a la existencia de beneficios distribuibles. Aquello que la LSC *asegura* a los titulares de ambas clases de acciones no es una rentabilidad —fija o variable— en cualquier supuesto, sino, antes al contrario, esa rentabilidad se somete, es obsecuente a una condición de obligado y previo cumplimiento: ganancias repartibles⁶⁵. Sin su existencia, esa rentabilidad desaparece. Por tanto, la presencia de beneficios distribuibles es un *prius* al *aseguramiento* de una rentabilidad.

Según enseña el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Española *tránsito* —en su sexta acepción— es «el paso de un estado o empleo a otro». Pues bien, si, como se ha manifestado, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo el *tránsito* del derecho abstracto a las ganancias a un concreto derecho al dividendo corresponde decidirlo a la junta como órgano soberano de formación de la voluntad general, cuando la compañía pone en circulación acciones sin voto o acciones privilegiadas —emitidas por sociedades cotizadas— ese tránsito es de *paso inexcusable* para la sociedad.

Sirva este breve introito para afirmar que cuando una sociedad ha emitido acciones sin voto y acciones privilegiadas⁶⁶, no existe conflicto alguno entre ganancias y dividendos: si hay beneficios repartibles, la sociedad viene constreñida a realizar ese tránsito: de los beneficios genéricos al dividendo determinado. Por tanto, podría afirmarse, sin duda alguna razonable, el siguiente aforismo: *ganancias sociales versus dividendo*, esto es, ganancias abstractas hacia dividendo concreto.

3. EL ARTÍCULO 348 *bis* DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y EL PRETENDIDO DERECHO AL DIVIDENDO

A) *Planteamiento*

El artículo 1.^º *Dieciocho* de la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas⁶⁷ introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico societario el artículo 348 *bis* LSC, precepto que entró en vigor el día 2 de octubre de 2011.

Posteriormente, y conforme a la Disposición Transitoria de la LSC, introducida por el apartado cuarto del artículo primero de la Ley 1/2012, de 22 de junio, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital⁶⁸: «*Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta Ley*».

Pues bien, la suspensión de la vigencia⁶⁹ del artículo 348 *bis* se inició el día 24 de junio de 2012 y finalizará, en principio, el día 31 de diciembre de 2014. Se ha producido, si se permite la simplicidad de la expresión, un «regreso al futuro», esto es, se ha introducido una *extravagante* disposición transitoria «a posteriori»⁷⁰.

A un precepto, en vigor desde el día 2 de octubre de 2011, se suspende su vigencia desde el día 24 de junio de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014, por mor de una disposición transitoria que se introdujo en la Ley 25/2011, de 1 de agosto por una Ley posterior, Ley 1/2012, de 22 de junio⁷¹.

B) *Derecho transitorio*

Permítaseme una breve digresión y una reflexión crítica a propósito de esta sorprendente actuación de Legislador que tiene que ver con lo que ha de entenderse por «Derecho Transitorio».

Según afirma la STS de 15 de febrero de 1990 el derecho transitorio «(...) *lejos de la distinción entre normas dispositivas y de derecho estricto o excepcional, tiene como único objeto combinar el derecho y situación anterior a la promulgación de la nueva Ley con esta, sin atenerse a criterios fijos, sentando normas que eviten la irregularidad jurídica que podría causarse de no establecerse normas transitorias, y estas normas han de ser interpretadas conforme a los principios de literalidad y lógica de los textos*

En esta misma línea se ha considerado que⁷² las normas de transición o normas de Derecho transitorio «*tratan de resolver el difícil y delicado problema*

que plantea la sustitución de una ley anterior por otra posterior, consistente en decidir por cuál de las dos legislaciones, la antigua o la nueva, han de regularse los actos y las situaciones realizadas o nacidas bajo el imperio de la antigua ley subsistentes al entrar en vigor la nueva. Son normas de carácter formal, en cuanto que no regulan ellas mismas, de una manera directa, la realidad jurídica, sino que son normas de colisión que tratan de resolver los conflictos intertemporales. Son, por consiguiente, normas de remisión a otras normas. Esto es, normas indicativas de las normas que deben ser aplicables».

Es evidente que nuestro Legislador, al menos el societario, no ha tenido en la debida consideración la trascrita doctrina jurisprudencial y se ha «inventado» una nueva forma de aplicar, en cuanto a su alcance, el Derecho Transitorio⁷³.

B) El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital

a) Contenido

El artículo 348 bis LSC, bajo la rúbrica, «*Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos*», ha merecido la atención de la doctrina de una manera ya ciertamente profusa y con un contenido llamativamente dispar⁷⁴. Su dicción legal es la que sigue:

«1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas».

El precepto ha sido calificado por la doctrina con llamativos epítetos; se ha señalado, por ejemplo, que estamos en presencia de un artículo flamante y absurdo⁷⁵ y enigmático⁷⁶.

Una inicial precisión y una declaración de intenciones deben ser realizadas: la precisión tiene que ver con la dicción legal del apartado 3 del artículo: se disciplina que este precepto no será aplicable a las sociedades cotizadas. La incoherencia del Legislador es palmaria ya que la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de capital, incorpora en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2007/36/CE del Parlamento y del Consejo,

de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, precisamente de sociedades cotizadas en relación con las cuales no resulta de aplicación lo estatuido en el artículo 348 *bis* LSC.

Y la declaración de intenciones: por lo que a este trabajo interesa, solo se reflexionará e incidirá en relación con la dicotomía entre reparto de ganancias/ percepción de dividendos, junto con el nacimiento de un hipotético derecho a un dividendo concreto, dejando al margen, para mejor ocasión, el estudio profundo y el análisis reflexivo del ejercicio del derecho de separación en caso de falta distribución de dividendos, ejercicio que requiere la concurrencia de cuatro condiciones⁷⁷: transcurso de cinco ejercicios sociales contados a partir de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, voto del socio a favor de la distribución de los beneficios sociales, no adopción por parte de la junta general de un acuerdo de reparto de dividendos de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, siempre que sean legalmente repartibles y, finalmente, carencia de reparto injustificada.

Ello no obstante, pienso que sí podría ser interesante reseñar dos sentencias —las dos únicas que, salvo error u omisión, conozco— que han resuelto sendas *litis* sobre la aplicación del artículo 348 *bis* LSC. Dichos pronunciamientos jurisprudenciales son la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona de 21 de junio de 2013 y la del núm. 9 de la misma ciudad de 25 de noviembre de 2013.

Un resumen comentado de la segunda de ellas —puesto que los fundamentos jurídicos de la primera están en ella incluidos— podría ser el siguiente:

1.º) El primer requisito para la aplicación del artículo 348 *bis* LSC es que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. En este sentido *«Será necesario que hayan transcurrido cinco ejercicios a partir de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. Afectará a todas las sociedades capitalistas no cotizadas ya estuvieran constituidas a la entrada en vigor del precepto ya sean nuevas, según podemos deducir de la literalidad del precepto y de la ausencia de disposiciones transitorias. La duda de este requisito surge de la expresión «a partir del quinto ejercicio». Entiendo que la citada locución incluye el quinto ejercicio y se refiere en concreto a los resultados del quinto ejercicio (la decisión de su distribución se deberá adoptar en el sexto ejercicio), según se desprende de su interpretación gramatical»*.

2.º) El segundo que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos. Se trata de una *«norma especial más restrictiva que la prevista como regla general en el artículo 346 LSC (...), por lo que únicamente estarán legitimados para ejercitarse la decisión unilateral de separación por falta de distribución de dividendos los socios que hubieran votado a favor de la distribución de estos o, en su caso, los que hubieran votado en contra de la*

retención, pues el sentido del voto cambiará según esté redactado el punto del orden del día. En el caso de que los administradores no incluyan en el orden del día la distribución de beneficios, sino que recojan el punto de que los beneficios repartibles sean destinados a reservas, será necesario que el socio que quiera ejercitar el artículo 348 bis haya votado en contra del destino a reservas, dejando constancia en el acta de dicha voluntad disidente.

Deberán estar también legitimados los socios que hayan sido privados ilegítimamente del derecho de voto. Sin embargo, deberán considerarse no legitimados aquellos socios que no asistieron a la Junta General que adoptó el acuerdo en cuestión, los socios morosos en el pago de los desembolsos pendientes, los socios que se abstuvieron en la votación, los socios que votaron en blanco y los titulares de participaciones sociales o acciones sin voto [teniendo en cuenta, para este último supuesto, los artículos 99.3 (...) y 100.2 LSC (...)]».

3.º) El tercer requisito es que la junta general no acuerde un reparto de dividendos de al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior.

A la hora de interpretar la expresión «*beneficios propios de la explotación del objeto social*» coincido plenamente con la fundamentación de la sentencia cuando se asevera que el «*(...) El legislador expresamente ha querido excluir de los dividendos repartibles las plusvalías derivadas de la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo y relacionar el artículo 348 bis con el artículo 128.1 ambos LSC (...). Este último precepto se refiere al usufructo de acciones y participaciones y excluye, según la doctrina científica, los beneficios extraordinarios o atípicos.*

Entiendo, por tanto, que la indicada expresión se refiere a la actividad ordinaria de la sociedad y que excluye, entre otros supuestos, los beneficios extraordinarios y las plusvalías susceptibles de ser reflejadas en la contabilidad (...), y

4.º) que los beneficios sean legalmente repartibles. En este sentido, se «*(...) podrán no repartir beneficios cuando se justifique en una limitación legal, como por ejemplo, en la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o estatutarias.*

El reparto de dividendos debe producirse en el momento en que la empresa ha hecho frente a todos sus gastos financieros y ha satisfecho los impuestos (...).

Finalmente, un tema, a mi juicio fundamental, es el relativo a si la suspensión del artículo 348 bis LSC afecta tanto a las declaraciones de separación realizadas después de la entrada en vigor de dicha suspensión cuanto a aquellos procedimientos de separación que, al amparo de dicho precepto, estuviesen ya en curso en el momento de su entrada en vigor.

La sentencia comentada declara lo siguiente al respecto: «(...) *El artículo 348 bis estuvo vigente desde el día 2 de octubre de 2011 hasta el día 23 de junio de 2012, quedando suspendido por Ley 1/2012, la cual se limita a suspender la aplicación del mismo, sin decir ni expresa ni tácitamente que queden suspendidos los procedimientos de separación que estuviesen en curso en el momento de su entrada en vigor.*

*Por tanto, en base a lo expuesto podemos concluir que aquellas solicitudes que pidan la separación de los socios en base al artículo 348 bis LSC (...) que se emitieran cuando dicho precepto estaba vigente tienen eficacia y deben continuar su tramitación sin que queden suspendidas por la disposición transitoria incorporada a la LSC (...) por la Ley 1/201, pues lo contrario podría suponer una vulneración de diversos principios constitucionales como el de seguridad jurídica (...)*⁷⁸.

b) Alcance

La doctrina ha venido manteniendo que, tras la entrada en vigor del artículo 348 bis LSC el día 2 de octubre de 2011 y hasta la suspensión de su vigencia el día 24 de junio, se reconoce a los socios de las sociedades capitalistas españolas un verdadero derecho a la percepción de un concreto dividendo⁷⁹, un «tercer derecho, en una posición intermedia (...), consistente en un derecho el socio al reparto anual de las ganancias que le permita materializar su derecho a la percepción del dividendo y la (...) finalidad lucrativa con un carácter periódico»⁸⁰.

c) Interpretación

A mi juicio, el artículo 348 bis LSC, durante su vigencia y a la espera de acontecimientos tras el 31 de diciembre de 2014, no disciplinó un *tertium genus* entre el derecho abstracto a las ganancias y el concreto al dividendo, ni menos aún un derecho mínimo al reparto de dividendos. Lo justifico: si la sociedad, a partir del quinto ejercicio contado desde su inscripción registral, existiendo beneficios distribuibles no adopta un acuerdo de repartirlos vía dividendo, ningún socio podrá obligarla a distribuirlos, ya que no tiene legitimación activa para solicitar judicialmente la distribución de aquellas ganancias como dividendo mínimo, legitimación de la que sí disfrutan, en nuestra legislación societaria, todos los accionistas sin voto y solo los titulares de acciones privilegiadas emitidas por sociedades cotizadas.

Estos accionistas, si la sociedad ha obtenido ganancias repartibles y no acuerda su reparto en forma de dividendo preferente, podrán pedir tutela judicial puesto que aquella, *ex artículo 99.2 LSC —y 499—, existiendo bene-*

ficios distribuibles, está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo preferente.

En el supuesto contemplado en el artículo 348 *bis* LSC, la sociedad no está obligada, *ope legis*, a acordar la distribución como dividendo mínimo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio social⁸¹, solo tiene la carga de soportar el ejercicio del derecho de separación por parte de aquel socio que, habiendo votado, en la junta general, a favor de los beneficios sociales, no los hubiese recibido vía dividendo. Ningún socio, reitero, podría instar la distribución del dividendo a la sociedad porque ella no tiene obligación legal de adoptar un acuerdo de tal naturaleza⁸².

Cuestión distinta es que los socios estarían legitimados para denunciar ante los Tribunales toda política societaria que, en la práctica y de manera reiterada, sistemática, arbitraria e injustificada, nunca adoptara un acuerdo de distribución de beneficios en forma de dividendo a sus socios durante varios ejercicios sociales continuados⁸³.

En sede del artículo 348 *bis* LSC, la diferenciación entre derecho a las ganancias *contra* derecho al dividendo presenta semejantes caracteres con los que aparecen en materia de acciones ordinarias de nuestras sociedades capitalistas. El socio carece del derecho a reclamar a su sociedad el tránsito, el *paso obligado* del beneficio al dividendo. En el supuesto aquí contemplado, la pugna entre beneficios y dividendos se resuelve del siguiente modo: desde el punto de vista del socio, nace en su *status jurídico* el derecho a ejercer el derecho de separación y, desde la perspectiva societaria, la carga de soportar su ejercicio conforme a las reglas imperativas contenidas en la LSC⁸⁴.

III. DESENLACE

La práctica ha demostrado que en el seno de las compañías anónimas españolas la relación entre ganancias y dividendos ha cursado en no pocas ocasiones como una pugna entre las mayorías de gobierno y los grupos minoritarios de titulares de acciones ordinarias (política de reserva de beneficios frente a la del reparto de dividendos). El respeto, a veces mal entendido, al escrupuloso ejercicio del principio mayoritario de capital en la adopción de acuerdos sociales, *ex artículo 159 LSC*, conformaba la voluntad social de forma libérrima en relación con el destino que debía darse a las ganancias obtenidas en cada ejercicio social.

La aparición de las acciones sin voto y de las privilegiadas alteró los presupuestos basilares de los anteriores referidos derechos ya que estas, con algunas matizaciones que se han tenido ocasión de exponer, tienen reconocido legalmente un derecho concreto al dividendo, del que carecen las ordinarias. De otra parte, el artículo 348 *bis* —de vigencia temporalmente suspendida— a juicio de un

sector doctrinal reconocería también a los accionistas ordinarios un determinado derecho al dividendo.

El CCom de 1885, la LSA de 1951, la LSA de 1990, las Leyes 37 y 50/1998, la LSC de 2010, la Ley 25/2011 y la Ley 1/2012. Ninguna de estas ocho leyes, salvo en las relacionadas con las acciones sin voto y privilegiadas, han regulado de manera completa y conveniente el derecho a las ganancias y el derecho al dividendo. De ahí, la verdad intrínseca del exordio del senador y cónsul Tácito que abre el presente trabajo: *«mal gobierno, muchas leyes»*.

A ello se une que la disciplina legal del derecho al dividendo tiene una escasa producción jurisprudencial, a pesar de su esencia económica. Como afirma el Tribunal Supremo, el derecho al dividendo no encuentra luego ninguna regulación *nominatim*⁸⁵.

Como decimos, la mejor doctrina mercantilista distingüía entre el derecho abstracto a participar en las ganancias de la compañía y el contingente derecho a un concreto dividendo que solo nacía con el acuerdo social aprobatorio en Junta general, previa existencia de ganancias repartibles⁸⁶.

Ante la carencia de norma legal precisa y delimitadora, ciertas sociedades realizaron determinadas actividades contrarias a la buena fe, sustanciadas en la retención periódica, sistemática y, a veces, indefinida, de los beneficios sociales obtenidos y su no reparto vía dividendo a sus socios⁸⁷. Para defender esta conducta alegaron que la política de «reserva frente al dividendo» robustecía el patrimonio social⁸⁸ y que capitalizaba convenientemente a la sociedad⁸⁹.

Frente a esta situación de *facto*, la Jurisprudencia hubo de buscar algún medio que frenara el abuso de derecho de la mayoría que impedía a la minoría recibir ganancias en forma de dividendo repartible. Se manifestó que el derecho a los dividendos distribuidos por la sociedad no debía quedar totalmente vacío de contenido por la reiteración en destinar, ejercicio tras ejercicio, los beneficios a reservas, no distribuyéndose, por tanto, en dividendos, pudiéndose hablar de un «dividendo vacío»⁹⁰.

En la legislación societaria española vigente, al margen de las acciones sin voto y de las acciones privilegiadas —emitidas por sociedades anónimas cotizadas—, el resto de los accionistas —ordinarios— no tienen reconocido el derecho al reparto periódico de dividendos. En sede de reparto de las ganancias, la prerrogativa de las acciones sin voto —con independencia del acceso a Bolsa de su sociedad emisora— y de las acciones privilegiadas —ahora sí, emitidas por sociedades cotizadas— consiste en el derecho a obtener un dividendo preferente —anual, mínimo— que la sociedad estará obligada a acordar si existen beneficios distribuibles. Tanto las acciones sin voto como las privilegiadas —emitidas por sociedades cotizadas— tienen garantizado *ex lege* un dividendo preferente, un derecho al dividendo *stricto sensu*.

En las sociedades no cotizadas, la garantía del percibo del dividendo preferente para las acciones privilegiadas es, en su caso, estatutaria —art. 95.2 LSC—.

Sin embargo, una cosa es que la sociedad anónima no cotizada que haya emitido acciones privilegiadas esté facultada, en determinadas circunstancias, para no acordar el reparto del dividendo preferente y otra, bien distinta, es que pueda negarse sistemáticamente al reparto del mismo. Siempre que existan ganancias repartibles, cualquier política societaria-económica rígida de no distribución de dividendos preferentes que correspondan a estas acciones es contraria a la causa del contrato de sociedad. En línea de principio, no es posible dejar de repartir estos dividendos por causas arbitrarias. La sociedad anónima deberá justificar a los socios su decisión y para ello podrá acudir a la denominada «tendencia de mercado». Y de este modo, si las coyunturales condiciones económicas son adversas, la sociedad podría válidamente defender y argumentar una propuesta de no distribución de beneficios en forma de dividendo preferente a las acciones privilegiadas, todo ello sin olvidar que, en última instancia, el reparto de ganancias corresponde a la facultad *discrecional* —que no *arbitraria*— de los empresarios⁹¹.

En lo concerniente al nuevo, y actualmente suspendido en su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2014, artículo 348 bis LSC es necesario manifestar que teóricamente podría limitar la arbitrariedad de la Junta general, *rectius* de las mayorías de gobierno, en sus políticas partidarias de atesoramiento de ganancias y contrarias a su distribución a los socios en forma de dividendo ante la posibilidad de que el accionista que hubiese votado a favor de la distribución de los beneficios sociales pudiera ejercer el derecho de separación si la junta general no acordase el reparto como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. Y ello ante el probable y factible menoscabo financiero-económico que sufriría la sociedad en el caso del efectivo ejercicio del derecho de separación.

Esto no obstante, según mi opinión, el artículo 348 bis LSC no introdujo en la configuración del *status jurídico* de los accionistas ordinarios ningún concreto derecho al dividendo por las razones anteriormente expuestas en este trabajo. El tránsito del derecho abstracto a las ganancias al preciso y determinado derecho al dividendo, el normal destino de los beneficios al pago del dividendo, solo pueden ser legalmente exigidos por los accionistas sin voto y por los titulares de acciones privilegiadas —emitidas por sociedades cotizadas—.

Probablemente tendremos que esperar a que el futuro «Código Mercantil», cuyo Anteproyecto de Ley se aprobó en la reunión del Consejo de Ministros del día 30 de mayo de 2014, actúe como un argumento *deus ex machina* que arroje claridad, fije los límites y delimité la disciplina del derecho a las ganancias y del derecho al dividendo, evitando su sistemático enfrentamiento (*contra*) y posibilitando su reglada traslación (*versus*).

IV. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADAS Y —EN SU CASO— CITADAS

BIBLIOGRAFÍA

- ALBORCH BATALLER, C. (1977). *El derecho de voto del accionista (Supuestos especiales)*, Tecnos, Madrid.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A. (2011). El abuso de la mayoría en la política de dividendos, *Otrosí*, núm. 5, 19-26.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. Derecho de separación en caso de sequía de dividendos y Derecho de separación en caso de sequía de dividendos II, Blog de Alfaro (derechomercantilespaña.blogspot.com.es; 2 y 22 de octubre de 2011).
- BRENES CORTÉS, J. (2011). El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades, *Revista de Sociedades*, núm. 37, 2-25.
- CÁCERES CÁRCELES, C. (2012). El ejercicio del derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el artículo 348 bis de la LSC, *Derecho de los Negocios*, núms. 263-264.
- CAMPINS VARGAS, A. (2012). Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios? *Diario La Ley*, núm. 7824, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2012, 1-16.
- DE MERCADO, T. (1975). *Suma de tratos y contratos*, Edición y estudio introductorio de Restituto Sierra Bravo, Editora Nacional, Madrid.
- DE LA VEGA, J. (1688). *Confusión de confusiones. Diálogos curiosos entre un filósofo agudo, un mercader discreto y un accionista erudito, describiendo el negocio de las acciones su origen, su etimología, su realidad, su juego y su enredo*, Amsterdam.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1982). *El poder de decisión en la Sociedad Anónima*, Civitas, Madrid.
- GALGANO, F. (1973). Per un'analisi dei rapporti di classe nelle società per azioni, *Democrazia e Diritto*, núm. 2.
- (1980). *Storia del Diritto Commerciale*, Il Mulino, Bologna.
- (1980). *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni, Stato e classi sociali*, Zanichelli, Bologna.
- GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, J. (1971). *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid.
- (1976). Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Madrid, 7.^a edición.
- GÓMEZ MENDOZA, M. (1990). Derechos patrimoniales del accionista sin voto, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 7, 7-45.
- GOWER, L. C. B. (1969). *The principles of Modern Company Law*, Stevens, London.
- HECKSCHER, E. F. (1983). *La Época Mercantilista. Historia de la organización y de las ideas económicas desde el final de la Edad Media hasta la Sociedad Liberal* (traducción española), Fondo de Cultura Económica, México.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I. (2012). La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas), *Derecho de los Negocios*, núms. 263-264, 7-78; —Sobre el derecho obligatorio al dividendo. ¡Qué barbaridad! <http://ihayderecho.com>, 27 de julio de 2011.

- ILLESCAS ORTIZ, R. (1973). El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima, *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla.
- (2011). ¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado? (Ed.) *Derecho de los Negocios*, núm. 254, 5-6.
 - (2012). El poder de mayoría en la sociedad anónima: apuntes recientes (Ed.), *Derecho de los Negocios*, núm 260, 7-8.
 - (2012). La permanente indecisión legal sobre la propiedad, poder y voto en la LSA (Ed.), *Derecho de los Negocios*, núm. 263-264, 5 y sigs.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y LASARTE ALVÁREZ, J. (1963). La acción en las compañías privilegiadas (siglo XVIII), *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla.
- LUCEÑO OLIVA, J. L.: Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC). *Diario La Ley*, núm. 7709, 5 de octubre de 2011, 1-3.
- La suspensión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. *Diario La Ley*, núm. 7912, Sección Tribuna, 1-3.
- MARTÍNEZ GIJÓN, J. (1979). La Compañía Mercantil en Castilla hasta las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737. Legislación y doctrina, *Anales de la Universidad de Sevilla*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- MARX, C. (1976). *El Capital (trad. española)*, Akal, Madrid.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (1989). Las acciones sin voto, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 191, 7-45.
- PETIT, C. (1979). La Compañía Mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829. Legislación y doctrina, *Anales de la Universidad de Sevilla*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- PORFIRIO CARPIO, L. J. (1991). *Las acciones sin voto en las sociedades anónimas*, La Ley, Madrid.
- (2012). De nuevo sobre las acciones sin voto y las acciones privilegiadas: su dividendo preferente, *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor, pp. 649-664.
- RATHENAU, W. (1960). La realtà della società per azioni. Riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari, *Rivista delle Società*, pp. 912-947.
- RICO LINAJE, R. (1983). *Las Reales Compañías de Comercio con América. Los órganos de Gobierno*, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Sevilla.
- RIPERT, G. (1956). *Aspectos jurídicos del Capitalismo Moderno (trad. española)*, Bosch y Cía, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D. (2012). La batalla de los dividendos en las sociedades de capital (Primeras reflexiones a la luz del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 57, pp. 201-226.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1955). La determinación y la distribución del beneficio neto en la sociedad anónima, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español*, núm. 3, Roma-Madrid.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: La ampliación del derecho de separación, en <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2011/06/la-ampliacion-del-derecho-de-separacion.html>.

- SÁNCHEZ GRAELLS, A. El nuevo deber de reparto de dividendos de las sociedades de capital: ¿dónde queda la autonomía de la Junta en la determinación del interés social? En Blog de Sánchez Graells, 5 de septiembre de 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, M. J., y SAMBEAT SASTRE, J. M.: Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. *Diario La Ley*, núm. 7844, Sección Doctrina, 24 de abril de 2012, 1-17.
- URÍA GONZÁLEZ, R. (1943). El derecho de voto del accionista, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. pp. 65-77 y 165-182.
- (1998). *Derecho Mercantil*, 25.^a edición, Marcial Pons, Madrid.
- VELA TORRES, P. J.: El derecho de separación del socio en las sociedades de capital. Ponencia presentada en Congreso de Magistrados Especialistas en Mercantil, Sevilla, 2011. <http://comunidades.poderjudicial.es/portal/site/comunidades/template>
- El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida, *Derecho de los Negocios*, 2013, núm. 268, 53-61.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 12 de julio de 1988 (*BOE* núm. 189, de 8 de agosto)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL)

- 30 de noviembre de 1971 (Id Cendoj 28079110011971100313)
- 18 de marzo de 1981 (*La Ley* 6233-JF/0000)
- 12 de julio de 1983 (*La Ley* 39065-NS/0000)
- 5 de julio de 1986 (*La Ley* 76444-NS/0000)
- 15 de febrero de 1990 (*RJ* 1990, 686)
- 8 de mayo de 1990 (*La Ley* 1505-JF/0000)
- 10 de octubre de 1996 (*La Ley* 1996, 9832)
- 16 de diciembre de 1996 (*La Ley* 1997, 482)
- 19 de marzo de 1997 (*La Ley* 1997, 3865)
- 30 de junio de 1998 (*La Ley* 1998, 6951)
- 30 de enero de 2002 (*La Ley* 2002, 2226)
- 14 de febrero de 2002 (*La Ley* 2002, 3630)
- 25 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 8976)
- 26 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5761)
- 27 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006, 9120)
- 28 de noviembre de 2007 (*RJ* 2008, 30)
- 29 de marzo de 2010 (*La Ley* 2010, 12424)
- 30 de junio de 2010 (*La Ley* 2010, 1099998)

- 27 de julio de 2010 (*La Ley* 2010, 157533)
- 28 de febrero de 2011 (*La Ley* 2011, 4429)
- 5 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6707)
- 10 de noviembre de 2011 (*La Ley* 2011, 241440)
- 15 de noviembre de 2011 (*La Ley* 2011, 236060)
- 21 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 3395)
- 7 de diciembre de 2011 (*RJ* 2011, 3521)
- 20 de marzo de 2012 (*La Ley* 2012, 39640)
- 9 de julio de 2012 (*La Ley* 2012, 151048)

AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL)

- 9 de mayo de 2006 (*JUR* 2007, 292284)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Valencia 15 de septiembre de 1997 (Sección 7.^a, *AC* 1997, 2268)
- SAP Madrid 13 de febrero de 2001 (Sección 21.^a, *JUR* 2001, 158433)
- SAP Madrid 14 de mayo de 2002 (Sección 21.^a, *JUR* 2002, 47261)
- SAP Alicante 15 de julio de 2010 (Sección, *La Ley* 2010, 157893)
- SAP Álava 19 de octubre de 2010 (Sección, 1.^a, *La Ley* 2010, 205060)
- SAP Islas Baleares 22 de diciembre de 2010 (Sección 5.^a, *La Ley* 2010, 288082)
- SAP Barcelona 21 de enero de 2011 (Sección 15.^a, *La Ley* 2011, 47103)
- SAP Gerona 21 de marzo de 2013 (Sección 1.^a *JUR* 2013, 190358)

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- SJ Mercantil núm. 1 de Barcelona, 21 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 330722)
- SJ Mercantil núm. 9 de Barcelona, 25 de septiembre de 2013 (*JUR* 2013, 330448)
- SJ Mercantil núm. 8 de Madrid, 28 de octubre de 2013 (*La Ley* 2013, 204922)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- 5 de julio de 1982 (*BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 1982)
- 25 de septiembre de 2003 (*BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 2003)

NOTAS

¹ Una vez «en prensa» este artículo, se han publicado dos disposiciones legislativas que inciden, directa e indirectamente, en el contenido y redacción del mismo: de un lado, el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (*BOE* núm. 217 de 6 de septiembre), cuya Disposición final primera —Modificación del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio— dispone: «La disposición transitoria del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, queda redactada en los siguientes términos: “Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2016, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 bis de esta ley”». De otro lado, la Ley 31/014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo —*BOE* núm. 293, de 4 de diciembre—. Quede pública constancia de ello.

² *Vid.* párrafo primero de la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1951 sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas (*BOE* núm. 199, de 18 de julio).

La misma idea se repite en GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, (7.^a edición), Madrid, 1976, p. 413: «(…) Al amparo de este singularísimo régimen de libertad, florecieron las combinaciones más sorprendentes y vieron la luz estatutos de sociedades con disposiciones extrañas y muchas veces inconciliables con la esencia de la sociedad anónima. Hay que reconocer, sin embargo, que el ambiente de honestidad propio de la vida de los negocios en España, aminoró los daños que en cualquier otro país hubiera producido esta falta de un ordenamiento legal adecuado a la importancia de la sociedad anónima (…)»

³ Aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885 y publicado en la Gaceta de 16 de octubre de 1885, número 289.

⁴ *Vid.*, GARRIGUES y DÍAZ CAÑABATE, J., «Curso de Derecho Mercantil…», *cit.*, p. 413.

⁵ A la protección de esta seguridad va encaminada, precisamente, la doctrina del denominado «interés casacional»; en este sentido, se ha afirmado que la contradicción jurisprudencial exige para ser debidamente acreditada un «criterio interpretativo plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia (cuando la misma no esté constituida por diferentes Secciones) o de una misma Sección de la misma Audiencia (cuando la misma esté constituida por diferentes Secciones) frente a otro criterio interpretativo antagonico —en relación con la misma cuestión jurídica— recogido en otras dos sentencias de diferente Audiencia (cuando la misma tampoco esté constituida por diferentes Secciones) o Sección (en el supuesto de estar constituida aquella por diferentes Secciones), debiendo reiterarse, que, en el caso concreto de la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, la finalidad del recurso (...) es dejar sentada una Doctrina por el Tribunal Supremo que supere una discrepancia, produciéndose un indirecto efecto unificador, viiniendo el presupuesto constituido por la contraposición de criterios en relación con una misma cuestión jurídica, lo que hace preciso que los asuntos sean sustancialmente iguales y que exista una posición reiterada en un sentido y otra, también reiterada, en sentido diferente (...)» —ATS 9 de mayo de 2006—. En última instancia aquello que constituye «interés casacional» no es la simple diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales. Ese indirecto efecto unificador que se deriva del interés casacional es el que a la postre puede coadyuvar al fortalecimiento de la seguridad jurídica.

⁶ *Vid.*, STC 144/1988.

⁷ *Vid.*, especialmente GARRIGUES y DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, *cit.*, pp. 519 y sigs.; ILLESCAS ORTIZ, R., *El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima*, Sevilla, 1973, *passim*, especialmente, pp. 164-186 y URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil* Madrid, 1998, p. 28.

⁸ *Vid.*, artículo 107 LSA de 1951.

⁹ «(…) según se deduce de sus artículos 102 y siguientes, que previenen que los administradores presenten una propuesta de distribución que ha de ser analizada por los censores

de cuentas con resolución final por parte de la Junta General, tal como establece el artículo 50 de la misma Ley, y todo ello sin perjuicio de que la minoría pueda quedar tutelada frente al acuerdo abusivo adoptado por la mayoría mediante el ejercicio de las correspondientes acciones de impugnación» (...) (RDGRN de 5 de julio de 1982).

¹⁰ J. GARRIGUES DÍAZ-CANABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil...*, *cit.*, p. 519.

¹¹ Estos pronunciamientos jurisprudenciales son también aplicables y extensibles, con las matizaciones cronológicas pertinentes, al Derecho societario vigente. Salvo error u omisión, no he encontrado jurisprudencia específica y que solo se pueda aplicar y referir al Derecho de Sociedades hoy en vigor.

¹² STS de 5 de julio de 1986.

¹³ STS de 5 de julio de 1986.

¹⁴ SSTS de 30 de noviembre de 1971 y 5 de julio de 1986.

¹⁵ SSTS de 10 de octubre de 1996 y 28 de noviembre de 2007.

¹⁶ STS de 19 de marzo de 1997.

¹⁷ STS de 30 de enero de 2002.

¹⁸ STS de 19 de marzo de 1997; *vid.*, también SSTS de 10 de octubre de 1996 y 26 de mayo de 2005.

¹⁹ SSTS de 14 de febrero de 2002, 25 de octubre de 2002, 26 de mayo de 2005 y 27 de noviembre de 2006 —en relación con la LSA de 1990, pero válidas también para la LSA de 1951—.

²⁰ STS de 25 de octubre de 2002

²¹ STS de 26 de mayo de 2005

²² STS de 26 de mayo de 2005; *vid.*, también STS de 5 de octubre de 2011. En esta línea argumentativa, trascibo por su interés, los siguientes razonamientos expuestos en la STS de 7 de diciembre de 2011: «(...) en conexión con la causa lucrativa que constituye la causa de negocio societario, los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos —tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder— deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría, de tal forma que, aunque el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable para la decisión del recurso por razones temporales —hoy 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital (...)— silencia el “abuso de derecho” y el “abuso de poder”, ello no constituye un obstáculo insuperable para la anulación de los acuerdos sociales en tales supuestos, ya que, a tenor del artículo 7 del Código Civil (...), son contrarios a la ley —en este sentido apuntan las sentencias de 10 de febrero de 1992, 1136/2008, de 10 de diciembre (...), y 770/2011, de 10 de noviembre—. (...) Ahora bien, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por “intereses de la sociedad”, dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre teorías institucionalista y contractualista que sintetiza la sentencia de 19 de febrero de 1991, según la que [e]n torno a la idea o concepto del interés social existen dos teorías completamente opuestas: la institucionalista, que considera a la Sociedad Anónima como una “institución-corporación”, en la que el interés social que allí se persigue, es distinto del de sus socios, viiniendo a coincidir con los intereses de los componentes de la empresa (accionistas, administradores, acreedores, trabajadores, etc.); y la teoría contractualista, consagrada en nuestra legislación, según la cual el interés social no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios, de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social (...).».

²³ Y así SSTS de 26 de mayo de 2010, de la AP de Barcelona —Sección 15.^a— de 21 de enero de 2011 y de la AP de las Islas Baleares —Sección 5.^a— de 22 de febrero de 2010 (que exigen a la sociedad a repartir ganancias «en la parte proporcional a las participaciones de cada socio»); la SAP —Sección 1.^a— de Álava de 19 de octubre de 2010 da un paso más y condena a la sociedad a «adoptar un nuevo acuerdo por la Junta sobre aplicación de los

resultados (...). Para ello la Junta razonadamente deberá aplicar a reservas la parte de los resultados que considere oportuna y asimismo deberá determinar la proporción destinada a reparto de beneficios entre los socios (...».

²⁴ La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en las que se realice sobrerepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

²⁵ *Vid.* STS de 30 de junio de 1998.

²⁶ Tomás DE MERCÁDO, *Suma de tratos y contratos*, Edición y estudio introductorio de Restituto Sierra Bravo, Editora Nacional, Madrid, 1975. La primera edición se publicó en Salamanca en 1569, la segunda, aumentada, en Sevilla en 1571, con dos reediciones: una en 1573 y otra en 1587.

²⁷ *Vid.*, pp. 185-189. Evidentemente, respetamos en lenguaje y el estilo del español del siglo XVI.

²⁸ Todos los subrayados de estas páginas que siguen son nuestros.

²⁹ Según considera la SJM núm. 8 de Madrid, de 28 de noviembre de 2013, «(...) La acción impugnatoria de acuerdos sociales, tal cual aparece regulada en los artículos 204 y sigs. TRLSC, tiene por contenido exclusivo la declaración de nulidad o anulación de los acuerdos sociales a los que afecte, sin que en principio, por vía de este proceso judicial, se pueda aspirar a que se realice un pronunciamiento que integre la voluntad social, en sustitución de los acuerdos anulados. Es decir, el control judicial tiene un contenido de mera observancia de la legalidad de las formas extrínsecas de conformación de la voluntad social y de protección material del interés social frente a otros intereses, pero no puede entrar más allá en el sustrato del sentido de las decisiones de la voluntad de la Junta de socios. El Juez podrá anular el acuerdo, pero para completar las previsiones que subyacían en dicho acuerdo social anulado se precisa una nueva declaración de voluntad de la Junta de socios, a través de nuevos acuerdos, ya que es el único órgano soberano para integrar la voluntad social, en tales términos (...).»

La anterior respuesta del Ordenamiento, general para la impugnación de acuerdos, cuando se aplica a la anulación del acuerdo de dotación de reserva a cargo de beneficios, en lugar de su alternativa de reparto de dividendo, produce el inconveniente práctico de vaciar de contenido el derecho del socio a obtener aquel reparto de dividendos, artículo 93.a) TRLSC, ya que para su satisfacción no le quedaría otro remedio que esperar a que la Junta de socios adopte nuevo acuerdo al respecto, la misma Junta que ya se lo denegó, y que además no quedaría por sí vinculada a integrar el sentido de ese nuevo acuerdo de manera favorable a reparto de dividendos, por la mera circunstancia de la anulación del acuerdo de dotación de reservas, generando una situación sin salida, abocada a una serie de procesos judiciales continuos (...».

³⁰ *Vid.*, Fundamento de Derecho 11, SJM núm. 8 de Madrid, de 28 de noviembre de 2013.

³¹ Problema distinto es el de la cuantificación o modulación del dividendo a repartir.

La cuestión estriba, pues, en cuáles serán los criterios que deben orientar la decisión judicial cuando se impone la misma en un procedimiento de impugnación. Sobre ello, debe tenerse presente que:

(i) A diferencia de lo que ocurre con la decisión de la Junta, en cuanto a la determinación de los porcentajes atribuidos a cada opción, la decisión judicial no puede ser discrecional, asentada en criterios de oportunidad.

(ii) Si existiese una previsión estatutaria en la sociedad, debería estarse a dicha previsión sobre los porcentajes de beneficios a repartir.

(iii) En ausencia de lo anterior, debería guiarse por las cuantías aplicadas por la propia sociedad en anteriores acuerdos de reparto de dividendos, los que revelarían la práctica en dicha sociedad, de acuerdo con actos propios.

(iv) En defecto de ello, deberá el socio aportar datos y argumentos que acrediten la objetividad y ponderación de su derecho con el interés social para fijar la cuantía del reparto».

Vid., Fundamento Jurídico 11 de SJM núm. 8 de Madrid de 28 de noviembre de 2013.

³² *Vid.*, SAP de Gerona —Sección 1.^a— de 21 de marzo de 2013.

³³ STS de 26 de mayo de 2005.

³⁴ Artículos 50 LSA de 1951, 213.1 LSA de 1990 y 273 LSC de 2010: *vid.*, STS 7 de diciembre de 2011.

³⁵ *Vid.*, sobre este tema el didáctico, importante e interesante trabajo de ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., *El abuso de la mayoría en la política de dividendos, Otrosí*, núm. 5, 2011, 19-26.

³⁶ En el artículo 19 LCS parece decantarse por las tesis contractualistas cuando afirma que las sociedades de capital se constituyen por *contrato*. Es de resaltar que en las anteriores Leyes de anónimas y de limitadas no se hacía ninguna referencia a tal circunstancia.

³⁷ STS de 26 de mayo de 2005.

³⁸ *Vid.*, SJ Mercantil núm. 8 de Madrid, 28 de noviembre de 2013.

³⁹ *Vid.*, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., *El abuso de la mayoría en la política de dividendos, cit.*, pp. 22-25 y VELA TORRES, P. J.: *El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida, Derecho de los Negocios*, 2013, núm. 268, 53-61, especialmente, p. 56.

⁴⁰ SAP de Alicante de 15 de julio de 2010; *vid.*, también entre otras muchas, SSTS de 18 de febrero de 1981 y 12 de julio de 1983.

⁴¹ *Vid.*, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., *El abuso de la mayoría en la política de dividendos, cit.*, p. 22.

⁴² *Vid.*, artículos 93 a 273.1 LSC 1665 CC y 116 Cdc. El ánimo de lucro es, según pienso, un elemento esencial del contrato —y del concepto— de sociedad, si bien ese ánimo pudiera interpretarse *lato sensu* abarcando ciertas ventajas patrimoniales que no tienen que ser necesariamente réditos.

⁴³ *BOE* núm. 310, de 27 de diciembre; corrección de errores en *BOE* núm. 28, de 1 de febrero de 1990.

⁴⁴ La distinción entre la distinción entre capital de mando o dirección y capital de ahorro, entre accionistas empresarios y accionistas ahorradores, no estaba recogida formalmente, con esa denominación, en nuestro Derecho Societario. Sin embargo, con la introducción de las acciones sin voto, la anterior distinción, en nuestra opinión, quizás pueda ser institucionalizada. Los accionistas tenedores de acciones sin voto representarían a ese capital de ahorro que se identificaría con los accionistas ahorradores o pequeños accionistas —pequeños, como se ha dicho en relación a su participación en el capital de mando—. Las personas poseedoras de acciones sin voto, primordialmente lo que persiguen es una inversión de sus ahorros, desinteresándose de la marcha de la sociedad, y de cualquier intención de intervenir en su gestión y ejercer un control de la misma. Por su parte, los accionistas que suscriban o adquieran acciones que otorgan derecho de voto, encarnarían al capital de control, mando o dirección; a través del ejercicio del voto, estos controlarían la gestión de la sociedad y decidirían las líneas básicas de actuación económica y financiera.

Vid., sobre este tema, PORFIRIO CARPIO, L. J., *Las acciones sin voto en la Sociedad Anónima, La Ley*, Madrid, 1991, pp. 17 y sigs.

⁴⁵ *BOE* núm. 275, de 17 de diciembre.

⁴⁶ *Vid.*, disposición decimoquinta de la Ley 37/1998 que modificó los artículos 50, 91 y 92 LSA 1990. Solo catorce días después, la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre) en su disposición adicional trigésima cuarta volvió a modificar el artículo 91.4 LSA y el 194.4 LSA.

La Ley 37/1998 añadió un nuevo apartado 3 al artículo 50 LSA 1990 (acciones privilegiadas). Por un doble motivo, no fue muy precisa la Exposición de Motivos de esta Ley cuando declaró que «(...) al amparo de este reforma se regulan de una forma completa las denominadas acciones preferentes (...»). En primer lugar, la utilización de la expresión *acciones preferentes* se contraponía con el *nomen iuris* de la rúbrica del artículo 50 de la LSA de 1990: *acciones privilegiadas*. En segundo término, la disciplina previa de esta clase de acciones en la LSA de 1990 era casi inexistente: con anterioridad de la adición del apartado

3, el artículo 50 se limitaba a establecer las formalidades de emisión (ap. 1) y a prohibir ciertas modalidades (ap. 2) de aquellas. Por tanto, no es que se regularan de una forma más completa, es que simplemente se regularon.

⁴⁷ En la Exposición de Motivos de la Ley 37/1998 se afirmaba que «(...) la reforma es consciente de las diferencias entre sociedades cotizadas y no cotizadas, siendo más flexible el régimen predicado para las primeras, sobre la pauta de la mayor transparencia que reporta la disciplina de los mercados valores (...).» Esta afirmación no resultó ser de todo cierto, puesto que la flexibilidad no es predictable, en algunas ocasiones, tanto de la clase de sociedad emisora —cotizada o no—, cuanto de la clase de acción emitida —sin voto, privilegiada—. Y así, si se emiten acciones sin voto son más flexibles las sociedad cotizadas; si, por el contrario, se crean acciones privilegiadas, la flexibilidad corresponde a las sociedades no cotizadas. Por ello, y tal como se tendrá ocasión de comprobar, la LSC favorece que las sociedades no cotizadas con necesidades financieras emitan acciones privilegiadas en lugar de acciones sin voto puesto que en aquellas (cotizadas) siempre es obligatorio el reparto de dividendos.

⁴⁸ Tal y como señalara el Tribunal Supremo, «(...) el concepto de “beneficio”, en una sociedad anónima, ha de referirse a una ganancia absoluta, o sea, ha de estar integrado solo por lo que sobrepase la cifra del activo, al pasivo real, aunque este pasivo sea de años anteriores, pues en ello radica su crédito» (STS de 27 de marzo de 1973).

⁴⁹ Si no existiera beneficio, o este fuese insuficiente, se emplearán reservas de libre disposición (art. 273.4 LSC). En todo caso, habrá de respetarse la prescripción contenida en el artículo 96.1 LSC, a cuyo tenor: «No es válida (...) la emisión de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación».

⁵⁰ En relación con las reservas voluntarias, la Junta general no podrá acordarlas en la celebración de la misma con el espurio propósito de «aminorar» beneficios y no verse compelida a su reparto vía dividendo a los socios. El eventual acuerdo alcanzado podría impugnarse. A propósito de las distintas clases de reservas, trascribimos, por su claridad expositiva, la siguiente sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (22 de diciembre de 2010): «(...) Antes que nada, la sociedad está obligada a constituir la denominada reserva legal, que viene impuesta por la Ley y que grava necesariamente el beneficio líquido del ejercicio económico. A este efecto debe destinarse a la reserva legal una cifra igual, al menos, al 10 por 100 del beneficio del ejercicio, hasta que la misma alcance el 20 por 100 del capital social, pero resurge en caso de descender por debajo de este límite por cualquier causa.

Es posible también que existan reservas estatutarias (art. 178.3 LSA), cuando los estatutos obliguen a la sociedad a mantener una parte de las ganancias en concepto de recursos propios a través de la correspondiente cuenta de pasivo. En este caso, las reservas se regirán en cuanto a su constitución y destino por lo previsto en los estatutos, que en todo caso siempre podrían ser modificados por la sociedad.

Por último, las reservas facultativas o voluntarias, que son creadas por el simple acuerdo de la Junta general, ofrecen como especial característica jurídica la de su libre disponibilidad, en el sentido de no quedar afectas a ninguna finalidad predeterminada. Por este motivo, se crean por lo general para que la sociedad pueda disponer posteriormente de ellas en la forma más conveniente para los intereses sociales (por ejemplo, para reinvertirlas en la actividad social, evitando la necesidad de recabar nueva financiación de los socios o de terceros, o como previsión para un posible reparto de dividendos en ejercicios sociales desfavorables). Y al igual que se constituyen por libre decisión social, la Junta general podrá también disponer generalmente de ellas atendiendo a motivos de simple conveniencia».

⁵¹ De su parte, el artículo 326 LSC prescribe, bajo la rúbrica *Condición para el reparto de dividendos* que «Para que la sociedad pueda repartir dividendos una vez reducido el capital será preciso que la reserva legal alcance el diez por ciento del nuevo capital».

⁵² A fortiori, si la LSC no exigiera que la Junta general —99.2 LSC— acordara la distribución de los beneficios repartibles, se imposibilitaría la impugnación del acuerdo social contrario a los intereses de los accionistas sin voto.

⁵³ PORFIRIO CARPIO, L. J. De nuevo sobre las acciones sin voto y las acciones privilegiadas: su dividendo preferente, *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Muñoz Planas*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 649-664, especialmente, p. 652.

⁵⁴ Hasta la promulgación de la Ley 37/1998, fuera de esta especialidad de las acciones sin voto, el resto de los accionistas —ordinarios y privilegiados— no tenían reconocido el derecho al reparto periódico de dividendos en la Legislación societaria española.

⁵⁵ Dicha aserción, a la vez de parcial, es sorprendente. En efecto, la sorpresa la causa el hecho de comparar la redacción del artículo 50.3, *in fine* de la LSA de 1990 con la intención del Legislador expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 37/1998. Una de las pautas de la reforma era la flexibilidad predicada del régimen jurídico de las sociedades cotizadas. Pero es que la flexibilidad en este supuesto pertenece a las sociedades no cotizadas, ya que las que cotizan que pongan en circulación acciones privilegiadas, no están facultadas para dejar de repartir —vía estatutaria— beneficios.

⁵⁶ A modo de ejemplo, podrán disponer que la distribución de los beneficios tuviera lugar en años alternos o partir de un determinado volumen de ganancias.

⁵⁷ Cfr. PORFIRIO CARPIO, L. J., *De nuevo..., cit.*, pp. 652 y sigs.

⁵⁸ Por otra parte, y ante la ausencia de prescripción legal expresa, el dividendo preferente de las acciones privilegiadas se estructura con absoluta libertad por parte de sus sociedades emisoras, y así, puede ser constante —fijo— durante toda la vida de la sociedad, o bien, someterse a determinadas contingencias-variable, al igual que ocurre con el dividendo anual mínimo de las acciones sin voto. En lo que respecta a las acciones sin voto, desde la reforma operada en la LSA de 1990 por la Ley 37/1998, la emisión de estas acciones no se supedita a la percepción por parte de sus titulares de un *dividendo legal mínimo* en un porcentaje del cinco por ciento, circunstancia que, en opinión, de las grandes compañías, frenaba la puesta en circulación de dichas acciones. Hoy en día, la sociedad es libre para establecer o configurar el dividendo anual mínimo con carácter fijo o variable, siendo las posibilidades de actuación muy amplias.

⁵⁹ Para un estudio de las características del dividendo preferente reconocido a las acciones sin voto y a las privilegiadas (dividendo participativo o no, acumulativo o no), distinguiendo entre sociedades emisoras con acceso a Bolsa o no cotizadas, *vid.*, GÓMEZ MENDOZA, M., Derechos patrimoniales del accionista sin voto, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm 7/1990, 7-45 y PORFIRIO CARPIO, L. J., «De nuevo sobre las acciones sin voto y las acciones privilegiadas: su dividendo», *cit.*, pp. 655-660.

⁶⁰ Bajo la vigencia de la LSA de 1990, las acciones sin voto eran las únicas acciones que atribuían a sus titulares un verdadero derecho a un dividendo anual mínimo, dividendo preferente en relación con el eventualmente reconocido a las restantes acciones (ordinarias y privilegiadas). Esa aseveración debió ser corregida tras la adición del párrafo 3.^º al artículo 50 de la LSA por medio de la Ley 37/1988; este párrafo estableció que si una sociedad cotizada decidiera emitir acciones privilegiadas estaría constreñida —*ope legis*—, al igual que en caso de acciones sin voto, a acordar el reparto del dividendo preferente si existiesen beneficios distribuibles.

⁶¹ *Vid.*, artículo 99.1 LSC.

⁶² Como hemos señalado, acciones sin voto y acciones privilegiadas emitidas por sociedades cotizadas tienen reconocido por ley un derecho al dividendo *stricto sensu*.

⁶³ Otra colisión legal entre acciones sin voto y acciones privilegiadas emitidas por sociedades anónimas cotizadas, y sobre la que se debería seguir el mismo procedimiento señalado, se daría con el derecho a participar en el eventual reparto de dividendo en favor de los accionistas ordinarios.

⁶⁴ *Vid.*, artículo 95.2 LSC.

⁶⁵ *Vid.*, artículo 96.1 LSC.

⁶⁶ Puestas en circulación por sociedades cotizadas.

⁶⁷ *BOE* núm. 184, de 2 de agosto.

⁶⁸ *BOE* núm. 150, de 23 de junio de 2012.

⁶⁹ Las razones justificadoras de esta extravagante *vacatio* del precepto puede encontrarse, de un lado, en el negativo impacto que ha producido en el mundo de las sociedades mercantiles españolas al tener que verse compelidas a pagar dividendos para evitar el ejercicio

del derecho de separación de socios y, de otro, en intentar resolver las dudas interpretativas, algunas importantes y relevantes, del precepto en cuestión, *vid.*, por todos CAMPINS VARGAS, A.: «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?». *Diario La Ley*, núm. 7824, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2012, pp. 1-16 y RODRIGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., La batalla de los dividendos en las sociedades de capital (Primeras reflexiones a la luz del artículo 348 *bis* de la Ley de Sociedades de Capital), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 57, 2012, 201-226.

De otro lado, es necesario resaltar que ni en la Exposición de Motivos de la Ley 25/2011 tuvo a bien el Legislador justificar, o al menos explicar, la introducción del artículo 348 *bis* en la LSC, ni tampoco en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2012 consideró oportuno argumentar la suspensión, hasta el 31 de diciembre de 2014, de su vigencia.

Para entender el porqué de esta suspensión, pienso que puede resultar oportuno trascibir algunos apartados de las Enmiendas 13 y 14 presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) al Proyecto de Ley de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital) —BOCG Congreso de los Diputados, X Legislatura; Serie A: proyectos de Ley, 21 de mayo de 2012; núms. 8-6—: «ENMIENDA núm. 13. De adición: A los efectos de adicionar un apartado 2 al artículo 1 del referido texto, renumerando en consecuencia los apartados siguientes. Redacción que se propone: Dos. Nueva redacción del artículo 348 *bis*. «Artículo 348 *bis*. Derecho de separación en caso de falta de distribución de dividendos. 1. Salvo lo dispuesto en pacto, o disposición en contrario en los estatutos sociales consentida por todos los socios, concluido el quinto ejercicio completo desde su inscripción en el Registro Mercantil o desde su transformación en sociedad de capital, todo socio que en las correspondientes Juntas ordinarias hubiera votado en contra de la aplicación de resultados y se lo hubiere reservado expresamente, tendrá derecho de separación de la sociedad que no haya distribuido un dividendo razonable en el conjunto de los tres últimos ejercicios, existiendo beneficios distribuibles. Sin embargo, este derecho de separación no tendrá lugar en aquellos supuestos en que la distribución de dividendos perjudique el interés social o suponga el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad frente a terceros. Se entenderá que el reparto de dividendos perjudica el interés social cuando afecte o pueda afectar a la capacidad de la sociedad para atender al pago de sus deudas a su vencimiento en el plazo de un año desde la fecha prevista para la junta general ordinaria, así como cuando pueda perjudicar los planes razonables de desarrollo de la compañía. En este caso, el órgano de administración deberá acompañar a las correspondientes propuestas de aplicación de resultado un informe que justifique la concurrencia de dichas circunstancias (...).

JUSTIFICACIÓN (...) Con la introducción de este precepto, se pretendía crear un instrumento para combatir el riesgo de opresión de la minoría en las sociedades de capital no cotizadas que, según la referida enmienda, se inspiró en el artículo 150 de la «Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles», presentada por la Comisión General de Codificación en 2002. Sin embargo, este instrumento no solo no es el más adecuado para proteger a los minoritarios en sociedades cerradas frente a los abusos de la mayoría, sino que olvida la protección de otros intereses, como son el de la propia sociedad y el de los acreedores. Además, puede dar lugar, por un lado, a generar dificultades económicas y financieras para este tipo de sociedades y, por otro, puede convertirse fácilmente en instrumento de abuso por parte de la minoría. En efecto, este precepto de nuevo cuño, de aplicarse con su actual redacción, podría significar que, especialmente en un momento de crisis como el actual, con una fuerte restricción del crédito a las empresas, las sociedades no cotizadas, además que no obtener recursos financieros bancarios ni poder acudir a los mercados de capitales para financiarse, se vean obligadas a dedicar una parte de sus fondos, que puede ser sustancial, a adquirir las acciones de los socios que ejerciten el derecho de separación por falta de distribución de dividendos (...).

Conviene destacar también que la redacción del artículo 348 *bis* genera un gran número de dudas interpretativas, lo que dificultará en alto grado su aplicación (con riesgo de generar más conflictividad societaria). Un claro ejemplo es que no resulta claro si este precepto deberá aplicarse por primera vez respecto a los beneficios del ejercicio 2011 o los del 2012 (...).

ENMIENDA núm. 14. De adición: A los efectos de adicionar un apartado 2 al artículo 1 del referido texto, reenumerando, Dos. Nueva redacción del artículo 348 *bis*. «Artículo 348 *bis*. Se suspende, hasta el 31 de diciembre de 2014, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 348 *bis* del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio».

JUSTIFICACIÓN. La Comisión de Economía y Competitividad del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad el 14 de marzo de 2012 una Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i Unió, transaccionada con una enmienda del Grupo Parlamentario Popular, con el contenido siguiente: «El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que dentro del marco del nuevo Código mercantil que se está elaborando desde el Ministerio de Justicia, se estudien e impulsen las modificaciones legislativas que haya que introducir en la Ley de Sociedades de Capital para que, sin menoscabo del derecho de separación y del derecho a la distribución de los dividendos legalmente repartibles que se puedan generar por la explotación del objeto social, que asiste a los accionistas minoritarios, no se lleva a las sociedades no cotizadas a situaciones de dificultad económica».

El sentido de la enmienda es suspender la vigencia del artículo 348 *bis*, que el Congreso de los Diputados ha considerado perjudicial, en tanto por el Ministerio de Justicia se procede a la reforma en el marco del nuevo Código Mercantil».

⁷⁰ Se ha perspicazmente afirmado que «Cuando menos, resulta llamativa la técnica legislativa utilizada en este caso, puesto que debe tratarse de uno de los pocos casos (si no el único) en que se dicta una disposición transitoria “a posteriori”; pero seguramente se ha optado por esta vía por la propia temporalidad de la decisión legislativa (...); así, VELA TORRES, P. J., El derecho de separación del socio, *cit.*, p. 58.

⁷¹ Toda ley —se ha dicho— «(...) para ser respetable cuanto menos, debe ser equitativa en el fondo, limitada en su texto y estable en su vigencia (...); *vid.*, ILLESCAS ORTIZ, R., La permanente indecisión legal sobre la propiedad, poder y voto en la LSA (Ed.), *Derecho de los Negocios*, núm. 263-264, 2012, pp. 5 y sigs.

⁷² *Vid.*, SSAP Madrid de 13 de febrero de 2001 y 14 de mayo de 2002.

⁷³ A fortiori, «(L)a jurisprudencia constitucional (SSTC de 13 de abril de 2000, 16 de julio de 1987, entre otras) y la ordinaria (STS Sala 1.^a 3 de noviembre de 1997 o 19 de octubre de 1999) vienen señalando la necesidad de interpretar las normas de derecho transitorio de modo restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas. En este mismo sentido, debe recordarse que la jurisprudencia interpretativa de las disposiciones transitorias del Código Civil (sentencias de 12 de marzo de 1984, 29 de abril de 1986 y 29 de abril de 1988) ha declarado que las disposiciones legales, si no previenen lo contrario, no ordenan más que para el porvenir ni rigen más actos que aquellos que se producen con posterioridad a su promulgación, de donde se deduce que las situaciones jurídicas creadas al amparo del texto de una norma no pueden ser alteradas sin que el legislador dé expresamente a las mismas efecto retroactivo (...); *vid.*, Fundamento de Derecho Cuarto de la SJM núm. 9 de Barcelona, de 25 de septiembre 2013.

⁷⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., El abuso de la mayoría en la política de dividendos, *Otros*, núm. 5, 2011, 19-26; Blog de Alfaro (derechomercantilespaña. blogspot.com.es); BRENES CORTÉS, J.: El derecho de separación, principales novedades tras las últimas modificaciones operadas en el derecho de sociedades, *Revista de Sociedades*, núm. 37/2011, p. 2; CÁCERES CÁRCELES, C. El ejercicio del derecho de separación del socio en caso de no distribución de dividendos. Las reformas introducidas por el artículo 348 *bis* de la LSC, *Derecho de los Negocios*, núms. 263-164, 2012, 29-42; CAMPINS VARGAS, A.: Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios? *Diario La Ley*, núm. 7824, Sección Doctrina, 23 de marzo de 2012, 1-16; GARRIGUES Y DÍAZ CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, 1976, (7.^a edición), p. 413; GÓMEZ MENDOZA, M., Derechos patrimoniales del accionista sin voto, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 7/1990, 7-45; IBÁÑEZ GARCÍA, I., La nueva regulación del derecho al dividendo en las sociedades de capital (no cotizadas), *Derecho de*

los Negocios, núms. 263-264, 2012, 7-78; Sobre el derecho obligatorio al dividendo ¡Qué barbaridad! <http://Ihayderecho.com>, 27 de julio de 2011; ILLESCAS ORTIZ, R., El derecho del socio al dividendo en la sociedad anónima, *Anales de la Universidad Hispalense*, Sevilla, 1973; «¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado? (Editorial) *Derecho de los Negocios*, núm. 254, 2011, 5-6; El poder de mayoría en la sociedad anónima: apuntes recientes (Editorial), *Derecho de los Negocios*, núm 260, 2012 pp. 7-8 y La permanente indecisión legal sobre la propiedad, poder y voto en la LSA (Ed.), *Derecho de los Negocios*, núm. 263-264, 2012, pp. 5 y sigs.; LUCEÑO OLIVA, J. L.: Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas (Comentario de urgencia al nuevo artículo 348 bis de la LSC). *Diario La Ley*, núm. 7709, 5 de octubre de 2011, 1-3; y «La suspensión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital». *Diario La Ley*, núm. 7912, Sección Tribuna, 1-3; RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., La batalla de los dividendos en las sociedades de capital (Primeras reflexiones a la luz del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital), *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 57, 2012, pp. 201-226; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: La ampliación del derecho de separación, en <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2011/06/la-ampliacion-del-derecho-de-separacion.html>; SÁNCHEZ GRAELLS, A., El nuevo deber de reparto de dividendos de las sociedades de capital: ¿dónde queda la autonomía de la Junta en la determinación del interés social? en Blog de Sánchez Graells, 5 de septiembre de 2011; SILVA SÁNCHEZ, M. J., y SAMBEAT SASTRE, J. M.: Análisis y crítica del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. *Diario La Ley*, núm. 7844, Sección Doctrina, 24 de abril de 2012, 1-17.; VELA TORRES, P. J.: El derecho de separación del socio en las sociedades de capital. Ponencia presentada en Congreso de Magistrados Especialistas en Mercantil, Sevilla, 2011 <http://comunidades.poderjudicial.es/portal/site/comunidades/template> y El derecho de separación del socio en las sociedades de capital: una reforma incompleta y parcialmente fallida, *Derecho de los Negocios*, 2013, núm. 268, 53-61.

⁷⁵ ILLESCAS ORTIZ, R. El poder de mayoría en la sociedad anónima: apuntes recientes (Ed.), *Derecho de los Negocios*, núm 260, 2012, 7-8, p. 8.

⁷⁶ FELIU REY, M. I. Derecho de separación, flexibilización societaria y autonomía de la voluntad, *Derecho de los Negocios*, núm. 260, 2012, 23-27.

⁷⁷ Así, por todos, VELA TORRES, P. J., El derecho de separación del socio, *cit.*, p. 57.

⁷⁸ Es interesante reseñar el razonamiento jurídico de la parte demandada favorable a que la suspensión del artículo 348 bis afectase a todos los procedimientos de separación en curso, independientemente de la entrada en vigor de aquella. Y así, «(...) A tales efectos, se apoya en el informe pericial (documento 7 de la contestación) elaborado por dos catedráticos de derecho mercantil, don Eladio y don Felix, y por un catedrático de Economía Financiera y Contabilidad, don Humberto. Dichos peritos sostiene que “el legislador ha querido mediante la suspensión de ese precepto no solo paralizar el ejercicio del derecho de separación que allí se menciona sino también la aplicación de ese derecho de separación lo que, rectamente entendido, comporta la suspensión del procedimiento de separación allí donde se encontrase...”. Ya sea debido a que, concurriendo los elementos habilitantes de la separación, esta no se formuló antes de esa fecha, o bien debido a que si bien se formuló con anterioridad al repetido 24 de junio de 2012 no ha terminado el proceso de separación mediante la entrega de la cuota de separación (...).».

⁷⁹ Y así se ha considerado que: se está en presencia de auténtico derecho del socio al reparto de las ganancias sociales a partir del quinto año (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., Derecho de separación en caso de sequía de dividendos II, *cit.*); se puede terminar consagrando un derecho del socio a un dividendo mínimo anual (CAMPINS VARGAS, A.: Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible, *cit.*, p. 5); se configura legalmente bajo determinadas condiciones, un derecho mínimo al reparto de dividendos se otorga al socio minoritario un auténtico derecho a dividendo o se otorga al socio minoritario un auténtico derecho al dividendo (LUCEÑO OLIVA, J. L.: Derecho de la minoría al dividendo: una solución y muchas dudas *cit.*, p. 1 y La suspensión del artículo 348

bis de la Ley de Sociedades..., *cit.*, p. 1); el Legislador regula un nuevo derecho concreto al dividendo (RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., La batalla de los dividendos en las sociedades de capital (Primeras reflexiones, *cit.*, p. 204); se viene a establecer un derecho absoluto del socio a la percepción de un dividendo mínimo que altera nuestra concepción dogmática de los derechos económicos del socio como derechos abstractos (SÁNCHEZ GRAELLS, A., El nuevo deber de reparto de dividendos de las sociedades de capital, *cit.*); con este nuevo artículo se da carta de naturaleza a la configuración, en determinadas condiciones de un derecho mínimo al reparto de dividendos (VELA TORRES, P. J.: El derecho de separación del socio en las sociedades de capital, *cit.*, p. 57) y que, finalmente, en suma, a partir de ahora el socio ostenta un derecho periódico aun cuando no sea absoluto (ILLESCAS ORTIZ, R.) ¿Se han convertido las sociedades de capital en entidades de depósito remunerado, *cit.*?, p. 6.

⁸⁰ Véase, RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA, D., La batalla de los dividendos, *cit.*, pp. 205 y sigs. En este sentido, se ha comentado certera y profundamente que: «(...) el derecho del socio a participar en los beneficios sociales siempre se ha considerado que no era un derecho ni absoluto ni periódico. Los socios, en efecto, han carecido siempre del derecho al reparto a título de dividendo en cada ejercicio de todos los beneficios repartibles (...). La nueva atribución del poder de decisión sobre los beneficios resulta criticable. Dos son las razones principales: una dogmática y otra práctica. La primera de ellas enlaza con el concepto de sociedad recogido en los viejos códigos y del que siguen siendo tributarios todos los tipos sociales aun cuando se disciplinen en leyes especiales. El concepto de sociedad se fundamenta en la puesta en común por los socios de los recursos necesarios para explotar una empresa y obtener así beneficios “con ánimo” de repartirlos; nunca sin embargo con la obligación de hacerlo absolutamente con anterioridad a la disolución de la compañía. La nueva ley invierte el concepto y sustituye “ánimo” por obligación. Esta introducida fórmula no posee fundamento dogmático ni en el sistema español ni en el comunitario europeo ni en el derecho extranjero. El giro, además de carecer de fundamento y discusión previa, ofrece gravísimos inconvenientes prácticos». *vid.*, ILLESCAS ORTIZ, R., ¿Se han convertido las sociedades...?, *cit.*, p. 6.

⁸¹ Siempre que, *ex artículo 348 bis in fine*, LCS, sean repartibles.

⁸² Aún más, «(...) lo más grave resulta ser la muy poderosa arma que la Ley de 2011 atribuye al socio que busca amplia remuneración: no es que pueda reclamar a la compañía de la que forma parte la indemnización de los daños y perjuicios que le pudiera producir la ausencia de reparto de dividendos durante uno o varios ejercicios “lo que hubiere resultado coherente con reglas generales”; antes bien, puede resolver unilateral y definitivamente su vínculo con la sociedad a la vista del derecho de separación con el que la norma lo dota. Es este el instrumento más poderoso del que un socio pueda disfrutar y por ello precisamente casi inexistente en las sociedades de capital y la anónima en particular. En este tipo social la salida del socio, satisfecho o insatisfecho, se instrumenta mediante la transmisibilidad de la condición de socio en el mercado, no mediante el derecho de separación (...); véase, ILLESCAS ORTIZ, R., ¿Se han convertido las sociedades de capital...?, *cit.*, p. 6.

⁸³ Aplicación de la doctrina, *ex artículo 7.2 CC*, del abuso de derecho; *vid.*, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., El abuso de la mayoría, *cit.*, *passim*.

⁸⁴ De otra parte, si la sociedad hubiese emitido acciones sin voto y acciones privilegiadas, la colisión de dividendos, en su caso, seguiría produciéndose entre estas, ya que el artículo 348 bis LSC solo es de aplicación a los accionistas ordinarios.

⁸⁵ STS de 25 de octubre de 2002.

⁸⁶ Sendos derechos encontraban su fundamento en la finalidad lucrativa de toda compañía, *ex artículos 116 y 1665 CCom*.

⁸⁷ Socios que, en última instancia, serían atacados en su *affectio societatis*; en este sentido, afirma la STS de 29 de marzo de 2010 que entre los socios «(...) hubo desde los momentos iniciales mismos una voluntad de constituir una sociedad y unas aportaciones a la misma por cada socio, con el designio de obtener ganancias (...).

⁸⁸ *Vid.*, la litis resuelta por STS de 27 de julio de 2010.

⁸⁹ De otra parte, resultaba palmario la aplicación de la *business judgment rule* y así, la SAP de Alicante de 15 de julio de 2010 aseveró que: «(...) *El acuerdo de la junta de aplicar los beneficios a reservas puede tener una explicación empresarial perfectamente razonable, puesto que supone un aumento de la financiación propia que elimina o reduce la necesidad de acudir a la financiación ajena. Es el órgano social y no el juez quien tiene que valorar la oportunidad empresarial de la decisión, y no puede exigirse una prueba que justifique la adopción de dicha decisión empresarial, que supone un ámbito de libertad de la sociedad en el que el juez no puede entrar*».

⁹⁰ STS de 20 de marzo de 2012.

⁹¹ En este sentido, es interesante referirnos a la legislación de mercado de valores: El artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores —Ley 24/1988, de 28 de julio (*BOE* núm. 181, de 29 de julio)— creó la Comisión Nacional del Mercado de Valores; en el párrafo segundo de dicho precepto se disciplina que la Comisión Nacional del Mercado de Valores «(...) velará por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines». Tienen la consideración de inversores los accionistas de las compañías anónimas. Para su tutela y protección, la Comisión recuerda a las empresas cotizadas cuáles son sus obligaciones al respecto.

Cumpliendo con tales fines, la Comisión remitió una *carta* a las empresas cotizadas en las Bolsas de Valores en la que se les recordaba la importancia de la transparencia de la política (Madrid, 4 de julio de 2012), cuyo contenido es el siguiente:

«*Muy señor nuestro:*

Nos ponemos en contacto con usted con la intención de recordarle la importancia de publicar la política de remuneración al accionista mantenida por su compañía, así como de difundir con la suficiente antelación cualquier modificación de la misma, teniendo en cuenta su especial relevancia en la correcta formación de los precios de las acciones y la adecuada valoración de los instrumentos derivados.

En relación con esto último, el pasado 9 de enero la Autoridad Europea de Valores y Mercados (en adelante, ES-MA), hizo hincapié en la importancia de la comunicación de esta política mediante la publicación, en el formato de preguntas y respuestas (Questions & Answers —Q&A—), de una aclaración en la que recordaba los siguientes aspectos:

— *La información relacionada con los dividendos esperados, sus fechas de pago y, en general, la política de dividendos y los cambios en esta, tienen un importante efecto en la formación de precios de los productos derivados y por tanto se consideran información privilegiada, ya que el artículo 1 de la Directiva de Abuso de Mercado (2003/6/EC, «MAD») define información privilegiada como cualquier información de carácter concreto, que se refiere directa o indirectamente a uno o varios emisores de instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros, y que podría influir de manera apreciable sobre la cotización de esos instrumentos financieros o sobre la cotización de instrumentos financieros derivados relacionados con ellos.*

— *El artículo 6 de la MAD dice que cualquier información privilegiada debe ser comunicada lo más pronto posible, y de una manera que permita a los usuarios tener un acceso rápido, completo y correcto a esta información.*

— *En el documento CESR/06-562b Directiva sobre abuso de mercado, Nivel 3-segundo conjunto de directrices e informes de CESR sobre la aplicación común de la Directiva se recalcó la importancia de esta información en la correcta formación de los precios de los derivados cuando se incluyeron, como eventos que podían considerarse información privilegiada, la fecha de pago de los dividendos, los cambios en las fechas».*

(Trabajo recibido el 5-6-2014 y aceptado para su publicación el 30-12-2014)

DERECHO COMPARADO

La evolución legal y judicial de la
pensión alimenticia en el régimen
panameño: un examen crítico
de un derecho de orden público
frecuentemente incumplido por
el progenitor deudor*

*Legal and judicial evolution of
maintenance and child support in
Panama: a critical exam of a public
order right frequently failed by the
parent obligor*

por

ARACELI DONADO VARA
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: La Ley 42, de 7 de agosto de 2012, General de Pensión Alimenticia, promulgada en la República de Panamá ha supuesto una importante

* Quiero agradecer al Prof. VIRGILIO LUQUE, Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Panamá, su amabilidad y el haberme abierto las puertas del

modificación del ordenamiento vigente, al abordar en una única norma cuestiones tanto sustantivas cuanto procesales en materia de alimentos. Analizaremos esta novedosa regulación así como las importantes modificaciones que incluye. En este punto, hemos de decir que será el tiempo el que permita valorar en su justa medida si esta Ley cumple una de sus finalidades, esto es, lograr el cumplimiento del deber de alimentos por parte de los alimentantes.

ABSTRACT: Law number 42, August 7th, 2012, General de Pensión Alimenticia regulates child maintenance or support in the Republic of Panama. This Law introduces some legislative changes by regulating in a unique norm substantive and procedural matters concerning this subject. We analyze this Law and the most important changes that it includes, and only time will tell if this Law has accomplished one of its principal aims, that is, to reach a larger number of compliance of the duty of child support or child maintenance by the obligors to the obligees.

PALABRAS CLAVE: Alimentos. Pago. Acreedor. Deudor. Alimentante. Alimentista.

KEY WORDS: *Child support. Payment. Obligor. Obligee.*

SUMARIO: I. LA PENSIÓN ALIMENTICIA Y SU NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ: *OCCASIO LEGIS* DE LA LEY 42 DE 2012; 1. BREVE PANORAMA DE LAS SUCESIVAS REFORMAS LEGALES Y EL GENERAL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS; 2. EL CÓDIGO DE LA FAMILIA DE 1994, LA CONVIVENCIA JURÍDICA CON LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL.—II. EL DERECHO DE ALIMENTOS COMO DERECHO DE ORDEN PÚBLICO; 1. PENSIÓN ALIMENTICIA: CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA, SUJETOS OBLIGADOS Y BENEFICIARIOS; 2. OBLIGADOS A PRESTAR ALIMENTOS: EL SUJETO O SUJETOS DEUDO-

mentionado Centro; a la Prof.^a BELQUIS SÁEZ, sus aclaraciones en materia de Derecho de Familia, y a la Prof.^a ROSALBA MOLINA, su disponibilidad, atención y cercanía con anterioridad y durante mi estancia en Panamá. Finalmente, pero no menos importante, a la Prof.^a Marilyn DIÉGUEZ y a Marilyn HO DIÉGUEZ que hicieron que mi estancia panameña fuera muy especial en todos los sentidos. Y en cuanto a este texto, a mi condiscípula la Prof.^a MORETÓN SANZ, por las observaciones hechas a la redacción final del artículo, trabajo que ha sido fruto de una estancia de investigación realizada durante el verano de 2013 en la Universidad de Panamá, subvencionada por el Programa de Movilidad docente concedida por los Vicerrectorados de Internacionalización y Cooperación/Profesorado/Investigación, «UNED: Puentes Internacionales. Movilidad PDI. Curso 2012/13. 3.^a evaluación».

RES.—III. EL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA: MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN.—IV. CONTROVERSIAS SOBRE LA PRUEBA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN PRENATAL Y LOS ALIMENTOS EN FAVOR DEL CONCEBIDO.—V. MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMENTO ANTE LA NO CONSIGNACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTICIA; 1. PREVISIONES LEGALES: APREMIO TRABAJO SOCIAL COMUNITARIO, «SUSPENSIÓN DEL PAZ Y SALVO MUNICIPAL», INHABILITACIÓN PARA CONTRATAR CON EL ESTADO O MUNICIPIO; 2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL PAÍS: LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 29 DE MAYO DE 1996; 3. ESPECIALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL Y LOS JUZGADOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: LA POSIBLE APLICACIÓN DE SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA PENSIÓN ALIMENTICIA Y SU NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ: *OCCASIO LEGIS* DE LA LEY 42 DE 2012

1. BREVE PANORAMA DE LAS SUCESIVAS REFORMAS LEGALES Y EL GENERAL INCUMPLIMENTO DEL PAGO DE LAS PENSIONES ALIMENTICIAS

Desde la promulgación del *Código Civil de la República de Panamá* (Ley 2, de 22 de agosto de 1916)¹ hasta la aprobación y la entrada en vigor del Código de la Familia de Panamá (Ley 3, de 17 de mayo de 1994), la regulación de la obligación legal de alimentos² se encontraba dividida y diferenciados los aspectos procesales de los relativos al fondo de la institución. Específicamente y si las cuestiones sustantivas de la obligación legal de alimentos³ estaban previstas en los artículos 233 a 244 de aquel cuerpo legal⁴, la parte procesal tenía una norma propia y concreta, sancionada *ad hoc*, como era la *Ley 54, de 23 de diciembre de 1954, por la cual se reorganiza el régimen procesal de alimentos*.

Con todo, las sucesivas modificaciones acometidas en la materia, evidencian, a su vez, la necesidad de adaptar su regulación a una realidad social cambiante y a la propia inhabilidad del régimen jurídico vigente para atender a las necesidades de los menores. En Panamá existe un elevado número de incumplimiento del deber de alimentos, como recoge el «Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención Tercer y Cuarto informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 2008 Panamá», Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, de 31 de marzo de 2009, distribución general con fecha de 27 de enero de 2011.

El punto Primero de su Introducción señala «El Tercer Informe de Estado de la República de Panamá al Comité de los Derechos del Niño, ha sido elaborado en cumplimiento con los compromisos jurídicos contraídos con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y tomando en consideración las «Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los Informes que han de presentar los Estados partes», y que fueran aprobadas por el Comité en su 343.^a Sesión, celebrada el 11 de septiembre de 1996 y las «Orientaciones generales» aprobadas por el Comité el 3 de junio de 2005, en su 39.^º Periodo de Sesiones, así como las Recomendaciones hechas al Estado de Panamá por el Comité en su Sesión 971.^a celebrada el 4 de junio de 2004 (CRC/C/15/Add.233)». En las páginas 57 y 58 trata sobre «El pago de la pensión alimenticia del niño», y recoge unos datos del año 2003.

Sobre dicho extremo y en concreto, «en el año 2003, la Defensoría del Pueblo elaboró un estudio sobre la situación del cumplimiento de la pensión alimenticia en Panamá, denominado “Informe especial sobre la elusión en el pago de pensiones alimenticias y mecanismos de garantía del derecho de alimentos”, el cual evidenció que en los juzgados correspondientes se encontraban un total de 10.852 procesos de reclamo de pensión alimenticia, de los cuales 579 correspondían a pensión alimenticia prenatal. A su vez, se habían tramitado un total de 11.170 desacatos».

Concluye este apartado ratificando que pese a «las acciones realizadas en este periodo por asegurar el pago de las pensiones alimenticias, aún persisten altos índices de incumplimiento de las mismas. Aunado a esta situación y como el proceso no exige representación legal por parte de un abogado, en reiteradas ocasiones, la persona que reclama los alimentos no cuenta con la posibilidad económica para contar con esta representación durante el proceso, lo cual la pone en situación de desventaja con relación a la otra parte»⁵.

En este sentido, RODRÍGUEZ-ARIAS (1956, 170 y sigs.) ponía de manifiesto el problema de los impagos y falta de cumplimiento de los alimentos en la sociedad panameña a raíz de la publicación de esta Ley número 54 del año 1954, al destacar que esta «tiende a remediar legislativamente el mal nacional del abundante número de mujeres e hijos que viven desamparados de sus esposos o concubinos o de sus padres, cuya situación lamentable ha llegado a adquirir en el país características extremadamente peligrosas a que es menester poner de una vez solución con firmeza, con el objeto de evitar en el futuro mayores consecuencias funestas en el desenvolvimiento normal de la vida del pueblo panameño».

Por su parte, AROSEMENA GUARDIA (1956, 173 y sigs.) criticaba algunos aspectos de la Ley 54 de 1954, como por ejemplo el problema del *onus probandi*, ya que la parte demandante —la mujer, fundamentalmente— había de soportar la totalidad de la carga de la prueba en los juicios especiales de alimentos, debilitándose, por tanto, su posición de litigante. A su juicio, era

inaceptable la posición judicial atribuida a la mujer ya que «debe suministrar todos los datos concernientes al estado económico» del demandado, cuando es el demandado —el padre— el que podrá dar cuenta de su situación matrimonial. Asimismo la posibilidad prevista en el artículo 5 sobre el desacato al demandado, le parece una gran conquista. Con todo, y teniendo en cuenta el libre tránsito previsto en la Constitución panameña, nada impide que el demandado sortee su obligación de pago alimenticio mediante el abandono voluntario del país. Otras críticas sobre la redacción de la norma apuntan al demandado condenado a quien le son concedidas dos oportunidades o recursos para ser oído (reconsideración y apelación), frente a la demandante a quien se le circunscriben sus posibilidades procesales a la interposición del recurso de apelación.

Adicionalmente, ha de tenerse en cuenta que, con carácter previo a la norma especial del año 1954, los aspectos procesales en materia de alimentos regulados en el Código judicial, fueron modificados por *Ley 60 de 30 de septiembre de 1946* y la *Ley 61 de 30 de septiembre de 1946, que aprueba el Primer Libro del Código Judicial*⁶.

La situación expuesta pervivió hasta que el legislador panameño separa del Código Civil la parte de Derecho de Familia⁷, y la reagrupa en un Código de la Familia⁸ creado *ex profeso*, pasando por lo tanto esta materia de derecho de alimentos a estar recogida en este texto normativo.

En concreto, la regulación sustantiva se contenía en el Título VII del Libro I, que llevaba por título «De los alimentos» (arts. 377 a 388)⁹ y la regulación procesal vuelve al Código de la Familia, al Capítulo III «De los procedimientos en asuntos de familia», Sección IV «De los procedimientos especiales», Título II, Libro IV. Se trata del segundo procedimiento especial previsto en esta sede y denominado «Del proceso de alimentos»¹⁰.

2. EL CÓDIGO DE LA FAMILIA DE 1994, LA CONVIVENCIA JURÍDICA CON LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

A pesar de la promulgación del *Código de la Familia*¹¹, algunas cuestiones sobre la pensión alimenticia coexisten con lo prevenido en el Código Civil: es el caso de la obligación de los progenitores para con sus hijos y descendientes, o la existente entre los cónyuges en caso de crisis matrimonial, por ejemplo en la sucesión hereditaria y la limitación testamentaria.

En este sentido, debemos diferenciar la obligación legal de prestar alimentos al cónyuge supérstite y la pensión alimenticia a los hijos menores de edad, como limitación a la libertad de testar del cónyuge premuerto; del legado de alimentos. El testador, de un modo voluntario, podrá dejar en su testamento el derecho a que se le pague a alguien una pensión periódica en la que se tenga en cuenta

su subsistencia vitalicia (salvo que el testador establezca otra cosa), que se descontará de la masa hereditaria. Esta cuota podrá determinarla el testador en su testamento o puede ser resuelta por el Juez. En este caso, dispone el artículo 839 del Código Civil de Panamá que «se fijará según el estado y la condición del legatario y el importe de la herencia». Reconoce también esta norma, que el testador que ya venía entregando en vida al legatario cierta cantidad de dinero u otras cosas en concepto de alimentos «se entenderá legada la misma cantidad, si no resultare notable desproporción con la cuantía de la herencia». Cuestión esta que quedará nuevamente al arbitrio del Juez que valorará esta circunstancia. Por lo tanto se trata de una presunción legal.

Conviene tener en cuenta la pluralidad constitucional de la República. Así, desde la independencia de Colombia en 1903, la República de Panamá ha promulgado cuatro Constituciones Políticas, sucesivamente en los años 1904¹², 1941¹³, 1946¹⁴ y 1972 incluyendo en las dos últimas una referencia expresa al derecho de alimentos entre parientes. Por tanto, nuestra materia está prevista en su Carta Magna y, por ende, en la legislación ordinaria, como a continuación tendremos ocasión de constatar¹⁵.

Frente a las anteriores, la Constitución Política de 1972 regula de un modo más amplio el derecho de alimentos: destacamos, en concreto, los artículos 51, 55 y 56 de este cuerpo legal. Y así, el artículo 51 expresa: «El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. —La ley determinará lo relativo al estado civil, protegerá la salud física y moral de los menores y garantizará el *derecho de estos a la alimentación*, la salud, la educación y la seguridad y previsión social».

Por su parte, en el artículo 55 de esta Constitución de 1972 prevé lo siguiente: «La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos. Los padres están *obligados a alimentar*, educar y proteger a sus hijos para que obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual y estos a respetarlos y asistirlos. La ley regulará el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el interés social y el o de los hijos». Finalmente, el artículo 56 recoge: «Los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Todos los hijos son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos hereditarios en las sucesiones intestadas...».

Por tanto, es especialmente reseñable que el Estado proteja, entre otros, a la familia, y que la ley garantizará el derecho de alimentos que tienen los menores. También reconoce la obligación alimenticia a los hijos nacidos fuera del matrimonio, otorgándoles idénticos beneficios, al equiparar todas las filiaciones y sus derechos ante la ley. Igualmente, la patria potestad engloba expresamente, entre otros, a los alimentos en favor de los hijos.

En este punto, la doctrina estima —Jessika TAYLOR (2005, 21)— que esta Constitución no contiene una definición formal del término obligación

alimenticia, sin embargo, en su opinión, aporta una noción importante de lo que engloba «ya que hace concluir que en sí lo que busca el Estado al regular las relaciones de familia, y en especial cuando se ocupa de la materia de alimentos, además de proteger la institución que es el núcleo de la sociedad; persigue preservar y proteger la vida de ciertos miembros del grupo familiar que no pueden valerse por sí mismos o que no poseen un patrimonio suficiente para cubrir sus necesidades básicas».

A su vez, esta última Constitución de 1972 ha sido reformada en 2004, alterando la numeración de los artículos del Título III, Capítulo II «La familia» del 52 al 59, que pasan a ser los preceptos del 56 al 63. Con la reordenación actual de la Constitución Nacional, los preceptos esenciales para este trabajo son: el artículo 56, en el que se establece que el Estado garantizará el derecho de alimentos de los menores; en concreto, declara que «El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La Ley determinará lo relativo al estado civil. El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el *derecho de estos a la alimentación*, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales. Igualmente tendrán derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos».

En relación con la patria potestad y la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, el artículo 59 prevé: «La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos.— Los padres *están obligados a alimentar*, educar y proteger a sus hijos para que obtengan una buena crianza y un adecuado desarrollo físico y espiritual, y estos a respetarlos y asistirlos.— La Ley regulará el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con el interés social y el beneficio de los hijos». Y la igualdad de derechos de todo tipo de filiación, como ya se reconociera anteriormente y actualmente lo hace el artículo 60 al disponer: «Los padres tienen para con sus hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Todos los hijos son iguales ante la Ley y tienen el mismo derecho hereditario en las sucesiones intestadas. La Ley reconocerá los derechos de los hijos menores o inválidos y de los padres desvalidos en las sucesiones testadas».

Finalmente, el legislador panameño quiso reunir en una única norma la regulación de la obligación de alimentos, tanto los aspectos sustantivos cuanto los procesales. De ahí que promulgara la *Ley 42 de 7 de agosto de 2012, General de pensión Alimenticia*¹⁶, no exenta de polémicas sociales y legales a la vista de su contenido. Recoge esta norma en el artículo 93 la derogación expresa tanto de los artículos 377 a 388 (que regulaban los alimentos), cuanto de los artículos 805 a 815 (que llevaba por Título «Del Proceso de Alimentos») del Código de la Familia. Por tanto, actualmente esta Ley de 2012 es la norma reguladora del derecho de alimentos en Panamá.

II. EL DERECHO DE ALIMENTOS COMO DERECHO DE ORDEN PÚBLICO

1. PENSIÓN ALIMENTICIA: CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA, SUJETOS OBLIGADOS Y BENEFICIARIOS

La Ley panameña de 2012 dispone el contenido y alcance de los alimentos de un modo general y categórico en su artículo 5 al señalar que «los alimentos constituyen una prestación económica que debe guardar la debida relación entre los ingresos o las posibilidades económicas de los que están obligados a darlos y de las necesidades de quien o quienes los requieran. Estos comprenden todo lo que es indispensable para satisfacer las necesidades de sustancias nutritivas y comestibles, atención médica y medicamentos, vestuario, habitación y servicios básicos, educación, movilización y recreación». Y continúa recogiendo para el caso de que se trate de personas menores de edad, que además de lo anterior también comprende «todo lo necesario para lograr su desarrollo integral desde la concepción y, si se trata, de personas con discapacidad, todas las ayudas terapéuticas que su condición demande»¹⁷.

El derecho de alimentos es considerado un derecho de orden público, al tener como objetivo el ayudar a la persona más desprotegida, siendo de obligado cumplimiento; un derecho personalísimo; es intransmisible, inherente al alimentante y su único destinatario es el alimentista; es irrenunciable, y como sostiene Nelly CEÑEDO DE PAREDES «al derecho de alimentos se le otorga el carácter de irrenunciable por ser de orden público, social, y siendo los alimentos una de las necesidades básicas para la sobrevivencia del ser humano es deber del Estado tutelar el derecho a la vida»; es inembargable, al ser un derecho de interés social y de orden público, no está sujeto a embargos; es prioritario y preferente a otras obligaciones, dado que debe garantizar la subsistencia del ser humano; es imprescriptible, siempre que lo necesite a pesar de que no se solicite en cuanto se tenga necesidad de él; es proporcional, en función de las necesidades y medios del que debe aportarlos y las necesidades del que los necesite; es variable, pudiendo ser modificado en función de las necesidades y medios del que da los alimentos y del que los recibe, por lo que la cuota, en definitiva, podrá ser aumentada, disminuida en atención a las circunstancias¹⁸.

Por lo tanto, en el artículo anterior, el 5, establece de un modo general y amplio el concepto de alimentos¹⁹, noción que se ampliará si se trata de un alimentista menor de edad así como de una persona con discapacidad, con independencia de su minoría o mayoría de edad. Esta ampliación implica que comprenderá, en el caso de tratarse de un menor de edad, que se consiga su desarrollo integral, desde la concepción, mientras que si se trata de una persona con discapacidad, incluirán mayores ayudas para atender de un modo satisfactorio a su situación y necesidades.

Ahora bien, podrá ampliarse el plazo para recibir alimentos en el caso de que el alimentista por «alguna circunstancia» alcanzara la mayoría de edad y este no hubiera terminado la educación media. En este caso, se prevé que la autoridad competente valore los motivos de la solicitud y conceda o deniegue la solicitud de extensión temporal de los alimentos según las circunstancias del caso en cuestión.

Para el supuesto de que se trate de un hijo mayor de edad que hubiera finalizado la educación media y continuara formándose realizando estudios técnicos, universitarios, licenciatura u otros estudios superiores no universitarios, que le permitirán desempeñar un oficio o profesión, tendrá derecho a la prestación de alimentos, si bien aclara la norma su supeditación a ciertas circunstancias que son: «siempre que se realicen con provecho, tanto en tiempo como en rendimiento académico, hasta un máximo de veinticinco años». La obligación de prestar alimentos cesará si el beneficiario, el alimentista, finalizara sus estudios antes de cumplir el límite de los veinticinco años, o si contrae matrimonio o convive en unión de hecho o pareja de hecho. En estas circunstancias cesarán los alimentos. Por lo cual, la legislación panameña establece un límite para el caso de los hijos mayores de edad que sigan cursando estudios superiores o universitarios, el límite cronológico son los veinticinco años del alimentista.

Asimismo el legislador panameño aclara la partida de «gastos extraordinarios» circunscribiéndolo a unas situaciones concretas. Y así, si surgen gastos extraordinarios de alimentos «tratándose de niños, niñas o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores de sesenta años» se reclamarán ante la autoridad que conoce del proceso, pudiendo si el juez lo considera necesario, celebrar audiencia. Serán gastos extraordinarios de alimentos «aquellos en los que se incurre por causas graves o de necesidad notoria y urgente»²⁰. A su vez, el siguiente precepto, enumera estas circunstancias, y así lo serán «gastos por enfermedad grave o urgente, cirugías urgentes o programadas por enfermedad o accidentes; gastos de culminación de estudios y cualquier otro debidamente comprobado que reúna la característica de notorio y urgente». En puridad, un «cajón de sastre» en el que entraría cualquier otra situación alegada por el alimentista y así determinada casuísticamente por la autoridad judicial como gasto extraordinario. Eso sí, aclara la norma que deben adecuarse al principio de proporcionalidad que rige en esta materia, para así evitar abusos o excesos que en ningún caso pueden ampararse por el Derecho.

Otro extremo detallado por la norma panameña es el relativo a las personas mayores de edad o con discapacidad inhabilitante o profunda debidamente comprobada con la evaluación médica correspondiente, que les impida tener un ingreso, y que tendrán derecho a recibir alimentos «hasta que los requieran»²¹.

2. OBLIGADOS A PRESTAR ALIMENTOS: EL SUJETO O SUJETOS DEUDORES

La obligación de prestar alimentos puede ser analizada desde un punto de vista activo, la persona acreedora o que tiene derecho a los alimentos, el alimentista, pero también desde un punto de vista pasivo, el obligado a prestarlos, el deudor de los alimentos, el alimentante. Pudiéndose, eso sí, alternar y cambiar las posiciones de alimentista y alimentante en función de las necesidades y circunstancias futuras, por lo que al tratarse de un derecho recíproco e imprescriptible, el que hoy sea deudor de la obligación de alimentos podrá el día de mañana —si sus necesidades se han visto sustancialmente alteradas y ahora necesita alimentos— ser acreedor del derecho de alimentos.

Estarán obligados²² recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión legal: los cónyuges; los ascendientes y descendientes, pero hasta el segundo grado de parentesco por consanguinidad o adopción. Ahora bien, aclara la norma que los ascendientes solo estarán obligados si la persona que debe prestarlos en primer lugar siguiendo el orden de prelación establecido, ha fallecido, está en paradero desconocido, padece una enfermedad grave o discapacidad profunda o se encuentre privado de libertad sin fortuna que responda, siendo esta inclusión polémica en Panamá²³. Para acto seguido disponer que los préstamos solicitados por los abuelos para cubrir la pensión alimenticia o para apoyar en los gastos de sus hijos estarán exentos del pago al Fondo Especial de Compensación de Intereses²⁴.

Los hermanos también deben darse alimentos pero solo para cubrir las necesidades económicas básicas del alimentista, y establece una condición, siempre que el alimentista sea un menor de edad o mayor de edad con discapacidad que le imposibilite tener un ingreso y la satisfacción de sus necesidades.

El legislador panameño ha optado en el artículo 15 de la Ley por excluir algunas personas que debido a sus circunstancias tienen dificultades en entregar los alimentos. Por lo que no estarán obligados a prestar alimentos «quienes no puedan hacerlo por sus circunstancias de salud, privación de libertad, extrema pobreza u otra causa previa evaluación y análisis de las pruebas aportadas y de la evaluación social ordenada por la autoridad competente o, a falta de esta, a través de un medio de prueba idóneo que así lo compruebe».

En el caso de que fueran varios los posibles alimentantes, o personas obligadas a dar alimentos, se establece un orden de prelación legal que deberá seguirse: en primer lugar, los cónyuges, en segundo, los descendientes de grado más próximo, a continuación, los ascendientes de grado más próximo, y finalmente y en defecto de los anteriores, los hermanos. Eso sí, en el caso de que alguna de las personas llamadas en grado anterior no estuviera en condiciones de soportar la carga en todo o en parte, la obligación en todo o en parte será asumida por las personas llamadas en grado posterior²⁵.

Ahora bien, cuando sean dos o más las personas obligadas a dar alimentos, se repartirá el pago de la pensión en proporción a sus respectivos caudales. Se exceptúa el caso de la urgente necesidad y circunstancias especiales, en los que la autoridad competente podrá obligar a la prestación provisional por parte de uno solo de ellos, teniendo claro está un derecho de reclamación a los demás obligados en la parte que les corresponda.

III. EL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA: MODIFICACIÓN, SUSPENSIÓN Y TERMINACIÓN

La pensión alimenticia, en términos generales y en principio se realizará a través de una prestación económica²⁶, siendo excepcional el pago en especie²⁷. Y así lo establece el artículo 5 de la Ley, reiterándolo y aclarándolo su artículo 17. En este sentido, la sentencia judicial que reconozca los alimentos, recogerá la forma y fecha de pago, incluyéndose entre las formas de cobro el descuento directo del salario o remuneraciones del obligado en favor del beneficiario o su acreditación a una cuenta de ahorros del Banco Nacional de Panamá o de otra entidad bancaria, si las partes están de acuerdo y lo solicitan para el pago exclusivo de la pensión alimenticia.

Si las partes así lo acuerdan y tras comprobar que la parte reclamante presta su consentimiento, la autoridad competente podrá establecer que una porción del pago sea en especie, debiendo esta corresponder a la suma líquida que se dejará de consignar en efectivo, conforme a lo establecido como pensión alimenticia. Si no hay consenso entre las partes, será la autoridad competente la que resuelva el pago en especie de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Se establece una preferencia de la pensión alimenticia²⁸, siendo esta inembargable y preferente, sin excepción, sobre cualquier otra deuda del obligado a darla, no estando sujeto el pago de esta a los porcentajes y limitaciones establecidos para descuentos directos fijados en otras leyes. En caso de despidos o ceses laborales, la pensión alimenticia decretada se descontará por adelantado de las liquidaciones correspondientes por un mes. Por lo tanto, el empleador deberá poner en conocimiento de la autoridad el monto de la liquidación, siempre que conozca la existencia de la pensión alimenticia, claro está. Finalmente establece que el crédito alimenticio podrá afectar cualquier ingreso que perciba el alimentante.

Ahora bien, los alimentos podrán verse modificados, ya sea aumentándolos o reduciéndolos en proporción al aumento o a la disminución de las necesidades del alimentista y del caudal y medios del alimentante, debiendo, eso sí, tratarse de importantes cambios con el fin de evitar continuas demandas solicitando la modificación de la cuota alimenticia por ambas partes.

Existe la posibilidad de que las partes y a la vista de un cambio sustancial²⁹ en la situación económica de las partes, soliciten una revisión de la cuantía de la pensión alimenticia definitiva, por lo que cualquiera de las partes, transcurridos seis meses, podrá instar la revisión, siempre que aporte pruebas que fundamenten su petición, salvo que se trate de un caso de enfermedad inhabilitante de alguno de los obligados a dar alimentos que le impida ejercer un oficio o arte u obtener ingresos, procediendo de manera inmediata la revisión de la cuota. Si la pretensión de aumento, rebaja o suspensión resulta ser justificada, la autoridad competente la admitirá, fijando una fecha para la audiencia. Si finalmente procede la revisión de la cuota, desde la fecha de la resolución respectiva surtirá efectos, no procediendo a devolver las sumas de dinero recibidas en concepto de pensión alimenticia en los casos de rebaja o suspensión de la misma.

La norma panameña establece en su artículo 24, que ante la posibilidad de que el solicitante o la persona que tenga derecho a recibir los alimentos hiciera un uso indebido o diera un uso distinto a la pensión alimenticia que está recibiendo, podrá la autoridad competente establecer que se encargue otra persona de la administración de la pensión durante el tiempo necesario, siendo preferible que sea un familiar, debiendo redactar un informe de la administración, así como deberá rendir cuentas de su encargo, cuando le sea requerido.

Asimismo recoge diversas causas que por su gravedad provocan la suspensión de la obligación de dar alimentos durante el tiempo que dure la causa originadora, y así en concreto, si los ingresos o la capacidad económica del obligado a darlos se ha limitado de tal modo que no puede prestarlos sin poner en peligro su propia subsistencia, pero exceptúa las pensiones alimenticias fijadas en favor de sus hijos menores de edad o mayores de edad con discapacidad profunda, no siendo posible la suspensión en estos casos; igualmente se suspenderá si existen circunstancias o el estado de salud del alimentante le imposibilita realizar alguna actividad que le permitiera tener ingresos para darlos o en caso de tenerlos que sean insuficientes para cubrirlos sin afectar a su propia subsistencia o a la de sus hijos menores de edad, y exceptúa las pensiones fijadas en favor de sus hijos menores de edad o mayores de edad con discapacidad profunda o sujetos a patria potestad prorrogada. Otra causa tiene que ver con que el alimentista, si es mayor de edad, pueda ejercer o esté ejerciendo un oficio, profesión o industria o haya adquirido un destino o haya mejorado su fortuna, por lo que no le es necesaria para subsistir la pensión alimenticia. Finalmente, que el alimentante reciba en su casa al alimentista, previa resolución judicial dictada en este sentido.

Si acabamos de mencionar que es posible la suspensión de la obligación alimenticia, también lo será su terminación y cese por unas causas legales tasadas. Por lo tanto, en concreto se extinguirá: si el alimentista alcanza la mayoría de edad, exceptuando los casos tasados en la ley, como es una discapacidad severa o si se trata de un mayor de edad estudiante, por ejemplo; la emancipa-

ción del hijo alimentista; la disolución del vínculo matrimonial (sin perjuicio del derecho que tiene el cónyuge inocente); así como por el fallecimiento del alimentista o del alimentante.

En cuanto al cese de la obligación alimenticia, señala el artículo 27 de la Ley 42 de 2012 que en los casos establecidos para la terminación (regulados en el artículo 26 de la Ley) se podrá decidir la terminación de la obligación de alimentos sin necesidad de dar audiencia aportándose con la solicitud prueba documental suficiente que demuestre la pretensión³⁰.

IV. CONTROVERSIAS SOBRE LA PRUEBA PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PENSIÓN PRENATAL Y LOS ALIMENTOS EN FAVOR DEL CONCEBIDO

Regula la norma panameña en sus artículos 28 a 30, el supuesto de una pensión alimenticia prenatal en favor del concebido, que se confiere a la mujer embarazada para garantizar el óptimo desarrollo físico durante la gestación, nacimiento y lactancia. Ha de ser instada mediante declaración jurada de la mujer embarazada en presencia judicial. En el caso de que la embarazada sea menor de edad, podrá solicitarla ella directamente o su representante legal.

Ha sido criticada esta formulación, ya que basta la declaración jurada (sin otro principio de prueba) para que pueda ser imputada la pensión prenatal. De modo que esta paternidad, después de practicarse unas pruebas de ADN, podría evidenciar que no se corresponde con la declaración jurada hecha en su momento, por lo que tales extremos habrían de ser trasladados al Ministerio Público. En este caso se permite que el afectado promueva una acción restaurativa dentro del proceso penal³¹.

Esta pensión ya existía en el Código de Familia, se trataba de otra protección y amparo a los menores contenida en el Libro II «De los menores», y en concreto en su capítulo II «De los derechos fundamentales del menor», entre los que aparece recogida la pensión alimenticia prenatal, regulada en el artículo 489 del CF «todo menor tiene derecho a: 1) la protección de su vida prenatal». Lo que implica el derecho a que la madre reciba una adecuada atención alimenticia y de salud, durante el embarazo. En el artículo 493 del CF también se reconoce a la mujer embarazada que «tiene derecho a trato preferente en la utilización de servicios públicos y sociales, particularmente en el transporte, en la atención médica u hospitalaria y, en general, cuando requiera proteger su salud y la del que está por nacer, incluido el de recibir pensión alimenticia prenatal y durante la lactancia por parte del padre».

Ahora bien, como recuerda STAFF WILSON (1996, 61), la redacción del precepto puede obligar de un modo arbitrario y subjetivo a un supuesto padre a pagar esta pensión alimenticia prenatal sin que dicha paternidad haya sido

previamente determinada y comprobada en un proceso de filiación, por lo que se conculcaría el artículo 32 de la Constitución Nacional de Panamá. Esta autora no está en contra de la pensión prenatal, sino de la deficiente técnica legislativa que recomienda otra redacción alternativa para evitar situaciones injustas. En definitiva, el *quid* reside en el imprescindible principio de prueba, y la aportación de datos irrefutables sobre la paternidad del presunto padre o, en su caso, la posible contradicción de la paternidad imputada³².

Por su parte, esta pensión prenatal estará compuesta por todo lo indispensable para satisfacer las necesidades de control médico, medicamentos y gastos del parto; de vestido para la embarazada si es menor de edad, y gasto de mobiliario y ropas para el recién nacido; y finalmente, los demás requerimientos del nacido desde que son solicitados hasta los tres meses después de su nacimiento.

Finalmente, la cuota de esta pensión prenatal será fijada de modo proporcional considerando la capacidad del obligado a darla y las necesidades de la embarazada y del concebido, en función de las pruebas aportadas en el proceso y que justifiquen su establecimiento y determinación.

V. MEDIDAS DE EJECUCIÓN Y CUMPLIMENTO ANTE LA NO CONSIGNACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTICIA

1. PREVISIONES LEGALES: APREMIO TRABAJO SOCIAL COMUNITARIO, «SUSPENSIÓN DEL PAZ Y SALVO MUNICIPAL», INHABILITACIÓN PARA CONTRATAR CON EL ESTADO O MUNICIPIO

La Ley 42 de 2012 recoge las medidas que podrá acordar la autoridad competente, caso de incumplimiento del alimentante y no consignación de la cuota alimenticia en la fecha y condiciones establecidas.

En particular, el alimentista podrá solicitar una o varias de estas medidas: «apremio corporal hasta un plazo de treinta días», de conformidad al artículo 31.1 de la Ley 42 de 2012: «En caso muy calificado de ocultación del deudor de la pensión alimenticia, para evitar el apremio, la autoridad podrá ordenar el allanamiento, que se efectuará con las formalidades que dispone el Código Judicial y previa resolución que lo autoriza, pudiendo comisionar de acuerdo con lo dispuesto en este Código.— Una vez declarado el desacato, remitirá lo resuelto al sistema de verificación de la Policía Nacional para que haga efectiva la orden emanada de la autoridad». La sanción por desacato regulada en el artículo 73 de la Ley 42 de 2012. La autoridad competente a instancia de parte podrá sancionar de inmediato por desacato al obligado en el proceso de alimentos hasta con treinta días de arresto a partir de la notificación de la resolución. Se entenderá que el demandado está en desacato «cuando no pague la cuota alimenticia en la forma y condiciones establecidas».

También podrá solicitar trabajo social comunitario, «suspensión del paz y salvo municipal»³³, inhabilitación para contratar con el Estado o municipio durante un plazo igual al que adeuda por el impago de la pensión alimenticia.

La penalización de la pensión de alimentos surge en Panamá, en palabras de Belquis Cecilia SÁEZ NIETO³⁴, ante el cuantioso número de personas que sencillamente no pagaba la pensión alimenticia. Con la finalidad de solucionar este problema, se imponen sanciones privativas de libertad a los que incumplen la obligación de alimentos, como su exigibilidad por la vía de apremio corporal³⁵, así como otras normas del Código Penal que prohibían la salida del país a los que tuvieran deudas de pensiones alimenticias.

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE PROHIBICIÓN DE SALIDA DEL PAÍS: LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE 29 DE MAYO DE 1996

La Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 29 de mayo de 1996, dispone sobre el artículo 807 del Código de Familia y su inconstitucionalidad: «Para hacer efectiva la prestación de alimentos, el juzgador ejecutará y ordenará de oficio el descuento directo del salario y remuneraciones del obligado a favor del beneficiario y podrá, a petición del interesado y sin necesidad de caución alguna, ordenar el secuestro de bienes para asegurar su cumplimiento, e incluso decretar el impedimento de salida del país al obligado. Si el empleador o persona que deba realizar el descuento directo o la retención por secuestro, si fuere el caso, no lo hace, queda responsabilizado solidariamente en la obligación de dar alimentos, sin perjuicio de la sanción que le corresponde por desacato».

Considera el Pleno que la última frase del artículo 807, sobre el impedimento de salida del país del obligado que incumplió su obligación de alimentos, es inconstitucional por contravenir el contenido del artículo 27 de la Constitución Política de Panamá, en concreto la garantía constitucional de libre tránsito. Para la Profesora Belquis SÁEZ NIETO (2003, 227), con esta sentencia y la declaratoria de inconstitucionalidad, ningún juez prohibirá la salida del país de un alimentante que incumple su obligación de alimentos, por lo que una gran cantidad de personas, nacionales y extranjeros incumplirán el pago de la pensión sin consecuencia alguna. Está en contra de esta decisión y considera que no viola la garantía del libre tránsito del artículo 27 de la Constitución Nacional, porque no son libertades absolutas. Además, en su opinión, cumple con el mandato del artículo 52 de la Constitución Nacional en la que se establece la obligación de proteger la salud de los menores, ancianos, y enfermos, y de garantizar los alimentos³⁶.

Al margen de lo anterior, también existe el secuestro especial³⁷ de los bienes del alimentante, si este no consigna la cuota o pensión alimenticia en tiempo y forma, pudiendo el juez de ejecución, a instancia de la persona interesada,

ordenar el secuestro especial sobre los bienes del que incumplió el pago de la pensión de alimentos.

Igualmente, se regulan otras medidas adicionales para el caso de que el obligado a dar alimentos, tras haberse decretado su obligación, renuncie, abandone el trabajo o realice algún acto para ser insolvente o eludir el pago de la pensión alimenticia, sin perjuicio de posibles sanciones penales por incumplimiento de los deberes familiares o de maltrato patrimonial, además de las medidas anteriores, esto es medidas por incumplimiento, la autoridad competente declarará vencida la obligación y ordenará de oficio el secuestro especial de sus bienes. En este caso, ordenará también la publicación de la decisión en un medio de comunicación escrito de circulación nacional, durante tres días consecutivos, corriendo los gastos de esta publicación a cargo de la parte interesada³⁸.

Ahora bien, si las partes fueran citadas por la autoridad competente en un proceso de alimentos y rehusara injustificadamente su comparecencia o evadiera la citación para concurrir ante la autoridad, podrá ser trasladada ante esta mediante orden de conducción³⁹. Y así la Policía Nacional que reciba de oficio de la autoridad de policía, del Ministerio Público o del Órgano Judicial para la conducción del requerido en el proceso de alimentos, deberá retenerlo y conducirlo de forma inmediata ante el funcionario requirente⁴⁰.

Podrá cualquier persona interesada solicitar al juez de ejecución, ante la falta de consignación de la cuantía de alimentos en la fecha y condiciones acordadas, que se ordene el secuestro especial en materia de pensiones alimenticias sobre los bienes del alimentante, como señala el artículo 32 de la Ley 42 de 2012, no requiriéndose la asistencia de abogado.

3. ESPECIALIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL Y LOS JUZGADOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: LA POSIBLE APLICACIÓN DE SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Interesa destacar algunos aspectos novedosos de esta Ley relativos a la creación de forma progresiva, empezando en el año 2013 hasta el 2015, de un juzgado especializado en la cabecera del respectivo distrito, el Juzgado de la Niñez y Adolescencia⁴¹, que conocerá en primera instancia, los procesos de alimentos, junto con los Juzgados Municipales de Familia y los Corregidores; las pensiones alimenticias prenatales, con carácter privativo; así como la autorización de venta, hipoteca y cualquier transacción de bienes de personas menores de edad, también en exclusiva. Así mismo, se establece la competencia de estos juzgados, en primera instancia, para atender a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en diferentes situaciones de riesgo social, y que enumera la norma⁴².

Otra novedad de esta norma es la creación junto con el Juzgado que acabamos de indicar, en las jurisdicciones de familia y de niñez y adolescencia,

de los Juzgados de Ejecución de pensiones alimenticias con competencia en su distrito⁴³, también a partir del 2013, y tendrán como finalidad la efectividad de las órdenes de pago de las pensiones alimenticias resolviendo lo oportuno también en caso de incumplimiento de las mismas⁴⁴.

La Ley también configura la posibilidad de someter la pensión alimenticia a la mediación como método alternativo de resolución de conflictos. Y así, en el artículo 50 recoge ambas modalidades, bien la mediación extrajudicial, bien la judicial.

En cuanto a la posibilidad de someterse a la mediación extrajudicial, podrán acudir las partes a los Centros de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos ya sean públicos o privados reconocidos. En caso de llegar las partes a un acuerdo de mediación, este será de obligado cumplimiento desde la firma de los interesados y del mediador, eso sí, se establece que lo será siempre y cuando no se vulnere el interés superior del alimentista, ni normas de orden público, ni las convenciones internacionales. Si el acuerdo no fuera cumplido, se podrá instar su ejecución ante la autoridad competente⁴⁵.

Por lo que a la mediación judicial se refiere, las partes podrán una vez iniciado el proceso judicial, proponer la mediación judicial para así someter sus diferencias ante los «Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial». El juez, si así lo estima conveniente, podrá proponer a las partes la mediación judicial. Así mismo podrán someterse a mediación las solicitudes de rebajas y aumento de las pensiones alimenticias, en caso de instarlo voluntariamente las partes o si el juez lo considerara pertinente⁴⁶.

La competencia para conocer estos procesos de alimentos, la ostentan en primera instancia⁴⁷, los Jueces Municipales de Familia; los Jueces Municipales de Niñez y Adolescencia⁴⁸ y finalmente, los Corregidores. Los dos primeros ventilarán las pensiones alimenticias provisionales en los procesos de filiación mientras se tramite el procedimiento.

En el caso de que no existan Jueces Municipales de Familia ni Municipales de la Niñez y Adolescencia, estos procesos de alimentos serán vistos en primera instancia por los Jueces Municipales de la Jurisdicción Ordinaria y los Corregidores.

Por su parte, conocerán de los procesos de alimentos en segunda instancia⁴⁹ los Juzgados Seccionales de Familia, de las apelaciones contra las decisiones de los Jueces Municipales de Familia (o los Jueces de justicia ordinaria, hasta que se creen los Juzgados Seccionales de Familia). De las apelaciones interpuestas contra las decisiones de los Jueces Municipales de Niñez y Adolescencia, las conocerán los Juzgados de Niñez y Adolescencia (o los Tribunales Superiores de Niñez y Adolescencia, en tanto no se instauren los Juzgados Municipales de Niñez y Adolescencia). Y las Alcaldías conocerán las apelaciones planteadas contra las decisiones de los Corregidores.

Una vez se dicte la sentencia o resolución relativa a los alimentos por parte de las autoridades competentes, estas deberán remitir a la Dirección Regio-

nal del Registro Civil que corresponda a su jurisdicción las resoluciones que establezcan, modifiquen, suspendan o cesen la obligación de alimentos. Una vez recibida esta resolución, la Dirección Regional del Registro Civil hará una anotación en la inscripción de nacimiento tanto del alimentista como del alimentante, conteniendo la cuantía de los alimentos así como la resolución o sentencia en la que se establecen. Esta anotación tiene un carácter restringido, siguiendo los principios de reserva y confidencialidad establecidos en el proceso de alimentos⁵⁰, no pudiendo recogerse esta información, por tanto, en los certificados de nacimiento que se soliciten (salvo que sea instado por autoridad competente en materia de alimentos).

VI. CONCLUSIONES

I. La publicación de la Ley 42 de 2012 que unifica la materia de alimentos, tanto en sus aspectos sustantivos como adjetivos en una única norma, facilita la ordenación legislativa en la materia

II. La regulación del procedimiento así como los órganos que conocerán de los asuntos de alimentos en Panamá, actualiza y moderniza la regulación legislativa así como procedural y práctica en aquel país.

III. Según las estadísticas oficiales el incumplimiento por parte de los obligados al pago de la pensión de alimentos parece ir *in crescendo* con el paso de los años. Esto es lo que debió de plantearse el legislador panameño cuando redactó la norma: intentar frenar, dificultar o al menos disminuir la tasa de incumplimiento del pago; así como facilitar y hacer más sencilla la tramitación y solicitud de los alimentos por parte de los acreedores o solicitantes de la pensión alimenticia.

IV. Solo el tiempo dirá si se han cumplido, las que nosotros consideramos, pretensiones del legislador panameño, dado que en la Ley 42 de 2012 no hay un preámbulo ni una exposición de motivos que acompañe al texto y que nos dé indicios de los designios y motivaciones del legislador.

V. Ha sido la doctrina y jurisprudencia quien ha hecho la labor de crítica, examen, recapitulación de datos con o que dar con las claves legales. Novedades que se incorporan en la norma, algunas aceptadas por la doctrina panameña, mientras que otras han planteado ciertas dudas y recelos, como lo es la subrogación a los abuelos en el caso de impago o incapacidad (total o parcial) por parte de sus hijos de hacer frente a la obligación alimenticia contraída.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AROSEMENA GUARDIA, R. (1956). Breve reseña sobre la nueva Ley de Alimentos (Ley 54 de 1954). *Anuario de Derecho*, (mayo de 1955 - enero de 1956), año 1,

- núm. 1, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Centro de Investigación Jurídica), Panamá, 173-176.
- CEDEÑO DE PAREDES, N. (2009). Progresos de la pensión alimenticia para el bienestar de la familia, juventud, y niñez en Panamá, Trabajo presentado a la VIII Conferencia Iberoamericana sobre Familias, Argentina, disponible en http://www.rediberoamericana-nadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/pan_cedenodeparedesnelly.pdf
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil, Tomo 1*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- «Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Tercer y Cuarto informes periódicos que los Estados Partes debían presentar en 2008. Panamá». Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de Naciones Unidas, de 31 de marzo de 2009, distribución general con fecha de 27 de enero de 2011. http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.PAN.3-4_sp.pdf
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho civil 6, Derecho de Familia*, Madrid: Marcial Pons. 13.^a ed.
- MONSERRATE ORTIZ, L. A. (2002). *Incumplimiento en el pago de pensión alimenticia como forma de maltrato al menor*, Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho, Biblioteca Demófilo De Buen (Facultad de Derecho), Universidad de Panamá.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2010). El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*, *RCDI*, 721, 2010, 2406-2425.
- NAVARRO, R. (1962). El derecho de alimentos en la legislación panameña. *Anuario de Derecho*, núm. 5, año V, 1961-1962, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Centro de Investigación Jurídica), Panamá, 51-68.
- POUS DE LA FLOR, M.^a P. y LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2010). Investigación de la paternidad y derechos fundamentales: su protección jurisdiccional. En: A. Montoya Melgar (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (pp. 621-638).
- PITTÍ, U. (1995). El Derecho de Familia. *Revista NOVUM IUS*, Asociación Nueva Generación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, núm. 10, octubre, 369-374.
- RODRÍGUEZ-ARIAS, L. (1956). La ley de alimentos y la organización familiar (Ley 54 de 1954). *Anuario de Derecho*, (mayo de 1955 - enero de 1956), año 1, número 1, Universidad de Panamá, 169-172.
- SÁEZ NIETO, B. C. (2012). *Jurisprudencia de pensión alimenticia 1990-2012. Cuaderno núm. 1*, 20 de junio de 2012, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Centro de Investigación Jurídica).
- (2003). Algunas reflexiones sobre las deudas morosas de pensión alimenticia. *Anuario de Derecho*, núm. 30-31, año XXVII, 2001-2002, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Centro de Investigación Jurídica), Panamá, 219-224.
- SALDAÑA MORENO, Y. M. (2009). *Ánalisis Jurisprudencial de la penalización de la pensión alimenticia*, Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho, dirigida por la Prof. Belquis Sáez, Biblioteca Demófilo De Buen (Facultad de Derecho), Universidad de Panamá.

- STAFF WILSON, M. (1996). *Estudios de Derecho de Familia*, Universidad de Panamá-Instituto de la Mujer. Panamá: Imprenta Universitaria.
- TAYLOR, J. (2005). *Las deudas de pensión alimenticia en la jurisprudencia panameña*, Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho, Dirigida por la Prof. Belquis Sáez, Biblioteca Demófilo De Buen (Facultad de Derecho), Universidad de Panamá.
- YÁÑEZ VIVERO, F. (2013). Alimentos e insolvencia familiar: la reforma concursal española y la experiencia italiana. *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 97, Mes 3, 3-39.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 8 de noviembre de 1935 (Auto).
- Corte Suprema de Justicia, de 29 de mayo de 1996 (Sentencia).
- Corte Suprema de Justicia, de 17 de abril de 2008 (Sentencia).
- Corte Suprema de Justicia, de 1 de octubre de 2010 (Sentencia).

NOTAS

¹ Publicado en la Gaceta Oficial núm. 2.404 de 22 de agosto de 1916. En el artículo 1802 del CC se establece que empezará a regir desde el 1 de julio de 1917. Este Código consta de un Título Preliminar y Cuatro Libros: el Primero «De las Personas» (Títulos I a XIX), el Segundo «De los Bienes y de su dominio, posesión, uso y goce» (Títulos I a XIII); el Tercero «De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos» (Títulos I a VI); el Cuarto «De las obligaciones en general y de los contratos» (Títulos I a XVIII) y finalmente, el Libro Quinto «Del Notariado y el Registro Público» (Títulos I y II). El Código Civil consta de un total de 1802 artículos.

² Es interesante el estudio sobre las reformas legislativas en materia de alimentos tanto en el aspecto sustantivo cuanto en el adjetivo que realiza NAVARRO, R. (1962). El derecho de alimentos en la legislación panameña. *Anuario de Derecho*, núm. 5, año V, 1961-1962, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Centro de Investigación Jurídica), Panamá, pp. 51 y sigs.

³ La regulación legal del deber de alimentos en España, cuestión que no trataremos en este texto, se encuentra recogida en el Título VI «De los alimentos entre parientes» del Libro I, artículos 142 a 153 del Código Civil. Sobre los alimentos entre parientes, *vid.* los comentarios que realiza a estos preceptos DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil, Tomo 1*, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 523 y sigs. Igualmente, y *vid.* por todos de mi Maestro, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014). *Principios de Derecho civil 6, Derecho de Familia*, Madrid: Marcial Pons, 13.^a ed.

⁴ En concreto, esta regulación se encontraba en el Título XVI, Libro I que llevaba por título «De los alimentos que se deben por ley a ciertas personas». En la *Ley 60 de 1946 por medio de la cual se desarrollan los artículos 54, 56, 57, 58, 59, 61, 62 y 71 de la Constitución Nacional y se reforman los Códigos Civil, Judicial y fiscal y se reorganiza el Registro del Estado Civil*, además de modificar el derecho procesal del juicio de alimentos, también afecta al derecho sustantivo. En particular, en el Código Civil se altera la redacción de los artículos 234 y 111; por lo que se refiere al artículo 240 sería retocado por la Ley 85 de 20 de diciembre de 1928.

⁵ http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.PAN.3-4_sp.pdf (fecha de última consulta agosto de 2013).

⁶ En el Título III de la *Ley 60 de 1946 por medio de la cual se desarrollan los artículos 54, 56, 57, 58, 59, 61, 62 y 71 de la Constitución Nacional y se reforman los Códigos Civil, Judicial y fiscal y se reorganiza el Registro del Estado Civil*, se incluyen unas modificaciones a los artículos 1370, 1375, 1378 del Código Judicial, relativos al juicio de alimentos. Igualmente recoge unas modificaciones de derecho sustantivo que afectan al Código Civil en esta parte de derecho de alimentos, y, así, se modifican los artículos 234 y 111 del Código Civil. Otras normas posteriores que afectaron a los aspectos adjetivos en materia de alimentos, son la *Ley 24 de 19 de febrero de 1951, por la cual se crea el Tribunal Tutelar de Menores*; la *Ley 54 de 23 de diciembre de 1954 por la cual se reorganiza el régimen procesal de alimentos*.

⁷ Siguiendo al Profesor Ulises PITTI, el «Derecho de familia por definición es el menos privado de los derechos y a su vez el más humano de los derechos», en su opinión, «la realidad social de este derecho es ahora el reto de todos como el legado generacional; fundamentado en una nueva estructura legal, para la sociedad del siglo XXI. Ello solo podrá lograrse con una mejor concepción de la solidaridad del hombre y de la mujer, que piensen y defiendan su familia presente y futura, demandando políticas sociales efectivas por parte del Estado y también, la globalización sin fronteras para superar los escollos de la destrucción del medio ambiente, la evolución demográfica y la pobreza crítica que alcanza a más del 50% de las familias panameñas» [PITTI, U. (1995). El Derecho de Familia. *Revista NOVUM IUS*, Asociación Nueva Generación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, núm. 10, octubre, p. 372].

⁸ Sin embargo, hay en este Código diversos apartados sobre la existencia de los alimentos. Y así, en el Título I, Capítulo IV, Sección I, artículo 78, párrafo Segundo «De los derechos y deberes de los cónyuges», en sede de la regulación del Título I «Del matrimonio». Dispone este precepto: «Los cónyuges se deben reciprocamente respeto y protección». En esta protección recíproca que tienen los cónyuges se incluirán los alimentos. Igualmente, el artículo siguiente, el 79 señala expresamente: «El marido y la mujer están obligados a contribuir en los gastos de alimentos y otros de la familia. Cada cónyuge contribuirá en proporción a su estado económico en dichos gastos». La no aportación económica para la subsistencia de la familia por parte de uno de los cónyuges, pudiendo hacerlo, ha sido calificada por algunos tratadistas de maltrato económico [vid. TAYLOR, J. (2005). *Las deudas de pensión alimenticia en la jurisprudencia panameña*, Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho, dirigida por la Prof. Belquis Sáez, Biblioteca Demófilo De Buen (Facultad de Derecho), Universidad de Panamá, p. 22]. En cuanto a la relación paterno-filial, recoge entre uno de los deberes y facultades que comprende la patria potestad, los alimentos. Y así se reconoce en el Código de la Familia, en su Título IV, Capítulo II «Del ejercicio de la patria potestad», artículo 319: «La patria potestad con relación a los hijos e hijas comprende los siguientes deberes y facultades: 1) Velar por su vida y salud, tenerlos en su compañía, suplir sus necesidades afectivas, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral...». Destaca este Código que a pesar de la pérdida o la suspensión de la patria potestad «no eximen a los padres de la obligación de proporcionar alimentos a sus hijos o hijas». Recordemos que la obligación legal de alimentos es una obligación recíproca e imprescriptible, por lo que los hijos estarán obligados a prestar alimentos a sus ascendientes en el caso de necesitarlos.

⁹ En este Código de Familia no se recoge una definición de la obligación alimenticia, si bien describe su contenido y las personas implicadas en esta relación legal de alimentos.

¹⁰ Desde la entrada en vigor de este Código de la Familia, la regulación procesal en materia de alimentos pasó a este Cuerpo legal, según dispuso su artículo 838: «A partir de la vigencia de este Código, quedan derogadas todas las disposiciones legales referentes a la familia y a los menores, así como las demás leyes especiales que en esta materia sean contrarias o incompatibles con el presente Código». De modo que las anteriores leyes procesales están derogadas.

¹¹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 22.591 de 1 de agosto de 1994. Este Código de la Familia consta de Cuatro Libros intitulados: Libro Primero «De las relaciones familiares»

(consta de un Título Preliminar y IX Títulos, y de los artículos 1 a 483); Libro Segundo «De los menores» (consta de un Título Preliminar y XII Títulos, concretamente los artículos 484 a 568); Libro Tercero «De la participación del Estado en la política familiar» (consta de IV Títulos, y los artículos 569 a 736); el Libro Cuarto «De la Jurisdicción y de los procesos» (un Título Preliminar y III Títulos, en concreto, los arts. 737-839). Este Código entró en vigor el 3 de enero de 1995, tal y como establece su artículo 839.

¹² En relación con la primera Constitución de Panamá, de 1904, sostiene SALDAÑA que «no poseía una norma que regulara el estatuto familiar y mucho menos el derecho de alimentos, puesto que la misma se caracterizó por ser eminentemente individualista, no haciendo partícipe, ni reconociendo derechos sociales tales como los derechos reconocidos a la familia, al trabajo, a la cultura nacional, educación, entre otras». Para esta autora no se recogía este deber en la norma porque se trataba más bien de un deber moral [vid. SALDAÑA MORENO, Y. M. (2009). *Análisis Jurisprudencial de la penalización de la pensión alimenticia*, Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho, Dirigida por la Prof. Belquis Sáez, Biblioteca Demófilo De Buen (Facultad de Derecho), Universidad de Panamá, p. 10].

¹³ En esta Constitución Nacional de 1941, aparecen por primera vez reconocidos ciertos derechos sociales del individuo, algunos en materia de familia, recogidos en el Título III «De los derechos y deberes individuales y sociales» mencionándose expresamente el concepto de patria potestad, en su artículo 52.3.^º, por lo que de un modo indirecto, se estaría haciendo una referencia indirecta al derecho y a la obligación de alimentos que tienen los padres hacia sus hijos *in potestate*. Igualmente en el apartado 6.^º, podríamos encontrar la justificación legal para que el legislador regulara el cumplimiento de la pensión alimenticia, y así satisfacer las necesidades para el «desarrollo moral, intelectual y físico» de niños y jóvenes (como establece la norma). Siguiendo estos comentarios, se infiere del apartado 7.^º también de modo indirecto la protección de la maternidad y la familia, que podría ser el origen de la pensión alimenticia prenatal, regulada posteriormente [como sostuvo MONSERRATE ORTIZ, L. A. (2002). *Incumplimiento en el pago de pensión alimenticia como forma de maltrato al menor*, Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho, Biblioteca Demófilo De Buen (Facultad de Derecho), Universidad de Panamá, p. 9]. Concretamente, recogía este precepto: Artículo 52: «La Ley determina lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes deberes y derechos de estas con sujeción a las siguientes reglas: —1º. La familia estaría bajo la salvaguarda especial del Estado; 2º. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos cónyuges y podrá ser disuelto por divorcio de acuerdo. 3º. La patria potestad es un conjunto de deberes y derechos que tienen los padres en relación con los hijos. 4º. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. 5º. La ley regulará la investigación de la paternidad; 6º. La ley proveerá lo necesario y conveniente para la debida protección de la maternidad y de la infancia, y para el desarrollo moral, intelectual y físico de la niñez y la juventud, 7º. El Estado velará por el fomento social y económico de la familia y podrá organizar el patrimonio familiar de las clases pobres, obreras y campesinas, determinando los bienes que deben constituirlo sobre la base de que será inalienable y estará al amparo de toda persecución social».

¹⁴ De la Constitución Nacional de 1946, también en el Título III «De los derechos y deberes individuales y sociales», nos interesa destacar sus artículos 58 y 59, en los que parece que es indiferente el estado civil de los padres así como la filiación del padre con respecto al hijo en el caso de solicitar la pensión alimenticia. Desapareciendo, por lo tanto, cualquier discriminación por motivo de filiación, prohibiéndose, por tanto, cualquier declaración que señalare alguna diferencia en los nacimientos o estado civil de los padres en las actas de nacimiento, atestado, partida o certificado de bautismo, o cualesquiera otra certificación respecto a la filiación. En esta Constitución se establece por primera vez la obligación de los padres de alimentar a sus hijos y el deber de los hijos de asistir a sus padres.

¹⁵ Para Jessika TAYLOR esta relación obligatoria es muy particular puesto que la origina el vínculo familiar de los intervenientes, porque de no existir ese nexo del parentesco, ya sea por consanguinidad, afinidad o adopción, esta obligación no existiría «y aunque posee un

elemento marcadamente patrimonial, su fundamento es de orden moral y ético». «Para el Estado la protección de la institución familiar y por ende el bienestar y salud de sus miembros reviste una importancia que va más allá de las garantías que existían para las relaciones entre parientes en la esfera privada» (TAYLOR, 2005, pp. 23 y 24).

¹⁶ Esta norma fue publicada en la Gaceta Oficial núm. 27.095 de 8 de agosto de 2012, y entró en vigor al día siguiente de su publicación, como establece su artículo 94.

¹⁷ La Sentencia del Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, de la Corte Suprema de Justicia, de 17 de abril de 2008, cuya ponente fue Judith Cossú de Herrera, resolvió un recurso de apelación en un proceso de pensión alimenticia, estableciendo que los padres debían cubrir no solo las necesidades económicas sino también afectivas para que los menores tuvieran un buen desarrollo, dado que es de suma importancia para estos de cara a su futuro, teniendo sus progenitores los mismos deberes para con sus hijos con independencia de la filiación de la prole siguiera o no en vigor el vínculo matrimonial [*vid.* Belquis Cecilia SÁEZ NIETO, B. C. (2012). *Jurisprudencia de pensión alimenticia 1990-2012. Cuaderno núm. 1, 20 de junio de 2012*, Centro de Investigación Jurídica Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 12].

¹⁸ *Vid.* «Progresos de la pensión alimenticia para el bienestar de la familia, juventud, y niñez en Panamá», trabajo presentado a la VIII Conferencia Iberoamericana sobre Familias, Argentina, 2009, consultado en agosto de 2013 en: http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/pan_cedenodeparedesnelly.pdf.

¹⁹ Sobre el Derecho alimentario sostiene Mariblanca STAFF WILSON que se trata de un deber legal, pero sobre todo moral, y que tiene una significativa relevancia en el aspecto socio-jurídico porque de su observancia depende la sobrevivencia de personas y familias. De ahí que ante una situación de incumplimiento, se genere un delito contra la familia, tipificado en los artículos 213 y 214 del Código Penal de Panamá. Para esta autora «este es un fenómeno social vinculado a la miseria y la ignorancia, con lo cual la sanción penal, si bien soluciona una situación, no es la medida más positiva, pues poner en prisión a un padre irresponsable, lo que hace es aumentar los problemas familiares» [STAFF WILSON, M. (1996). *Estudios de Derecho de Familia*, Universidad de Panamá-Instituto de la Mujer, Imprenta Universitaria, Panamá, p. 57].

²⁰ Y así lo dispone el artículo 10 de la Ley 42 de 2012.

²¹ Si por razones de salud, se les dificulta trasladarse a las personas mayores de edad a los diferentes trámites del proceso, podrán ser representadas por un familiar designado por ellos expresamente ante el tribunal, sin embargo, la administración de la pensión alimenticia les corresponderá a ellos y no a sus representantes. En el caso de las personas con discapacidad profunda, tramitará el proceso su tutor o representante legal.

²² Para Mariblanca STAFF WILSON «el aumento que se refleja en reclamación de alimentos ante los jueces competentes, indican lamentablemente, la gran irresponsabilidad de cónyuges y padres que pretenden desatender sus obligaciones familiares» (*Estudios...*, p. 57).

²³ Sostiene Nelly CEDEÑO DE PAREDES que «este punto de los abuelos/as trajo muchas críticas, ya que, los hijos al no sentirse presionados con su responsabilidad, no les importaba la situación, se fomentaba más la irresponsabilidad paterna y materna» («Progresos...», 2009, publicado en http://www.rediberoamericanadetrabajoconfamilias.org/ponentes/pdf/pan_cedenodeparedesnelly.pdf).

²⁴ «FECI (Fondo Especial de Compensación de Intereses) se refiere a la sobretasa destinada al Fondo Especial de Compensación de Intereses, cuando fuere el caso. Aquellos préstamos personales, comerciales, locales, mayores de \$5.000,00, concedidos por bancos y entidades financieras se incluirá y retendrá la suma equivalente al uno por ciento (1%) anual sobre el mismo monto que sirve de base para el cálculo de los intereses», *vid.* la web de la Superintendencia de Bancos de Panamá: https://at03.sbbancos.gob.pa/portal_atencion/ult_orientacion.asp

²⁵ *Vid.* artículos 12 y 13 de la Ley 42 de 2012.

²⁶ En la redacción originaria del Código Civil del artículo 240, que posteriormente fue modificada con la Ley 85 de 1928, se establecía una facultad discrecional por parte del obli-

gado a prestar alimentos bien pagando una pensión alimenticia o recibiendo en su casa al alimentista, lo que según NAVARRO originó «no pocos abusos», desde esta modificación se facultó al Juez para disponer en cada caso la forma de cumplimiento de la obligación. Así lo recoge el Auto de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, de 8 de noviembre de 1935, en la que se dispuso: «el artículo 240 del Código Civil, tal como estaba antes redactado, dejaba a voluntad de los alimentantes la forma que debían cumplir esta obligación; pero tal disposición dio lugar a abusos y vejámenes en algunos casos, y ello determinó que el legislador la reformara haciéndola más razonable y humana, dejando a cargo del Juez señalar, en cada caso, la forma en que debe cumplirse la obligación de suministrar los alimentos y la manera de garantizarlos» [NAVARRO (1962). *El derecho..., Anuario de Derecho*, p. 53].

²⁷ Así lo consideró la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 1 de octubre de 2010.

²⁸ *Vid.* artículo 20 de la Ley 42 de 2012.

²⁹ La definición de «cambio sustancial en la situación económica» nos la ofrece el artículo 23 de esta Ley 42 de 2012, consistiendo en los siguientes hechos: «pérdida del empleo de alguno de los obligados a dar alimentos; enfermedad inhabilitante de alguno de los obligados a dar alimentos que le impide ejercer un arte u oficio u obtener ingresos; aumento o disminución de las posibilidades de alguno de los obligados a dar alimentos o a recibirlos; aumento o disminución de las necesidades de la persona que tenga derecho a recibir alimentos».

³⁰ Los documentos mencionados por este artículo 27 son: «En el caso de la mayoría de edad, los certificados de nacimiento de los beneficiarios o aducirlos, si los beneficiarios no se han presentado a solicitar la pensión alimenticia en calidad de estudiante, dentro de los tres meses siguientes de haber cumplido la mayoría de edad.— Igualmente, después del plazo, la autoridad competente podrá decretar de oficio la terminación de la obligación de dar alimentos en los casos en que los mayores de edad no hayan solicitado en su nombre la pensión alimenticia en calidad de estudiante.— En los casos en que la pensión alimenticia se encuentre establecida en forma tal a favor de varios beneficiarios, entre los cuales se encuentren mayores de edad junto con niños, niñas o adolescentes, se procederá a celebrar la audiencia para terminar la obligación de dar pensión alimenticia a los mayores de edad y para fijar la pensión alimenticia que les corresponda al resto de los beneficiarios que sean niños, niñas o adolescentes.— A los mayores de edad que no comparezcan en el plazo señalado a solicitar la pensión alimenticia en calidad de estudiante, no se les extinguirá su derecho para solicitar la pensión alimenticia en un nuevo proceso, en el que tendrán que demostrar su derecho a recibir la pensión. 2. En el caso de emancipación del hijo, el certificado de matrimonio del alimentista. 3. En el caso de disolución del vínculo matrimonial, copia autenticada de la sentencia de divorcio y el certificado de matrimonio con anotación de divorcio.— Solamente se celebrará audiencia en caso de que en la sentencia de divorcio se establezca una declaratoria de culpabilidad a uno de los cónyuges, a fin de determinar si le corresponde o no una pensión alimenticia al cónyuge inocente. 4. En caso de muerte de la persona que tenga derecho a recibir pensión alimenticia, el certificado de defunción respectivo. 5. En caso de muerte de la persona obligada a dar la pensión alimenticia, el certificado de defunción respectivo».

³¹ *Vid.*, POUS DE LA FLOR, M.^a P. y LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2012). Investigación de la paternidad y derechos fundamentales: su protección jurisdiccional. Montoya Melgar (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pp. 621 a 638. Así como, para situaciones de insolvencia familiar, YÁNEZ VIVERO, F. (2013). Alimentos e insolvencia familiar: la reforma concursal española y la experiencia italiana. *Revista de Derecho Privado*, Año núm. 97, Mes 3, 3 a 39.

³² *Vid.* STAFF WILSON, M. *Estudios...*, p. 61.

³³ El certificado de paz y salvo se emitirá cuando el interesado se halle al corriente de sus pagos de la declaración del IRPF y demás impuestos y tributos. Así lo establece el *Código Fiscal de la República de Panamá, Ley núm. 8 de 27 de enero de 1956*, publicado en la Gaceta Oficial 12,995 de 29 de junio de 1956 (reformado por las Leyes 33 de 2010 y 31 de 2011), en su artículo 740 «Para los efectos del artículo anterior, los interesados compro-

barán que se hallan a paz y salvo con el impuesto sobre la renta, mediante certificados que expida la Administración General de Rentas Internas por conducto de los funcionarios que se designen al efecto. El Certificado de Paz y Salvo solo se otorgará a las personas naturales o jurídicas, que hayan cumplido en su totalidad las obligaciones derivadas de las disposiciones que regulan el Impuesto sobre la Renta. No se expedirá dicho Certificado cuando el contribuyente se encuentre en mora con el Tesoro Nacional en el pago de cualquier partida del impuesto». Así como el artículo anterior que recoge los contratos que no podrán realizar quienes no estén a paz y salvo, o al corriente de sus tributos e impuestos, dice el «artículo 739 (texto del primer párrafo según artículo 39, Ley 8/2010). Cuando el interesado no acredite previamente que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional y la Caja de Seguro Social, por concepto del Impuesto sobre la Renta, Tasa Única, Impuesto de Aviso de Operación de Empresas, Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios, del Seguro Educativo, de las cuotas empleado-empleador y de los Riesgos Profesionales, no podrán ser autorizados, permitidos o admitidos por los funcionarios públicos o particulares los actos o contratos que se indican a continuación: 1. Los pagos que efectúe el Tesoro Nacional, el Tesoro Municipal y demás tesoros públicos, excepto los correspondientes a los sueldos, salarios y/o remuneraciones por servicios laborales prestados; 2. La entrega de la placa de circulación comercial para los vehículos automotores; 3. La venta de pasajes al exterior y la obtención del permiso de salida para viajar al exterior a personas residentes en el territorio nacional, salvo las excepciones siguientes: a. Los diplomáticos y los cónsules rentados acreditados en la República de Panamá. A los diplomáticos les bastará exhibir su pasaporte visado por las autoridades nacionales. Los cónsules deberán acreditar la exención mediante constancia que les expedirá el Ministerio de Relaciones Exteriores; b. Las personas que, por tratados públicos, están exonerados de este Impuesto; c. Los menores de dieciocho (18) años de edad; d. Los estudiantes con visas o pasaportes de estudiantes; e. Los panameños y extranjeros con residencia permanente en el territorio nacional; (Literal adicionado por el Artículo 11 de la Ley 28 de 20 de junio de 1995, publicada en la Gaceta Oficial 22,810 de 22 de junio de 1995).— f. Los extranjeros con visa de turista vigente.— 4. La entrega de Certificados de Abono Tributario, de Eurocertificados o de cualquier otro documento que se haya establecido o se establezca en el futuro fundamentado o en leyes especiales o de incentivos fiscales.— 5. La expedición de actos administrativos mediante los cuales se reconozca cualquier crédito. (Numerales 4 y 5 adicionados por la Ley 49/09) Parágrafo: Para los efectos de este Artículo, la Caja de Seguro Social remitirá periódicamente al Ministerio de Economía y Finanzas, la lista de empleadores morosos en el pago de las cuotas empleado-empleador y de los Riesgos Profesionales».

³⁴ La Profesora Belquis Cecilia SÁEZ NIETO nos presenta a través de las estadísticas oficiales que en Panamá si el hombre se queda en el hogar conyugal, la familia suele desintegrarse con el paso del tiempo, quedándose los hijos con otros familiares; sin embargo, en el supuesto contrario, si la madre tiene la responsabilidad sobre los hijos menores, la familia normalmente continua unida. En este sentido, ella propone que el Estado debe potenciar políticas dirigidas a las madres «jefas del hogar», para que sus hijos puedan terminar sus estudios y formación [vid. (2003). Algunas reflexiones sobre las deudas morosas de pensión alimenticia. *Anuario de Derecho*, núm. 30-31, año XXVII, 2001-2002, Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Centro de Investigación Jurídica), Panamá, pp. 222 y 223].

³⁵ Recordemos que en Panamá, la deuda alimenticia tiene preferencia sobre cualquier otra deuda, sin excepción.

³⁶ Vid. (2003). Algunas reflexiones..., *Anuario de Derecho*, núm. 30-31, Panamá p. 227.

³⁷ El secuestro especial de bienes así como su procedimiento y tramitación está regulado en el artículo 32 de la Ley 42 de 2012.

³⁸ Así lo regula el artículo 33 de la Ley 42 de 2012.

³⁹ Solo será efectiva en horas y días hábiles del respectivo despacho.

⁴⁰ Esta retención y conducción solo se realizarán en horas hábiles. Constando en la base de datos de la Policía una orden de arresto y detención de alguien obligado al pago de ali-

mentos, deberá ser retenido y puesto a disposición de la autoridad competente. En el caso de tratarse de horas inhábiles y el agente de policía no portase la orden escrita, estará obligado en un plazo de cuatro horas a hacerle entrega de la orden y a conducirlo ante dicha autoridad en la primera hora hábil. Ahora bien, la persona retenida podrá constituir a un tercero como fiador que garantice su comparecencia ante la autoridad competente. En este caso, el fiador se obligará bajo juramento a llevar a la persona ante la autoridad que lo requiere en la primera hora hábil. En caso de incumplimiento por parte del fiador, se tratará de un delito de falsedad ideológica (*vid.* artículo 35 Ley 42 de 2012).

⁴¹ La regulación de este Juzgado Municipal de la Niñez y Adolescencia se recoge en el Capítulo II de la Ley 42 de 2012, en concreto los artículos 75 a 79. En el artículo 75 aparece el orden de creación e implementación de los diferentes Juzgados empezando con la provincia de Panamá (año 2013), para el 2014, las provincias de Chiriquí, Veraguas, y en el resto de la provincia de Colón, incluyendo la región Guna Yala; y finalmente, en el 2015, las provincias de Coclé, Herrera, Los Santos y Darién.

⁴² Dispone el artículo 79 de la Ley 42 de 2012, atenderá a los menores que no asistan a la escuela o institución educativa en la que cursen sus estudios, o cuando no reciban la educación correspondiente; si mendigan, vagabundean o deambulan de forma habitual, así como si consumen bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes, drogas...; abandonan el domicilio de sus padres o guardadores; se emplean en ocupaciones que pueden ser consideradas peligrosas o perjudiciales a la salud, moral o que vayan en contra de las buenas costumbres; si sus padres carecen de medios lícitos de vida, son delincuentes, alcohólicos, drogadictos, vagos, enfermos mentales o con retraso mental profundo y por ello no les pueden ofrecer un buen modelo de crianza, sentencia la norma; o si tienen padres, parientes o guardadores que no los pueden controlar.

⁴³ Regulado en el Capítulo III de la Ley 42 de 2012, artículos 80 a 83.

⁴⁴ Las funciones de estos Juzgados de Ejecución de Pensiones alimenticias son: la ejecución de las pensiones alimenticias ordenadas por las autoridades competentes; en caso de incumplimiento de la pensión, reciben por parte del beneficiario o del administrador de la pensión alimenticia la reclamación de su incumplimiento; cuantificación del importe de la morosidad y ordenan su publicación según dispone esta norma; así mismo ejecutan las medidas cauteladas ordenadas por el juez que conozca el asunto; ejecutan las medidas por incumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias, recogidas en el artículo 31 de esta Ley; así como cualquier otra función que le encomiende el juez que conozca el asunto.

⁴⁵ En caso de solicitar la ejecución del acuerdo de mediación, deberán presentarse ante el Juez de Ejecución las pruebas que acrediten tal incumplimiento, decidiendo este si admite o no la solicitud de ejecución. Si esta es admitida, el Juez podrá tomar entre otras estas medidas, el descuento directo y las medidas previstas en la Ley 42 de 2012 para el caso de incumplimiento [sobre la vigente situación española *vid.* MORETÓN SANZ, M.ª F. (2010). El legado alternativo y la facultad de elección o concentración: la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*, *RCDI*, 721, 2010, 2406-2425].

⁴⁶ En la mediación judicial se informará a las partes de la posibilidad de resolver voluntariamente y si se acepta se realizará la derivación al Centro de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial. Si las partes aceptan la mediación, el tribunal lo derivará al mencionado Centro. Tras finalizar la sesión de mediación, el Centro remitirá al juez el resultado al que se llegue, y en caso de alcanzar el acuerdo de mediación este será homologado por el Juez, salvo que se vulnere el interés superior del menor, o normas de orden público o convenios internacionales. Si no se lograra el acuerdo, se dejará constancia de esta situación en la formulación de terminación de la mediación, debiéndose remitir por el Centro al Juzgado derivante, continuando por lo tanto con el proceso ante el tribunal competente. No obstante, si el mediador observa durante la sesión que existe un caso de violencia, dará por terminada la mediación, remitiendo a las partes a las autoridades competentes.

⁴⁷ *Vid.* artículo 37 Ley 42 de 2012.

⁴⁸ Estos Jueces conocerán de los procesos de pensiones prenatales.

⁴⁹ *Vid.* artículo 38 Ley 42 de 2012.

⁵⁰ Se señala en el artículo 40 de la Ley 42 de 2012 que los principios procesales del proceso de alimentos son: «contradicitorio, de gratuidad, de especialidad, de igualdad procesal, de concentración, de proporcionalidad, de celeridad, de inmediación, de oralidad, de economía procesal y de lealtad procesal». Tratándose de niños y adolescentes regirá el principio de confidencialidad, y en el caso de los adultos de reserva.

(Trabajo presentado el 2-9-2014 y aceptado
para su publicación el 16-9-2014)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 9-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Illescas, número 2

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: REQUISITOS

Se plantea si la sentencia judicial debió describir las fincas con los requisitos de los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento e indicar los asientos que debían ser cancelados, pues el artículo 21 de la propia LH exige que los títulos en virtud de los cuales se solicite la inscripción, contengan todos los datos precisos para su práctica. En principio, sobre la base de los citados preceptos, parece indudable que es preciso describir las fincas e identificar las inscripciones que han de ser canceladas, pero como se desprende de la doctrina sentada por este Centro Directivo, en Resoluciones como las de 29-3-2001, y 28-3-2007, si resulta indudable el asiento o asientos que deban cancelarse, según lo que resulte del documento judicial, no puede incurrirse en un exceso de formalismo, exigiendo descripción de fincas e identificación de asientos.

Resolución de 9-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: EFECTOS. MEDIOS DE PAGO: REQUISITOS

Como señala la citada STS 16-4-2008, «el reconocimiento opera como un negocio jurídico de fijación o reproducción de otro anterior (SSTS 24-6-2004 y 31-3-2005), especialmente si se expresa la causa de aquél, pero incluso aunque no se exprese (STS 1-1-2003), y se verifica con la finalidad de fijar la relación obligatoria preexistente, crear una mayor certeza probatoria, vincular al deudor a su cumplimiento y excluir las pretensiones que surjan o puedan surgir de una relación jurídica previa incompatible con los términos en que la obligación queda fijada. En suma, como declara la STS 17-11-2006, en cuanto el reconocimiento contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente». Pero entre los efectos derivados del simple reconocimiento no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida. En el caso que nos ocupa, la causa está plenamente expresada (contrato privado de préstamo y su posterior cesión), por lo que lo que en el presente recurso se debe decidir si, en las circunstancias indicadas, en una escritura en la que la parte deudora reconoce adeudar una determinada cantidad a la parte acreedora por razón de un préstamo, que no se documenta ni acompaña pero en la que se relacionan tanto las cuentas de cargo y abono por manifestación de las partes, queda suficientemente acreditado el medio de pago. En el supuesto de hecho de este expediente, a diferencia del que se contemplaba en la Resolución de 11-3-2013, el recurrente no niega la necesidad de acreditación de los medios de pago derivados de un préstamo, que como señaló la citada Resolución «es un contrato a título oneroso con prestaciones en dinero, por lo que entra plenamente en el ámbito de las disposiciones de la legislación hipotecaria y notarial que exigen la acreditación de los medios de pago empleados», si no que entiende que la acreditación de los mismos en el título presentado se ha cumplido conforme a la legislación antes relacionada. Y esto es así respecto del préstamo, ya que los datos contenidos en la escritura son suficientes para la inscripción, puesto que se trata de un pago efectuado con anterioridad mediante transferencia y constan el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria. En cuanto al tercero de los defectos, conforme reiterada doctrina de esta Dirección General la exigencia del NIF es predictable (arts. 254 de la LH y 23 de la Ley del Notariado) tanto en los actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, como en los actos de trascendencia tributaria y la acreditación del NIF ha de efectuarse mediante la exhibición del pertinente documento (art. 18.2 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio), sin que sea suficiente la mera manifestación efectuada por el propio interesado.

Resolución de 10-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Huelma

BIENES PÚBLICOS: CESIÓN GRATUITA. POSPOSICIÓN DE HIPOTECA: REQUISITOS

La razón de ser del derecho de reversión es garantizar que el suelo, que es objeto de cesión gratuita y procedente del patrimonio público del suelo, sea destinado al fin para el que fue cedido a la Administración local y que, para el caso de incumplimiento de dicha finalidad, vuelva a integrarse en dicho patrimonio. En el presente expediente se pacta una posposición del derecho de reversión con una finalidad específica, al acordarse esa posposición a las hipotecas futuras «que se constituyan para financiar la promoción, siempre y cuando las disposiciones de los préstamos o créditos concedidos lo sean contra certificaciones de obra ejecutadas», siendo esa promoción la relativa a la construcción de viviendas protegidas, que es precisamente la finalidad que trata de garantizar la reversión. Con ello, se posibilita la obtención de una financiación hipotecaria y se facilita la realización de la finalidad de promoción de viviendas protegidas. Consecuentemente, este primer defecto debe ser revocado. El artículo 241 del RH en su apartado segundo establece como requisito para la inscripción de la posposición «que se determine la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura...» no siendo suficientemente específicas las expresiones contenidas en la escritura de que «el principal del préstamo coincidente de forma exacta con el que figure en la cédula de calificación provisional correspondiente...; en cuanto a los intereses, costas y gastos hasta un ciento cincuenta por ciento (150%) más sobre el principal reseñado», siendo necesario que se cuantifique el importe máximo por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, defecto fácilmente subsanable.

Resolución de 10-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS CONFORME AL ARTÍCULO 92 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Con anterioridad a la Ley de 26-12-2012, los supuestos de embargo de bienes inscritos a nombre de ciudadanos extranjeros, con arreglo a su régimen económico matrimonial, planteaban el problema de si era necesaria la demanda o, al menos la notificación al cónyuge, y este Centro Directivo entendió que era preciso dicho requisito, en Resoluciones como las de 28-8-2008 y 21-1-2011, citadas en los precedentes vistos. La Ley de 26-12-2012, introduce el apartado 6 del artículo 144 del RH, que se refiere al embargo de bienes de estos ciudadanos extranjeros, cuando aparezcan inscritos a su favor con sujeción a su régimen económico matrimonial, y exige que en tales casos el cónyuge del titular sea demandado, o al menos que se le notifique el embargo.

Resolución de 11-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Benidorm, número 1

DONACIÓN MODAL: REVOCACIÓN

Frente a la condición en sentido estricto o propio, como determinación accesoria de la voluntad de la que se hace depender la consumación o resolución de los efectos de un acto o negocio jurídico, en las donaciones son frecuentes los llamados modos impuestos por el donante, sean cargas, gravámenes, obligaciones o servicios futuros a cargo del donatario, y a los que el artículo 647 del Código Civil se refiere con el término «condiciones» al regular la facultad de revocación por el donante en caso de incumplimiento. Sin duda, en la utilización de esta terminología no es ajena la idea de que el modo impuesto por el donante es por este considerado como condicionante de la eficacia de la donación, pues no solo obliga sino que su incumplimiento puede dar lugar a la ineficacia del negocio por voluntad del donante mediante el ejercicio de la facultad revocatoria. En la mayoría de los casos no es fácil establecer una clara línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación. En el presente caso es indudable que la escritura de cesión gratuita no incluye ninguna condición en sentido propio cuyo incumplimiento tenga como efecto la resolución automática del negocio. Y aun cuando se admitiera que se trata de una donación con imposición al donatario de un modo, consistente este en la concesión de determinada licencia municipal, no consta en la escritura ni en la inscripción registral que el cumplimiento del mismo se haya contemplado por los cedentes no como modo simple (cuyo incumplimiento no puede tener como consecuencia la resolución del negocio) sino como determinante de la eficacia de la donación, ni se pacta nada sobre una eventual constatación extrajudicial de su incumplimiento. Por ello, debe confirmarse la calificación recurrida en cuanto exige que, a falta de acuerdo entre las partes, recaiga la correspondiente resolución judicial sobre la existencia de causa de ineficacia del negocio.

Resolución de 12-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Ribadeo

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES GANANCIALES

Como ha resuelto anteriormente y en múltiples ocasiones este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos»), no corresponde a los cónyuges, en el régimen económico-matrimonial de gananciales, individualmente una cuota indivisa en todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que se puede disponer separadamente, sino que, por el contrario, la participación en aquellos se predica globalmente respecto de todo el patrimonio ganancial, como patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación sobre la totalidad del bien, y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en tales operaciones. En el supuesto objeto del presente recurso, al

no haberse acreditado, en forma, ante el Registro de la Propiedad, la disolución del matrimonio y, consiguientemente, de la sociedad conyugal, ni su liquidación, procede resolver en los términos anteriores.

Resolución de 12-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Fraga

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y FORMA

Este Centro Directivo tiene declarado (*vid.*, Instrucción de 5-2-1987 y Resoluciones citadas en el «Vistos»), conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. SSTS —Sala Tercera— de 16-6-1990 y de 7-6-2001). Este interés ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el art. 221.2 presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del art. 332 del RH), y legítimo (cfr. art. 332.3 del RH). La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes». Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros del Registro, será el Registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada.

Resolución de 13-12-2014
(*BOE* 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Aspe

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL: APODERADO Y PODERDANTE

Según el artículo 254.2 de la LH, adicionado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas de prevención del fraude fiscal, «no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquellos

todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen». Por ello, no puede acogerse favorablemente el argumento de la recurrente según el cual la única obligación de constancia y acreditación del número de identificación fiscal (el número de identidad de extranjero, al tratarse de persona que carece de la nacionalidad española —cfr. el artículo 20.1 del Real Decreto 1.065/2007, de 27 de julio— es la predictable respecto de la representada, como propietaria del predio dominante, pues dicha obligación según se ha expresado es claramente extensible también a quien comparece al otorgamiento como representante y así lo ha expresado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 5-3-2010 y 7-1 y 28-7-2014, entre otras).

Resolución de 15-12-2014
(BOE 23-1-2015)
Registro de la Propiedad de Coria

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS

La dicción del artículo 53 de la Ley 13/1996 es clara y terminante, cuando impone que en lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro, si no se aporta junto al título de inmatriculación, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dichos títulos. Por ello, esa total coincidencia que exige el precepto ha de referirse, de manera ineludible, pero también suficiente, a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, esto es, a su situación, superficie y linderos. El segundo defecto señalado por el Registrador en su nota alude a la falta de vigencia de la certificación catastral incorporada al expediente, ya que la fecha de su expedición es de 10-3-2009, habiendo sido promovido el procedimiento judicial el 22-2-2013. Para resolver adecuadamente esta cuestión, debe señalarse que, de acuerdo con la normativa reguladora del Catastro Inmobiliario, las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas tendrán una validez de un año desde la fecha de su expedición siempre que durante ese plazo no se produzcan modificaciones en las circunstancias determinantes de su contenido. De la misma forma que, como se ha señalado anteriormente, es perfectamente factible una divergencia en los titulares colindantes respecto de los recogidos en la certificación catastral, por las razones señaladas, es evidente que los reconocidos como tales en el propio título inmatriculador deben ser necesariamente citados, según el artículo 201 de la LH, y cuya citación debe resultar del propio auto, a fin de que el Registrador pueda calificar su cumplimiento, como garantía esencial, evitando que se generen indefensiones (art. 24 de nuestra Constitución), especialmente importante si se tiene en cuenta la no suspensión de efectos respecto de terceros, a diferencia de otros medios inmatriculadores (sin poder entrar en el concepto de tercero a efectos del art. 207 de la LH). La necesaria claridad de los documentos inscribibles y la exigencia de contener todas las circunstancias que la Ley y el RH prescriben para los asientos, hace imprescindible que el pronunciamiento judicial esté suficientemente determinado. Por el contrario, en el auto objeto del recurso, se determina por un lado que el régimen económico matrimonial del promoviente y su esposa es el legal de gananciales, resulta por otro que en el contrato privado de compra se declararon ya casados, y sin embargo se resuelve la inmatriculación con carácter privativo sin alusión alguna al hecho que determine dicho carácter de la

adquisición, siendo, como es sabido, excepcional en el ámbito de la sociedad de gananciales, dada la presunción de ganancialidad, y los rigurosos requisitos que el artículo 95 del RH exige para la inscripción con carácter privativo, sin perjuicio todo ello de la posibilidad de prueba de dicha adquisición en sede judicial, y de la posibilidad de negocios entre cónyuges, con sus propios efectos entre partes y respecto de terceros, nada de lo cual resulta del expediente judicial. Por ello este defecto debe también ser confirmado.

Resolución de 15-12-2014

(*BOE* 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Granadilla de Abona

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario el de trato sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). Este principio está 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 LH. La presunción «iuris tantum» de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. En consecuencia, estando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad —bajo la salvaguardia de los tribunales— a nombre de una persona jurídica distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción de la escritura de arrendamiento calificada sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgada por titular anterior (cfr. art. 17 de la LH), sin perjuicio de que los interesados puedan contender entre sí para ventilar la cuestión en el procedimiento judicial correspondiente.

Resolución de 16-12-2014

(*BOE* 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Escalona

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: REPRESENTACIÓN. EXTINCIÓN DE COMUNIDAD: RETRACTO ARRENDATARIO

Hay que distinguir la función del presentante como receptor de la calificación negativa, condición que viene establecida legalmente (art. 322 de la LH) y aquellas declaraciones que por su naturaleza o efectos deban hacerse directamente por el interesado o persona que le represente, entendiendo en este caso por representante a quien tenga reconocida expresamente la facultad de emitir tal declaración. En el caso que nos ocupa, este Centro Directivo tiene declarado que dadas las particularidades de la transmisión (se refiere a la transmisión forzosa), la manifestación sobre el estado arrendatario puede y debe hacerla el adquirente sin que la misma pueda ser inferida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico. Por lo tanto tiene razón el Registrador al exigir la acreditación de la representación, sin que quepa aquí valorar, por no constar los datos oportunos y referirse a calificaciones previas a

la que es objeto de recurso si tal exigencia se manifestó o no anteriormente. En este sentido, como ha declarado esta Dirección General, el pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta. Cabe el negocio jurídico que se limita simplemente a reducir el número de comuneros, que continúan en la comunidad pero con mayor cuota y compensan con abono en metálico —o cuota— en otras fincas o derechos a los que cesan en la misma. Pero el presupuesto para que se produzca la denominada extinción parcial es la existencia de una actuación de carácter voluntario. Es decir, agotada toda posibilidad de acuerdo entre los copartícipes se produce la venta judicial de la finca, que goza como toda venta de carácter netamente traslativo. Como se ha dicho anteriormente podrán acudir a la subasta tanto los copropietarios como cualquier otra persona interesada en adquirir la finca, con la diferencia de que los copropietarios no necesitan realizar depósito alguno para comparecer y pujar. En consecuencia se produce la extinción de la comunidad preexistente y, en el caso de ser varios los adjudicatarios, surge una nueva con independencia de que de esta última forme parte antiguos comuneros. Establecido en los términos antes vistos que se ha producido una venta judicial, es preciso determinar si hay derecho al retracto arrendatario y por tanto si es necesaria su declaración. Se trata de una venta pública (cfr. art. 464 del Código Civil), o en subasta pública o judicial (cfr., entre otros, los arts. 1459, 1489 y 1493 del Código Civil, y 1514 y siguientes y 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Establecido el derecho de tanteo o retracto para el supuesto de ventas se entiende que también está establecido para las ventas judiciales (cfr. arts. 1636 y 1640 del Código Civil). En este sentido, la STS 12-3-1963 antes citada establece: «...en estas circunstancias (compra en subasta por un comunero) no puede decirse que la condición de postor en la subasta le quitó el carácter de condueño y como el retracto del inquilino ha de ceder al de aquél, porque antes del acceso a la propiedad de estos está el interés del que ya era propietario de una parte de la finca...».

Resolución de 17-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Granollers, número 3

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: ARTÍCULO 420 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

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 arts. 322 y siguientes de la LH. Entrando ya en las cuestiones de fondo suscitadas en el presente expediente, y en relación al defecto observado por el Registrador en efecto, el artículo 420.1 del RH, en consonancia con el artículo 3 de la LH, ordena a los Registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. No concurre esta excepción en el presente supuesto en que se pretende la extensión de una nota marginal de la petición de demanda

en determinado procedimiento judicial para que se declare la nulidad de determinados asientos. Ni es documento adecuado la instancia ni cabe la admisión, en ningún caso, de meras fotocopias. Tampoco el asiento solicitado, nota marginal, es el idóneo para reflejar la existencia de una demanda como más adelante se verá.

Resolución de 17-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2

URBANISMO: DURACIÓN DE LA AFECCIÓN POR LOS COSTES DE URBANIZACIÓN

Como ha señalado este Centro Directivo en Resolución de 31-1-2014, la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación produce efectos de garantía real, según resulta de los artículos 16.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y 19 del Real Decreto 1.093/1997, y esta afección se extiende no solo a los titulares de derechos y cargas en la finca de resultado, por efecto de la subrogación legal operada, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección. Los plazos de caducidad de la afección urbanística establecidos en el artículo 20.1 del Real Decreto 1.093/1997 tienen directa relación con el artículo 128 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25-8-1978, que establece que la liquidación definitiva de la reparcelación tendrá lugar cuando concluya la urbanización de la unidad reparcelable y, en todo caso, antes de que transcurran cinco años desde el acuerdo aprobatorio de la reparcelación. En consecuencia, no cabe aplicar por analogía a las notas marginales de afección real la norma de la prórroga prevista para las anotaciones preventivas en el artículo 86 de la LH, puesto que de acuerdo con todo lo expuesto, no puede sostenerse que exista identidad de razón entre ambas clases de asientos (art. 4.1 del Código Civil), máxime cuando su prórroga determinaría un perjuicio a titulares de derechos inscritos en el ínterin. Respecto a la segunda alegación, relativa a que no se hizo constar correctamente en el Registro de la Propiedad la liquidación provisional de la reparcelación, ha de señalarse que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3.^º de la LH, los asientos del Registro en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley, debiéndose proceder a la rectificación del Registro, en el supuesto de que ello fuera procedente, en los términos y por los medios regulados en el artículo 40 de la misma Ley.

Resolución de 18-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de El Ejido, número 2

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO

Se trata de dilucidar en este recurso si habiéndose inscrito un exceso de cabida a través de acta de notoriedad puede luego una sentencia dictada con anterioridad

pero presentada posteriormente en el Registro modificar el exceso consignado. Cuando una calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la LH) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia Ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto y ello aun cuando se discrepe de la forma en que el acto o contrato a inscribir haya sido objeto de reflejo tabular y pese a las repercusiones que ello tenga en la forma en que se publica el derecho o situación jurídica inscrita. Finalmente, por lo que se refiere a la hipotética mala fe del adquirente, a que alude el recurrente, tal mala fe excede del ámbito competencial del recurso, debiendo probarse, si se pretende hacerla valer, en el juicio contradictorio correspondiente y lo mismo puede decirse de las restantes afirmaciones del recurrente en cuanto a la actuación del Notario autorizante del acta y el Registrador.

Resolución de 23-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

FINCA REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE SU DESCRIPCIÓN

Se pretende la modificación del contenido del Registro en cuanto a tres fincas registrales en base a catorce certificados catastrales de determinadas parcelas y polígonos que, se afirma en la escritura pública, coinciden con aquellas para lo que se hace una nueva descripción de las tres fincas incluyendo, en cuanto a dos de ellas un exceso de cabida. Tres de los certificados catastrales, que afectan a dos de las tres fincas registrales existentes, no constan a nombre del adquirente ni del transmitente. Esta última circunstancia es la que reprocha la nota de defectos al documento presentado resultando de ello la imposibilidad de establecer la oportuna correspondencia con la finca registral e impidiendo asimismo establecer que el certificado municipal de innecesidad de licencia, que viene referido a las parcelas catastrales, se refiere precisamente a las fincas registrales que son objeto de segregación. Fuera de supuestos en que la discordancia observada no impide la debida coordinación con el Catastro no procede la modificación del contenido del Registro. Por este motivo en el supuesto de la Resolución de 17-12-2013 se confirmó la negativa de la Registradora a inscribir por cuanto estando la finca catastrada a nombre de persona que no era la transmitente ni la adquirente no resultaba posible la concordancia con el Catastro en contra de la previsión normativa.

Resolución de 26-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Villarrobledo

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente se toma anotación preventiva a favor del actor a consecuencia de una acción cuya pretensión consiste en la declaración de nulidad de una adquisición de dominio inscrita así como de la inscripción misma. Ningún obstáculo existiría en cuanto a la cancelación de

la titularidad existente a favor de «Inmuebles Marro, SL» y la recuperación de la vigencia de la titularidad anterior. Pero el título de adjudicación motivó dos asientos, uno de inscripción de titularidad a favor de «Inmuebles Marro, SL» y otro de cancelación de las anotaciones a favor de la Hacienda Pública y de la Tesorería General de la Seguridad Social. El problema registral que surge de la práctica de la cancelación solicitada es que, como consecuencia de la misma, la finca quedará inscrita a favor del titular anterior, pero, puesto que nada se dice de la cancelación de aquellos asientos que fueron igualmente practicados en virtud del mismo título que motivó la inscripción de dominio que ahora se ordena cancelar, la reposición de la situación registral al momento anterior a la declaración de nulidad se produciría solo parcialmente dando lugar a una nueva situación de inexactitud en los libros del Registro, que es precisamente lo que se pretende subsanar con el procedimiento seguido por el recurrente.

Resolución de 29-12-2014

(BOE 23-1-2015)

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2

PARTICIÓN DE HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS

Como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 1-3-2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1.057.1 del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos. Como ha puesto de relieve el TS en la sentencia de 22-10-2014, la posibilidad del pago de las legítimas en metálico, según artículos 841 a 847 del Código Civil, «se establece, también, conforme al cumplimiento de unos requisitos o condicionantes que tienen, como finalidad última, velar por la neutralidad, seguridad y equilibrio de la conmutación operada en el pago de la legítima, de forma que su mera aplicación no resulte perjudicial para los intereses de los legitimarios». Y añade el Alto Tribunal que «...conforme a la tutela o salvaguarda de la intangibilidad material de la legítima, el propio artículo 843 del Código Civil requiere, sin distinción alguna, la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes respecto de la liquidación y adjudicación de la partición practicada, pues en caso contrario será necesaria su aprobación judicial. De ahí, entre otros argumentos, que para la inscripción de los bienes hereditarios deba aportarse, necesariamente, dicha confirmación o, en su caso, la aprobación judicial de la partición hereditaria (art. 80.2 del RH)».

Resolución de 7-1-2015

(BOE 11-2-2015)

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y LIQUIDADA

Tal y como ha reiterado este Centro Directivo, para que se proceda a la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre bienes inscritos a nombre

del cónyuge no deudor, es preciso que sea ganancial la deuda contraída por el cónyuge deudor bajo la vigencia del régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales, y así sea declarado en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges. Este pronunciamiento es la base para que la posibilidad prevista en el artículo 144.4 del RH se refleje registralmente y, por consiguiente, requiere que este pronunciamiento sea definitivo e irrevocable y no meramente temporal o transitorio pues, no existiendo en nuestro Código Civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (cfr. arts. 1362 y 1365 del Código Civil), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1375 del Código Civil).

Resolución de 8-1-2015

(BOE 11-2-2015)

Registro de la Propiedad de Riaza

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC*

El control de la inmatriculación por título público exige a los Registradores que, al efectuar su calificación, extremen las precauciones para evitar el acceso al Registro de títulos elaborados *ad hoc* con el único fin de obtener la inmatriculación, lo que se explica y justifica por las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica, pues se trata de eludir el fraude de ley en el sentido de evitar que, mediante la creación instrumental de títulos, se burlen todas las prevenciones que para la inmatriculación mediante título público ha instituido el legislador. Como se ha dicho, el carácter *ad hoc* de la documentación se puede inferir de las circunstancias que rodean su otorgamiento (la coetaneidad o proximidad de ambos negocios, la inexistencia de título original de adquisición, el nulo coste fiscal de la operación, etc.). Por las circunstancias concurrentes, otorgamiento de las dos donaciones el mismo día, números de protocolo consecutivos, utilización de un poder del donante a favor de la donataria, quien posteriormente dona a su hijo, surgen dudas fundadas sobre la existencia de una titulación elaborada *ad hoc*, lo cual no impide que pueda lograrse la inmatriculación por otros medios inmatriculadores de mayor garantía, como el expediente de dominio o complementando el título inmatriculador mediante acta de notoriedad acreditativa de que la transmitente es tenida por dueña (cfr. art. 298.1 del RH).

Resolución de 9-1-2015

(BOE 11-2-2015)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.*, arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria,

quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. La cancelación convencional automática solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas en dicho lapso son las únicas garantizadas por la hipoteca.

Resolución de 9-1-2015

(BOE 11-2-2015)

Registro de la Propiedad de Corcubión

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD

Entrando en el análisis del segundo de los problemas planteados —esto es, la posible configuración en el título constitutivo de la condición resolutoria con un plazo de duración del derecho y además de caducidad del asiento— merece recordar de nuevo que la redacción concedida a la cláusula en cuestión fue la siguiente: «La condición resolutoria se extinguirá por el transcurso de tres meses contados a partir del fallecimiento de la alimentista o cedente». Del tenor literal de la misma, no puede concluirse de manera clara y directa la caducidad del asiento, sino que la intención de las partes fue simplemente la de conceder un plazo de duración al derecho de resolver el contrato, el cual corresponderá en vida a la cedente y dentro de los tres meses posteriores a su fallecimiento a sus herederos. La doctrina de este Centro Directivo ha sido clara y reiterada en este aspecto: es preciso expresar que dicho plazo lo es no solo de vigencia del derecho en cuestión sino también del asiento que lo refleja en el Registro para que su transcurso tenga plena virtualidad cancelatoria. En el recurso que ahora se analiza, por tanto, la expresión «se extinguirá» se refiere únicamente a la duración del derecho, pero no a la del asiento que lo recoge, por lo que no puede estimarse la pretensión de la recurrente.

Resolución de 12-1-2015

(BOE 19-2-2015)

Registro de la Propiedad de Nules, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS

En el supuesto de hecho de este expediente se produce, según la recurrente, una negativa a la devolución del Libro de actas por quien en su momento tuvo la obligación legal de custodiarlo, una gestora administrativa colegiada que según resulta de la documentación que se acompaña ostentaba los cargos de administradora-secretaria de la comunidad. Dicho cargo fue removido por acuerdo de la Junta de propietarios de 7-9-2013, según consta en la documentación aportada, habiéndose realizado desde entonces numerosas gestiones tendentes a conseguir la recuperación de la documentación de la comunidad, resultando todas ellas infructuosas por lo que considerando que se ha producido una retención inde-

bida de la misma, se ha finalizado interponiendo la correspondiente denuncia. Ahora bien, en lo que atañe al Registro de la Propiedad, basta que la secretaria con cargo vigente y bajo su responsabilidad afirme que ha sido denunciada la sustracción, acreditándose la interposición de la denuncia correspondiente, pues tales son los requisitos del artículo 415 del RH, siendo indiferente la persona contra la que esta se interponga o el resultado de la propia denuncia, pues se trata de favorecer que la comunidad de propietarios pueda seguir reflejando adecuadamente sus acuerdos en el correspondiente libro.

Resolución de 12-1-2015

(BOE 19-2-2015)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 6

COMUNIDAD DE BIENES: DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA: ACTOS ASIMILADOS

Conforme reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal, el comunero, ni construye en terreno ajeno, ni por supuesto invade terreno ajeno (Sentencias de 29-7-1994; 27-6-1997; 26-9-2007, y 21-9-2011). Lo que sí se produce en tal supuesto es el incumplimiento del artículo 397 del Código Civil. En efecto, el comunero que construye en suelo común actúa más allá de los límites legales pero tal extralimitación no es física, en el sentido de que no invade, como sucede en la accesión, un terreno colindante o ajeno sino jurídico y abstracto, como abstracta es su cuota. En el supuesto de hecho de este expediente, los copropietarios consienten la declaración de la obra y por lo tanto puede suponerse que prestaron su consentimiento a la construcción. Ahora bien una vez declarada esta, lo que no puede pretenderse es la inscripción en el Registro con mantenimiento de las dos propiedades a las que el recurrente alega sin que haya ninguna modificación jurídica de la copropiedad y ello no solo porque conforme hemos visto no sean aplicables a este caso las normas sobre la accesión invertida, sino porque al Registro solo pueden acceder situaciones jurídicas consolidadas y derechos reales cuyos márgenes estén bien determinados siendo la norma general que cuando se declara una obra nueva en finca perteneciente pro indiviso a varias personas, la inscripción ha de practicarse de esa misma forma, no pudiendo sostenerse sin más una copropiedad sobre el suelo coexistente con la propiedad exclusiva de lo edificado sobre aquel, siendo necesario formalizar el correspondiente negocio jurídico que dé apoyo a tal situación, y, o bien individualizar la porción de finca sobre la que se ha edificado o bien constituir un derecho de superficie siendo en este caso innecesario que la declaración de la obra nueva deba estar precedida de segregación en sentido estricto de la porción sobre la que se constituye el derecho, o que la nueva finca sea en verdad totalmente independiente de esta otra finca originaria siempre y cuando se cumplan las exigencias derivadas del principio de especialidad y de la concreta regulación legal en esta materia (arts. 9 y 30 de la LH y 51 del RH), constando suficientemente definida la finca cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretenda. En el caso objeto de este expediente se da la circunstancia de que en la escritura se solicita expresamente la inscripción de la obra nueva a favor del condeño que la declara con carácter exclusivo. La propiedad de la vivienda determinará en consecuencia un uso exclusivo y excluyente de su titular como facultad integrante del dominio, por mucho que quiera mantenerse la copropiedad del suelo y con independencia de la solución que se adopte para resolver dicha

pretensión, de hecho en la propia escritura se manifiesta que la vivienda se destina a uso propio del declarante para justificar la inexigencia del seguro decenal. Ello unido al fin manifiesto de edificar siquiera parcialmente un terreno rústico, y a la descripción que en el título se hace de la construcción resultante, en concreto cuando se especifica que tiene acceso directo desde el camino que recae situado al oeste de la parcela y a través del paso común del total conjunto urbanístico, constituyen indicios suficientes de la existencia de una parcelación.

Resoluciones de 14 y 21-1-2015

(BOE 19 y 24-2-2015)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA

Como puso de relieve este Centro Directivo en la R. 18-11-2013, siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (*vid.*, art. 1 de la L. 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero), la indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía está resuelta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo. Por otra parte, es doctrina consolidada de este Centro Directivo (en especial a partir de las Resoluciones de 26 y 31-10-1984, y en otras muchas posteriores citadas en los «Vistos») que la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada periodo de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16-2-1990 y 20-9-1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.). La Ley 1/2013, de 14 de mayo, al añadir un nuevo párrafo al artículo 114 de la LH, viene a sumar un nuevo límite legal a los intereses de los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, haya o no terceros, de forma que los intereses pactados no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En conclusión, la necesidad de fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, debe conciliarse con la limitación legal establecida, de forma que el máximo pactado (que como se ha visto anteriormente opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen con terceros), solo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior al límite legal, salvedad esta que habrá de hacerse constar en la cláusula correspondiente. Además, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 80 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 los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente aquellas deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción.

Resolución de 15-1-2015

(*BOE* 19-2-2015)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD

En el caso de que una anotación no prorrogada y modificada por otra u otras posteriores alcance su plazo de vigencia, caducará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la LH sin perjuicio de la subsistencia de las anotaciones posteriores y de los efectos que, en su caso, deban producir (Resoluciones de 3, 4, 5, 6, 8 y 9-9-2003 y 27 y 29-6-2013). Si durante la vigencia de la anotación de embargo a la que modificaba, la anotación posterior de modificación disfrutaba del rango que aquella ostentaba por razón de su fecha (Resolución de 14-7-2011 por todas), producida la caducidad de la anotación modificada es obvio que la de modificación queda sujeta a su propio rango por razón de su propia fecha.

Resolución de 15-1-2015

(*BOE* 19-2-2015)

Registro de la Propiedad de Villena

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS

En relación con la eficacia temporal de las normas en esta materia, hay que recordar que, (...) en materia de inscripción de actos o negocios jurídicos regulados por las normas urbanísticas de trascendencia inmobiliaria, el Registrador debe basar su calificación, no solo en la legalidad intrínseca de los mismos, sino también en las exigencias especiales que las normas exigen para su documentación pública e inscripción registral. No obstante esta regla tiene excepciones. La anterior Ley urbanística valenciana de 2005 señalaba un plazo de prescripción de cuatro años para las obras sin licencia, el cual se amplía con la norma recién aprobada en 2014 a quince años. Por tanto, al tiempo de la entrada en vigor de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana (vigente desde 20-8-2014) la acción de restauración de la legalidad de la obra ya no podría iniciarse, atendiendo al texto normativo que se encontraba vigente en el momento de cometerse la infracción, ya que había transcurrido un lapso de tiempo superior a los cuatro años de restablecimiento de la legalidad urbanística. De ahí que la aplicación del régimen de la nueva ley, como considera el Registrador, supondría el renacimiento de una acción que ya se encontraba prescrita e implicaría una aplicación retroactiva de la norma, efecto este que, al margen de no encontrarse contemplado en la misma ley (cfr. D.T. 1.^a Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana), podría provocar la vulneración del principio constitucional de no retroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Resolución de 16-1-2015
(*BOE* 19-2-2015)
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real

SEGURO DECENAL: VENTA REALIZADA POR EL AUTOPROMOTOR DENTRO DEL PLAZO DE DIEZ AÑOS

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, otorgada el día 27-6-2014, se formaliza la compraventa de una vivienda unifamiliar cuya edificación fue objeto de declaración de obra nueva mediante escritura otorgada el día 17-7-2008 en la que —por manifestar la otorgante que se trataba de un supuesto de autopromotor de dicha vivienda para uso propio— no se acreditó la constitución del seguro de responsabilidad decenal previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. En dicha escritura de compraventa se expresa que los compradores exoneran a la vendedora de la obligación de constitución de las garantías a que se refiere el artículo 19 de la referida Ley, en relación con la D.A. 2.^a de la misma. Además, la vendedora manifiesta que ha utilizado la vivienda objeto de transmisión y que lo acredita mediante «fotocopia de algunas de las facturas de suministro eléctrico, emitidas a su nombre y que dejan constancia del consumo continuado de electricidad en la vivienda que transmite». La mera manifestación del promotor-vendedor, como igualmente ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones 9-7-2003 y 28-10-2004 y Resolución-Circular 3-12-2003), resulta insuficiente a los efectos de probar dicho uso propio en el momento de la enajenación de la vivienda, debiendo acreditarse entonces tal extremo mediante prueba documental adecuada, ya sea a través de un acta de notoriedad, certificado de empadronamiento, o cualquier otro medio de prueba equivalente admitido en Derecho. En el presente caso, debe confirmarse el criterio del Registrador al entender que el uso propio de la vivienda por la autopromotora que pretende acreditarse con las facturas de suministro de energía eléctrica puede deberse a la utilización por un tercero en virtud de un contrato de cesión por cualquier título como puede ser un arrendamiento, un derecho de usufructo o la simple posesión, por lo que no constituye medio de prueba adecuado para probar tal extremo. Por ello, resulta innecesario entrar en la única cuestión en que el escrito de recurso centra su argumentación, relativa a la correspondencia de tales facturas con la finca objeto de la compraventa.

Resolución de 19-1-2015
(*BOE* 24-2-2015)
Registro de la Propiedad de Almansa

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que el objeto exclusivo del recurso contra las calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil se dirige a decidir si la calificación denegatoria es adecuada a Derecho, no siendo posible admitir otra pretensión como es la que aquí se quiere hacer valer: es decir la determinación de la validez o no del título inscrito y en consecuencia la procedencia o no de la práctica de una inscripción ya efectuada, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales.

Resoluciones de 19 y 21-1-2015

(BOE 24-2-2015)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

RECURSO GUBERNATIVO: REPRESENTACIÓN NECESARIA PARA INTERPONERLO. HIPOTECA: DIFERENTES POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN. EL REPROCHE NO PUEDE SER ATENDIDO

Como ya afirmaran las Resoluciones de este Centro Directivo de 22-11-1996, y 9-5-1998, el artículo 325 de la LH considera legitimado para interponer recurso en nombre de las personas a que hace referencia en su primer inciso a quien «ostente notoriamente» o acredite «la representación legal o voluntaria» de unos y otros. El carácter genérico de la representación legal o por notoriedad excluye la interpretación de que es precisa una atribución expresa en la representación voluntaria. De lo anterior se sigue que cabe entender comprendida la facultad de recurrir ante esta Dirección General en aquellos supuestos en que del conjunto de facultades atribuidas resulte conforme a las reglas del recto criterio que el apoderado está ejecutando la voluntad del poderdante. Las partes son libres de sujetar el ejercicio del derecho real de hipoteca al régimen general previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la LH para su ejecución o bien de pactar que, además, se pueda ejecutar el derecho real por los trámites de la acción directa contra el bien hipotecado y/o por los trámites de la venta extrajudicial ante notario. En definitiva, no deben confundirse los requisitos legalmente exigibles para el ejercicio del «ius distrahendi» inherente al derecho real de hipoteca por los trámites especiales previstos en el artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH (que han de ser objeto de una calificación precisa dados los intereses en juego, *vid.*, Resolución de 29-10-2013), con el carácter meramente potestativo de los pactos de ejecución. En el supuesto que da lugar a la presente las partes manifiestan expresamente su voluntad de que el acreedor ejerza, en su caso, el «ius distrahendi» por los trámites ordinarios del procedimiento declarativo o del ejecutivo que corresponda. No hacen manifestación alguna ni expresa ni presunta de que el acreedor pueda, en su caso, acudir a los trámites especiales del artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil o del artículo 129 de la LH. Consecuentemente se abstienen de acreditar, a los efectos de la inscripción, el conjunto de requisitos que para tales supuestos prevén.

Resolución de 20-1-2015

(BOE 24-2-2015)

Registro de la Propiedad de La Orotava

SOCIEDADES MERCANTILES: DONACIÓN

Según la sentencia de 29-11-2007 del TS, dictada en un caso de donación por una sociedad anónima de su principal activo patrimonial, con disolución de la misma, en favor de determinada fundación, la jurisprudencia ha señalado «predominantemente el fin lucrativo como causa del contrato de sociedad (SSTS de 11-3-1983; 10-11-1986; 19-1-1987; 18-11-1988; 7-4-1989; 19-2-1991; 9-10-1993; 27-1-1997; 18-9-1998, entre otras muchas). De este modo, los acuerdos sociales son consecuencia y cumplimiento del contrato de sociedad, y han de respetar su causa. Ello da sentido a preceptos como el artículo 48.2.a) LSA [art. 93.a) de la vigente Ley de Sociedades de Capital] e impide que se lleven a efecto donaciones con car-

go al patrimonio social, que serían contrarias al fin lucrativo, en perjuicio de los derechos individuales del socio, salvo que se verifiquen mediante acuerdo unánime, y con cargo a reservas de libre disposición. Aunque no se impide la realización de actos que signifiquen transmisión o enajenación a título lucrativo para alcanzar determinados fines estratégicos o el cumplimiento de fines éticos, culturales, altruis- tas, cuando no impliquen vulneración, impedimento u obstáculo a la realización de derechos como los que reconoce el artículo 48.2.a) LSA, como ocurre cuando se verifique moderada disposición de parte de los beneficios (RRDGRN 2-2-1966, 22-11-1991, 25-11-1997 [sic], etc.)). En el presente caso no puede afirmarse que de la escritura calificada y de los asientos registrales resulte de modo patente que la donación cuestionada contradiga el objeto de la sociedad donante. En efecto, por las circunstancias concretas de dicha transmisión (relación cuantitativa entre el valor de los bienes donados y el patrimonio social, exigencias de rentabilización alternativa de recursos de la sociedad habida cuenta de la situación de persistente deflación de precios en el mercado inmobiliario, de modo que los gastos de mantenimiento puedan volverse desproporcionados, cuando no directamente superiores, en comparación con su propio precio de mercado o la utilidad que están en condiciones de procurar, etc.) no puede descartarse que, aun tratándose de un acto de disposición a título gratuito, sea compatible con la consecución última del objeto social.

Resolución de 20-1-2015

(BOE 24-2-2015)

Registro de la Propiedad de Telde, número 1

COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO CON CUOTA GRAVADA

Esta Dirección General «ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal y así tiene declarado que dado que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la LH cuando la carga afecta a toda la finca (Resolución de 4-6-2003). Por el contrario cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (Resolución de 27-4-2000) por así disponerlo el artículo 399 del CC. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota».

Resolución de 22-1-2015

(BOE 24-2-2015)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 2

HIPOTECA: DECLARACIÓN MANUSCRITA DEL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 1/2013

Encuadrada pues la cláusula suelo dentro de la contratación bajo condiciones generales, hay que destacar que este tipo de contratación por su naturaleza y

función y por su incidencia en el tráfico patrimonial se ha configurado juríspudencialmente como un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del contrato negociado regulado por nuestro CC, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al equilibrio prestacional y a la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta, en sí misma considerada. La exigencia del consentimiento establecida por el artículo 6 de la citada Ley 1/2013, constituye pues la materialización de ese control mediante la suscripción por el prestatario, o por cada uno de los prestatarios en el caso de ser varios, de un manuscrito que el notario debe recabar del prestatario, en el momento de la escritura en el que manifieste haber sido advertido de los riesgos derivados del contrato, si éste incorpora cláusulas suelo y techo; si lleva asociada la contratación de instrumentos de cobertura del riesgo de tipos de interés, o si se concede en una o varias divisas. El elemento diferenciador en este expediente es el hecho de estar representado en la escritura uno de los prestatarios. No se discute por el registrador ni la idoneidad del poder en orden al otorgamiento de la escritura calificada, ni el juicio de suficiencia emitido por el recurrente en la misma. Lo que debe determinarse es si habiéndose otorgado un poder para concertar un préstamo hipotecario, puede entenderse comprendida entre sus facultades la de la redacción en nombre del representado de la repetida manifestación manuscrita. Conforme ha quedado expuesto, dirigiéndose la exigencia de la manifestación a aseverar la comprensión del contenido y consecuencias de la cláusula por parte del prestatario y siendo esta capacidad de tipo personal, diferente para cada individuo y dependiente de distintos factores que afectan así mismo a cada persona, solo podrá ser cada interesado quien declare sobre su propio grado de comprensión. Esta condición personal de tal declaración viene reforzada por la exigibilidad de manuscrito, por lo que no puede inferirse que sea posible su emisión por representante, fuera, obviamente, de los casos de representación legal en los que precisamente se suple la falta de capacidad del representado. Es cierto, como dice el recurrente, que tampoco se puede configurar a priori como un acto personalísimo, por lo que podría admitirse la posibilidad de que el poder contuviera un mandato expreso al respecto autorizando la contratación de una hipoteca aun cuando contuviera el tipo de cláusulas a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, cuyo alcance, no obstante, debería admitir conocer y comprender el poderdante para que de este modo no se eluda indirectamente el requisito legal de la manifestación manuscrita.

Resolución de 23-1-2015

(BOE 24-2-2015)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 3

SEGREGACIÓN DE FINCA: DESCRIPCIÓN

La cuestión que se plantea en el presente recurso se concreta en determinar si la finca que inicialmente se segregó y transmitió en fecha 13-11-1968 a favor de don L. R. P., hoy recurrente, se encuentra incluida dentro de la finca registral 48.838, que se formó en la escritura de aclaración y segregación para atender a las segregaciones y transmisiones rezagadas que no habían accedido aún al

Registro. Ningún problema existiría si en la escritura aclaratoria de fecha 10-3-1975 se hubieran reseñado las escrituras de segregación y compraventa previas que debían ser tenidas en cuenta. Tiene razón el registrador al exigir que quede debidamente acreditado que la finca inicialmente segregada y vendida, que no accedió previamente al Registro de la Propiedad, se encuentra en la porción de finca registral número 43.838, que se formó para atender segregaciones previas. En este sentido es exigible una escritura aclaratoria.

Registro Mercantil

por Ana M^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 7-1-2015
(BOE 11-2-2015)
Registro Mercantil de La Rioja

REDUCCIÓN CAPITAL. PÉRDIDAS

No se puede reducir el capital por pérdidas cuando la sociedad cuente con cualquier clase de reservas. Tanto la legislación societaria como la contable omiten proporcionar un concepto legal de reservas. Atendiendo al Plan General de Contabilidad no cabe equiparar la partida «subvenciones, donaciones y legados» a reservas, a efectos de impedir la reducción por pérdidas.

Resolución de 13-1-2015
(BOE 19-2-2015)
Registro Mercantil de Barcelona

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA

La previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria debe ser estrictamente observada. En este caso los estatutos establecen como sistema procedimientos telemáticos mediante firma electrónica y, supletoriamente si no fuera posible, cualquier procedimiento de comunicación individual y escrito que asegure la recepción. El Centro Directivo ha admitido el correo electrónico aun sin firma electrónica si es complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo (como la solicitud de confirmación de lectura u otros medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción).

En este caso se ha comunicado al socio por correo electrónico y este reconoce haberlo recibido al contestar con un burofax. Otra cosa habría sido si los estatutos no hubieran previsto el procedimiento supletorio.

Además, habida cuenta del ámbito del procedimiento registral, acceder a la inscripción mantiene la validez de los actos jurídicos y no impide la reacción del socio mediante la correspondiente acción de impugnación ante los tribunales.

Resolución de 14-1-2015
(*BOE* 19-2-2015)
Registro Mercantil de Cantabria

CUENTAS ANUALES. CLASIFICACIÓN NACIONAL DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS (CNAE)

En las cuentas anuales debe consignarse el CNAE de la actividad principal desarrollada por la sociedad durante el ejercicio.

Resolución de 19-1-2015
(*BOE* 24-2-2015)
Registro Mercantil de Madrid

FUSIÓN. SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA. PUBLICIDAD

En una fusión por absorción de sociedad íntegramente participada, sin acuerdo de fusión de junta de la sociedad absorbente, para garantizar el derecho de oposición de los acreedores la ley 3/2009 prevé en el artículo 51 un sistema de protección específico distinto del del artículo 43, que contempla la publicidad del acuerdo de fusión. Si la sociedad dispone de página web la publicación en ella del proyecto se completa con la publicación en el BORME del hecho de la inserción. Si carece de página web, el régimen general de depósito en el Registro Mercantil del proyecto de fusión y publicación en el BORME del hecho del depósito se completa con la necesaria publicación del proyecto en el propio BORME o en un diario de gran circulación. El plazo para el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores de todas las sociedades involucradas se computa desde esa publicación.

Resolución de 23-1-2015
(*BOE* 24-2-2015)
Registro Mercantil de Tenerife

SOCIEDAD UNIPERSONAL. FORMALIZACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Se trata de una escritura de adopción de acuerdos de cese y nombramiento de administrador y declaración de cambio de socio único que adopta los acuerdos sin la concurrencia de la administradora saliente y antigua socia, y en la que se hace referencia a otra escritura anterior de compraventa de la totalidad de las participaciones en la que compareció dicha administradora y antigua socia vendedora. En este caso no es preciso que el administrador inscrito saliente certifique que el compareciente es el nuevo socio único.

La resolución apunta que no se señaló como defecto la falta de notificación fehaciente ni se cuestionó su necesidad, por lo que no se renuncia sobre este punto.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Autonomía de la voluntad y el propio cuerpo*

Autonomy and the body itself

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El respeto a la decisión del paciente de no recibir asistencia médica no supone la adopción de medidas contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceras personas ni a la buena práctica clínica. El ejercicio de autodeterminación del paciente en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la Ley no justifica la imposición obligatoria de la transfusión en contra de su voluntad expresa.

ABSTRACT: *Respect for the patient's decision not to receive medical care does not mean action contrary to the law, the rights of third parties or to good clinical practice. The exercise of self-determination of the patient regarding an intervention over their own bodies covered by the Act does not justify the imposition of mandatory transfusion against his express wishes.*

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad. Negativa a recibir asistencia médica.

KEY WORDS: *Autonomy. Refusal to receive medical care.*

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Prof.ª Dra. D.ª Cristina DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formó parte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONSENTIMIENTO ESPECÍFICO INFORMADO.—III. PRUEBA DEL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO.—IV. FORMA ESCRITA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.—V. CONFRONTACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA CON EL DERECHO A LA VIDA.—VI. AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y CENTROS SANITARIOS.—VII. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DEL PACIENTE.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio jurisprudencial pretendemos poner de manifiesto los problemas relativos a la autodeterminación en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la Ley, y expresada clara e inequívocamente por el paciente.

En los casos de negativa a recibir asistencia médica se ven afectados, y en conflicto, derechos fundamentales como a la vida, la integridad física, la libertad de conciencia, la libertad personal, el derecho de decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona, y, en consecuencia, el derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo.

Tomamos como referencia el supuesto del respeto a la autonomía de la voluntad de un paciente *testigo de Jehová* que se niega a recibir una *transfusión de sangre* pese a verse comprometida seriamente su vida¹.

Como veremos a lo largo de estas líneas tanto la aceptación de la transfusión como el rechazo al tratamiento deberá constar por escrito, como exige la ley, y la firma del consentimiento deberá realizarse de manera que garantice la completa comprensión del paciente o de sus representantes legales de los riesgos que el rechazo de la transfusión comporta, y la autonomía de la decisión de la persona sin coacciones de ningún tipo.

No obstante, y como en cualquier otra intervención médica comprometida hay que atender a la disponibilidad de alternativas a la transfusión de sangre e informar suficientemente sobre las mismas, que es lo que se hizo en el caso objeto de comentario².

La doctrina jurisprudencial mantiene que «el respeto a su decisión no supone la adopción de medidas contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceras personas ni a la buena práctica clínica»³.

Vamos a analizar y a examinar la evolución jurisprudencial, pero debemos poner de manifiesto desde estas primeras líneas que la situación específica de paciente, no priva a la persona de poder ejercer sus derechos fundamentales.

De manera, que como ocurre en el caso específico a tratar, el paciente puede adoptar decisiones que afectan al proceso de su salud, que deben ser respetadas por el personal sanitario y el centro (salvo excepciones prevista por la LAP), de manera que la autonomía del paciente se inserta como parte del contenido de los derechos fundamentales y su falta de respeto vulnera el derecho fundamental que está en juego que puede ser el de la libertad religiosa, o el derecho a la intimidad, y además el derecho fundamental a la integridad moral del paciente.

Por eso en el supuesto que vamos a estudiar, el Juez se persona en la clínica específica donde se halla el paciente y comprueba de primera mano su situación,

su negativa a recibir el tratamiento médico en cuestión... garantizando, con ello, de primera mano los derechos fundamentales del paciente con una atención personal y exclusiva garantizada.

II. CONSENTIMIENTO ESPECÍFICO INFORMADO

La evolución jurisprudencial evidencia una flexibilización y una tendencia clara hacia el respeto a la decisión capaz, libre, voluntaria y consciente de un paciente mayor de edad respecto de cualquier intervención médica corporal, como lo es una transfusión de sangre, línea que ha sido adoptada tanto por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, como por la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha.

Se incide en ambos textos legales en que cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre y haya sido previamente informada del mismo (art. 8 y 18 respectivamente).

Tras haber sido informado el paciente, este se niega a dar su consentimiento para la realización de la transfusión, por lo que nos hallamos *ante un derecho del paciente que puede ser ejercitado, pero también renunciado*, negándose al tratamiento que se le prescriba por el centro de salud.

El TS ha considerado en algunas sentencias que el *consentimiento informado es un derecho humano fundamental*, lógico es pensar que lo ha sido con el fin de otorgar trascendencia jurídica a la falta del mismo.

El Juez argumenta que el respeto a la decisión adoptada sobre la propia salud del paciente tampoco supone la adopción de medidas contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceras personas y a la buena práctica clínica.

Estamos ante el ejercicio de autodeterminación del paciente en relación con una intervención sobre el propio cuerpo amparada por la Ley, y que no resulta justificado imponer obligatoriamente la transfusión en contra de la clara e inequívoca voluntad por él expresada.

III. PRUEBA DEL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO

La doctrina jurisprudencial resumida en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de junio de 2008⁴ establece que la información que debe darse al paciente para obtener válidamente su consentimiento, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, incluye el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, pero presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la llamada medicina satisfactiva.

En relación con los actos médicos curativos puede afirmarse con carácter general que no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria (SSTS de 28 de diciembre de 1998, 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000, y 30 de abril de 2007, rec. 1018/2000).

El artículo 10.1 de la Ley Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) incluye hoy dentro de la información básica que corresponde al consenti-

miento prestado por escrito las *consecuencias relevantes* o de importancia que la intervención origina con seguridad, los *riesgos* relacionados con las *circunstancias personales o profesionales* del paciente, los *riesgos probables* en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el *tipo de intervención*, y las *contraindicaciones*.

También el artículo 2.3 LAP establece como principio básico el «*derecho del paciente o usuario a decidir libremente después de recibir la información adecuada*, entre las opciones clínicas disponibles». Así pues se deduce la necesidad de incluir este aspecto en la información.

Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales (SSTS 25 de abril de 1994, 16 de octubre de 1998, 10 de noviembre de 1998).

No obstante, en el Auto del Juzgado de Instrucción de 8 de noviembre de 2014 que nos ha servido para iniciar este estudio, se concreta además que:

- El magistrado autor del Auto, Francisco Javier García Ferrández, tuvo en el Hospital de Guadalajara una conversación con el paciente quien le expuso de forma categórica y con detalle tal y como se recogió en el *acta correspondiente*, la decisión meditada, firme e inequívoca de no admitir que se le realice transfusión de sangre y/o hemoderivados alguna pese a la información adecuada que le permitía valorar la situación recibida por los facultativos en el sentido de que su decisión podría causarle la muerte.
- Además, el médico forense adscrito a este juzgado (de Instrucción núm. 4 Guadalajara) emitió un informe señalando que el paciente no sufre deterioro cognitivo alguno y que está en pleno uso de sus facultades cognitivas y volitivas.
- Finalmente, el respeto a su decisión adoptada sobre la propia salud del paciente no supone la adopción de medidas contrarias al ordenamiento jurídico, a los derechos de terceras personas y a la buena práctica clínica.

En resumen, el Juez, tras la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el caso, y especialmente de la clara e inequívoca voluntad expresada por el paciente, quien no sufre deterioro cognitivo alguno y está en pleno uso de sus facultades cognitivas y volitivas, concluye que la decisión del paciente debe respetarse.

Es más, insiste en que le constaba la información adecuada que le permitía valorar la situación recibida por los facultativos en el sentido de que su decisión podría causarle la muerte, y porque no se dan ninguno de los supuestos que la ley establece como excepciones al consentimiento.

IV. FORMA ESCRITA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento informado integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la Ley General de Sanidad tiene la finalidad de garantizar la *constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado*, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente.

En consonancia con este principio, la jurisprudencia de esta Sala viene declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene valor

ad probationem —a los efectos de la prueba— (SSTS de 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 de noviembre de 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS de 2 de noviembre de 2000, 10 de febrero de 2004, 10 de febrero de 2004, rec. 768/1998 y 29 de septiembre de 2005 rec. 189/1999), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP. La falta de forma escrita no determina por sí, en consecuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene el artículo 10.5 y 6 LGS.

Esta jurisprudencia es acorde con la seguida por la Sala Tercera de este Tribunal (verbigracia, SSTS, Sala Tercera, de 4 de abril de 2000 y 3 de octubre de 2000), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, de 4 de abril de 1995.

V. CONFRONTACIÓN DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA CON EL DERECHO A LA VIDA

Todos recordamos el caso de hace unos años del menor fallecido como consecuencia de su oposición, por motivos religiosos, a que le realizaran una transfusión de sangre. Los padres se negaron a disuadir a su hijo de la decisión que adoptó, o a autorizar la transfusión, por ser actuaciones contrarias a sus convicciones religiosas. Los padres fueron absueltos del delito de homicidio por el que fueron condenados. Y el Tribunal Constitucional analizó el contenido y límites del derecho a la libertad religiosa, la titularidad del derecho a la libertad religiosa por los menores de edad, y la relevancia de la oposición manifestada por el menor al tratamiento médico prescrito⁵.

También la STC 141/2000 de 29 de mayo de 2000⁶ en su Fundamento Jurídico 5.^º indica que «desde la perspectiva del artículo 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)».

Y concluía que, «sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses que, por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño (TC SS. 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 julio; STEDH de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann)»⁷.

El Tribunal Supremo, Sala Primera, en sus sentencias 3/2001 de 12 de enero y 447/2001 de 11 de mayo ha manifestado que *el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental*, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a

la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y *consecuencia de la auto-disposición sobre el propio cuerpo*.

Pero obviamente no se trata de un derecho ilimitado. Los límites se reconocen en el mismo instrumento que consagra a nivel internacional este y otros derechos en el ámbito sanitario, el Convenio suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el día 1 de enero de 2000).

Su texto, tras proclamar la regla general sobre el consentimiento informado en el artículo 5, establece ciertas excepciones en razón de la protección de los menores de edad y de quienes carecen de capacidad para expresarlo (arts. 6 y 7), o en razón de la necesidad derivada de situaciones de urgencia y el respeto a los deseos expresados con anterioridad por el paciente (arts. 8 y 9), y señala también otras posibles restricciones al ejercicio de estos derechos siempre que estén previstas por la ley y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, fundadas entre otras razones, en la protección de la salud pública o de los derechos y libertades de las demás personas (art. 26).

VI. AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y CENTROS SANITARIOS

La LAP delega la competencia para decidir sobre los aspectos cruciales que afectan a la salud al paciente, en base al principio del consentimiento informado.

Esto supone no solo que se otorga un reconocimiento muy importante a la autonomía personal del paciente, sino que si la opción del paciente es ser tratado en un determinado centro sanitario, especialmente de los que integran el sistema público de salud, entonces podrá encontrarse con problemas de aplicación de un *protocolo de actuación sanitaria perfectamente definido* y necesariamente garante de su salud del que formen parte las transfusiones sanguíneas como medio de evitar la muerte en determinadas ocasiones.

Los médicos al tener que asumir el indicado protocolo de actuación se encuentran ante la encrucijada y la dificultad de mantener una actitud pasiva que pueda desembocar en el fallecimiento del paciente que no acepta la transfusión. De ahí, precisamente que la LAP haya previsto para estos casos la posibilidad del alta voluntaria, pudiéndose disponer el alta forzosa si la misma no fuera aceptada por el paciente, a excepción de situaciones en que existan tratamientos alternativos, aún de carácter paliativo, pudiendo llegar, en los casos de negativa persistente al alta, a someter la cuestión a la autoridad judicial para que confirme o revoque la decisión.

Uno de los principios generales de la LAP es la dignidad de la persona y el respeto a sus valores morales y culturales, así como a sus convicciones religiosas y filosóficas, la ponderación final de todas las circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa conduce a la conclusión de que la decisión del paciente de no prestar su consentimiento a la intervención médica, a la transfusión de sangre y/o hemoderivados, debe respetarse, no hallándose ante ninguno de los supuestos que la ley establece como excepciones al consentimiento, como son las situaciones en que existe riesgo para la salud pública y las de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo en que no resulte posible conseguir la autorización de este o de sus familiares, las cuales no concurren en el presente supuesto.

VII. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DEL PACIENTE

El derecho a la autonomía de la voluntad del paciente está también íntimamente relacionado con su derecho a la intimidad y a la protección de datos. Sus datos sanitarios, su consentimiento o ausencia del mismo, pertenecen al ámbito de su intimidad y solo pueden ser revelados por su propia iniciativa. El uso indebido de esos datos va contra el artículo 18 CE.

El contenido de este derecho a la intimidad es una *facultad negativa* o de exclusión que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga una justificación social (STC 70/2009)⁸.

La mencionada STC incide en que dentro del derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE se comprende la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada.

También el TEDH ha señalado el carácter confidencial de la información sobre la salud, como principio esencial del sistema jurídico de todos los Estados parte de la Convención (10 de octubre de 2006)⁹.

VIII. CONCLUSIONES

I. En la evolución jurisprudencial expuesta se comprueba la flexibilización hacia el respeto a la decisión capaz, libre, voluntaria y consciente de un paciente mayor de edad respecto de cualquier intervención médica corporal, como lo es una transfusión de sangre.

II. Línea jurisprudencial ha sido recogida y plasmada en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y específicamente en la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha (capítulo III: derechos relativos a la autonomía de la voluntad).

En ambos textos legales se señala que cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su *consentimiento específico y libre* y haya sido *previamente informada* del mismo (arts. 8 y 18 respectivamente).

III. Estamos ante un derecho del paciente que *puede ser ejercitado pero también renunciado*, negándose al tratamiento prescrito.

IV. El TS ha considerado que el consentimiento informado es un derecho humano fundamental (SSTS de 11 de noviembre de 2001 y 12 de enero de 2001), de lo que se deduce que la finalidad del mismo también implica otorgar trascendencia jurídica a la falta del consentimiento.

IX. BIBLIOGRAFÍA

XIOL RÍOS, J. A., y BASTIDA FREIJEDO, F. (2012). *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH, Sección 2.^a, Sentencia de 10 de octubre de 2006. Núm. de Recurso: 7508/2002. *La Ley* 2006/154880.
- STC, Sala Primera, Sentencia 70/2009 de 23 de marzo de 2009, rec. 2826/2004. Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE. Núm. de Sentencia: 70/2009. *La Ley* 2009/14334.
- STC, Sala Segunda, Sentencia 141/2000 de 29 de mayo de 2000, rec. 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Núm. de Sentencia: 141/2000. *La Ley* 2000/8805.
- STC, Pleno, 154/2002 de 18 de julio de 2002, rec. 3468/1997. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. Núm. de Sentencia: 154/2002. *La Ley* 2002/6237. ATC 369/1984, de 20 de julio.
- STC, Sala Segunda, 166/1996 de 28 de octubre de 1996, rec. 3164/199. Ponente: Fernando GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL. Núm. de Sentencia: 166/1996. *La Ley* 1996/10772.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de junio de 2008, rec. 541/2002. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Núm. de Sentencia: 743/2008. *La Ley* 2008/132373.
- Auto del Juzgado de Instrucción Núm. 4, Guadalajara, de 8 de noviembre de 2014. Rec. 366/2014. Ponente: Francisco Javier GARCÍA FERRÁNDEZ, *La Ley* 2014/154962.

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- CE.
- Convenio suscrito en Oviedo el día 4 de abril de 1997, relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (ratificado por España en 1999 y en vigor desde el día 1 de enero de 2000).
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha.

NOTAS

¹ «La doctrina de los Testigos de Jehová tiene la consideración legal de confesión religiosa, con personalidad jurídica propia reconocida en el ordenamiento jurídico español desde su inscripción en 1970 en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia (núm. 204-SG/A, 10 de julio de 1970).

La negativa de los miembros de esta confesión a la transfusión de sangre se funda en una interpretación literal de varios pasajes bíblicos según la cual, la prohibición del consumo de sangre no es una simple restricción dietética sino un serio requisito moral aplicable tanto a la vía oral como a la intravenosa o a cualquier otra y se extiende al uso de derivados sanguíneos y sangre que haya sido separada del cuerpo durante un periodo de tiempo. Por ello, son muchos los centros hospitalarios que disponen de formularios específicos de consentimiento informado para pacientes que rechazan la administración de sangre y/o hemoderivados...

Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 Guadalajara, de 8 de noviembre de 2014. Rec. 366/2014. *Diario La Ley*, Núm. 8435, Sección La Sentencia del día, 4 de diciembre de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. *La Ley* 2014/7167.

² El llamado Documento "Sevilla" de consenso sobre alternativas a la transfusión de sangre alogénica (Med. Clin. Barc. 2006), clasifica el grado de recomendación o indicación médica de las alternativas desde «A» (que contaría con estudios controlados) hasta «E» (con estudios no controlados) y termina con la conclusión general de que la mayor parte de las alternativas a la transfusión de sangre alogénica se sustentan en grados de recomendación medios o bajos y que se precisan nuevos estudios controlados.

Con carácter general las alternativas disponibles consisten en la aplicación de sueros sin contenido celular hemático. Su finalidad es básicamente preventiva o se dirige a mejorar el estado general del paciente con carácter previo a una intervención quirúrgica, pero no permiten el restablecimiento del contenido y función celular de la sangre, ni son por ende, tratamiento alternativo real y eficaz para garantizar la vida y la salud en casos de hemorragia severa, sea accidental o de cualquier otra índole.

Por ello, el rechazo de la transfusión de sangre planteará siempre un conflicto de intereses entre el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia del paciente y su vida y salud, ya que tal indicación médica se funda en la necesidad de reposición del contenido y función celular de la sangre que falta o se ha perdido. Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 Guadalajara, de 8 de noviembre de 2014. Rec. 366/2014, *op. cit.*

³ Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 Guadalajara, de 8 de noviembre de 2014. Rec. 366/2014. Ponente: Francisco Javier GARCÍA FERRÁNDEZ, *La Ley* 2014/154962. El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Guadalajara analiza el supuesto planteado por el Hospital Universitario de Guadalajara respecto a un paciente —testigo de Jehová— cuya supervivencia está directamente relacionada con la decisión de intervenir médicaamente después de sufrir una hematuria con emisión de coágulos, considerando los profesionales que le tratan que una transfusión de sangre es el tratamiento adecuado ante el riesgo vital que presenta, y a la que el mismo se negaba a someterse.

El Juzgado concluye que la decisión del paciente de no prestar su consentimiento a la intervención médica, —a la transfusión de sangre y/o hemoderivados—, debe respetarse. Ello porque le constaba la información adecuada que le permitía valorar la situación recibida por los facultativos en el sentido de que su decisión podría causarle la muerte, y porque no se dan ninguno de los supuestos que la ley establece como excepciones al consentimiento; a saber, las situaciones en que exista riesgo para la salud pública y las de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo en que no resulte posible conseguir la autorización de este o de sus familiares, las cuales no concurren en el presente supuesto.

⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de junio de 2008, rec. 541/2002. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Núm. de Sentencia: 743/2008. *La Ley* 2008/132373.

⁵ STC, Pleno, 154/2002 de 18 de julio de 2002, rec. 3468/1997. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. Núm. de Sentencia: 154/2002. *La Ley* 2002/6237.

⁶ STC, Sala Segunda, 141/2000 de 29 de mayo de 2000, rec. 4233/1996. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Núm. de Sentencia: 141/2000. *La Ley* 2000/8805. Vulneración de la libertad ideológica por restricción del régimen de visitas a los hijos en atención a las creencias del padre.

⁷ Aparte de la Sentencia indicada en el texto, el TC se ha pronunciado en otras dos ocasiones en relación con los conflictos a que puede dar lugar la *negativa del paciente*, testigo de Jehová, a recibir una transfusión de sangre. Los dos primeros ilustran el criterio de nuestro intérprete constitucional.

El ATC 369/1984, de 20 de julio, analizó y descartó la eventual responsabilidad penal del juez que autorizó la transfusión de sangre a una mujer de esta religión, ya gravemente enferma que rechazaba la intervención en razón de sus creencias, que había demandado tratamiento alternativo y que finalmente, falleció 4 días después de recibir la transfusión ordenada judicialmente. Se señala expresamente que la intervención judicial estuvo amparada por los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio de Libertad Religiosa, ya que este derecho, garantizado en el artículo 16 CE tiene como límite la salud de las personas.

Y la STC, Sala Segunda, 166/1996 de 28 de octubre de 1996, rec. 3164/199. Ponente: Fernando GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ REGUERAL. Núm. de Sentencia: 166/1996. *La Ley 1996/10772* (Negativa de los facultativos de la Seguridad Social a realizar una intervención quirúrgica a testigo de Jehová, ante la oposición de este a recibir una transfusión sanguínea) que examinó la exigencia de reintegro de los gastos de una clínica particular realizados por uno de los miembros de esta confesión. Consideró que la realización de una intervención quirúrgica prescindiendo de un remedio cuya utilización pertenece a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, solo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas del caso, y que las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean —como lo eran en este caso—, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica.

⁸ STC, Sala Primera, Sentencia 70/2009 de 23 de marzo de 2009, rec. 2826/2004. Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE. Núm. de Sentencia: 70/2009. *La Ley 2009/14334*. Vulneración del derecho a la intimidad de un profesor derivada del empleo de dos informes psiquiátricos privados para fundamentar su jubilación por incapacidad permanente.

⁹ STEDH, Sección 2.^a, Sentencia de 10 de octubre de 2006. Núm. de Recurso: 7508/2002. *La Ley 2006/154880*. Caso L. L. contra Francia. Difusión en un litigio de divorcio del acta de una intervención quirúrgica sin consentimiento del interesado. La esposa hace pública la extirpación del bazo para establecer una correlación entre el carácter violento de su marido y su alcoholismo patológico y así obtener el divorcio por culpa exclusiva del recurrente. El Tribunal considera que esta información no fue determinante y que los jueces nacionales habrían podido excluirla llegando a la misma conclusión. Los hábitos alcohólicos del marido y los certificados médicos que acreditaban las violencias sufridas por la esposa probaron suficientemente las violaciones graves y reiteradas de los deberes y obligaciones del matrimonio que hacían intolerable el mantenimiento de la vida común. Violación del artículo 8 del Convenio.

1.2. Familia

Cambio de residencia del extranjero progenitor custodio y la importancia del interés del menor*

Change of residence of foreign parent custodian and the importance of the child's interest

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores, bajo su custodia, que se trasladen con él.

ABSTRACT: *The change of residence of the foreign parent custodian can be judicially authorized only in benefit and interest of the minor children in their custody who go with him.*

PALABRAS CLAVE: Cambio de residencia del menor al extranjero. Interés del menor.

KEY WORDS: *Change the child's residence abroad. Child's best interest.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FIJACIÓN DEL NUEVO DOMICILIO TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL.—III. CAMBIO DE RESIDENCIA A UN PAÍS EXTRANJERO Y EL INTERÉS PRIMORDIAL DEL MENOR.—IV. LA PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE A LA PROTECCIÓN DE SU CONDICIÓN DE NACIONAL: PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA A ADOPTAR.—V. PRIVACIÓN POR PARTE DE UN PROGENITOR DE RELACIONARSE EL HIJO CON EL OTRO PROGENITOR. 1. El interés superior del me-

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Prof.ª Dra. D.ª Cristina DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formó parte.

NOR. 2. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL.—VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y EL DAÑO MORAL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Otro de los ámbitos que estábamos esperando y en el que todavía no había tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, poniendo como énfasis el interés del menor, es el del cambio de residencia al extranjero de los menores con su progenitor custodio. Evidentemente nos referimos al supuesto en el que no hay acuerdo entre los padres en la fijación de la residencia habitual del menor y la autoridad judicial procede a su señalamiento, no a los casos en los que el progenitor custodio cambia de domicilio y se lleva al menor sin comunicación ni al otro progenitor no custodio ni al juez, pues ese sería el caso de sustracción de menores por el progenitor.

En esta sección nos hemos hecho eco de la importancia del *principio del interés del menor* en varias ocasiones¹. Por ejemplo, en relación con el otorgamiento de la guarda y custodia compartida², o con el derecho de comunicación o visitas³, o con la pensión que el progenitor custodio debe entregar al hijo en concepto de alimentos⁴.

Hoy vamos a dar un paso más allá, porque la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2014⁵, establece como doctrina jurisprudencial que *el cambio de residencia del extranjero progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores, bajo su custodia, que se trasladen con él*.

El camino hasta llegar a esta afirmación doctrinal no había sido fácil pues aunque generalmente en los juzgados se atribuye la custodia de los hijos menores de 0 a 7 años a la madre en base al interés primordial del menor, el cambio de residencia al extranjero es una cuestión difícil de solventar. Incluso autorizando de entrada el traslado al país de origen de la madre, que en el caso de autos es Brasil.

En este caso, además, la decisión de la Audiencia había modificado el régimen de custodia a favor del otro progenitor, el padre, cuando la madre extranjera decide o tiene que volver a su país de origen, siendo casada por el TS y estableciendo la doctrina jurisprudencial señalada.

II. FIJACIÓN DEL NUEVO DOMICILIO TRAS LA RUPTURA MATRIMONIAL

Partimos de que en todos los supuestos de hecho que vamos a analizar la *patria potestad corresponde a ambos padres*, no se le ha suprimido a ninguno de ellos. La patria potestad, (art. 156 CC) se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Lo cual implica que todos los derechos y deberes se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de esta deriva la *fijación del domicilio familiar*, según dispone el artículo 70 CC, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 CC, respecto de la obligación de vivir juntos.

El problema surge tras la ruptura matrimonial, el cese de la convivencia, el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos menores a la madre, y la necesidad o deseo de esta de cambiar de residencia. La cuestión se complica en los casos cada vez más frecuentes de matrimonios mixtos (entre nacionales y extranjeros), donde el cambio de residencia es fuera de nuestro país.

Analizando objetivamente el problema no hay duda de que el cambio de domicilio de un menor es un acto incardinable entre los de ejercicio extraordinario de la patria potestad, tanto por su trascendencia como por su falta de habitualidad y cotidianidad, que lo *convierten en un acto de carácter excepcional y de suma importancia para la vida del propio menor y la de su familia*.

El cambio de residencia de un menor a otra localidad distinta conlleva como hecho básico con repercusión en la vida del niño, —pues es donde pasa 8 horas al día— los siguientes cambios: una alteración de su entorno académico derivado del cambio a un nuevo centro escolar (con la consiguiente necesidad de adaptación a los nuevos profesores, nuevos libros, nuevas formas de aprendizaje), una transformación de sus amistades y nuevas relaciones (pérdida de amigos del anterior colegio y esfuerzo de adaptación para conseguir unos nuevos) y un cambio radical en el ámbito social (nuevos vecinos, nuevos amigos en el barrio, con nuevas tradiciones en el nuevo barrio) e inclusive familiar (pues el nuevo domicilio puede conllevar un alejamiento y pérdida de contactos con parte de la familia extensa del progenitor no custodio, y la adaptación y conocimiento de la nueva familia extensa del progenitor custodio de un nuevo país).

El cambio de residencia con cambio de centro escolar puede acarrear, asimismo, una alteración respecto de la orientación educativa del colegio al que venía asistiendo con anterioridad el menor (si pasa por ejemplo de un centro público a uno privado religioso o viceversa) y, como consecuencia, una modificación unilateral, por parte de un progenitor, del tipo de educación del menor, laica o religiosa, en centro público o privado, bilingüe o monolingüe, etc., lo que haría aún más trascendente la decisión de cambio de residencia habitual...

Más aún en el extranjero, donde todas estas circunstancias se ven alteradas en grado máximo.

Dice la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012⁶, que «estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura».

En un primer momento, se planteó la cuestión de si era jurídicamente necesario el consentimiento del progenitor no custodio o la autorización judicial para que el hijo menor pueda cambiar de residencia junto al progenitor custodio una vez dictada la resolución judicial de atribución de custodia, cuando la misma no contiene pronunciamiento alguno al respecto. La posición de la doctrina y de las resoluciones de los Tribunales sobre el tema distaba mucho de ser pacífica, pero en 2008 se perfilaban voces a favor⁷.

La jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales se pronuncia mayoritariamente a favor de considerar *actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad* las decisiones relativas al cambio de residencia y/o colegio del menor, aunque en un primer momento la duda se planteaba en torno a la trascendencia de la facultad, y si era necesario el consentimiento de ambos progenitores por

ser una facultad trascendente de la patria potestad (Así las SSAP de Madrid, Secc. 22.^a, de 25 de mayo de 2001⁸, y de 9 de enero de 2002)⁹.

La SAP de Sevilla, Secc. 5.^a, de 26 de enero de 2006¹⁰, de manera precisa concretó que era de gran transcendencia y se deben adoptar de consenso entre ambos progenitores.

La SAP de Huesca, de 24 de octubre de 2006¹¹ insiste en que el progenitor pese a no tener la custodia de su hija, no sea excluido de la toma de decisiones sobre los aspectos más relevantes vinculados al ejercicio de la patria potestad sobre la menor, por lo que procede hacer constar en la sentencia que el actor podrá intervenir en las decisiones importantes que afecten a la vida de la menor, y en particular a los aspectos relacionados con el cuidado, la salud y la educación de aquella, las cuales habrán de adoptarse de mutuo acuerdo, debiendo decidir el Juzgado en caso de discrepancia.

La SAP de Murcia, Secc. 1.^a, de 7 de noviembre de 2006, declara ineficaz, pero no nula, la cláusula del convenio regulador por la que las partes acordaron que, si la madre decidía fijar su domicilio fuera de España en el futuro, los hijos permaneciesen en su domicilio actual en España bajo la guarda del padre, señalando que el cambio de progenitor custodio es materia indisponible en la que el juzgador no queda vinculado por los acuerdos de las partes, teniendo plena autonomía el juzgador para resolver cualquier controversia relativa al menor sobre la base del superior interés del menor como criterio preferente y prioritario respecto de cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir¹².

III. CAMBIO DE RESIDENCIA A UN PAÍS EXTRANJERO Y EL INTERÉS PRIMORDIAL DEL MENOR

El artículo 19 de la Constitución Española determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca.

Por otro lado no olvidemos la existencia del artículo 103.1.^a c) del Código Civil que admite la posibilidad de someter a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor cuando exista riesgo de sustracción del mismo¹³.

El problema surge de la procedencia, y de las repercusiones que se van a producir con el cambio de residencia al extranjero del menor: pues puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación.

Teniendo en cuenta que el valor supremo, el que más pesa en la balanza es el del interés del menor, hay que valorar previamente si le va a afectar negativamente el cambio de residencia pues de ser así, pesaría más la necesidad de proceder a un cambio de la guarda y custodia.

La propia sentencia tiene en cuenta que «el cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño».

No se pueden dar soluciones generalistas, pues es el propio Tribunal Supremo el que comienza a analizar los pros y los contras según las relaciones familiares

de ambos cónyuges, siempre pensando en el interés supremo del menor. Pues es la propia Sala la que concreta que:

«La madre custodia tiene su familia directa en Brasil, no solo a su padre y hermanos, sino también a otro hijo de 17 años. El progenitor no custodio mantiene malas relaciones con su familia por lo que el entorno familiar y de allegados resulta insuficiente para cuidar de su hijo si encontrara trabajo. Y se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento Brasil-España-Brasil».

Para llegar a la solución de que *el cambio de residencia al extranjero del progenitor custodio puede ser judicialmente autorizado únicamente en beneficio e interés de los hijos menores, bajo su custodia, que se trasladen con él*.

IV. LA PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE A LA PROTECCIÓN DE SU CONDICIÓN DE NACIONAL: PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA A ADOPTAR

En este análisis casuístico vemos como en el caso de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de octubre de 2014, determina que «es el interés del menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de este interés para impedir el traslado, soslayando la valoración relativa a si el menor está mejor con su padre que con su madre, a la que tampoco concede la guarda ante la posible permanencia en España. La seguridad y estabilidad que proporciona el núcleo materno no se garantiza con la permanencia de la madre y el hijo en España. *No es posible obligar a la madre a continuar en un país que no es el suyo y en un entorno familiar, que tampoco es el del niño, al haberlo abandonado durante más de dos años, para hacer posible sus expectativas familiares y laborales vinculadas al interés de su hijo*, al que va asociado, y es que, el respeto a los derechos del niño no implica necesariamente ir en detrimento de los derechos de los progenitores».

En el supuesto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, la Audiencia dejó a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos y deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y dejó, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento al extranjero.

De ahí que el TS determinó la devolución de los autos a la Audiencia para que dictase nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York *ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida* que se adopte.

Y ello porque se concretó con acierto que «las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una *posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor*. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio».

Además pone de relieve que «Al resolver de esa forma, la sentencia (de la Audiencia) deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de

los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados...».

V. PRIVACIÓN POR PARTE DE UN PROGENITOR DE RELACIONARSE EL HIJO CON EL OTRO PROGENITOR

1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013¹⁴, también consideró prevalente el interés del menor y consecuentemente el mantenimiento de la guarda de la madre sobre el hijo pese a impedir durante años que se relacionase con el padre.

En este supuesto el menor quedó bajo la guarda y custodia de la madre, manteniéndose el régimen de visitas y comunicación al padre. También se autorizó a la madre el cambio de residencia a los Estados Unidos de América pero a partir de ese momento ha impedido durante años el cumplimiento del régimen de visitas del hijo con el padre.

En base al interés superior del menor, y con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, se valora positivamente que el menor ha quedado vinculado afectivamente con la madre e integrado en la vida del país de residencia, sin que haya quedado justificado el beneficio que para el menor representa el traslado de su lugar de residencia a España y la imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce.

2. EXISTENCIA DE DAÑO MORAL

Algún supuesto parecido, en parte, había llegado al Tribunal Supremo. Nos referimos a la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009¹⁵, en la que se estudian los efectos producidos por la privación al *progenitor custodio*, en este caso el padre, de la relación con su hijo al haber sido trasladado a Estados Unidos por su madre, que tenía el derecho de visita, quien no permitió en ningún momento después de dicho traslado que el padre tuviese relaciones con él.

El Tribunal Supremo le otorga una indemnización del daño moral causado, en base al artículo 1902 de daño extracontractual. Además el Tribunal indicó que el *dies a quo* para el ejercicio de la acción y para contar el plazo del año de acuerdo con el artículo 1968.2 CC es precisamente el día en que debe cesar la guarda y custodia del padre por haber cumplido el hijo la mayoría de edad, porque en cualquier momento podría haber recuperado el padre la guarda y custodia. Por consiguiente, el daño solo se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer

la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad¹⁶.

Sentencia en la que se determina que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a este la guarda y custodia en la sentencia citada.

No existe, pues, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por este de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre.

VI. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH Y EL DAÑO MORAL

Generalmente el Tribunal Europeo no condena al otro progenitor sino al Estado. Se extrae la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio¹⁷.

En la STEDH, de 11 de enero de 2011¹⁸, se determina el incumplimiento por las autoridades de sus obligaciones, en cuanto a la ejecución de sentencia firme de atribución de la custodia, permitiendo la resistencia del otro padre al encuentro del hijo con quien había recibido la atribución de la patria potestad. El Estado tiene la obligación de restablecer la vida familiar, se considera violado el artículo 8 de la Convención.

El daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia¹⁹.

VII. CONCLUSIONES

I. La residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno solo de sus progenitores corresponde a ambos, en cuanto titulares del ejercicio de la patria potestad, a falta de acuerdo deberá resolver el juzgado con anterioridad a la realización del cambio de domicilio proyectado por el progenitor custodio. El Juez decidirá en base al principio del interés superior del menor lo más beneficioso para él.

II. Si el progenitor custodio decide unilateralmente cambiar de domicilio al menor bajo su guarda, sin consultar al no custodio o sin obtener su consentimiento para el traslado, crea una situación de hecho que le favorece en perjuicio del no custodio y del menor que se le separa de sus relaciones con el no custodio. Si la situación se prolonga en el tiempo y teniendo en cuenta que las situaciones fácticas contrarias a derecho tienden a favorecer a quien las creó antijurídicamente, el progenitor no custodio deberá acudir al procedimiento de modificación de medidas, o a solicitar la adopción de medidas cautelares urgentes, al amparo del artículo 158 del CC que impidan la materialización del cambio de residencia

no consentido, o a solicitar la modificación provisional de las anteriores medidas definitivas sobre guarda, custodia o visitas del menor. Medidas que no evitan el traslado del menor ya realizado.

III. De prosperar dichas medidas implicarán el retorno del menor a su domicilio anterior o, inclusive, el cambio de progenitor custodio. No obstante en base al interés superior del menor es difícil que dichas medidas prosperen por la desestabilización que para el menor puede suponer los continuos cambios de residencia (fuera del país) y aun de progenitor custodio, en un breve periodo de tiempo.

IV. El Juez en su resolución judicial de atribución de custodia exclusiva establecerá que la misma no comporta la facultad de decidir unilateralmente el lugar de residencia habitual del menor, precisando para ello el consentimiento del progenitor no custodio o en su defecto autorización judicial. Se obliga al progenitor custodio a solicitar autorización judicial para cambiar de residencia habitual a los menores sometidos a su guarda. (STS de 20 de octubre de 2014).

V. El Juez puede autorizar el traslado solicitado por el progenitor custodio en beneficio del menor y pese a ello, el progenitor custodio puede impedir toda relación del menor con el progenitor no custodio. Se le hace un reproche social al progenitor incumplidor, pero en beneficio del menor no se le cambia ni de residencia ni de progenitor custodio, precisamente por su integración y adaptación en el lugar de su nueva residencia (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013).

VI. Una vez autorizado por el Juez el traslado de residencia del menor fuera del país con el progenitor custodio se señala por el Juez el sistema de gastos compartidos derivados del traslado del niño, y se protegen las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos de desplazamiento.

VII. El traslado ilícito del progenitor custodio del menor ocasiona un *daño* y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, sino que *consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor*. Daño que se consolidó cuando el padre supo que definitivamente se le había privado de poder comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia que se le había atribuido judicialmente y ello ocurrió en el momento en que se extinguió la patria potestad. (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009).

VIII. Según jurisprudencia del TEDH el daño a indemnizar es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2008). La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores, en *Diario La Ley*, núm. 6886, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2008, Año XXIX, Ref. D-49, Editorial La Ley. *La Ley* 2008/1089.

- IGLESIA MONJE, M.^a I.: Examen de la Jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 745, septiembre-octubre.
- (2012). Custodia compartida de los progenitores: casos de Procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, 1612-1646.
 - Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, 2294-2323.
 - (2013). Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 738, julio-agosto de 2013, 2650-2666 - Vlex: 458215318.
 - (2013). Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 739, septiembre-octubre de 2013, 3423-3439.
 - (2013). Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.
 - (2014). Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 742, marzo-abril de 2014.
 - La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 746, noviembre-diciembre.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STEDH, Sección 4.^a, de 11 de enero de 2011, rec. 49868/2008. Núm. de Recurso: 49868/2008. *La Ley* 2011/2716. Caso Bordeianu contra Moldavia.
- STEDH, Sección 3.^a, de 1 de diciembre de 2009, rec. 8673/2005. Núm. de Recurso: 8673/2005. *La Ley* 2009/320930.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 536/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 2680/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 536/2014. *La Ley* 2014/144055.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. *La Ley* 2013/2328.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 642/2012. *La Ley* 2012/158044.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, rec. 532/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 512/2009. *La Ley* 2009/119087.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 7 de noviembre de 2006, rec. 234/2006. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS. Núm. de Sentencia: 403/2006. *La Ley* 2006/136952.

- SAP de Huesca, de 24 de octubre de 2006, rec. 113/2005. Ponente: José Tomás GARCÍA CASTILLO. Núm. de Sentencia: 201/2006. Núm. de Recurso: 113/2005. *La Ley* 2006/140180.
- AAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 26 de enero de 2006, rec. 91/2006. Ponente: José HERRERA TAGUA. Núm. de Recurso: 91/2006. *La Ley* 2006/62274.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 9 de enero de 2002, rec. 259/2000. Ponente: José Ángel CHAMORRO VALDÉS. Núm. de Recurso: 259/2000. *La Ley* 2002/9976.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de mayo de 2001, rec. 563/2000. Ponente: Carmen NEIRA VÁZQUEZ. Núm. de Recurso: 563/2000. *La Ley* 2001/105306.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención sobre los Derechos del Niño, (art. 18-1º) adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.
- Constitución Española. Artículo 19.
- Código Civil. Artículos 68, 70, 156.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.

NOTAS

¹ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Examen de la Jurisprudencia más reciente del principio general del interés del menor. Su progresiva evolución e importancia. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 745, septiembre-octubre.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (Su evolución en los Tribunales de Justicia). En: *Diario La Ley*, núm. 8395, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. *La Ley* 2014/6658.

² IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Custodia compartida de los progenitores: casos de Procedencia e improcedencia. Análisis jurisprudencial. En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731, mayo-junio de 2012, 1612-1646.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Custodia compartida y el derecho de uso de la vivienda familiar. Análisis jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia, núm. 732, julio-agosto, 2294-2323.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 746, noviembre-diciembre.

³ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 738, julio-agosto de 2013, 2650-2666 - Vlex: 458215318.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 739, septiembre-octubre de 2013, 3423-3439.

⁴ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital. Estudio jurisprudencial. En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 740, noviembre-diciembre de 2013, 4157-4172.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, En: *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil, núm. 742, marzo-abril de 2014.

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, 536/2014 de 20 de octubre de 2014, Rec. 2680/2013. Ponente: José Antonio Seijas Quintana. Núm. de Sentencia: 536/2014. *La Ley* 2014/144055. Doña Silvia tiene un hijo en común con don Pedro, Gabino, nacido en 2007. Ambos contrajeron matrimonio el 26 de enero de 2008. La cuestión que suscita el recurso de casación por razón de interés casacional, se refiere a la medida de guarda y custodia del hijo, que la sentencia del Juzgado atribuyó a la madre, a la que autoriza el traslado del menor a Brasil, con un sistema de gastos compartidos derivados del traslado del niño, y de visitas al padre. La sentencia reconoce que el niño ha vivido con su madre desde la separación de hecho (dos últimos años, antes de la interposición de la demanda en noviembre de 2011).

⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 642/2012. *La Ley* 2012/158044.

⁷ Encuesta Jurídica publicada en la Revista *Sepín Familia* correspondiente a octubre de 2003 sobre la cuestión «¿Puede el progenitor custodio alterar unilateralmente el lugar donde reside con sus hijos?». De los 13 juristas que respondieron a la encuesta, 8 lo hicieron contestando positivamente, pero con matices, y los 5 restantes negativamente. Datos indicados en el estudio de GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo: La facultad de decidir el lugar de residencia del menor bajo custodia exclusiva de uno de los progenitores, en *Diario La Ley*, Núm. 6886, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2008, Año XXIX, Ref. D-49, Editorial La Ley. *La Ley* 2008/1089.

Quien también indicaba la respuesta mayoritaria a favor de la consulta por parte de 6 frente a tres de los integrantes al Foro Abierto núm. 24 del *Boletín de Derecho de Familia* núm. 75.

⁸ SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de mayo de 2001, rec. 563/2000. Ponente: Carmen Neira Vázquez. Núm. de Recurso: 563/2000. *La Ley* 2001/105306.

⁹ SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 9 de enero de 2002, rec. 259/2000. Ponente: José Ángel CHAMORRO VALDÉS. Núm. de Recurso: 259/2000. *La Ley* 2002/9976. Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva en la esfera de las actividades cotidianas, pero no de los actos que tienen trascendencia en la formación y educación del menor, en los cuales se ejercerá conjuntamente.

¹⁰ AAP de Sevilla, Sección 5.^a, de 26 de enero de 2006, rec. 91/2006. Ponente: José HERRERA TAGUA. Núm. de Recurso: 91/2006. *La Ley* 2006/62274. «La divergencia de los dos progenitores, acerca del colegio donde debían acudir los hijos comunes durante el curso escolar 2005/06, es patente y notoria. Dado que ambos tienen la patria potestad sobre los dos hijos, aunque la guarda y custodia se atribuyera a la Sra. Nuria en el proceso de divorcio, es evidente que estas cuestiones se han de adoptar de consenso entre los progenitores, porque no son diarias, habituales, ordinarias y rutinarias que obviamente se han decidir por el progenitor que ostente la guarda y custodia, sino que son de gran trascendencia y pueden afectar e incidir notablemente en el desarrollo de los menores, lo cual exige el concurso de ambos. De ahí que para los supuestos de divergencias, que no son deseables, que han de evitarse sobre la base de un denodado esfuerzo y madurez en los padres, prevé el artículo 156 del Código Civil la tramitación de incidente, que consistirá, básicamente en la audiencia de los progenitores y del hijo, si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y la decisión consistirá en atribuir al progenitor la facultad de decidir».

¹¹ SAP de Huesca, de 24 de octubre de 2006, rec. 113/2005. Ponente: José Tomás GARCÍA CASTILLO. Núm. de Sentencia: 201/2006. Núm. de Recurso: 113/2005. *La Ley* 2006/140180.

¹² SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 7 de noviembre de 2006, rec. 234/2006. Ponente: Andrés MONTALBÁN AVILÉS. Núm. de Sentencia: 403/2006. *La Ley* 2006/136952.

¹³ *Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes: c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.* Párrafo introducido por el artículo quinto de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE 11 de diciembre).

¹⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/201. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. *La Ley* 2013/2328.

¹⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de junio de 2009, rec. 532/2005. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 512/2009. *La Ley* 2009/119087.

¹⁶ El *daño existe en este caso* y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso solo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que *consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor*.

¹⁷ STEDH de Estrasburgo, Sala 1.^a, de 11 de julio de 2000, caso *Ciliz vs Países Bajos*. Sentencia citada en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2013, rec. 2248/201. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 823/2012. *La Ley* 2013/2328.

¹⁸ STEDH, Sección 4.^a, de 11 de enero de 2011, rec. 49868/2008. Núm. de Recurso: 49868/2008. *La Ley* 2011/2716. Caso *Bordeianu contra Moldavia*.

¹⁹ STEDH, Sección 3.^a, de 1 de diciembre de 2009, rec. 8673/2005. Núm. de Recurso: 8673/2005. *La Ley* 2009/320930.

1.3. Derechos reales

Algunos problemas y cuestiones prácticas planteadas tras las reformas legales sobre protección al deudor hipotecario: la interpretación y solución de la DGRN

Some problems and practical issues raised after the legal reform on mortgage debtor protection: the interpretation and settlement of DGRN

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil

Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: Vamos a examinar las cuestiones prácticas más relevantes que se han planteado en la jurisprudencia registral, tras las últimas reformas legales realizadas, sobre la protección al deudor hipotecario. Básicamente, nos fijaremos en las modificaciones que la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformada por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas ha introducido en la constitución de la hipoteca. Trataremos de exponer los problemas o cuestiones controvertidas que han surgido en torno a las mismas en la práctica, buscando una solución, a la luz de la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y de la doctrina más relevante, en dos cuestiones novedosas para la constitución de la hipoteca: la necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual, y la necesidad de hacer constar de forma manuscrita la manifestación de haber sido advertido de los riesgos derivados de los términos del préstamo hipotecario.

ABSTRACT: *This paper examines the most relevant practical issues that have arisen in the registration law, after the latter made legal reforms, protecting the mortgagor. Basically we will build on the amendments that Law 1/2013 protection mortgagor has introduced in the mortgage constitution, to expose some problems or controversial issues that have arisen in practice. It will try to give an answer to them, basing on the doctrine established by the Dirección General de los Registros y del Notariado.*

PALABRAS CLAVE: Deudor hipotecario. Registro. Hipoteca. Vivienda habitual. Manifestación manuscrita

KEY WORDS: *Mortgagor. Land register. Mortgage. Habitual residence. Handwritten declaration*

SUMARIO: I. LAS REFORMAS DE LA LEY 1/2013 DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO.—II. LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN LA ESCRITURA E INSCRIPCIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 1. VIVIENDA HABITUAL: CONCEPTO Y RÉGIMEN ESPECIAL. 2. REQUISITOS DE LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL. a) Préstamo hipotecario. Ámbito objetivo. b) Deudor persona física, ¿y las jurídicas? Ámbito subjetivo.—III. LA MANIFESTACIÓN MANUSCRITA DE LA ACEPTACIÓN DE LOS RIESGOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. LAS REFORMAS DE LA LEY 1/2013 DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO

La Ley 1/2013, de 14 de mayo de protección de deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, ha supuesto un sinfín de novedades en distintas leyes y cuerpos legislativos, y que han modificado, en consecuencia, una forma de proceder común hasta la fecha.

En este trabajo no pretendemos analizar todas y cada una de esas reformas, sino, principalmente las previstas en el capítulo II de la Ley, y dentro de estas, solo aquellas que afectan a la inscripción y constitución de la hipoteca, y que de una forma u otra se han revelado como no claras, a juzgar por las preguntas y cuestiones planteadas por los agentes hipotecarios, plasmadas muchas de ellas en las correspondientes resoluciones de la DGRN, en este último año y medio.

En concreto, vamos a centrarnos en la necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual en la inscripción de préstamo hipotecario, y en la necesidad de hacer constar la manifestación manuscrita de las condiciones y riesgos del préstamo hipotecario para confirmar la comprensión del conocimiento y consentimiento a las mismas.

Partamos, entonces, por poner de relieve las modificaciones que se van a someter a examen posterior:

1. Capítulo II sobre Medidas de mejora del mercado hipotecario, de la Ley 1/2013.

Este capítulo II modifica la LH en los siguientes aspectos:

- a) Se modifica el artículo 21 LH, añadiendo un nuevo párrafo tercero, de forma que, a partir de ahora, debe recogerse en la escritura e inscripción de hipoteca si el inmueble sobre el que recae la garantía es la vivienda habitual o no del deudor persona física¹.
- b) Al artículo 114 LH se le añade un nuevo párrafo en el que se hace constar que los intereses moratorios garantizados con hipoteca no podrán superar 3 veces el interés legal del dinero cuando se trate de la vivienda habitual del deudor².
- c) Modificación del artículo 129 LH: modificando todo lo relativo a la ejecución extrajudicial hipotecaria.
- d) En el artículo 6 de esta Ley se introduce una novedad relativa a la necesidad de que los deudores hipotecarios firmen de forma manuscrita los préstamos hipotecarios que contratan, manifestando que han sido advertidos de los posibles riesgos que entrañan³.

Nos centraremos en este estudio únicamente en aquellas cuestiones novedosas que afectan a la constitución de la hipoteca: en concreto, la necesidad de hacer constar en la escritura e inscripción el carácter de vivienda habitual del inmueble hipotecado, así como la última, en la que se hace necesario igualmente la aceptación manuscrita del deudor en el préstamo hipotecario.

Hemos elegido estas cuestiones porque han generado variadas resoluciones de la DGRN por lo que podemos entender que su aplicación ha ocasionado dudas que han tenido que ser resueltas por el Centro Directivo, y que por tanto, conviene considerar, aclarar y resumir.

II. LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN LA ES- CRITURA E INSCRIPCIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Como ya hemos dicho, se reforma el artículo 21 LH para añadir un nuevo párrafo tercero, en el que se establece la obligatoriedad de hacer constar en la escritura de préstamo hipotecario si el inmueble que se ofrece en garantía es la vivienda habitual del deudor persona física.

Con esta medida, si se hace constar tal extremo, y solo en los casos que describe, se protege al deudor hipotecario persona física, puesto que el carácter de «vivienda habitual» lleva aparejado una serie de ventajas conducentes a tratar de evitar que pierda la vivienda el deudor, o facilitarle el pago de la deuda pendiente. Es lógico que se trate de favorecer al deudor hipotecario que ve en riesgo la pérdida de su casa, donde vive y desarrolla su vida familiar, y se trate de evitar o aminorar las consecuencias de una ejecución hipotecaria sobre la misma, pues esto significaría su lanzamiento de la vivienda, y la pérdida del ámbito donde desarrollar sus funciones familiares y personales.

Esas ventajas derivadas del carácter de vivienda habitual de un inmueble son varias, y en principio parece que deberían interpretarse de forma restringida y solo aplicarse al supuesto concreto descrito por el 21.3 LH: vivienda habitual, en garantía de un préstamo hipotecario, y de una persona física. Esto ha originado varias dudas en la práctica que conviene poner de relieve para tratar de dar una respuesta uniforme que sirva a la hora de calificar.

Pero, antes de nada, nos paramos un momento a reflexionar sobre qué es la vivienda habitual.

1. VIVIENDA HABITUAL: CONCEPTO Y RÉGIMEN ESPECIAL

La vivienda habitual es el lugar en el que se satisface el interés básico del alojamiento de una persona, el inmueble en el que se reside con continuidad y permanencia, en el que una persona tiene normalmente su lugar de residencia, y en el que ejerce y desarrolla su convivencia y funciones y relaciones personales.

La vivienda habitual puede coincidir con la vivienda familiar cuando sirva para el alojamiento de una familia, y no solo de una persona, siendo entonces considerada como el lugar donde se desarrolla la vida familiar, el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones y derechos y deberes propios e inherentes a la familia⁴. Esta vivienda familiar es el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas. Se convierte así, en el marco indispensable para el correcto desenvolvimiento de la familia.

Además, la vivienda habitual suele tener un elevado valor económico, lo que la convierte en el bien patrimonial, probablemente más importante de la persona física, lo que hace que junto con las funciones propias de alojamiento que se acaban de mencionar, sea necesario proteger de alguna forma dicho inmueble⁵.

De este modo, cuando un inmueble es vivienda habitual se ve sometido a un régimen distinto al de otros inmuebles que no gocen de tal carácter, que se manifiesta en los siguientes aspectos:

- a) El artículo 593 LEC establece una peculiaridad con respecto al embargo de la vivienda habitual, y por tanto, también la familiar, ya que se permite que en el plazo de 5 días las partes afectadas por el embargo de dicha vivienda puedan manifestar su conformidad en que no se practique el embargo sobre ella, debiendo el juez abstenerse de acordar dicho embargo. Además y cuando la vivienda familiar embargada pertenezca en exclusiva a alguno de los cónyuges, y del Registro resulte el carácter de vivienda habitual del bien embargado, el Registrador suspenderá la práctica del asiento hasta que no se le acredite que no se trata de la vivienda familiar o que se ha producido la notificación del embargo al cónyuge no titular, conforme al artículo 144.5 RH (RRDGRN de 13 de junio de 1998, 25 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000 y 9 de marzo de 2000).
- b) El RD-Ley 8/2011 de 7 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios establece en su artículo 1 que, ejecutada la vivienda habitual conforme al artículo 129 LH, y cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional. Suponiendo, por tanto, un régimen diferenciado entre la vivienda habitual que, en este caso, es equivalente a la familiar, pues se ligan ambos conceptos claramente, y la que no lo es.
- c) También, en el RD 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se establecen medidas especiales en relación con la vivienda habitual. De este modo, en el artículo 12 del RD, se reforma el proceso de ejecución extrajudicial de bienes hipotecados del 129 LH cuando estos sean la vivienda habitual del deudor, equiparando el procedimiento al de ejecución judicial, y solo para ese tipo de vivienda. Y en el anexo del RD que recoge el Código de Buenas Prácticas al que pueden adherirse las entidades financieras, se permite la dación en pago solo cuando esta sea la vivienda habitual del deudor, y se encuentre en situación de umbral de exclusión y cumpla el resto de requisitos descritos en el RD.
- d) Por último la Ley 1/2013 modifica el procedimiento de ejecución de la vivienda habitual, recogido en la LEC, de forma que si la vivienda que se ejecuta es vivienda habitual, y el remate no cubre la deuda, no se suspende la ejecución, pero el deudor podrá liberarse si paga el 65% del remanente en 5 años, o si paga el 80% del mismo en un plazo de 10 años (art. 579 LEC). Igualmente, si es vivienda habitual y no hay postores en la subasta, el acreedor se adjudica el inmueble por el 70% de su valor, en vez del 50% si no lo es (art. 671 LEC). De igual forma, las costas exigibles al deudor ejecutado, cuando se trate de la vivienda habitual no podrá superar el 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva (art. 575.1 bis LEC). Asimismo, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor

- podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el propio artículo 693 LEC.
- e) La propia Ley 1/2013 también modifica la LH, en concreto el artículo 114, en el que limita el tipo de interés de demora pactado, en caso de ser vivienda habitual, a un máximo de 3 veces el interés legal del dinero, siendo considerado como abusivo un interés superior, y no pudiendo capitalizarse los mismos.
 - f) Todo ello sin olvidarnos de que la vivienda habitual, como ya hemos dicho, es muchas veces familiar, cuando conviven en ella una familia, estableciéndose entonces sobre ella una serie de limitaciones en su disposición, tanto constante matrimonio, como también después de la disolución del mismo, como recoge el CC en los artículos 1320 y 96, entre otros, con relación a los artículos 91 RH⁶.

Este especial régimen de la vivienda habitual queda corroborado por la RDGRN de 26 de noviembre de 2013 que recoge el alcance, efectos y consecuencias jurídicas de la constancia del carácter de vivienda habitual en la escritura de préstamo hipotecario, aclarando a qué aspectos esenciales afecta tal carácter y que son básicamente los que se acaban de exponer.

En este sentido, esta resolución afirma lo siguiente: «Es trascendente esta circunstancia —la constancia de la vivienda habitual— porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (*Vid. art. 91 del Reglamento Hipotecario en relación a las Resoluciones de 27 de junio de 1994, 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010*), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90 del Código Civil en relación a la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012) o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto (*Vid. el art. 7. Cuatro por el que se añade el apartado 1 bis al art. 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 7. Cinco de reforma del art. 579, el art. 7. Diez de reforma del art. 671 y el art. 7. Trece de reforma del 693 de la Ley de procedimiento*)».

Todo ello lleva a justificar y considerar como muy favorable la modificación introducida en el artículo 21.3 LH, sobre la obligatoriedad de hacer constar ese carácter en la escritura de préstamo hipotecario y en la inscripción, pues solo conociendo tal carácter podrá aplicarse con seguridad su especial régimen.

2. REQUISITOS DE LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL

La necesidad e idoneidad de esta reforma está clara, ¿Cómo y a qué y quién debe aplicarse?

Parece que la constancia del carácter de vivienda habitual solo es preciso:

- a) En las escrituras de préstamo hipotecario.
- b) En cuando el deudor persona física, ¿y las jurídicas?

a) *Préstamo hipotecario. Ámbito objetivo*

La redacción del nuevo párrafo 3.^º del artículo 21 LH dice que solo deberá hacerse constar el carácter de vivienda habitual en las escrituras de préstamo

hipotecario, para la adquisición de vivienda, limitando, de este modo, su aplicación únicamente a este tipo de negocio jurídico.

Nos planteamos, entonces, dos cuestiones: i) si solo se refiere a los préstamos destinados a la adquisición de la propia vivienda que se hipoteca, y ii) si también podría extenderse a los créditos hipotecarios, u otras obligaciones garantizadas con hipoteca, o solo a aquellos.

Hay que tener en cuenta que la finalidad de esta reforma es proteger al deudor hipotecario persona física, y las medidas especiales, como hemos dicho, son para evitar o disminuir los efectos que un impago puede producir respecto de su vivienda habitual, dejándole sin casa. Teniendo esto en cuenta, lo más frecuente es que el deudor persona física que hipoteca su casa, lo hace para garantizar el préstamo que se le ha concedido para su adquisición, y por eso, parece que esta es la obligación normal.

1. Y con respecto a la primera cuestión, parece que es razonable sostener que hay que hacer constar el carácter de vivienda habitual en los préstamos concedidos para la propia adquisición de esa vivienda habitual, pues solo esa obligación garantizada con esa concreta vivienda es la que va a gozar de un régimen especial, sobre todo por el tenor de la Ley.

Así se establece de forma clara, por ejemplo en el artículo 114 LH que ha sido modificado por la Ley 1/2013 donde, de forma expresa, se dice que la limitación de los intereses de demora solo se aplica a los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual. Si este artículo lo dice expresamente, y va en perfecta sintonía con el resto de medidas adoptadas para «salvaguardar» la vivienda habitual, ha de entenderse que todas esas medidas se refieren al mismo supuesto: préstamo para adquisición de la vivienda habitual.

Solo si el préstamo es para la adquisición de esa especial vivienda es cuando goza de prerrogativas, tal y como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley, que deja claro la excepcionalidad de este tipo de vivienda, como confirma la RDGRN 26 de noviembre de 2013, al mantener los siguientes: «La Ley 1/2013 tiene por objeto dar respuesta a una situación económica singular de la que se han derivado consecuencias patrimoniales adversas para los ciudadanos que han desembocado o pueden desembocar en la pérdida de su vivienda habitual. Esta desgraciada situación, que recoge la Exposición de Motivos desde sus primeras palabras, se combate en el articulado mediante dos tipos de medidas: por un lado, medidas de carácter temporal absolutamente excepcionales y que vienen recogidas en el primer capítulo relativo a la suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso y que afecten a familias en situación de especial riesgo de exclusión. La medida se aplica solamente a las personas o familias que acrediten su situación y exclusivamente cuando la ejecución de la que resulte el lanzamiento venga derivada del préstamo por el que se adquirió la vivienda habitual, pues como resulta de la Exposición de Motivos se trata de dar solución a los deudores que como consecuencia de la alteración de su situación económica no han podido atender a los pagos derivados del préstamo de adquisición. Así resulta de lo establecido en el artículo 1.3.d y en el artículo 2.c.2.o de la propia Ley 1/2013 que de este modo complementa la regulación establecida en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo que, como aquella, tiene la finalidad concreta y determinada de ofrecer soluciones legales a quienes se encuentran en una situación igualmente concreta.

QUINTO. Junto a estas medidas paliativas de situaciones de presente, la Ley introduce una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capí-

tulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria...

La introducción de un párrafo final en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria se enmarca en este conjunto de medidas introduciendo una importantísima limitación en la cuantía y devengo de los intereses de demora, limitación que el precepto acota con precisión a los préstamos y créditos de adquisición de la propia vivienda habitual con garantía hipotecaria. Como tal limitación, no puede ser extrapolada a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que está formulada (*Vid. art. 4 del Código Civil y Resolución de 10 de diciembre de 2007*).

La modificación añadida al artículo 114 de la Ley Hipotecaria extiende a todas las operaciones de financiación hipotecaria de adquisición de vivienda habitual la medida de limitación que el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, introdujo y que expresamente ciñó la limitación de devengo de los intereses moratorios exigibles a los contratos amparados en su ámbito; es decir a los préstamos o créditos hipotecarios de adquisición de vivienda siempre que el deudor se encuentre dentro del denominado umbral de exclusión (arts. 3.1 y 3.2.b del propio Real Decreto-ley). Ciertamente el contenido de la limitación no es el mismo en uno u otro caso pero sí lo es el hecho de que se concreta en la financiación de adquisición de la vivienda habitual del deudor hipotecario.

Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 afirma que: «Especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero».

Es igualmente cierto que la disposición transitoria segunda de la propia Ley 1/2013 dice así: «La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

El hecho de que la Exposición de Motivos y la disposición transitoria se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación».

Según lo que se acaba de exponer, queda claro que no puede, por tanto, extrapolarse o aplicarse las medidas a favor de la vivienda habitual a aquellos préstamos que no se destinaran a su propia adquisición.

Sin embargo, en la RDGRN 19 de diciembre de 2013, el Centro Directivo sostiene la postura contraria al entender que no es preciso que el préstamo garantizado con hipoteca que recae sobre la vivienda de una persona física, esté destinado a la adquisición de la misma, pues este dato no es el relevante; sino

que debe prevalecer la necesidad de proteger tal vivienda habitual de la persona física que puede perder su casa por la ejecución hipotecaria, sea deudor o no; luego, cabe y es necesario que se haga contar ese carácter de vivienda habitual siempre que sea de persona física, aunque el préstamo garantizado con la misma, no sea destinado a su propia adquisición.

Aclara en este sentido la Dirección General: «Todo lo dicho conduce a considerar que, conforme al sentido teleológico de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, puesto que en ambos supuestos puede tener transcendencia dicha manifestación, y dado que dicho requisito no se vincula únicamente a la circunstancia de que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual, sino que está destinado a la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, protección que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en la determinación de los valores de adjudicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en las limitaciones de la responsabilidad remanente del deudor después de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 579 de la misma Ley, etc.».

No es en absoluto descabellado este argumento de la Dirección General ya que atendiendo a la finalidad de la norma, y a una interpretación teleológica, y, añado yo, lógica, si lo que se quiere es proteger a ese deudor que hipoteca su vivienda, su lugar de residencia, con el riesgo de perderla en ejecución hipotecaria, lo mismo se le debe proteger si la obligación garantizada con la hipoteca se destinaba a la adquisición de la misma, como si no.

2. Sin embargo, y cuestión distinta de si es preciso que el préstamo se destine a la adquisición de la vivienda habitual, es el hecho de la naturaleza de la obligación que se garantiza. Es decir, si esa obligación garantizada con la vivienda habitual debe ser solo un préstamo, o podría ser también un crédito.

Consideramos que nada impide que se pudiera extender a los créditos, pues el deudor persona física ha podido dar en garantía también su casa para asegurarlos, con los mismos riesgos de perderla que en el caso anterior, sin tener que considerar que solo es factible en aquellas operaciones que se hicieron a través de un préstamo.

Además, y como recoge MERINO ESCARTÍN⁷, a lo largo del cuerpo legislativo existe cierta indefinición o confusión en cuanto a la aplicación de determinados preceptos solo a los préstamos hipotecarios, o también a otros créditos garantizados con hipoteca. De este modo, el artículo 129 LH exige que conste el carácter de vivienda habitual para utilizar el procedimiento de ejecución extrajudicial, sin que se diferencie si se trata de préstamos o créditos, y aunque el artículo 114 LH sí que recoge expresamente ambos conceptos (créditos y préstamos hipotecarios), no creemos, al igual que MERINO ESCARTÍN, que sea motivo suficiente para tratar de eludir las ventajas de la vivienda habitual en los créditos hipotecarios, pues debe primar la aplicación analógica y finalísitica, pues la finalidad que se persigue es la misma con ambos tipos de obligaciones.

La DGRN se ha manifestado en este sentido en la resolución de 19 de diciembre de 2013, afirmando que lo importante de la constancia del carácter habitual de un inmueble es proteger a la persona física que hipoteca un inmueble que es su vivienda habitual, y no tanto la obligación concreta que se está garantizando.

El supuesto de hecho es el siguiente: se hipoteca por un matrimonio un inmueble de su propiedad en garantía de un contra aval. La entidad financiera otorga un préstamo a una sociedad mercantil. Dicho préstamo queda garantizado con un aval por una Sociedad de Garantía recíproca, Iberaval, cuyas obligaciones de reembolso se aseguran a su vez por varias personas físicas con la hipoteca que recae sobre el inmueble en cuestión en caso de incumplir la obligación por el prestatario. La registradora rechaza la inscripción por no constar en el inmueble el carácter de vivienda habitual siendo los hipotecantes personas físicas, pues entiende que si se hipoteca una vivienda por una persona física (deudora o no), debe cumplirse el requisito del nuevo 21.3 LH, haciéndose constar si es la vivienda habitual, por las importantes consecuencias que va a tener esta circunstancia en la posible ejecución.

La registradora considera que «hipotecándose por los cónyuges don L. F. C. y doña M. L. S. C. la vivienda en la cual además tienen su domicilio, no consta en la escritura el carácter habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteca. El artículo 21.3 de la LH introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, determina que: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la finca que se hipoteque». Aunque el precepto se refiere a escrituras de préstamo hipotecario, una interpretación acorde con la finalidad pretendida por el precepto, teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, lleva a exigir que esta manifestación sea precisa siempre que se hipoteque una vivienda por una persona física, ya sea deudor o hipotecante no deudor, dada la trascendencia de dicha manifestación a efectos de la ejecución hipotecaria».

Resuelve el Centro Directivo afirmando que «debe realizarse una completa interpretación del artículo 21.3 LH: En cuanto al ámbito objetivo de la norma, las vacilaciones se han centrado en torno a la delimitación de la naturaleza de las obligaciones garantizadas, visto que el precepto habla de «préstamo hipotecario», cuestión que es precisamente la que se debate en el presente expediente. Desentrañar esta cuestión obliga a realizar un análisis hermenéutico completo de la norma, no solo de carácter literal, sino también teleológico y sistemático, conforme a su espíritu y finalidad (cfr. art. 3 del Código Civil)». A continuación, repite los argumentos sobre la finalidad de la Ley 1/2013 recogidos en su Exposición de Motivos, que ya estableció en la RDGRN de 26 de noviembre de 2013 que hemos expuesto antes, y subraya que «Como señala expresamente el preámbulo de la Ley 1/2013 la nueva normativa de protección a los deudores hipotecarios contenida en ella responde a «la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, que exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios». Y a continuación desgrana y enumera todas las medidas que se han adoptado para paliar la situación de la vivienda habitual del deudor hipotecario, concluyendo lo siguiente: «Por tanto, la Ley 1/2013 despliega un sistema de protección de los deudores hipotecarios de carácter gradual, estableciendo distintos grados de protección a través de diversas medidas (de diferente intensidad) para diferentes supuestos: a) En un primer nivel de protección, la norma protectora es de carácter universal (con independencia de que la finca gravada sea o no una vivienda); por ejemplo, en la nueva regulación del vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, o en el caso de la imposición del límite mínimo del 75% de la tasación para el tipo de subasta (art. 682.2.1.^º de la misma Ley); b) En un segundo nivel de protección, la norma se aplica solo si la finca hipotecada es la vivienda habitual (con independencia de la finalidad del préstamo). Por ejemplo, los supuestos de los artículos 21.3 de la Ley Hipotecaria, y 575 y 671 de la ley procesal civil. c) Finalmente, en un tercer nivel de protección, la norma exige no solo que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor, sino que además el préstamo o crédito garantizado debe tener como destino o finalidad financiar la adquisición de la misma vivienda habitual hipotecada. Este es el caso del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (límite de los intereses de demora), y de los demás citados anteriormente. Por tanto, en el caso de estos dos últimos grupos de medidas tuitivas, especialmente en el caso de las centradas en la ejecución procesal de la hipoteca, resulta esencial para su efectividad que el presupuesto previo de su aplicación (el carácter de vivienda habitual) pueda ser apreciado en dicho ámbito directamente, sin necesidad de abrir una fase probatoria extraña a este procedimiento caracterizado por su sumariedad (*Vid. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre [RTC 1981, 41]*), a través de la prueba presuntiva de su constancia en el Registro de la Propiedad, y ello no solo cuando se trate de supuestos en que se financió su adquisición mediante el préstamo garantizado, sino también cuando la obligación garantizada fue ajena a tal finalidad. En este sentido se puede considerar que el nuevo apartado 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 1/2013, tiene por finalidad establecer una presunción legal destinada a dispensar de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda a los efectos de permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas protectoras del deudor hipotecario introducidas en la nueva ley, sin necesidad de adicionar trámite alguno al procedimiento. Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas».

A continuación, añade o subraya otros argumentos que le llevan a concluir en la necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual en toda vivienda de personas físicas que se da en garantía, sea de un préstamo o de otra obligación, puesto que no es ese dato el relevante, sino la posibilidad de que esa vivienda de persona física deba protegerse y someterse a su régimen especial.

Los argumentos que da para ello, son los siguientes:

«a) La ubicación sistemática de la norma en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, precepto dedicado de forma genérica a determinar el contenido esencial de los documentos relativos a actos y contratos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad, y no en el artículo 12 de la misma Ley destinado a precisar en particular las circunstancias específicas de la inscripción del derecho real de hipoteca, obligan a interpretar la expresión «préstamo hipotecario» en un sentido amplio como equivalente «gravamen hipotecario» (en el sentido que a esta expresión dio la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8913]: «el crédito hipotecario constituye una carga o gravamen del inmueble o derecho real de igual naturaleza que la hipoteca»), pues, como ha señalado la reciente Resolución de este Centro Directivo de 26 de noviembre de 2013 (2.^a), la constancia de esta circunstancia (carácter habitual de la vivienda) en la inscripción, que desde ese momento está protegida por la legitimación re-

gistral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (*Vid.* art. 91 del Reglamento Hipotecario en relación con las Resoluciones de 27 de junio de 1994 [*RJ* 1994, 4921], 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010 [*RJ* 2010, 5143]), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90 del Código Civil en relación con la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 8841]), o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto, como se ha señalado (*Vid.* el art. 7.4 por el que se añade el apartado 1 bis al art. 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 7.5 de reforma del art. 579, el art. 7.10 de reforma del art. 671 y el art. 7.13 de reforma del 693 de la Ley de procedimiento);

b) El artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria, redactado por la misma Ley 1/2013, reitera de forma casi literal la norma contenida en el artículo 21.3 objeto de análisis, con la diferencia, relevante a los efectos que ahora interesan, de que se omite toda referencia a la figura del «préstamo hipotecario», al disponer que «La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque»;

c) Reafirma este criterio el párrafo segundo del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, modificado por la Ley 1/2013, que extiende su ámbito de aplicación a los hipotecantes no deudores («avalistas hipotecarios» dice la norma) respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario, al establecer que «Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario», siendo así que en estos casos la norma no se restringe a los préstamos hipotecarios (además de que en tales supuestos la hipoteca no garantiza directamente ningún préstamo hipotecario, sino solo de forma subsidiaria a través de la carga que surge de la fianza real en que consiste la hipoteca en garantía de deuda ajena).

d) Finalmente hay que tener en cuenta que la constancia registral del carácter habitual o no de la vivienda, dadas las reseñadas especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria en el primer caso, resulta necesaria y congruente con la previsión legal del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo: *Vid.* en este sentido la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 diciembre (*RTC* 1981, 41) (confirmada por las de 17 de mayo de 1985 [*RTC* 1985, 64] y 30 de junio de 1993 [*RTC* 1993, 217], entre otras), afirmando en cuanto a las garantías registrales del procedimiento que «...7. La hipoteca voluntaria... se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a

la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título». Estas garantías registrales, en relación con las medidas de protección señaladas, exigen para su eficacia la previa constancia del carácter de la vivienda en el Registro».

Y concluye en el sentido indicado añadiendo que: «Todo lo dicho conduce a considerar que, conforme al sentido teleológico de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, puesto que en ambos supuestos puede tener transcendencia dicha manifestación, y dado que dicho requisito no se vincula únicamente a la circunstancia de que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual, sino que está destinado a la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, protección que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en la determinación de los valores de adjudicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en las limitaciones de la responsabilidad remanente del deudor después de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 579 de la misma Ley, etc.

En definitiva es la situación de la persona o personas naturales propietarios o titulares de un derecho que implique uso de una vivienda habitual, y que pueden perder a causa de un procedimiento hipotecario, la que se trata de paliar en la ley con los mecanismos señalados. Lo que conduce a la desestimación del recurso en este extremo⁸.

Cabe destacar que en esta resolución el Centro Directivo, modifica su consideración acerca de si el préstamo —o crédito— garantizado debe destinarse exclusivamente a la adquisición de la vivienda como se puso de manifiesto en la anteriormente citada RDGRN de 26 de noviembre de 2013, inclinándose en este caso por la solución contraria. Es decir, no es relevante que el préstamo se destine o no a la adquisición de vivienda para hacer constar el carácter de vivienda habitual en el inmueble que se da en garantía.

b) Deudor persona física, ¿y las jurídicas? Ámbito subjetivo

En principio, el nuevo artículo 21.3 LH parece que está destinado solo a proteger la vivienda habitual de un deudor persona física pues es quien ejerce realmente el derecho-deber de alojamiento, desarrolla sus funciones vitales y personales, y, además, a quien expresamente se dirige la Ley como consta en su Exposición de Motivos.

A pesar de eso, nos planteamos, si en el inmueble que fuera la sede, el domicilio de una persona jurídica, una sociedad, por ejemplo, debería hacerse constar su carácter de vivienda habitual. A bote pronto, la respuesta será negativa, pues está claro que si lo que se pretende en definitiva con esta ley es aminorar o eliminar las terribles consecuencias que puede tener para el deudor la pérdida de su vivienda dada en garantía, estas no se producen de igual forma cuando sea la sede o domicilio de la persona jurídica, que no habita ni se aloja ni desarrolla sus funciones vitales y personales en ella.

Si la vivienda fuera de una sociedad patrimonial, y en ella viviera su administrador, parece que tampoco cabría sostener que es la vivienda habitual, pues se ha elegido la forma societaria por otros motivos, suponemos que fiscales o financieros, y por lo tanto, este régimen debe ser aplicado en todas sus consecuencias⁹.

La RDGRN de 17 de diciembre de 2014 ha resuelto esta cuestión, en el sentido indicado, manifestando que no debe hacerse constar el carácter de vivienda habitual en un inmueble perteneciente a una sociedad mercantil. En concreto, el caso es el siguiente:

Se presenta a inscripción una escritura de préstamo hipotecario concedido a dos personas físicas y una sociedad mercantil y garantizado con una hipoteca sobre un apartamento perteneciente a la sociedad mercantil deudora. Se discute si debe hacerse constar o no el no carácter de vivienda habitual del apartamento de ninguno de los deudores.

La DGRN después de analizar las consecuencias en la ejecución de una vivienda habitual, y la finalidad de la norma 1/2013 de protección de deudores en un momento de crisis especial, concluye afirmando que no debe hacerse constar tal carácter cuando el inmueble pertenezca a una sociedad mercantil, porque no se trata de una vivienda habitual. En concreto, la doctrina que establece es la siguiente:

«De acuerdo con lo expuesto, ni la propia finalidad de la Ley 1/2013, que está dirigida a deudores hipotecarios personas físicas, ni el propio concepto de vivienda habitual, ajeno por completo al ámbito societario y que no ofrece relación alguna con su domicilio, ni los precedentes normativos, permiten sostener que cuando se hipoteca una vivienda perteneciente a una sociedad mercantil deba realizarse manifestación alguna en relación a su eventual carácter “habitual”.

Tampoco cabe admitir en este ámbito la hipótesis de que el deudor persona física tuviera en la vivienda perteneciente a la sociedad hipotecante su residencia habitual pues, de tenerla, lo sería a causa de un título que no habría accedido pertinente y previamente al Registro, inoponible frente a tercero conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes y que no puede tomarse en consideración a efectos de calificación.

SEXTO. En definitiva es la situación de la persona o personas naturales propietarios o titulares de un derecho que implique uso de una vivienda habitual, y que pueden perder a causa de un procedimiento hipotecario, la que trata la Ley de paliar con los mecanismos señalados, de manera que ninguna manifestación expresa se requiere acerca de si la vivienda es o no la habitual cuando la hipoteca recae sobre un apartamento perteneciente a una sociedad mercantil.»

Esta postura es reiterada por la posterior RDGRN de 19 de diciembre de 2013, que confirma la no necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual de un inmueble que pertenece a una persona jurídica.

III. LA MANIFESTACIÓN MANUSCRITA DE LA ACEPTACIÓN DE LOS RIESGOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El artículo 6 de la Ley 1/2013¹⁰ establece una nueva obligación en la contratación de préstamos hipotecarios que recaen sobre la vivienda habitual de las personas físicas. Esta nueva obligación es la de hacer constar en la escritura de préstamo hipotecario la manifestación manuscrita afirmando que ha sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, y ello cuando se produzcan limitaciones a las variaciones de interés (tipo cláusulas suelo-techo), cuando lleve

asociado un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o cuando se conceda en divisas¹¹.

Este nuevo requisito es un paso más en orden a conseguir la debida información al deudor hipotecario, insertado en el deber propio de transparencia e información al que se someten las entidades financieras cuando contratan con consumidores. Si el deudor manifiesta que ha sido informado de los riesgos que conlleva su contratación, se está asegurando que se ha cumplido el deber de información y transparencia, que exige nuestra legislación, para la protección del consumidor.

Se pretende con el mismo evitar situaciones «raras» de contratación de productos complejos, más o menos «inducidas» por la entidad sin que el consumidor final alcance plenamente a comprender los riesgos derivados de la misma.

Pues bien, esta manifestación es obligatoria, y debe hacerse constar cuando así concurren los requisitos establecidos en la Ley o, como veremos a continuación, siempre que pueda entenderse que es mejor para el deudor-consumidor y su protección.

La Ley exige que se haga constar en la escritura pública esa manifestación manuscrita cuando se trate de:

- a) un préstamo hipotecario.
- b) suscrito por una persona física.
- c) garantizado sobre la vivienda habitual del mismo.
- d) o cuya finalidad sea adquirir propiedad o derechos reales sobre terrenos o edificios.
- e) Siempre que concorra una de estas circunstancias: limitación en la variación de intereses, exista asociado un instrumento de cobertura del riesgo, y que se conceda en una o varias divisas.

Estos son los requisitos literales que establece la Ley, sin embargo, siguiendo en este punto a MERINO ESCARTÍN¹², creemos que, al igual que ocurre con la constancia del carácter de vivienda habitual, y considerando que esta medida se basa en los mismos fundamentos que aquella, de protección al deudor persona física y la vivienda habitual, la obligatoriedad de la manifestación deberá aplicarse también a los créditos hipotecarios por analogía, y no solo a los préstamos, aunque ese sea el tenor literal del precepto.

De igual forma, no es preciso que el préstamo hipotecario se destine solo a la adquisición de la vivienda, y no solo se aplica a la vivienda habitual, si no que hay que remarcar su ámbito objetivo más amplio, pues también es necesario en préstamos destinados a la adquisición de propiedad o derechos reales sobre otros terrenos o edificios.

En cuanto a la necesidad de que exista algún factor de riesgo (limitación de la variación de intereses, cobertura de riesgo, divisas), basta con que exista uno de ellos, para que sea exigible la manifestación manuscrita, y no es preciso que se den los tres a la vez. Incluso, como veremos a continuación, si existen otras situaciones que pueden suponer un riesgo en la contratación que no sean estrictamente las expresadas en el artículo 6, siguiendo una interpretación teleológica, considero que en estos casos también es conveniente, y por tanto exigible, la manifestación manuscrita de que ha sido advertido del riesgo, puesto que lo fundamental es la información del deudor hipotecario para su protección.

La manifestación manuscrita debe recogerse en la matriz de la escritura y en la forma que determine el Banco de España, y considero que el Registrador

debe apreciar y calificar su falta en el título que se presenta a inscripción, tal y como ha confirmado la DGRN en su Resolución de 5 de febrero de 2014, siempre que sea exigible según los requisitos que se han explicado.

Las razones para mantener esta opinión son que el registrador tiene una misión fundamental en la seguridad jurídica preventiva, y el hecho de la constancia manuscrita de la manifestación, ayuda o contribuye a la misma, pues solo así, se puede asegurar que el deudor ha sido debidamente informado. En contra, se puede pensar que se trata de un deber del notario, y no del registrador, el hacer constar esa manifestación, y que además la misma no tiene eficacia real alguna, y por tanto, no debe inscribirse ni calificarse. Sin embargo, considero acertados los argumentos que sostiene la DGRN para defender que el registrador debe entrar a calificar si consta o no dicha manifestación manuscrita, tal y como se expone a continuación.

La necesidad de la constancia de la aceptación manuscrita como requisito de la inscripción registral de la hipoteca se ha puesto de relieve en la RDGRN de 5 de febrero de 2014.

En la misma, la registradora suspende la inscripción de la hipoteca por cuanto estableciéndose una bonificación al tipo de interés para el caso de que se tenga contratado con el Banco de Santander, S.A., o Sociedad de su grupo un Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente, entiende necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige para tales supuestos cuando el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre una vivienda que la escritura pública incluya junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Y si bien, el contenido de la expresión manuscrita será el que establezca el Banco de España, a juicio de la registradora, hasta que este organismo la regule, la expresión manuscrita es igualmente exigible, en los términos que el notario considere adecuado, por aplicación de los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, en relación con la cláusula suelo, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios que enumera el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del riesgo financiero que los mismos comportan. El recurrente, por el contrario, entiende que no concurren en el presente supuesto los presupuestos de hecho que definen el ámbito de aplicación del citado precepto legal.

La DGRN confirma la calificación del registrador, y entiende que es necesario en el caso que se describe tal constancia manuscrita, pues lo contrario resultaría perjudicial y se pondría en riesgo la protección del deudor tan defendida por la Ley 1/2013, las Directivas europeas, resoluciones y normas aprobadas en los últimos dos años con tal fin de protección.

En concreto, el Centro Directivo basa su decisión en el hecho de que el registrador está obligado al control de transparencia de estas operaciones (además del de control de cláusulas abusivas nulas, como bien se encarga de manifestar la Dirección General también en esta resolución) y como consecuencia de esa función de carácter preventivo, considera que debe rechazarse la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sobre vivienda habitual sin aceptación manuscrita.

Esto lo argumenta de la siguiente forma: «La importancia de este segundo control de transparencia en relación con las cláusulas no negociadas indivi-

dualmente relativas al objeto principal del contrato se pone de manifiesto en la conclusión alcanzada por el Alto Tribunal: «215. ... a) el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC (*RCL* 1998, 960) para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Y es a la luz de estos claros criterios jurisprudenciales que se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues la omisión de la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (*RCL* 2013, 718), se pone por la registradora calificante en relación con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)».

Y una vez afirmado esto, la DGRN examina si se cumplen los requisitos legales para exigir la manifestación manuscrita, en la que considera que es posible el control registral, y termina confirmando su posibilidad, diciendo: «pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (*RCL* 2013, 718), cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que por extenso ha quedado expuesto en los precedentes fundamentos, y que en función del mismo y de la finalidad a que responde, y de las consideraciones antes realizadas, no puede sino conducir a la desestimación del recurso. En efecto, la finalidad eminentemente tutitiva de la norma debe conducir a rechazar interpretaciones que permitan la posibilidad de su elusión total o parcial o la imposibilidad de su aplicación plena en determinados casos. En el presente supuesto no existen dudas sobre la concurrencia de los requisitos que definen el ámbito subjetivo del citado precepto legal (los prestatarios son personas físicas) y objetivos (la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de aquellos). Tampoco existe duda alguna en relación con la modalidad del contrato del que puedan derivar los riesgos de los que debe haber sido adecuadamente advertido el prestatario (un préstamo hipotecario)».

Pero, en el examen de los requisitos, el Centro Directivo, entiende que «la controversia se centra en una de las tres circunstancias del citado contrato cuya presencia completa la definición del supuesto de hecho de la norma, en particular la referida a que se trate de préstamos hipotecarios «que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés».

Este es el aspecto más discutido, pues el préstamo hipotecario contiene un «cap» hipotecario, que es una de las modalidades de cobertura, junto con el «swap» o permuta financiera de tipos de interés, que supone un cambio temporal del tipo de interés variable contratado por otro fijo, que protege contra la subida del tipo de interés por encima de un determinado límite máximo y durante un concreto periodo de tiempo. Pues bien, se discute si este elemento de cobertura de riesgo ha sido impuesto en la contratación, tal y como dice el artículo 6, o no, en cuyo caso, no debería ser obligada la manifestación manuscrita. En palabras de la Dilección General: «El recurrente, basando su tesis impugnativa en una interpretación meramente literal del artículo 6 de la Ley 1/2013, entiende que en el caso objeto del presente expediente no concurre la circunstancia de que el préstamo hipotecario escritoado «lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés».

Sin embargo, la DGRN concluye diciendo que es preferible proteger al deudor hipotecario, ya que esta es la finalidad principal de la norma, antes que realizar una interpretación literal que le perjudique. Por eso, considera que aunque estrictamente el instrumento de cobertura no fuera impuesto al deudor, sí que era más o menos insertado en el contrato, lo que debe implicar la necesidad de su advertencia al mismo, y por lo tanto, la exigencia de su manifestación manuscrita de haber sido advertido.

Las palabras exactas de la DGRN son: «Sin embargo, frente a dicha interpretación literal debe prevalecer otra que, conjugando todos los elementos de una hermenéutica completa de la norma, responda a su verdadera finalidad que, como se ha dicho, es eminentemente tuitiva y protectora del prestatario frente al riesgo del incremento de los costes financieros de la operación que pueden generar un peligro de insolvencia e impago que, a su vez, determine la ejecución y la pérdida de la propia vivienda.

En este sentido, si bien en la citada cláusula no existe una «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar», sí existe lo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) denomina «imposición del contenido». «Y termina afirmando que: «En definitiva, ante la disyuntiva de tener que optar por un nivel inferior o por otro superior de protección al deudor hipotecario, en relación con la interpretación y aplicación del estudiado artículo 6 de la Ley 1/2013, resulta evidente que el conjunto de las consideraciones realizadas a lo largo de los precedentes fundamentos jurídicos en relación al espíritu y finalidad de la norma conducen a la segunda alternativa, lo que aboca necesariamente a la desestimación del recurso».

En conclusión, la constancia de la manifestación manuscrita de haber sido advertido de los riesgos existentes en un contrato de préstamo hipotecario debe ser ampliamente interpretada y exigida en aras de una mayor protección al deudor hipotecario; para cumplir con los deberes de información y transparencia que se le deben. Esta es la finalidad de la norma que contiene esta exigencia, y eso es lo que debe prevalecer.

IV. CONCLUSIONES

I. La finalidad de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de protección al deudor hipotecario, es protegerle y ayudarle a paliar las terribles consecuencias que la ejecución hipotecaria puede tener para su vivienda habitual: «la nueva normativa de protección a los deudores hipotecarios contenida en ella responde a «la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, que exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios».

II. Con base en esta finalidad, el legislador introduce novedades en la constitución de la hipoteca, así como en su ejecución. Las novedades relativas a su constitución son dos: a) necesidad de la constancia del carácter de vivienda habitual en la escritura de préstamo hipotecario, b) necesidad de hacer constar la manifestación manuscrita del deudor hipotecario de que ha sido advertido de los posibles riesgos de su préstamo hipotecario.

III. De este modo, y sin perder nunca la finalidad de la Ley, hay que concluir que, a pesar de que la excepcionalidad de las circunstancias y medidas debería conducir a una interpretación restrictiva, ambos requisitos son interpretados ampliamente.

IV. De este modo, la constancia de la vivienda habitual ha de hacerse en cualquier escritura de préstamo o crédito hipotecario de persona física. Sea para la adquisición o no de su vivienda habitual, siempre que esta sea el inmueble que se ofrece en garantía, pues lo que importa es «la situación de la persona o personas naturales propietarios o titulares de un derecho que implique uso de una vivienda habitual, y que pueden perder a causa de un procedimiento hipotecario, la que se trata de paliar en la ley con los mecanismos señalados».

V. De igual forma, la obligación de la exigencia de manifestación manuscrita se hará también en préstamos o créditos hipotecarios sean para la adquisición o no de la vivienda habitual o de otros derechos reales en otros edificios, siempre que exista un riesgo en el préstamo hipotecario. Pero, una vez más, este debe interpretarse de forma no literal, pues parece que no hay que ajustarse a los riesgos que estrictamente marca la ley, en aras de una mayor protección del deudor persona física y su vivienda, siempre que sean situaciones análogas.

VI. Por último, el registrador debe jugar un importante papel en este tema, y debe poder entrar a calificar la falta o no de esa manifestación manuscrita y por supuesto del carácter de vivienda habitual, siempre que se cumplan los requisitos que exige la ley, dando cumplimiento la función de control preventivo de seguridad, y garantizar el deber de transparencia y el derecho a la información del deudor persona física.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESOLUCIONES DE LA DGRN:

- 27 de junio de 1994
- 13 de junio de 1998
- 25 de febrero de 2000
- 29 de febrero de 2000
- 9 de marzo de 2000
- 25 de abril de 2005
- 25 de abril de 2005
- 10 de diciembre de 2007
- 28 de septiembre de 2010
- 7 de julio de 2012
- 26 de noviembre de 2013
- 17 de diciembre de 2013
- 19 de diciembre de 2013
- 5 de febrero de 2014

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 9 de mayo de 2013
- 10 de diciembre de 2007

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- 18 de diciembre de 1981
- 17 de mayo de 1985
- 30 de junio de 1993

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *RCDI*, núm. 734, 3435-3666.
- CUENA CASAS, M. (2012). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Izquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, tomo III, Pamplona: Thomson-Reuters, pp. 273-439.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2014). Doctrina de la DGRN sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Primera parte: La constitución de la hipoteca. Disponible en <http://www.notariosyregisradores.com>. (última visita 20 de diciembre de 2014), pp. 1-29.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona: PPU.
- FERNÁNDEZ MALDONADO, M. A. (2014). A vueltas con la expresión manuscrita. Disponible en <http://www.notariosyregisradores.com>. (última visita 8 de enero de 2015).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro. *RCDI*, núm. 710, 2518-2524.
- MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). Resumen de la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Disponible en <http://www.notariosyregisradores.com>. (última visita 8 enero 2015), pp. 1-10.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 91-119.

NOTAS

¹ Nuevo artículo 21 LH: «1. Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos.

2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

3. En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución».

² Artículo 114 LH: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

³ Artículo 6: Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios.

«1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el

prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas

⁴ Sobre el concepto de vivienda habitual y familiar, véase MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 91-119; BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *RCDI*, núm. 734, 3435-3666; ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona: PPU; GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro. *RCDI*, núm. 710, 2518-2524.

⁵ Véase sobre este aspecto: CUENA CASAS, M. (2012). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Izquierdo Tolsada y M. Cuena Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, tomo III, Pamplona: Thomson-Reuters, pp. 273-439.

⁶ Artículo 1320 CC: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Artículo 96 CC: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hiciere aconsejable y su interés fuera el más necesario de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

⁷ MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). Resumen de la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Disponible en <http://www.notariosyregisradores.com>. (última visita 8 de enero de 2015), pp. 1-10.

⁸ Cabe destacar que en esta resolución el Centro Directivo, modifica su consideración acerca de si el préstamo —o crédito— garantizado debe destinarse exclusivamente a la adquisición de la vivienda como se puso de manifiesto en la anteriormente citada RDGRN de 26 de noviembre de 2013, inclinándose en este caso por la solución contraria. Es decir, no es relevante que el préstamo se destine o no a la adquisición de vivienda para hacer constar el carácter de vivienda habitual en el inmueble que se da en garantía

⁹ En este sentido se manifiesta MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ Artículo 6. Ley 1/2013: Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios.

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda

o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;
- b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;
- c) que se concedan en una o varias divisas.

¹¹ Sobre la manifestación manuscrita, véase: FERNÁNDEZ MALDONADO, M. A. (2014). A vueltas con la expresión manuscrita. Disponible en <http://www.notariosyregisradores.com>; DÍAZ FRAILE, J. M. (2014). Doctrina de la DGRN sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Primera parte: La constitución de la hipoteca. Disponible en <http://www.notariosyregisradores.com>.

¹² MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). *op. cit.*

1.4. Sucesiones

El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes

The psychological mistreatment like just reason of disinheriance of sons and descendants

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Frente al carácter tasado y la interpretación restrictiva de las causas de desheredación de los hijos y descendientes contenidos en el artículo 853 del Código Civil, se aboga por una interpretación flexible adaptada a la realidad social actual y al máximo respeto a la dignidad de la persona del causante, posibilitando con ello que se incluya el maltrato psicológico entendido como falta de atención y menosprecio dentro de la causal del maltrato de obra, superando el aspecto físico. En esta línea, opera la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2014. Sobre la desheredación de los hijos y descendientes y esta novedosa orientación jurisprudencial se va a centrar el presente estudio.

ABSTRACT: *Opposite to the appraised character and the restrictive interpretation of the reasons of disinheriance of the sons and descendants contained in the article 853 of the civil code, it is chosen for a interpretation adapted to the social current reality and to the maximum respect to the dignity of the person, making possible with it that includes the psychological mistreatment understood as lack of attention and contempt, inside the reason of the mistreatment of work, overcoming the physical aspect. In this line it produces the judgment of The Supreme Court of June 3, 2014. On the disinheriance of sons and descendants and this new jurisprudencial orientation, it's going to centre the present study.*

PALABRAS CLAVES: Desheredación. Maltrato psicológico. Hijos. Descendientes. Ascendientes. Legítima.

KEY WORD: *Disinheriance. Psychological abuse. Sons. Descendants. Ascendants. Legitimal inheritance.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, REQUISITOS Y CARACTERES DE LA DESHEREDACIÓN.—III. SUJETOS Y FORMA DE LA DESHEREDACIÓN.—IV. LA ACCIÓN DE DESHEREDACIÓN INJUSTA O NEGACIÓN DE LA CAUSA DE LA DESHEREDACIÓN.—V. LAS CAUSAS

DE DESHEREDACIÓN DE HIJOS Y DESCENDIENTES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.
—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La legítima en España es fruto de la concepción romana y germana y, de la incidencia del derecho precodicial, y como precisa VALLET DE GOYTISOLO (1986, 834) «es una institución formada en la historia»¹. El artículo 806 del Código Civil establece que la legítima «*es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzados*»; y, al fijar las legítimas de esos herederos forzados habla de «partes del haber hereditario» (art. 808).

La definición legal contenida en el citado artículo 806 no ha estado exenta de críticas por considerarla superflua (ROCA SASTRE MUNCUNILL, 1988, 588)²; o inexacta al no recoger los caracteres de la legítima (ALBALADEJO, 2008, 377)³. Por lo que se entiende que el legislador debería abstenerse de definir y dejar tal labor a la doctrina. Así para LACRUZ BERDEJO, la expresión legítima alude «a un *quantum* proporcional de la fortuna del causante que, con cargo (directa o indirectamente) a la misma, debe pasar o haber pasado necesariamente a personas próximas a aquel denominadas «legitimarios». En otras palabras, precisa el autor, es legítima «la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de esta (excepcionalmente, por cuenta de ella), a percibir a partir de su muerte, si no se recibió en vida» (LACRUZ BERDEJO, 2009, 309)⁴. Por su parte, para ROCA SASTRE (1988, 584) legítima es «la porción de bienes que en relación con una sucesión abierta, reserva la ley a favor de determinadas personas, en consideración a las cuales el causante-testador no puede disponer, sino a favor de las mismas, al dejarles por cualquier título bienes de la propia herencia, y, a veces, dinero no hereditario»⁵.

Sobre tales bases, aunque la legítima representa una limitación a la libertad de disponer de sus propios bienes por parte del causante, a la que tienen derecho los legitimarios, o en terminología inexacta de la ley —herederos forzados—; no obstante queda a la voluntad de aquel el título por el que se hace la atribución testamentaria de la legítima, esto es, tiene libertad para elegir la manera en que esta se habrá de pagar, así mediante institución de heredero, legado o incluso donación *inter vivos* que a su muerte se considera como un anticipo de legítima (art. 815 del Código Civil). Por otra parte, en la determinación de la naturaleza de la legítima que tiene especial conexión con el principio de intangibilidad de esta, se ha considerado por unos como una cuota sobre los bienes —teoría de la *pars bonorum*⁶; o como sujeto al pago de las deudas del causante —teoría de la *pars hereditatis*— (ORTEGA PARDO, 1945, 132)⁷, y, en fin, no faltan quienes consideran que el legitimario ocupa una posición de acreedor de los herederos y, en su caso, de los legatarios y donatarios a quienes puede reclamar el complemento de lo que le falta por percibir en concepto de legítima mediante la reducción de sus atribuciones (art. 820 del Código Civil). De forma que, el legitimario sería acreedor de una obligación de dar, normalmente de bienes *in natura* del caudal hereditario, y por excepción bienes que suponen el equivalente pecuniario de los mismos. En definitiva, su mecanismo sigue el esquema clásico de las obligaciones (RAGEL SÁNCHEZ, 2004, 33)⁸.

Ahora bien, las legítimas no se calculan simplemente con referencia a los bienes que queden al fallecimiento del testador. Es claro que, ha de tratarse de un

valor líquido, para lo cual es preciso deducir las deudas y cargas que afecten a la misma. El artículo 818 del Código Civil ordena al respecto que el valor líquido de los bienes que hubieran quedado, se deduzcan o resten del importe de las deudas y cargas, aun sin comprender en ellas las impuestas por el testador (*relictum*). Por otra parte, resulta necesario tomar en consideración las donaciones que el causante hubiera hecho en vida. Por lo que, una vez conocida la consistencia y el valor del *relictum*, hay que adicionar a este el importe de las donaciones que realizó en vida el causante —*donatum* (art. 818.2)—. Reunidas ficticiamente —sumadas— al *relictum* las donaciones colacionables —el *donatum*—, la suma total constituye la base para el cálculo de la legítima que corresponde a cada legitimario. Precisamente, sobre el haber calculado, la fracción constitutiva en la legítima será: 1. La legítima de los hijos y descendientes de dos tercios, de los cuales uno puede dedicarse por el causante a mejorarlos (art. 808); 2. La legítima reservada a los padres se divide entre ellos por partes iguales; si uno de ellos hubiera muerto, recaerá toda ella en el sobreviviente (art. 810.1); y, 3. El cónyuge que al morir su consorte no esté separado, si concurre en la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (art. 834).

En este contexto, no se puede lesionar ni cuantitativa ni cualitativamente la legítima —la llamada intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la misma—, esto es, que las leyes imperativas y prohibitivas protegen al legitimario no solo cuando se le da menos de lo que le corresponde, sino también cuando se le deja de dar de manera diferente a lo exigible, bien porque se le asignan bienes que no forman parte del haber hereditario —fuera de los casos en los que la ley permite—, bien porque se le atribuyen en pago de la legítima bienes hereditarios, pero estableciendo un gravamen sobre los mismos a favor de otras personas. Por eso se indica que, en la legítima hay algo más que cantidad y es la calidad de los bienes y la forma en que se reciben⁹. La intangibilidad se explica como señala ROCA SASTRE (1997, 85) por la necesidad de imponer una limitación a la libertad para testar característica de nuestro Ordenamiento, lo que propicia que la legítima tenga un carácter negativo o «de freno»¹⁰. Y, asimismo, el causante no puede privar ni en todo ni en parte a los legitimarios de la cuantía del haber hereditario que, les corresponda por ostentar esta condición, salvo como señala el artículo 813.1 del Código Civil en los casos previstos por la ley, como son los supuestos de desheredación justa regulada en los artículos 848 a 857 del Código Civil, y la declaración de indignidad que, a diferencia del anterior, la privación de la legítima es por el juez y no por el testador. Por lo que, en la desheredación injusta y la preterición intencional el legitimario preterido o desheredado injustamente, solo tiene derecho a la legítima estricta. De forma que, las causas de desheredación solo pueden ser una de las específicamente determinadas por la ley, cuya enumeración ha de considerarse taxativa, y de interpretación restrictiva, quedando excluida cualquiera distinta, aunque guarde analogía o sea de mayor gravedad. Se exige, además, una expresa manifestación de voluntad por parte del ascendiente, que realiza el testamento de querer desheredar, y se sujeta tal desheredación para que surta efecto, a unos rigurosos requisitos de fondo y de forma que el causante debe cumplir al realizar el testamento. Sin que, la inobservancia pueda ser suplida por los herederos, que tras su fallecimiento, tienen que enfrentarse al descendiente desheredado (art. 850 del Código Civil) y probar la certeza de la causa de desheredación. Como señala LASARTE ÁLVAREZ (2007, 364) se parte de una premisa «la defensa a ultranza de la desheredación» exigiendo del causante y de sus herederos una actitud de especial diligencia¹¹.

Sobre tales bases, hay una realidad social constatada en España como es un envejecimiento progresivo de la población, un aumento en la esperanza de vida motivada por una mejora en las condiciones sanitarias y asistenciales, que posibilita al mayor la realización de actividades de ocio o de otro tipo, pero también, tal envejecimiento se acompaña de un aumento de enfermedades neurodegenerativas que, crean situaciones de dependencia en los mayores, que la mayoría de las veces no se cubren en el ámbito familiar, por lo que esa falta de atención es suplida desde otras instancias. A ello hay que añadir, nuevas formas de modelos familiares —familias monoparentales, incorporación de la mujer al trabajo, movilidad laboral, etc.—, además de un aumento del individualismo en las relaciones familiares que, lleva consigo un cierto desapego, abandono tanto material como afectivo en los propios domicilios o en centros asistenciales, y soledad de sus ascendientes por parte de los hijos o descendientes. Tales conductas aun siendo moral o socialmente reprobables, no lo son desde un punto de vista jurídico al quedar fuera del ámbito de aplicación del artículo 853 del Código Civil por una interpretación estricta que, de tal precepto realizan los tribunales. Ante tal situación, no resulta sorprendente que el causante, que conoce que, a su fallecimiento entrará en juego todo el sistema legitimario, y la estructura rígida de la desheredación, opte por el recurso de la desheredación de hecho realizando transmisiones onerosas que, suelen constituir donaciones encubiertas (a través de contratos de compraventa o de alimentos) que, además de ser contrarias a Derecho, pueden determinar la reacción del legitimario con la consiguiente nulidad de la donación por defecto de forma, o por fraude en los derechos de los legitimarios cuando se aprecia causa ilícita (art. 1275 del Código Civil), e intención de defraudar (REBOLLEDO VARELA, 1996, 11)¹².

En este contexto, se ha de proceder a una interpretación de las actuales causas de desheredación adecuándolas al tiempo y a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 del Código). Por lo que ha de adaptarse las normas de la desheredación a la nueva realidad expuesta en líneas precedentes. En tal sentido opera la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 3 de junio de 2014¹³ que, considera el abandono emocional y el maltrato psicológico como causa de desheredación incluida en el artículo 853.2 del Código Civil, pese a la tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria contraria a la misma, por considerarla que, afecta a la moral, a la conciencia y a la intimidad de las relaciones familiares, sin trascendencia jurídica. Se ha de proceder a una revisión y, por ende, una adaptación de la estructura formal y de fondo de la desheredación. Sobre la institución de la desheredación como privación de la legítima en su modalidad de justa e injusta, y de forma particular, de las causas de desheredación de los hijos o descendientes con la necesaria adopción de esa nueva exigencia interpretativa, es el objetivo del presente estudio.

II. CONCEPTO, REQUISITOS Y CARACTERES DE LA DESHEREDACIÓN

Es desheredación para LACRUZ BERDEJO (2009, 408) «la declaración expresa de un testador, de privar al legitimario de participar en su herencia, especificando que lo hace por haber incurrido este en alguna de las causas taxativas previstas por la ley: todas ellas infracciones graves contra la esfera moral o física del deudor de la legítima, o contra la propia del legitimario con repercusión en el orden o el honor de la familia»¹⁴. Por su parte, BUSTOS LAGO (2009, 1019) entiende por desheredación «la disposición testamentaria expresa en virtud de la que el testador priva al legitimario de participar en su herencia a través del derecho que le reconoce

el artículo 806, cuando concurran alguna de las causas que taxativamente señala la Ley»¹⁵. RAGEL SÁNCHEZ (2013, 6268), asimismo, define la desheredación como «la privación anticipada de la legítima que opera solo si es expresamente dispuesta por el causante y solo en testamento, en el que hace constar la ofensa que, ha inferido el legitimario desheredado al testador o, en su caso, a sus familiares»¹⁶.

Son requisitos para que prospere la desheredación: 1. Que se haga en testamento; 2. Que se exprese la causa y que esta sea una de las que admite la ley, sin que sea necesaria la descripción de sus hechos constitutivos; 3. Que la causa sea cierta, de manera que los herederos la prueben en juicio si el desheredado la niega; y, 4. Que no haya mediado reconciliación entre el ofensor y el ofendido en los términos del artículo 856 del Código Civil (BUSTOS LAGO, 2009, 1019)¹⁷.

A pesar de sus posibles semejanzas, la desheredación y la indignidad se diferencian, como precisa RAGEL SÁNCHEZ (2013, 6269), en que: «1. Tienen unas causas distintas cada una de ellas (arts. 852 a 855 y art. 756 del Código Civil); 2. La desheredación se refiere únicamente a los legitimarios, mientras que la indignidad afecta a cualquier sucesor *mortis causa*, lo que incluye a extraños; 3. La desheredación se debe a causas conocidas por el causante, son anteriores a la atribución patrimonial *mortis causa* por testamento e impiden que suceda alguien que tendría derecho a hacerlo, si no hubiera ocurrido en ofensa frente al testador y este no le hubiere desheredado; mientras que la indignidad puede deberse a causas anteriores o posteriores al fallecimiento del causante (supuesto contemplado en el art. 756.4 del Código Civil), por lo que es posible que las causas no sean conocidas por el causante; 4. La desheredación se realiza únicamente por testamento, mientras que la indignidad opera «*ope legis*» y tiene virtualidad también en la sucesión intestada; 5. La desheredación supone la privación anticipada de la legítima, mientras que la indignidad supone la incapacidad para obtener beneficio *mortis causa* en cualquier tipo de sucesión; 6. La desheredación la decide el testador, mientras que la indignidad la establece la ley y la declara el juez; y, 7. La desheredación requiere que el testador mencione expresamente la persona del desheredado y la causa de desheredación, mientras la indignidad no requiere que la persona indigna y la causa, sean recogidas en el contenido del testamento para que surta efectos»¹⁸.

Ahora bien, la desheredación debe consistir en uno de los comportamientos regulados en los artículos 852 a 855 del Código Civil. De forma que, como hemos señalado, tal enumeración constituye un sistema de «*numerus clausus*», de manera que, la cláusula testamentaria en la que se deshereda a un legitimario sin ampararse en alguna de las causas de desheredación, es nula¹⁹. Este carácter tasado ha de completarse con la consideración de las mismas como disposiciones de derechos que han de ser interpretadas de forma restrictiva por aplicación del principio general de derecho «*odiosa sunt restringenda*», no admitiéndose la analogía, la interpretación extensiva ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*, pues es el único medio de evitar la incertidumbre y el peligro de la arbitrariedad. Por lo que, ante su carácter sancionador, no se extiende, pues, su aplicación a los casos no previstos en la ley, ya que de ser así se afectaría al sistema legitimario establecido en los artículos 806, 807.1 y 808 del Código Civil (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2012, 185)²⁰.

III. SUJETOS Y FORMA DE LA DESHEREDACIÓN

En cuanto el sujeto activo de la desheredación, puede desheredar toda persona que tenga capacidad para testar. Por tanto, con carácter general puede desheredar

quien tenga más de catorce años y se encuentre en su cabal juicio (art. 663 del Código Civil), salvo que la desheredación tenga lugar en un testamento ológrafo, en cuyo caso, se exigirá que el desheredante tenga dieciocho años (art. 668 del Código Civil); y, respecto del sujeto pasivo, puede ser desheredado todo legítimo (art. 807 del Código Civil —hijos o descendientes, padres o ascendientes y el cónyuge supérstite—), exigiéndose las condiciones de imputabilidad en relación con las distintas causas de desheredación que, habrán de ser apreciadas por el tribunal civil (BUSTOS LAGO, 2009, 1019)²¹. Se plantea la duda acerca de la capacidad exigida para que un hijo o descendiente sea desheredado. Frente a quienes consideran que se requiere con carácter general la capacidad de obrar —mayoría de edad o emancipación— y, en caso de hechos constitutivos de delito, se puede utilizar como referencia la edad penal²²; otros optan por el criterio del discernimiento y la madurez suficiente para entender y querer el acto concreto (sea o no delito)²³; y, no falta quienes defienden que, la solución debe venir del prudente arbitrio judicial. Al respecto, sostiene ALGABA ROS (2011, 1004) que, dada la diversidad de causas de desheredación, lo más conveniente, será exigir una capacidad diferente en función de cuál sea la causa de desheredación²⁴.

Por su parte, el artículo 849 del Código Civil establece dos requisitos formales de la desheredación: que se haga en testamento, y que exprese la causa legal en que se funda. Respecto del primero, comprende cualquier clase de testamento —común o especial—, incluso el ológrafo, el testamento otorgado en inminente peligro de muerte sin presencia de notario (art. 700 del Código Civil), y los testamentos especiales, siempre que sean válidos y eficaces y que, por tanto, no hayan sido revocados. Se excluye que, la desheredación pueda hacerse en cualquier otra forma o instrumento, esto es, a través de actos *inter vivos*, como la donación, capitulaciones matrimoniales o contrato oneroso celebrado con terceros. Lo mismo cabe decir de la voluntad expresada en cédulas o papeles privados, cuando en ellos no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo (art. 672 del Código Civil) (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6272)²⁵.

El testamento ha de estar vigente en el momento en que se abre la sucesión y ser válido y eficaz. Por lo que no se tendrá en cuenta la desheredación efectuada en un testamento declarado nulo por defectos formales o por vicio de la voluntad. Tampoco si ha sido revocado el testamento por otro nuevo, en el que no se reitera la desheredación anteriormente realizada. En todo caso, no se entenderá revocado el testamento en que se contenga la desheredación por otro posterior en el que se contengan disposiciones diferentes y se omita mencionar al legítimo desheredado (LACRUZ BERDEJO, 2009, 410)²⁶; asimismo, si el testamento revocante fuera a su vez revocado y recobrase su validez el primer testamento revocado conforme al artículo 739.II del Código Civil; se mantendrá, sin embargo, la revocación de la desheredación contenida en el primero, pues, la remisión de la causa de desheredación es irrevocable (VALLET DE GOYTISOLO, 1991, 2079)²⁷. Por otra parte, si en testamento anterior el desheredante realizó atribuciones patrimoniales a favor del que es desheredado en otro testamento posterior, pese a que el primero no se entienda totalmente revocado *ex* artículo 739.1, si estarán, en cambio, expresamente revocadas tales atribuciones (BUSTOS LAGO, 2009, 1020)²⁸. En cualquier caso, la preterición pese a anular la institución de heredero (art. 814), no anula la desheredación legalmente ordenada (VALLET DE GOYTISOLO, 1991, 2080)²⁹. Lo mismo sucede cuando el testador desheredante otorga un nuevo testamento en el que omite deliberadamente mencionar al legítimo desheredado, salvo que ordenase que ese testamento revoque totalmente aquel en que desheredó, en cuyo caso, se es-

tará ante un supuesto de preterición intencional y no de desheredación (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6272, 6273)³⁰.

Por otra parte, aunque el Código Civil no contiene un precepto que indique expresamente que, el testador debe identificar al legitimario que deshereda, está claro que, resulta imprescindible para que surta efectos la desheredación, que se identifique al desheredado, aplicando al respecto los artículos 772 y 773 del citado cuerpo legal, referidos a la persona instituida como heredero.

Ahora bien, es necesario en testamento que, además de la identidad del legitimario desheredado, conste expresamente la voluntad de desheredar y que se exprese la causa de la desheredación, aunque no es necesario que se detallen los hechos en que se funda y ello porque la exigencia de la mención expresa ha de referirse solo a la causa y no a los hechos que la amparan³¹. Si bien, resulta válido que el testador se limite a describir los hechos siempre que puedan ser subsumibles en alguna o en varias de las causas que contempla la ley. En todo caso, ha de fijarse con claridad la causa legal en que se funda la decisión de desheredar y que se sustente sobre hechos acaecidos con anterioridad a que tenga lugar la causa de desheredación. No se requiere que aquella se exprese en los mismos términos que contempla el Código Civil, siempre que las palabras o términos utilizados por el testador para describir los hechos en los que funda la desheredación del legitimario, sean lo suficientemente claros y expresivos de los hechos a los que la ley considera como posibles causas de desheredación³². Asimismo resulta necesario que se manifieste de forma clara y determinante la voluntad de desheredar. De todas formas, sería aconsejable que se indicase el precepto legal que sirve de base (ALGABA ROS, 2011, 1003)³³. En cualquier caso, la expresión de una causa de desheredación determina una presunción *iuris tantum* de veracidad de la misma, presunción que tiene un carácter extrajudicial pues, en virtud del artículo 850 del Código Civil, si el desheredado negara la misma, los herederos del testador deberán demostrar su veracidad.

IV. LA ACCIÓN DE DESHEREDACIÓN INJUSTA O NEGACIÓN DE LA CAUSA DE LA DESHEREDACIÓN

El artículo 851 del Código Civil contiene los supuestos por los que la desheredación ha de considerarse injusta como son: que el testador no exprese la causa de la desheredación; cuando la certeza de los hechos en que se funda la causa alegada ha sido contradicha por el legitimario que se pretende desheredar y, los herederos del testador no puedan acreditar su certeza; y, en fin, cuando la causa invocada no sea una de las establecidas en los artículos 852 a 855. Se añade también por la doctrina como un supuesto más —aunque el citado precepto no lo contemple—, el que la expresión de la voluntad de desheredar, la designación del desheredado y la mención de la causa no se contenga en testamento (art. 849 del Código Civil).

Atendiendo a tales supuestos, la acción de desheredación injusta viene a ser «el procedimiento judicial instado por una persona que ha sido desheredada y que tiene la finalidad de contradecir la causa de la desheredación expresada por el causante en el testamento y solicitar que el juez declare la desheredación es injusta por no haberse probado la existencia de la causa mencionada» (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6274)³⁴. Por lo que mientras la desheredación injusta no sea impugnada por el legitimario afectado, las disposiciones testamentarias producirán todos sus efectos. Por tanto, la desheredación es justa mientras el desheredado

no niegue en juicio la causa, no siendo suficiente que lo haga extrajudicialmente. En consecuencia, legitimado activamente lo esté el legitimado no injustamente desheredado —descendiente, ascendiente o cónyuge viudo—, que al tratarse de una acción personalísima, es intransmisible por lo que, se extingue por la muerte del desheredado y también por renuncia de este, salvo en aquellos casos en que con su ejercicio se trate de proteger la imagen o el buen nombre del desheredado, en cuyo caso es transmisible *«iure sanguinis»*³⁵. Es por ello que, se excluyen las personas que no han adquirido la cualidad de legitimario, como sucede con el cónyuge separado judicialmente o de hecho, o el contador partidor (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6275)³⁶. Por otra parte, se entiende que es ejercitable por los acreedores del legitimario que consienta la desheredación en su perjuicio, siendo la vía más adecuada —pese el carácter personalísimo de la misma— la acción subrogatoria *ex art. 1111* del Código Civil (BUSTOS LAGO, 2009, 1022)³⁷.

Por otra parte, legitimados pasivamente lo están los sucesores del causante, esto es, todos los que se beneficien con la desheredación; por lo que habrá que incluir a propios hijos o descendientes del desheredado (art. 857 del Código Civil), al concederles ocupar el lugar de este. A falta de estos o cuando no pueden o no quieren suceder, la parte del legitimario desheredado recaerá en los legitimarios no desheredados; a falta de estos, la sustitución que haya previsto el testador, que habitualmente tendrá lugar cuando el desheredado fuera el único legitimario; y, a falta de todos los anteriores, la porción corresponde a los herederos *abintestato*. También pueden ser demandados los albaceas en el caso de que estuvieran ejercitando el cargo, pues, su misión consiste en ejecutar la voluntad del testador (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6276)³⁸.

En todo caso, la expresión testamentaria de la desheredación y de su causa es título suficiente que habilita al heredero instituido a obtener la posesión de los bienes hereditarios, pues, la iniciativa de la acción procesal corresponde al desheredado. Por lo que, para conseguir la declaración judicial de desheredación injusta, el desheredado deberá reclamar en un juicio declarativo ordinario, puesto que no existe un procedimiento especial previsto expresamente para tramitar esta cuestión, no bastando que el desheredado solicite y obtenga la declaración de heredero *abintestato* (LACRUZ BERDEJO, 2009, 410)³⁹. Ante la negación por parte del desheredado de la causa de la desheredación, corresponderá a los herederos (demandados) probar la certeza de los hechos en que se funda la causa, que no es sino una aplicación del principio de prueba de un hecho por parte de quien afirma su certeza, no de quien la niega (*ex art. 217.2 LEC*)⁴⁰. Las pruebas aportadas habrán de ser valoradas de acuerdo con las normas reguladoras de la validez y eficacia de estas. En este contexto, el artículo 850 del Código Civil parte de una presunción de certeza de la causa de desheredación que, juega exclusivamente a favor del cumplimiento de la disposición testamentaria en que se manifiesta la voluntad del testador, por ello la prueba solo es necesaria cuando sea contradicha por el legitimario perjudicado, pero sin eficacia en el juicio en que se discute la desheredación, en la que el heredero no tiene a su favor presunción de certeza alguna, ni siquiera con el valor de las presunciones *iuris tantum*⁴¹. Se presume *a priori*, pero solo extrajudicialmente, provisional e interinamente⁴². De todas formas, el heredero estará exonerado de la prueba cuando la certeza de la causa resulte acreditada por la existencia de una sentencia condenatoria en atención a los hechos que constituyen la causa de la desheredación, o porque el testador haya formalizado adecuadamente en testamento la prueba. Si el testador ha invocado varias causas de desheredación, es suficiente con que resulte probada alguna de ellas. En todo caso, la prueba ha de referirse exclusivamente a las

causas de desheredación que se mencionan en el testamento, por lo que, no se puede apreciar una causa de desheredación que no haya sido contenga expresamente en aquél, aunque resulte probada, pues carece de efectos de conformidad con lo que dispone el artículo 849 del Código Civil, siendo en consecuencia la desheredación declarada injusta.

Sobre tales bases, tras la reforma operada en el artículo 814 por la Ley de 13 de mayo de 1981, los efectos de la desheredación injusta son similares a los de la preterición intencional: se reducirá la institución de heredero antes que los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias⁴³. Por lo que apreciada la ilegalidad de la desheredación, la institución de heredero no se anula totalmente, sino que se reduce en lo necesario para garantizar al desheredado su cuota legitimaria⁴⁴. De ahí que, el perjuicio al desheredado en los términos del artículo 852 del Código Civil equívale a perjuicio a la legítima, y no a la expectativa sucesoria *ab intestato*. De forma que, a la cuota legitimaria del injustamente desheredado calculada sobre la suma del «*relictum*» más el «*donatum*», han de imputarse los legados que se le atribuyan en testamento, así como las atribuciones patrimoniales que haya recibido por donación en vida del causante, y ello, porque el mantenimiento de los legados, mejoras y demás disposiciones testamentarias a las que se refiere el citado artículo 852, son las otorgadas a favor de personas distintas del desheredado (BUSTOS LAGO, 2009, 1022)⁴⁵. Si el legitimario injustamente desheredado concurre con otros legitimarios, solo se le reconoce el derecho sobre la legítima estricta⁴⁶; mientras que, si no concurre con otros legitimarios, o todos son desheredados, tendrá derecho a la legítima larga (LACRUZ BERDEJO 2009, 412)⁴⁷. Cuando existan legitimarios descendientes que no han sido desheredados y el testador no hubiera dispuesto del tercio de mejora, tales legitimarios recibirán el tercio de mejora en concepto de legítima larga (RAGEL SÁNCHEZ 2013, 6280,6281)⁴⁸. En todo caso, si parte de la legítima ha sido asignada mediante legados y donaciones, habrán de reducirse después de la institución de heredero, aunque esta comprenda la parte libre. Asimismo, para satisfacer la cuota legitimaria del injustamente desheredado, habrá de anularse la institución de heredero, que precede a las disposiciones testamentarias a título singular, y si fueran varios los herederos sean voluntarios o legitimarios, habrán de soportarla todos a prorrata en proporción a la cuota de su institución con el límite derivado del respeto a la legítima de los herederos que sean legitimarios, pues estos tienen en aquella precisamente el límite de su reducibilidad; y, por el derivado de la voluntad del testador, cuando haya instituido por cuotas concretas referidas a los tercios de legítima, mejora o libre disposición (VALLET DE GOYTISOLO, 1991, 2087)⁴⁹. De forma que, cuando el artículo 852 alude en primer lugar a que se anulará la institución de heredero en cuanto perjudique al desheredado, significa que, se reducirá primero la herencia voluntaria, esto es, la que no se atribuye en pago de la legítima estricta; y después se reducirán los legados, en cuanto sean inoficiosos y perjudiquen la legítima estricta. Si bien, se mantendrán las atribuciones efectuadas por el causante con cargo al tercio de libre disposición.

En este contexto, se ha mantenido que la naturaleza jurídica de esta acción de desheredación injusta es de impugnación en cuanto perjudica al desheredado, con efecto desde el día de la apertura de la sucesión, y destinada a introducir una suerte de sucesión, esto es, la forzosa. Por lo que sobre tal premisa, se ha considerado que, la institución de desheredación es nula de pleno derecho⁵⁰; o, simplemente anulable por lesionar la legítima de uno de los herederos (LACRUZ BERDEJO, 2009, 412)⁵¹; o, en fin, rescindible por su inoficiosidad (VALLET DE

GOYTISOLO 1991, 2084)⁵². El plazo de prescripción de la acción está en función de la postura por la que se opte. LACRUZ BERDEJO (2009, 412), señala que, probablemente es aplicable el plazo de quince años del artículo 1964 del Código Civil⁵³; mientras que VALLET DE GOYTISOLO (1991, 2085) se inclina por el plazo cuatrienal propio de las acciones rescisorias *ex* artículo 1299⁵⁴. En todo caso, frente al tercero ha de tenerse en cuenta que trascurridos cinco años desde la mención registral de la desheredación, sin que conste anotada impugnación alguna por los legitimarios, caducarán sus efectos (art. 15 b).4 LH) (BUSTOS LAGO, 2009, 1023)⁵⁵.

Ahora bien, si la desheredación es justa, el desheredado queda privado de su cuota legítima en la herencia del desheredante y a toda participación en la herencia de este, tanto testada como intestada, así como cualquier derecho sobre las reservas hereditarias (art. 873.2). Las donaciones realizadas por el testador al desheredado, aun siendo imputables a la legítima, no quedan revocadas por este motivo, sino que habrá de ejercitarse la acción de revocación por ingratitud *ex* artículo 648, en el plazo de un año a contar desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y le fue posible ejercitarse la acción (art. 652), sin que sea transmisible a sus herederos, si pudiendo ejercitárla no lo hubiera hecho (art. 653.2). No obstante, la excepción de tal regla lo constituyen las donaciones hechas expresamente en concepto de mejora, respecto de las que la desheredación ha de entenderse que, implica su revocación (LACRUZ BERDEJO, 2009, 411)⁵⁶. La vacante producida en los derechos legitimarios por el desheredado pasa a sus hijos o descendientes conforme dispone el artículo 857 del Código Civil por derecho de representación, por lo que ocupan su lugar y conservan los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima⁵⁷. Si bien, en el caso que el hijo desheredado hubiera percibido del causante —por donación o por atribución testamentaria, si se admite su compatibilidad con la desheredación— algo imputable a su legítima, esta atribución no resulta modificada por la desheredación, reduciéndose cuantitativamente el derecho de sus descendientes que, recibirán solo la parte que resulte de deducir la cantidad recibida, de lo que tendría derecho el padre por legítima estricta. En todo caso, el padre desheredado está privado de la administración de los bienes que los hijos reciban por esta vía, siendo el administrador de los mismos la persona designada por el causante, y en su defecto, y sucesivamente el otro progenitor o un administrador judicial (art. 164.2.2 del Código Civil). Si el descendiente desheredado carece de hijos o descendientes, no procede aplicar el citado artículo 857, por lo que su parte acrece a quienes son sus colegitimarios, que la reciben por derecho propio (art. 985). Si el desheredado es el único descendiente, o todos los descendientes son desheredados, no cabe considerar a los ascendientes del causante como legitimarios, de manera que el caudal hereditario será libremente disponible, y, en defecto, de disposición testamentaria, será diferido conforme a las reglas de la sucesión intestada (art. 912.2).

V. LAS CAUSAS DE DESHEREDACIÓN DE HIJOS Y DESCENDIENTES

El artículo 853 del Código Civil contiene, en primer lugar, una remisión genérica a las causas de desheredación generales contempladas en el artículo 852 del citado cuerpo legal y que son enunciadas como causas de indignidad para suceder, en concreto las señaladas en los números 2, 3, 5 y 6 del artículo 756. Se omite la referencia a las contenidas en el número 1 que se refiere a los padres; el

número 4, a una causa que tiene lugar después del fallecimiento del testador; y, la número 7 que, es consecuencia de un olvido del legislador que, con la reforma por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, no procedió a modificar también los preceptos dedicados a enumerar las causas de desheredación —pues la persona con discapacidad no incurre, por esta razón en incapacidad para testar—, por lo que puede considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la causa número 1 del artículo 853 (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6284)⁵⁸. Y, en segundo lugar, se contiene dos causas específicas que solo operan en relación con los hijos y descendientes como son: 1. La negativa injustificada a prestar alimentos; y, 2. El maltrato de obra o la injuria grave de palabra⁵⁹.

A. La negativa injustificada a prestar alimentos. Atendiendo al tenor literal del artículo 853.1 solo es causa de desheredación la negativa injustificada del descendiente a prestar alimentos al causante (padre o ascendiente) que lo deshereda. No comprende, pues, la negativa a prestar alimentos a otros hijos que se encuentren en estado de necesidad, ni tampoco al cónyuge del testador que, en el supuesto de ser también ascendiente, tendría que proceder igualmente en su propio testamento a la desheredación. Se refiere a la obligación legal de alimentos entre parientes, cuya normativa resulta aplicable por analogía, y por tanto, los alimentos que enumera el artículo 142 del Código Civil «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica...»⁶⁰. No a la obligación convencional de alimentos —renta vitalicia, contrato de alimentos— cuyo incumplimiento contractual se canaliza por la normativa que, resulta aplicable. Para que opere esta causa de desheredación, resulta necesario que, concurran tres requisitos: 1. La situación de necesidad económica por parte del ascendiente; 2. Reclamación al descendiente obligado a prestarlos; y, 3. Negativa injustificada del descendiente⁶¹. En cuanto a la primera, a la situación de necesidad le son de aplicación los artículos 142 y 146 del Código Civil, por lo que para que concurra causa de desheredación además de la reclamación de alimentos realizada por el ascendiente resulta necesario que, exista una situación previa de necesidad económica; que el descendiente esté obligado a prestarlos y tenga capacidad económica para ello. De no darse tal necesidad, la negativa del descendiente a prestar alimentos estaría basada en un motivo legítimo (art. 152.3 del Código Civil). De todas formas, exista necesidad y, por tanto, causa de desheredación aunque un tercero preste alimentos al causante. Ahora bien, cabe preguntarse si resulta compatible la necesidad con la existencia de un patrimonio del causante, o con el hecho que con posterioridad al otorgamiento de testamento con cláusula de desheredación el ascendiente pase a mejor fortuna y deje bienes a su fallecimiento. En cualquiera de los supuestos resulta factible la existencia de un patrimonio del causante antes y después del otorgamiento del testamento, como señala BERMEJO PUMAR (2005, 534), pues, la obligación de prestar alimentos debe entenderse en un sentido amplio, como ayuda adecuada para proporcionar lo necesario para la satisfacción de las necesidades de vida, por lo que de acuerdo con esta idea amplia sobre qué debe entenderse por alimentos, no sería necesario que el ascendiente fuera indigente para estar en situación de reclamarlos. Así es posible que, el causante tenga bienes que no sean fructíferos o no realizables, incluso por causas directamente imputables al legitimario desheredado, por lo que a efectos de desheredación procedería la prestación de alimentos⁶².

Por otra parte, cabe plantear un concepto amplio de necesidad en que se incluya además de los alimentos, toda clase de cuidados y atenciones, incluso de naturaleza afectiva. De forma que, pudiera incluirse en el ámbito de aplicación

del artículo 853.1 supuestos de abandono afectivo o asistencial, no solo cuando la asistencia y cuidados personales en la enfermedad del ascendiente, no resultan cubiertos ni con su propio patrimonio, o la Seguridad Social, sino también en supuestos de falta de asistencia emocional, aunque el ascendiente abandonado tenga capacidad económica para afrontar su propia subsistencia física. La tendencia mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia se inclina por la no interpretación extensiva de la obligación de alimentos, y, en consecuencia, centrada en una situación de necesidad puramente económica incompatible con medios económicos suficientes, y, asimismo, se precisa que, la asistencia al ascendiente en su última enfermedad —o incluso en su entierro— no deja de ser un deber moral y de conciencia particular de cada uno (ALGABA ROS, 2011, 1017)⁶³.

En cuanto a la existencia de reclamación, es preciso que el ascendiente haya reclamado los alimentos de manera clara y haya quedado constancia de ello, sin que sea imprescindible que haya iniciado al respecto un procedimiento judicial⁶⁴. De forma que, resulta suficiente ante una situación de necesidad, la existencia de una reclamación extrajudicial y una negativa injustificada a prestarlos, extremos ambos que han de ser debidamente probados por los herederos en caso de contradicción por parte del legitimario desheredado (art. 850 del Código Civil) (REBOLLEDÓ VARELA, 2010, 403)⁶⁵. Ahora bien, cabe plantearse, si resulta necesaria tal reclamación, cuando la situación de necesidad es suficientemente conocida por el descendiente. Si bien, es cierto que, la mayoría de las resoluciones de las Audiencias Provinciales exigen la reclamación de alimentos por parte del ascendiente, no resulta contrario a la norma y, en consecuencia, considerarlo como causa de desheredación el conocimiento efectivo por parte del descendiente obligado a prestar alimentos del estado de necesidad física y/o económica, pues, ha de considerarse que el deber de alimentos de los hijos hacia sus ascendientes surge desde el mismo momento que, conocen el estado de necesidad y urgencia en que se encuentra este (REBOLLEDÓ VARELA, 2010, 404)⁶⁶. En todo caso, la reclamación puede ser realizada por parte del propio ascendiente o un tercero.

Por último, la negativa a prestar alimentos sin motivo legítimo, esto es, que no haya prestado los alimentos estando obligado a ello, por haber cumplido todos los requisitos exigidos para que nazca la obligación legal de alimentos⁶⁷. Tal negativa puede ser expresa o tácita, derivada de hechos concluyentes que demuestren la voluntad del descendiente legitimario de no cumplir con su obligación de prestar alimentos. Por tanto, es la negativa sin motivo alguno la que debe tenerse en cuenta; por lo que la causa de desheredación subsistirá, aun cuando el ascendiente fuera asistido económicamente por otra persona no obligada, o cuando establecida judicialmente la obligación, el descendiente la cumpla. Por contra, existirá motivo legítimo cuando otra persona esté obligada preferentemente a prestarlos —el cónyuge del ascendiente (art. 144.1 del Código Civil), o un descendiente de grado más próximo (art. 144.2 del Código Civil)—; o cuando el descendiente carezca de capacidad económica para prestarlos, o el ascendiente no tuviera necesidad de reclamarlos⁶⁸ —según el artículo 146 del Código Civil la obligación positiva de dar alimentos a los padres ha de ser proporcional al caudal o medios del obligado a darlos y a la necesidad de quien los ha de recibir—; o en fin, se den las causas por las que se extingue la prestación de alimentos a las que se refiere el artículo 152 del Código Civil, exclusión hecha de las enunciadas en los números 1 y 5, y siendo relevante en la práctica la contenida en el número 4, esto es, que el propio ascendiente hubiera incurrido con anterioridad en causa de desheredación del descendiente que, ahora pretende desheredar.

B. El maltrato de obra o la injuria grave de palabra. El artículo 155 del Código Civil establece que los hijos deben respetar siempre a sus padres, es decir, durante toda la vida. Por lo que una conducta injuriosa de obra o de palabra de los hijos hacia sus padres es una clara manifestación del incumplimiento del deber de respeto. El artículo 853.2 del Código Civil se refiere al maltrato de obra o la injuria grave de palabra como supuestos de incumplimiento del deber de respeto de los hijos hacia sus padres que, se extiende también a los ascendientes de grado más remoto (abuelos). Esta causa de desheredación no tiene que ver con la causa de indignidad para suceder del artículo 756.2 del Código Civil. Los malos tratos de obra comprenden el maltrato o violencia física, los daños causados por acciones, el perjuicio y hacer padecer a la persona maltratada, amenazas de un mal injusto como la expulsión del hogar (RAGEL SÁNCHEZ, 2013, 6287)⁶⁹. En cuanto a las injurias graves e insultos son causas de desheredación cuando la injuria de palabra es grave que, vayan contra el honor y la dignidad de la persona ofendida, a lo que se puede ampliar a las injurias que constan por escrito⁷⁰. Se exige también que exista *«animus iniuriandi»* que, se formulen con el propósito de injuriar, aunque no se requiere que, alcance la gravedad de la conducta tipificada penalmente como delito de injurias⁷¹. Así, se pueden considerar injurias graves las acusaciones que un descendiente realiza a un ascendiente, que no llegan a probarse. No así las vertidas en el curso de un proceso judicial, siempre y cuando carezcan de tal *«animus iniuriandi»*, o las expresiones que se pueden verter por imprudencia pero no con dolo o intención de injuriar. Se discute si serían injuriosas las graves imputaciones que se realizan en escritos firmados por los abogados del descendiente. Lo cierto es que, en la mayoría de los supuestos, el cliente ignora o no llega a comprender el contenido de los escritos que redacta su abogado y presenta su procurador⁷². Como hemos señalado, existe un criterio unánime en la doctrina y jurisprudencia que, las expresiones legales utilizadas en el artículo 853.2 no han de identificarse con el concepto de malos tratos o injurias en los términos tipificados en el Código Penal, y, sin que, por tanto, sea necesaria la existencia de una sentencia penal condenatoria por tales hechos⁷³. En todo caso, de existir tal condena, los hechos en que se funda la desheredación, en principio, no requerirán prueba⁷⁴. Si bien, el juez civil que ha de pronunciarse sobre la desheredación no está vinculado por lo decidido en vía penal; de forma que, si la sentencia es absolutoria, no hay que prescindir necesariamente del valor y la apreciación de la prueba en el orden civil (BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 488)⁷⁵.

En este contexto, una de las cuestiones que en la actualidad ha sido objeto de discusión y debate, es si puede ser encuadrado en el maltrato de obra o injurias graves del artículo 853.2 del Código Civil como causas de desheredación el abandono asistencial y la desatención de los hijos y nietos hacia sus ascendientes, concretado en la falta de relaciones familiares, comunicación, asistencia emocional y asistencial que, en los casos más graves se extiende hasta la última enfermedad y hasta el propio sepelio del causante. Siempre que esa falta de relaciones afectivas y familiares sean por decisión del propio descendiente, y no recíprocas en la que tal ruptura es debida a una decisión compartida por el ascendiente y descendiente⁷⁶. La tendencia doctrinal y jurisprudencial mayoritaria opta por considerar que el maltrato de obra se identifica con la agresión o violencia física, y que, las causas de la desheredación son objeto de interpretación restrictiva, sin que se pueda ampliarse y, en su caso, aplicarse por analogía a otros supuestos. Además, el abandono asistencial y afectivo, el maltrato psicológico forma parte de la moral, conciencia, y no tiene ningún efecto jurídico, pues, la ley no entra

a disciplinar el aspecto interno o íntimo del cariño, aprecio que deben guardarse las personas ligadas por vínculos familiares (BERMEJO PUMAR, 2005, 528)⁷⁷. Frente a ello, se está abriendo paso una tendencia contraria —en la línea con lo que dispone el artículo 451-17.2 e) del Código Civil catalán⁷⁸— que aboga por una interpretación amplia del maltrato de obra, superando la mera concepción física, y determinando como justa y válida la desheredación de hijos o descendiente que han mostrado una actitud de menoscabo y desatención, desafeción e indiferencia con sus padres u otros ascendientes como manifestación de un maltrato psicológico. En el fondo lo que se está afectando con en este tipo de comportamiento de los hijos o descendientes, es la propia dignidad de la persona del causante que no debe ser sometido a malos tratos de ningún tipo (BARCELÓ DOMÉNECH, 2004, 495, 509, 510)⁷⁹. En esta nueva línea interpretativa, de forma novedosa en la jurisprudencia, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2014, al señalar en primer lugar y el orden a la caracterización de la figura «aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (art. 848 del Código Civil) 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. Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 del Código Civil), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser de interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen». En segundo lugar, en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justa de desheredación precisa 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 un obstáculo para ello la alegación de la falta de jurisprudencia clara. En efecto, en 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 de la Constitución española) 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 la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de Protección Integral de la violencia de género 1/2004». Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada del testador, esto es, 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 la conservación de los actos y negocios jurídicos que, esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho, con una clara proyección en el marco del derecho de sucesiones en relación con el principio de *«favor testamenti»* (con ello se introduce un nuevo elemento a favor de la desheredación, hasta la fecha inexistente en la jurisprudencia). Y, finalmente, concluye que «en el presente caso, y conforme la prueba practicada, debe puntualizarse que, fuera de un pretendido «abandono emocional» como expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental, los hijos aquí recurrentes, incurriendo en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se

derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana, sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios». En este contexto, consideramos adecuada la interpretación de la sentencia, que reconoce la validez de la desheredación de los hijos por falta de atención y menosprecio, como manifestación del maltrato psicológico, desechar una interpretación restrictiva del maltrato de obra a que se refiere el artículo 853.2 del Código Civil y residenciada, por ende, solo en una concepción física, pues, lo que se pretende no es una interpretación extensiva a supuestos no contemplados como causas legales de desheredación, sino una interpretación de las normas adecuadas al tiempo y a realidad social en la que van a ser aplicadas (art. 3.1 del Código Civil). Con ello se evitarían una transmisión casi automática de los bienes a aquellos hijos o descendientes que han mostrado una actitud de menosprecio y desatención de sus padres, y, asimismo, se proscriben ciertas conductas que, son atentatorias de la dignidad de la persona como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico según proclama la Constitución española. Lógicamente, el juego del maltrato psicológico como causa de desheredación está condicionado a que solamente concurre en la conducta de los hijos o descendientes respecto de sus padres o ascendientes y que no sean reciprocas tales situaciones de desafecto y distanciamiento. Además de exigirse al menos una cierta reiteración y continuidad en el tiempo de tal falta de relaciones familiares, pues, de no ser así puede haber mediado reconciliación o perdón. En todo caso, el abandono, el desafecto, la desatención o, en fin la falta de relaciones afectivas son causas de desheredación subsumibles en el artículo 853.2 como un claro maltrato de obra psicológico, en tanto constituyen causa directa de la angustia y sufrimiento para el padre o ascendiente, que, en ocasiones, viene acompañado también de su vertiente física. Y, en todo caso, no constituye razón de peso suficiente ni la vinculación familiar, ni la aplicación automática del sistema legitimario, ni, asimismo, una falta de jurisprudencia precisa que apoye la desheredación en estos términos amplios, pues, además de representar un valor supremo la dignidad de la persona en el ámbito del derecho de familia y derecho de sucesiones; debe primar la voluntad del testador que, en este caso opera sobre el dato objetivo del maltrato en sus manifestaciones de desafeción, menosprecio o desatención, y la ausencia de relaciones familiares, desechar con ello la concepción de sanción de la desheredación; y, en fin, en el principio de conservación del negocio jurídico sucesorio, que se traduce en el *favor testamenti*.

Por último, se ha destacar además de la falta de relación afectiva o comunicación con el ascendiente o la persona anciana, el ingreso de la misma en un centro asistencial o su dejación y abandono en cualquier ubicación fuera del ámbito familiar que, naturalmente le correspondería. Al respecto, afirma de forma acertada, LASARTE ÁLVAREZ (2007, 365, 382) que, este último supuesto puede identificarse también objetivamente con un abandono asistencial, equivalente a la negativa a la prestación de alimentos o maltrato de obra, contempladas como causas concretas de desheredación en el artículo 853.1 y 2 del Código Civil, y, asimismo, propone abiertamente la modificación del artículo 850 del Código Civil en el sentido que a la persona desheredada no le baste la mera negación, sino que se les deba exigir la prueba de su diligencia, para con ello conseguir incrementar lo que el maestro CASTÁN TOBENAS llamaba la autarquía civil del testador, manteniendo el buen orden y la disciplina en el interior de la familia⁸⁰.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, S. (2011). Comentario a los artículos 849 a 857 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. II. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, pp. 1002-1032.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXX, núm. 682, marzo-abril, 473-519.
- BUSTOS LAGO, J. M. (2009). Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Tomo 2. Derecho de Sucesiones. Madrid: Tecnos.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, V. Sucesiones, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea. En: C. Lasarte Álvarez (dir.). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, pp. 363-383.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2013). Comentario a los artículos 848 a 853. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentarios al Código Civil*, T. V, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 6268-6289.
- REBOLLEDO VARELA Á. L. (2010). Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores. En: Á. Rebolledo Varela (coord.). *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*. Madrid: Dykinson, pp. 379-462.
- ROMERO COLOMA, A. (2007). Desheredación de hijos y otros ascendientes por maltrato de obra: problemática jurídica. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 63, julio-septiembre, 267-282.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1991). Comentario a los artículos 848 a 857 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I., Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, pp. 2079-2097.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS. Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 1975
- STS. Sala de lo Civil, 16 de julio de 1990
- STS. Sala de lo Civil, 28 de junio de 1993
- STS. Sala de lo Civil, 26 de junio de 1995
- STS. Sala de lo Civil, 4 de noviembre de 1997
- STS. Sala de lo Civil, 25 de septiembre de 2003
- STS. Sala de lo Civil, 3 de junio de 2014
- STS. Sala de lo Civil, 30 de enero de 2015
- SAP. Asturias, sección 5.^a, 10 de julio de 1997
- SAP. Jaén, sección 1.^a, 26 de mayo de 1999
- SAP. Barcelona, sección 1.^a, 28 de enero de 2000
- SAP. Islas Baleares, sección 4.^a, 19 de marzo de 2001

- SAP. Jaén, sección 3.^a, 19 de noviembre de 2004
- SAP. Madrid, sección 21.^a, 7 de julio de 2005
- SAP. Madrid, sección 14.^a, 14 de diciembre de 2006
- SAP. Valencia, sección 11.^a, 24 de enero de 2007
- SAP. Las Palmas, sección 5.^a, 28 de febrero de 2009
- SAP. Cantabria, sección 4.^a, 31 de enero de 2012
- SAP. Alicante, sección 6.^a, 17 de febrero de 2012

NOTAS

¹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1986). Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima, *Anuario de Derecho Civil*, p. 834.

² ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1988). Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil, *Homenaje a Juan Berchamns Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, p. 584.

³ ALBALADEJO, M. (2008). *Curso de Derecho Civil*, T. V. Derecho de sucesiones, novena edición, Madrid: Edisofer, p. 377.

⁴ LACRUZ BERDEJO J. L., et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, T. V. Sucesiones, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, p. 309.

⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., Casuística legitimaria en el régimen del Código Civil, *op. cit.*, p. 584.

⁶ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1989). *La commutación de la legítima*, Madrid: Tecnos, p. 62; VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1951). Apuntes de Derecho sucesorio (Posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil), *Anuario de Derecho Civil*, p. 496; ALBALADEJO, M. (1969). *El albaceazo en el Derecho español*, Madrid: Tecnos, p. 318.

⁷ ORTEGA PARDO, G. (1945). *Naturaleza jurídica del llamado «legado en lugar de la legítima»*, Monografías de Derecho español, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, p. 132. *Vid.* asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, 8 de mayo de 1989 (*La Ley* 871-JF/00000); y, de 26 de abril de 1997 (*La Ley* 1997, 6068); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Secc. 1.^a, 5 de mayo de 1998; de la Audiencia Provincial de Toledo, Secc. 2.^a, 26 de febrero de 2001 (*La Ley* 2001, 45189); y, de la Audiencia Provincial de Granada, Secc. 3.^a, 12 de mayo de 2001 (*La Ley* 2001, 95981).

⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *La cautela gualdense o sociini y el artículo 820.3 del Código Civil*, Madrid: Dykinson, pp. 33 y 35.

⁹ GÓMEZ MORÁN, L. (1949). El usufructo vídual en el Código Civil, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1949-1, p. 313.

¹⁰ ROCA SASTRE, R. M.^a (1997). *Estudios de Derecho Privado*, T. II Sucesiones, Barcelona: Bosch, p. 85.

¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea. *La protección de las personas mayores*, director Carlos Lasarte Álvarez, Madrid: Tecnos, p. 364.

¹² REBOLLEDO VARELA, A. L. (1996). El legitimario ante la desheredación de hecho, *Aranzadi Civil*, núms. 20 y 21, p. 11. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.^a, de 26 de junio de 2001 (JUR 2001/239259), señala al respecto que, «ha establecido la doctrina que cuando la escritura de compraventa se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar inexistente también el contrato de donación, por ser ilícita su causa, y en el concreto caso que se enjuicia, los contratos de compraventa fueron simulados careciendo de inexistencia real por falta de elemento tan esencial en toda compraventa como lo es el precio, y que no significó más que una estratagema utilizada por las partes contratantes para aludir los derechos legitimarios (art. 806 del Código Civil) que pudieron corresponder al actor, por lo que de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1275 y 1276 del Código Civil, acreditada la ilicitud de la causa que medió en los contratos cuestionados, la consecuencia correspondiente es la declaración de nulidad de los mismos, pues la tesis de que el negocio jurídico simulado puede encubrir una donación válida y eficaz, es inadmisible en los casos como el que juzgamos.

¹³ *La Ley* 2014, 74491.

¹⁴ LACRUZ BERDEJO, J. L., et al. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, T. V Sucesiones, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 408.

¹⁵ BUSTOS LAGO, J. M. (2009). Comentario al artículo 848 del Código Civil. En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 1019.

¹⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2013). Comentario al artículo 848 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. V, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 6268. *Vid.*, asimismo, VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1991). Comentario al artículo 848 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I., Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, p. 2078 que señala que «desheredar en su significado etimológico e histórico, equivale a privar de la condición de heredero a alguno de los herederos forzosos (...). Pero se ha operado una mutación fundamental en la esencia del concepto, pues, desheredar no responde ya en el Código Civil a su significado etimológico, pues no olvidemos que ha desaparecido el deber formal de instituir herederos a los legitimarios. Desheredar hasta el Código Civil, era privar de la condición de heredero a alguno de los llamados herederos forzosos. Hoy es privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella». Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 1959 (*RJ* 1959, 125) define la desheredación como «aquella disposición testamentaria por la que se priva a un heredero forzoso de su derecho a legítima, en virtud de una justa causa determinada por la ley»; de 20 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 534), señala que «la desheredación en un sentido amplio, es toda privación de la herencia, incluso, la impuesta por la ley en los casos de indignidad para suceder, en un sentido estricto ha de estimarse como tal la privación a un heredero legítimo de la porción de herencia que por derecho le corresponde, ...la desheredación tiene lugar cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a legítima que el artículo 806 le reconoce por alguna de las causas taxativamente señaladas, más no cuando el testador nada deja a un legitimario por haber recibido en vida más de lo que por legítima le corresponde»; y, la de 15 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4760), que conceptúa la desheredación como «una declaración de voluntad testamentaria, solemne (art. 849 del Código Civil), en virtud de la cual quien goza de la facultad de testar priva a sus herederos forzosos del derecho a legítima cuando en ellos concurre cualquiera de las causas legales (art. 853 del Código Civil) de las que sean responsables».

¹⁷ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 848 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1019. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 1974 (*RJ* 1974, 3556); de 15 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4760); y, de 31 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7784); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.^a, de 17 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 326765), señala como requisitos de la desheredación señalados por la jurisprudencia: Primero. Que se haya hecho en testamento como dispone el artículo 849 del Código Civil. Segundo. Que se designe de modo inconcuso y preciso la persona que se desea desheredar. Tercero. Que se exprese la causa legal en que se funde la decisión del testador, indicándola con claridad, aun cuando no sea imprescindible su reseña circunstanciada, siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad de impugnarla, como se desprende de la sentencia de 4 de noviembre de 1904, recaída en interpretación del número 2 del artículo 853. Cuarto. Que dicha causa sea una de las que específicamente determina la ley, cuya enunciación ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ella otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, porque de otra forma, se daría al traste con todo el sistema legitimario. Quinto. Que la misma sea imputable al heredero. Sexta. Que sea grave. Séptimo. Que su realidad y certeza se acredite cumplidamente en juicio, por el heredero o herederos del testador, cuando la otra parte la contradiga, según de forma genérica impone el artículo 121 del Código Civil para la prueba de toda clase de obligaciones, y específicamente para esa clase de cláusulas testamentarias el artículo 850 así como la doctrina proclamada en sentencia de 8 de noviembre de 1967.

¹⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: Comentario al artículo 848 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6269; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 408.

¹⁹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 534); y, de 19 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9479); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, 2 de octubre de 2007 (*JUR* 2008, 157371).

²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV (Tomo 2) Derecho de Sucesiones, undécima edición, Madrid: Tecnos, p. 185; BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 848 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1020; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 848 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 6269-6270. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 1975 (*RJ* 1975, 3408); de 28 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4792); de 14 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 1777); de 4 noviembre 1997 (*RJ* 1997, 7930); y, de 28 de junio de 2003; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, 19 de abril de 1994 (*AC* 1994, 730); de la Audiencia Provincial de Jaén, 1 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2368); de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 3.^a, 25 de octubre de 2001 (*AC* 2002, 373); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.^a, 18 de diciembre de 2002 (*AC* 2003, 812); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, 7 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 66268); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13.^a, 2 de marzo de 2004 (*AC* 2004, 1755); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 23 de julio de 2004 (*AC* 2004, 999); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.^a, 10 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004, 264591); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.^a, 14 de diciembre de 2006 (*AC* 2007, 875); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2009, 214109); de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.^a, 5 noviembre 2007 (*AC* 2008, 4449); de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.^a, 6 de noviembre de 2012 (*AC* 2013, 410); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 3.^a, 19 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 146818); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, 28 de enero de 2014 (*AC* 2014, 567).

²¹ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 848 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1019.

²² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1999). *Compendio de Derecho Civil*, T. V. Derecho de Sucesiones, Madrid: Edersa, p. 325.

²³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 12 de marzo de 2007 (*JUR* 2008, 47395).

²⁴ ALGABA ROS, S. (2011). Comentario al artículo 849 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (dir.), *Código Civil comentado*, vol. II, Navarra: Civitas Thomson Reuters, p. 1004.

²⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 849 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6272.

²⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 410.

²⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 849 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 2079-2080.

²⁸ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 849 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1020.

²⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 849 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2080, que, asimismo, precisa que esta opinión ya la sostuvo GREGORIO LÓPEZ al glossar la Partida 6, 8, 7.

³⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 849 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 6272-6273.

³¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.^a, 17 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 326765); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, 4 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003, 92270).

³² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, 22 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1659).

³³ Señala ALGABA ROS, S., Comentario al artículo 849 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1003, que se entiende cumplido el requisito de expresión de la causa legal en que se funda la desheredación, no solo cuando se menciona la concreta causa, sino también cuando se hace referencia al número del precepto en que se regula. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5886), determinó que al ser desheredadas personas penalmente responsables, tendrían capacidad para ser desheredadas.

³⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 850 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6274.

³⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2085. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4813).

³⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 850 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6275.

³⁷ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1022. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 3 de octubre de 1979 (*RJ* 1979, 3235).

³⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 850 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6276; BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1022. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de octubre de 1975 (*RJ* 1975, 3583).

³⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 410.

⁴⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 1975 (*RJ* 1975, 3408); y de 31 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7784); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 1.^a, 10 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004, 264591).

⁴¹ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 850 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1021. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, 14 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 249715).

⁴² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, 1 de marzo de 1996 (*AC* 1996, 615).

⁴³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 5 de octubre de 1991 (*RJ* 1991, 6889); y, de 6 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 1913); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.^a, 17 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 326765).

⁴⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, 15 de junio de 2000 (*AC* 2001, 1587); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.^a, 7 de febrero de 2002 (*AC* 2002, 493); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.^a, 20 de mayo de 2011 (*JUR* 2011, 327168); y, de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, 23 de noviembre de 2012 (*AC* 2012, 1642).

⁴⁵ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1022.

⁴⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.^a, 28 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 272427).

⁴⁷ LACRUZ BERDEJO J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 412. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de junio de 1988 (*RJ* 1988, 4813); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.^a, 5 de julio de 2006 (*AC* 2006, 2201); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11.^a, 18 de abril de 2012 (*JUR* 2012, 256146).

⁴⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6280-6281, quien, asimismo, precisa que, si todos los hijos son desheredados injustamente, pero existen descendientes no legitimarios, y el testador no dispuso del tercio de mejora a favor de estos, caben dos soluciones: en primer lugar, los descendientes no legitimarios no ocupan el tercio de mejora en caso de desheredación injusta porque esa solución no ha sido prevista por el testador, ni por la ley que, solo ha regulado el supuesto de desheredación justa en que los hijos de los desheredados ocupan su lugar (art. 857 del Código Civil); o, en segundo lugar, se puede sostener que el testador que desheredó a todos sus hijos debería ser consciente que los tercios de la legítima estricta y de mejora irían a parar a manos de sus nietos, en virtud del artículo 857. Por lo que la posterior declaración injusta tendría como consecuencia que los desheredados recuperarían su derecho a percibir la legítima estricta, permaneciendo la atribución con cargo al tercio de mejora a favor de los nietos. Opta el autor por la solución expuesta en primer lugar con dos precisiones: «mientras que el testador no haya utilizado el tercio de mejora de manera expresa o tácita, no hay mejora, sino legítima larga y esta solo se destinara a los legitimarios; y cuando se declara la desheredación injusta, y el desheredado ya ha percibido anticipadamente su legítima estricta mediante donación colacionables o incluso más de su legítima estricta mediante donación otorgada en concepto de mejora, el desheredado injustamente tendría que reintegrar el valor que superara el de la legítima estricta».

⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2087.

⁵⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9479); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, 6 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 416).

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 412.

⁵² VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2084.

⁵³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 412.

⁵⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J. B., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2085.

⁵⁵ BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 851 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1023.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 411.

⁵⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, 2 de octubre de 2012 (*JUR* 2013, 13770).

⁵⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6284; BUSTOS LAGO, J. M., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1024; ALGABA ROS, S., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1017.

⁵⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 3.^a, 28 de febrero de 2000 (*AC* 2002, 686).

⁶⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, 11 de junio de 1999 (*AC* 1999, 7153); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, 18 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 8280); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, 21 de febrero de 2007 (*JUR* 2009, 214109).

⁶¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, 20 de julio de 2010 (*JUR* 2010, 409202).

⁶² BERMEJO PUMAR, M.^a M. (2005). La legítima. En: Juan Francisco Delgado de Miguel (coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, T. V Sucesiones, vol. 3 Las atribuciones legales, Pamplona: Thomson-Civitas, Pamplona 2005, p. 534.

⁶³ ALGABA ROS, S., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1017; MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M.^a (2006). La desheredación, *Actualidad Civil*, núm. 13, 1617. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, 1 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2368); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, 18 de diciembre de 1999 (*AC* 1999, 2464); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, 12 de febrero de 2002 (*AC* 2002, 1196); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 23 de julio de 2004 (*AC* 2004, 999); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, 8 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 286037); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, 28 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 303852); de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.^a, 21 de julio de 2009 (*AC* 2009, 1898), la desatención de su abuelo que no iba a cuidarle o visitarle aunque sea un comportamiento censurable, no supone que la actora haya negado alimentos a su abuelo; de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, 28 de enero de 2014 (*AC* 2014, 567); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.^a, 17 de enero de 2014 (*AC* 2014, 7118). En contra, las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, 23 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 128167); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 27 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 126454), totalmente desvalida la madre y, un abandono asistencial y físico; y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, 23 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 128167).

⁶⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, 23 de julio de 2004 (*AC* 2004, 999); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.^a, 6 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 196746), inexistencia de solicitud de alimentos por el testador.

⁶⁵ REBOLLEDO VARELA, Á. L. (2010). Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores. En: Á. Luis Rebollo Varela (coord.), *La familia en el derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid: Dykinson, p. 403; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6286. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de junio de 1959 (*RJ* 1959, 2922).

⁶⁶ REBOLLEDO VARELA, Á. L., Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores, *op. cit.*, p. 404. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16.^a, 18 de noviembre de 1999 (AC 1999, 8280); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.^a, 18 de febrero de 2002 (JUR 2002, 219299), señala que, la doctrina ha precisado en relación con esta causa, que no es necesario que los alimentos hayan sido reclamados judicialmente, bastando que tal deber de prestar alimentos se deduzca inequívocamente de una situación de abandono físico y asistencial de forma que, hubiera dado lugar al reconocimiento judicial en el caso de haberse planteado, por esta vía ante la negativa del legitimario a cumplir la exigencia legal: tampoco es preciso el hecho de que haya quedado el ascendiente sin alimentos, si otra persona se los hubiere prestado; ni se excluye como causa de desheredación, en caso de haberse decretado judicialmente la obligación de prestar alimentos, porque esta se cumpla después, si consta la anterior negativa. Todo ello ante la indiferencia de la hija que, perfecta conocedora de dicha precaria situación de su padre, y disponiendo de medios económicos suficientes, se despreocupó absolutamente del mismo hasta su fallecimiento, y, aún después; y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, 20 de julio de 2010 (JUR 2010, 409202).

⁶⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 12 de marzo de 2007 (JUR 2008, 43795).

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a, 4 de abril de 2000 (JUR 2000, 190162), causante con subsistencia asegurada sin que la situación económica de los hijos fuera más holgada que la suya; de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, 27 de junio de 2003 (JUR 2003, 252778) no consta ni la obligación de dar alimento, ni la necesidad para subsistir del causante; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.^a, 13 de octubre de 2003 (AC 2003, 1796), no consta la negación de alimentos; de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.^a, 8 de febrero de 2012 (JUR 2012, 169650); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.^a, 2 de julio de 2012 (AC 2012, 2092), disponía el padre de una capacidad económica importante; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.^a, 8 de mayo de 2013 (JUR 2013, 262389), falta de acreditación de situación de necesidad del testador y de reclamación de prestación de alimentos al hijo; y, de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, 19 de diciembre 2013 (AC 2013, 2219), falta de ingresos por parte de la desheredada.

⁶⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6287. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de junio de 1995 (RJ 1995, 5117), consideró que hubo maltrato de obra en un supuesto en que la esposa del hijo expulsó a la madre de este del hogar. Como señala el Tribunal no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de este deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código Civil recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre, continúa durante años en los que esta vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.^a, 30 de octubre de 2007 (JUR 2008, 78456), simple distanciamiento afectivo, y diferencias que nacen de intereses empresariales.

⁷⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6.^a, 7 de junio de 2004 (JUR 2004, 213106); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, 31 de marzo de 2005 (AC 2005, 918); y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.^a, 26 de marzo de 2013 (AC 2013, 1420). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.^a, 10 de marzo de 2000 (AC 2000, 969), el proceso de incapacitación de la madre seguido a instancia del hijo, no cabe asimilarlo a una injuria grave; de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.^a, 1 de marzo de 2004 (JUR 2004, 133484), existe únicamente relaciones tirantes entre el causante y sus hijos agravadas tras el matrimonio del causante con el instituido heredero único y universal; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, 5 de abril de 2004 (JUR 2004, 17133), distanciamiento familiar que no constituye justa causa de desheredación; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.^a, 21 de mayo de 2010 (JUR 2013, 139240), simple referencia genérica a los malos tratos; de la Audiencia Provincial

de Badajoz, sección 3.^a, 26 de octubre de 2010 (AC 2010, 1905), simple referencia genérica a expresiones injuriosas que, no quedan concretada, especificadas o relacionadas; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.^a, 9 de abril de 2013 (JUR 2013, 254356), lo único acreditado es la existencia de un cierto desafecto en el ámbito de las relaciones familiares.

⁷¹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.^a, 3 de marzo de 2010 (JUR 2011, 132112); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.^a, 28 de septiembre de 2010 (AC 2011, 790); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.^a, 26 de abril de 2013 (JUR 2013, 317722); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, 17 de junio de 2013 (JUR 2013, 244177), la presentación de una denuncia por injurias de la hija contra su padre no constituye causa de desheredación por inexistencia de *animus iniurandi*.

⁷² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1994, no consideró injurias graves de palabra efectuada por la hija a su padre, pues, las palabras no fueron redactadas por ella, sino por su abogado, en defensa de los derechos que creía que asistían a su cliente, y ni hubo propósito de agraviar; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.^a, 23 de mayo de 2011 (AC 2011, 1279), hay ausencia de maltrato de obra o de palabra en la interposición de una demanda de incapacitación por prodigalidad de su padre y testador. Expresiones incluidas en el escrito de demanda de incapacitación que son obra del abogado y no de los hijos.

⁷³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.^a, 10 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 9404).

⁷⁴ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.^a, 10 de diciembre de 2010 (AC 2011, 153), injurias graves y reiteradas al testador y a otros miembros de la familia que, dieron lugar a la condena del actor por delito de maltrato familiar a su madre.

⁷⁵ BARCELÓ DOMENECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXX, núm. 682, marzo-abril, 488. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, 21 de febrero de 2007 (JUR 2009, 214109), no son injurias graves el haber presentado una denuncia por estafa y una querella por abandono de familia contra el testador; y, de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, 12 de diciembre de 2011 (AC 2011, 2355).

⁷⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.^a, 21 de marzo de 2013 (AC 2013, 1207), denuncias cruzadas entre el causante y su hijo, fruto de conflictividad familiar.

⁷⁷ BERMEJO PUMAR, M.^a M., La legítima, *op. cit.*, p. 528; MARTÍNEZ GALLEGOS, E. M.^a, La desheredación, *op. cit.*, p. 1623; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 6288. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4792) señala que «la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponde al campo de la moral que, escapan a la apreciación y a la valoración jurídica y que, en definitiva, solo están sometidos al tribunal de conciencia»; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, 10 de julio de 1997 (AC 1997, 1528); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1.^a, 28 de enero de 2000 (AC 2001, 2173); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 19 de marzo de 2001 (JUR 2001, 178122); de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, 22 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 63715); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, 8 de octubre de 2004 (JUR 2004, 286037); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.^a, 19 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 57488); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14.^a, 14 de diciembre de 2006 (AC 2007, 875); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 11.^a, 24 de enero de 2007 (JUR 2007, 250761); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, 2 de octubre de 2007 (JUR 2008, 157371); de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.^a, 5 de noviembre de 2007 (AC 2008, 444), la despreocupación respecto a su padre en situación terminal no constituye maltrato de obra o palabra; y, de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.^a, 17 de febrero de 2012 (JUR 2012, 215832).

⁷⁸ Otras regulaciones forales en la línea del Código Civil mantienen el esquema tradicional del reconocimiento del maltrato de obra, sin referencia expresa a la desatención o ausencia de relaciones personales entre el testador y el legitimario, *Vid.*, el artículo 236.2.^a de la Ley 2/2006, de 14 de junio del Derecho Civil de Galicia; y el artículo 510 c) del Código de Derecho Foral aragonés.

⁷⁹ BARCELÓ DOMENECH, J., La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *op. cit.*, pp. 495, 509, 510, 513 y 514 señala que «es necesario hacer desaparecer la impresión de que hay cuestiones que parecen haber recibido una respuesta definitiva, como puede ser la negativa de los Tribunales en algunos casos, a entrar a valorar las circunstancias que rodean la relación entre padres e hijos que, constituyen sin duda el trasfondo de la desheredación dispuesta por el testador. Con la excusa que pertenecen al campo de la moral, se evita su valoración jurídica y se obstaculiza el recurso a causa de desheredación por malos tratos. Se descarta de entrada y sin análisis alguno, la posibilidad de que esa ruptura de relaciones haya provocado en el padre o ascendiente un sufrimiento tal que pueda ser catalogado como malos tratos psíquicos. Puede también que contribuya a este estado de cosas la forma en que los herederos demandados plantean la prueba de los hechos que motivan la desheredación, al no incidir en el menoscabo psíquico sufrido por el testador». A lo que añade que «la posición a adoptar debe ser, en cambio, aquella que analice los motivos que han determinado la ruptura de las relaciones, lo cual significa examinar a quién es imputable dicha ruptura; una correcta interpretación de esta causa de desheredación exige atender y valorar esos actos de desprecio, de actitud hostil, de abandono sentimental, de burla, de ausencia de interés en relación con los asuntos del padre, de no permitir la relación con otros familiares —nietos, en particular—, etc., cuyo colofón final suelen ser la no asistencia a la última enfermedad y al entierro. En la medida en que el padre o ascendiente haya sufrido, sin culpa suya, por esos actos, existe la posibilidad de que se les considere constitutivos del maltrato psíquico, incardinable en la causa de desheredación establecida en el artículo 853.2 del Código Civil, pudiendo el testador, en consecuencia, sancionar esta conducta». Y, concluye «no puede justificarse la negativa a tomar en consideración este tipo de situaciones recurriendo al argumento de la interpretación restrictiva de las causas de desheredación y (...) la ausencia de relaciones, el abandono sentimental, el conflicto familiar, en definitiva, están como es lógico y natural, en el fondo de muchos de los casos de desheredación que hoy se plantean ante los Tribunales a través de la causa segunda del artículo 853 del Código Civil, por ser una norma en la que en principio pueden encajar estos hechos, si se interpretan adecuadamente la expresión «maltrato de obra» y no se la restringe a la violencia física. Debería el Juez o tribunal ahondar en los motivos por los que se produjo esta ruptura de la relación que ha desembocado en una falta de comunicación. Solamente tras examinar esa circunstancia podría darse una respuesta correcta en torno a si la desheredación es justa o no». En esta misma línea, ROMERO COLOMA, A. M.^a (2007). Desheredación de hijos y otros descendientes por maltrato de obra: problemática jurídica, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 63, julio-septiembre, 271, 276 y 281; REBOLLEDO VARELA, Á. L., Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencia de los mayores, *op. cit.*, p. 414; ALGABA ROS, S., Comentario al artículo 853 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1019. Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5886); y 26 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5117), expresamente no estima necesario que se emplee la fuerza física para que se den los malos tratos de obra, ni tampoco que sea causado directamente por el legitimario desheredado si lo consiente; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.^a, 23 de mayo de 1997 (*AC* 1997, 1212); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.^a, 26 de mayo de 1999 (*AC* 1999, 5315); de la Audiencia Provincial de Palencia, sección única, 20 de abril de 2001 (*AC* 20017932) entiende que por maltrato de obra hay que entender un menoscabo físico o psíquico; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.^a, 7 de julio de 2005 (*JUR* 2005, 185809); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 5.^a, 23 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 272358); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 5.^a, 28 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 250593); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4.^a, 31 de enero de 2012 (*AC* 2012, 272).

⁸⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C., Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea, *op. cit.*, pp. 365, 382 y 383. Recogiendo la

doctrina de la sentencia de 3 de junio de 2014 se pronuncia la sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 2015 (Id. Cendoj 28079110012015100082) que, reconoce la realidad del maltrato psicológico, y considera desacertada la interpretación restrictiva que realiza la Audiencia. Al respecto señala que “Solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompaña los últimos días del causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarle a finales del año 2003, a otorgar donación 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 sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones, pero que en nada puede reparar su estado de afectación, ya que su muerte acontecio el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia”.

1.5. Obligaciones

La cláusula penal y la protección de los consumidores

The penalty clause and the protection of the consumers

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La cláusula penal refuerza la obligación principal, permitiendo al acreedor en caso de incumplimiento, exigir aquella sin necesidad de probar la existencia y cuantía del daño. Cumple una función liquidatoria, además de coercitiva o disuasoria que, coincide con una amplia y compleja tipología de cláusulas que, difieren en su contenido y efectos. Opera en distintos tipos de contratos de trato sucesivo —como los relativos al servicio de mantenimiento y conservación de ascensores—, planteando problemas de interpretación, aplicación práctica y, especialmente de validez, máxime cuando se trata de un contrato bajo condiciones generales, donde entran en juego los mecanismos de control de transparencia y abusividad. El presente estudio se va a centrar en un análisis de la cláusula penal, su operatividad en la contratación bajo condiciones generales frente a la contratación por negociación y, en la posibilidad o no de su moderación judicial.

ABSTRACT: *The penal clause reinforces the principal obligation, allowing the creditor in case of breach, that one demands without need to prove the existence and quantity of the hurt. A function fulfills indemnification, besides coercive that, it coincides with a wide and complex typology of clauses that they differ in his content and effects. It operates in different types of successive contracts of treatment —as the relative ones to the maintenance and conservation of elevators—, raising problems of interpretation, practical application and, specially of validity, especially when it is a question general conditions as a low contract, where they enter game the mechanisms of control of transparency imbalance. The present study is going to centre on an analysis of the penal clause, his operability on the contracting under general conditions opposite to the contracting for negotiation and, on the possibility or not of his moderation.*

PALABRAS CLAVES: Cláusula penal. Incumplimiento de contrato. Consumidores. Cláusula abusiva. Moderación judicial.

KEY WORDS: *Penalty clause. Breach of contract. Consumer. Disproporcionate clause. Moderation*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA CLÁUSULA PENAL: CONCEPTO, FUNCIONES, CARÁCTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO.—III. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ABUSIVIDAD Y TRANSPARENCIA.—IV. LA MODERACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En sede de contratación, el contenido del contrato puede ser redactado para ser utilizado por uno de los contratantes —empresario o profesional— en una pluralidad de contratos del mismo tipo, ya sea y principalmente con consumidores, ya sea con otros profesionales. En este caso, salvo en lo que se refiere a las prestaciones esenciales objeto del contrato —consentimiento, objeto (precio) y causa— respecto de las que puede existir cierta negociación, el otro contratante —consumidor— se limita a aceptar las condiciones previamente establecidas. Se habla entonces de contrato de adhesión o de contrato en masa o de contratación por medio de condiciones generales de la contratación. En estos casos, la intervención de la voluntad de quien se adhiere al contrato se limita a su adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional, y respecto de la que no está en condiciones razonables ni de influir ni de negociar. Estamos, entonces, ante un consentimiento puramente formal del clausulado contractual.

En aras de una adecuada protección del consumidor, son varias las fuentes legales existentes: por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y las disposiciones que la desarrollan. Esta Ley es consecuencia de la Directiva 93/13/CEE, 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Junto al régimen legal aplicable a las condiciones generales de la contratación, esta Ley 7/1998 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de establecer un régimen de protección específico y más intenso, cuando el adherente es un consumidor. Este régimen de protección se encuentra ahora regulado en los artículos 80 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU). Sin embargo, este régimen no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente (art. 82.1), es decir, predisuestas e impuestas. De forma que, las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispostas destinadas a regir en una pluralidad de contratos, son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. El artículo 1.1 de la LCGC dispone precisamente que, son condiciones generales de la contratación: *«las cláusulas predispostas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*. Por lo que, constituyen requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente: 1. La contractualidad: Se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que, imponga su inclusión; 2. La predisposición: la cláusula ha de estar prerrredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio

empresario o por terceros, siendo su caracterización no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de contratos de adhesión; y, 3. La imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes; de tal forma que, el bien o servicio sobre el que versa el contrato, nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. En todo caso, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerrredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; y, tratándose de condiciones generales, se añade además que, se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos o estar destinada a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar de manera uniforme los contratos, que se va a realizar —generalidad—. Por otro lado, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y, b) Que el adherente sea un profesional o consumidor. Asimismo, en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, y de hecho para el empresario muy probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Otra cosa es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a coherenciar, son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario.

De este modo, el régimen de la LCGC, por un lado, es más amplio que el del TRLGDCU, puesto que, se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor. Por otra parte, el régimen de la LCGC es más limitado que el del TRLGDCU, pues, solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el TRLGDCU, incluye, además de estos, los contratos particulares que, hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente.

En este contexto, el artículo 82 del TRLGDCU introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato (número 2); y, 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que, ha sido negociada (art. 82.2 párrafo segundo).

En cuanto a la incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual, se reconduce a tres reglas: 1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que —incluye el control de transparencia— establecen los requisitos previos que, deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (arts. 5 y 7 a 10 de la LCGC y el art. 80.1 del TRLGCU). En relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato; 2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales contienen criterios de interpretación favorables al adhe-

rente (arts. 6 de la LCGC y 80.2 del TRLGDCU); y, 3. Por último, las reglas de control de contenido se dirigen a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley. Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores (art. 80 y 82 del TRLDCU). De forma que, no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

De no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del artículo 7 de la LCGC; y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil). Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, exige que el contenido de las mismas responda a los principios de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» [art. 80.1 c] del TRLGDCU). Además, el artículo 82.1 establece que: «*se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*»; y, por último, se consideran abusivas en todo caso, las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido. De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato, (art. 1258 del Código Civil) o la nulidad total de este. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del TRLGDCU son, en todo caso, abusivas las cláusulas que: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o, f) contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable¹ (CARBALLO FIDALGO, 2013, 96).

Asimismo, el artículo 62.3 del TRLGDCU prohíbe en relación a los contratos «de prestación de servicios o suministros de productos de trato sucesivo o continuado», plazo de duración excesivos y las cláusulas que excluyan o obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato. El mismo precepto garantiza que, el consumidor ha de poner fin al contrato sin ningún tipo de sanción o de carga onerosa o desproporcionada; de modo que, no se admiten ni la pérdida de cantidades abonadas por adelantado ni el abono de cantidades penales fijadas contractualmente, ni la fijación de indemnización que no se corresponde con los daños estrictamente causados. Por su parte, el artículo 82.6 califica de abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que, no cumpla sus obligaciones». También el artículo 87.6 dispone que son abusivas las estipulaciones impuestas unilateralmente por el empresario que, impongan «*obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de trato sucesivo o continuado*», entre lo que se incluye la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales, que se hubieran fijado contractualmente o la fijación unilateral de «*indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*». El artículo 88 en

esta línea al referirse a las «cláusulas abusivas sobre garantías» señala que «en todo caso se consideran abusivas las cláusulas que supongan: *«1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido»*», si bien excluye de esta regla, presumiendo que no existe desproporción, en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras, que se ajusten a su normativa específica. Por lo que estas normas de protección de consumidores en la medida que se refieren a cláusulas que, imponen una indemnización al consumidor que no cumple, debe relacionarse con los artículos 1151 a 1155 del Código Civil.

De forma que, se podrá considerar abusiva una cláusula penal tanto si es sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios —función liquidatoria—, como si es coercitiva o cumulativa, siempre que se la califique de «desproporcionadamente alta» —en relación con el daño real efectivo—. Si bien, conviene precisar que, no toda la pena por el mero hecho de tener un importe superior al valor de los daños reales efectivamente producidos, se ha de considerar abusiva, pues, con ello se puede privar de sentido a la pena. En todo caso, a falta de parámetros dispuestos legalmente, habrá de tomarse como referencia el daño contractual efectivamente producido al consumidor para determinar el carácter abusivo o no de la cláusula penal.

Sobre esta base normativa, la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales ha sido totalmente dispar y con diversos argumentos ha considerado en unos casos válidos y en otros abusivos distintos plazos de duración, prórrogas, o las cláusulas penales que resulten aplicables por resolución, denuncia o desistimiento unilateral del consumidor o usuario en contratos de trato sucesivo.

Al respecto y en relación a un contrato de mantenimiento de ascensores se ha pronunciado con interés casacional la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 11 de marzo de 2014² en la que se asume la consideración de abusiva de la duración y prórroga del contrato y se considera nula la cláusula penal, a la vez que se fija la doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena pactada para el caso de desistimiento unilateral de las partes cuando la cláusula penal precisamente se declara abusiva. Sobre los mecanismos de control relativos a la abusividad y transparencia de la cláusula penal y la eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad en torno a la posibilidad o no de la moderación de la pena o su integración, se va a centrar el presente estudio. Si bien, con carácter previo nos parece oportuno referirnos al concepto, funciones, caracteres y régimen jurídico de la cláusula penal, al ser la institución sobre la que vamos a operar.

II. LA CLÁUSULA PENAL: CONCEPTO, FUNCIONES, CARACTERES Y RÉGIMEN JURÍDICO

DÍEZ-PICAZO (2008, 457) denomina pena convencional a «aquella prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal»³. Por su parte, DÍAZ ALABART (2011, 59) la define incluyendo todas las funciones de la cláusula penal y de forma genérica como «obligación accesoria que solamente será eficaz cuando se dé el tipo acordado de incumplimiento de la obligación principal y cuyo objeto es una prestación que satisface el interés del acreedor en el modo y medida prefijado por los pactos»⁴. ARANA DE LA FUENTE (2009, 1588-1589), asimismo, la conceptúa como «la obligación accesoria que, las partes añaden a una obligación principal para garantizar su cumplimiento, consistente

por lo regular en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal»⁵. GÓMEZ CALERO (1983, 51-51), después, de señalar que, hay que diferenciar aquellas definiciones que se centran en su naturaleza de estipulación o pacto; las que se detienen en sus efectos, y, que se caracterizan, esencialmente, por ofrecer una formulación estricta o amplia, dispone que la cláusula penal es «una estipulación contractual, de la que nace una obligación accesoria, que sirve a las partes para predeterminar las consecuencias del incumplimiento de un contrato mercantil mediante la fijación de una pena de carácter indemnizatorio contra el que no lo cumpliere, con lo cual —y dada la posibilidad de que la pena prescrita sea exigida por la parte perjudicada si el contrato no se cumple— se estimula al cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, se sanciona al contratante que no cumpliere y se satisface a la parte perjudicada»⁶.

Sobre tales bases conceptuales, la cláusula penal constituye una medida acordada por los contratantes para asegurar la efectividad de un crédito, en cuanto que su existencia aumenta la posibilidad de cumplimiento y, de no lograrse este, facilita la exigibilidad de la indemnización por incumplimiento (DÍEZ-PICAZO 2008, 457)⁷. De forma que, la pena produce una ampliación objetiva de la deuda, desplazando el régimen indemnizatorio a la esfera de cumplimiento del contrato, pues, agrava la posición del deudor y mejora la del acreedor, en comparación con el régimen legal de responsabilidad contractual (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1587-1588)⁸. Así, cuando la garantía genérica que representa la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 del Código Civil) y, en general, el mecanismo resarcitorio previsto por el ordenamiento jurídico son por sí solos insuficientes para satisfacer los intereses del acreedor en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, se admiten la constitución de una serie de garantías, destinadas a asegurar el exacto cumplimiento de la obligación entre las que se encuentran la cláusula penal o pena convencional con una doble funcionalidad «por un lado, propician el cumplimiento de los contratos mediante la amenaza al deudor de una indemnización mayor en caso de incumplimiento; y, por otro, y para el caso de no cumplir ese objetivo primario, permitir al acreedor exigir la indemnización prevista sin soportar los gastos y demoras que conlleva la prueba del daño y su valoración» (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1585-1586)⁹. Por lo que, la pena convencional debe incluirse entre los medios de protección del acreedor tendentes a asegurar el cumplimiento de la prestación por el deudor, respondiendo a una función de garantía (DÍEZ-PICAZO 2008, 457)¹⁰.

La cláusula penal se regula en los artículos 1152 a 1155 del Código Civil bajo la rúbrica. «De las obligaciones con cláusula penal» que forman parte de las normas relativas a las distintas clases de obligaciones; y, en el artículo 56 del Código de Comercio dentro del Título IV «Disposiciones generales sobre contratos de comercio». También se contiene referencia normativa relativa a la misma en el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales bajo el epígrafe «Pago estipulado para el incumplimiento»; en el artículo 9:509 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos bajo el título «Pago convenido para el caso de incumplimiento»; en el artículo 3:710 en el Libro III de la Propuesta de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo; en el artículo III-3:712 «Pago estipulado en caso de incumplimiento» del DRAFT (*Draft Common Frame of Reference*); y la Propuesta de Anteproyecto de la ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos elaborada por la Comisión General de Codificación que, se ocupa de la cláusula penal en los artículos 1146 a 1152.

Ahora bien, la cláusula por la que se estipula la pena puede estar incorporada en el contrato original o pactarse posteriormente, pero siempre con anterioridad al vencimiento de la obligación principal, esto es, antes de que se produzca el incumplimiento del deudor que se sanciona. Al ser la cláusula penal parte integrante de un contrato está sometida al régimen que a estos efectos rige en materia contractual, es decir, el principio de libertad de forma. Resulta irrelevante la denominación con que la cláusula figure en el contrato, por lo que la pena convencional existe no solo cuando se pacta expresamente con este nombre¹¹, sino también cuando se conviene cualquier otra estipulación que, en esencia, conlleve el mismo resultado, pues, no resulta necesaria ninguna forma negocial, sino que basta que sea querida claramente por las partes¹². De ahí que, sea preciso que, tenga el carácter de pena pactada¹³. Asimismo, según consolidada jurisprudencia, la cláusula penal ha de ser interpretada restrictivamente en cuanto a su existencia y alcance, basándose en el carácter sancionador de la cláusula y en la idea de «*odiosa sunt restringenda*»¹⁴.

Por otra parte, el contenido de la cláusula puede ser libremente fijada por las partes y suele tener carácter pecuniario. Efectivamente, por lo regular consiste en el pago por el deudor de una suma de dinero al acreedor (carácter pecuniario), pero ello no impide que consista en la entrega de una cosa determinada o hacer algo; si bien, puede plantear en este caso problemas la moderación de la pena prevista en el artículo 1154 del Código Civil (DÍEZ-PICAZO 2008, 457)¹⁵.

Ahora bien, la suma pactada como pena convencional puede determinar su nulidad cuando las partes no hayan respetado los límites legales de la autonomía de la voluntad, en concreto, si el monto de la pena se califica de usurario o abusivo, atendiendo al momento de celebración del contrato, ya que la validez de la cláusula penal exige la aplicación de la normativa de consumidores, cuando forma parte de un contrato de adhesión.

Respecto a los caracteres atribuibles a la cláusula penal se puede señalar los siguientes expuestos por la doctrina (ARANA LA FUENTE 2009, 1590-1592; ROSANA PÉREZ GURREA, 2012, 1690-1691)¹⁶: 1. Obligación accesoria respecto de la obligación principal de la que depende. Es, en consecuencia, una obligación accesoria a cargo del deudor y a favor del acreedor que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual¹⁷. La prestación penal solo sería válida en tanto existe y es válida la obligación principal garantizada (art. 1155 del Código Civil). Asimismo, resulta necesario que, la pena en sí mismo considerada sea válida y esté vigente en el momento de su aplicación. Si bien, la nulidad de una cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal, aunque si al contrario; 2. Obligación subsidiaria, pues, solo es exigible para el caso de falta de cumplimiento voluntario de la obligación garantizada por el deudor. Así, pues, salvo pacto expreso en contrario, incumplida la obligación principal no puede reclamarse conjuntamente la pena y el cumplimiento específico de la obligación principal (arts. 1152 y 1153 del Código Civil); 3. Es una garantía personal al conceder al acreedor la facultad de actuar contra el propio deudor en caso de incumplimiento de la obligación principal; si bien, el garante no es un tercero sino el propio deudor; 4. Está sometida a los límites genéricos impuestos a la autonomía de la voluntad y libertad de pactos (art. 1255 del Código Civil); y, 5. Del carácter accesorio de la pena, como señala FELIÚ REY se desprenden las características de especificidad y subsidiariedad, significando la primera que lo que se garantiza es una obligación concreta y no todo el contrato (FELIÚ REY 2014, 175)¹⁸.

En cuanto a las funciones de la cláusula penal¹⁹, nos encontramos con una función sustitutiva o liquidatoria de la indemnización de los daños y perjuicios

que, es considerada por la jurisprudencia, como «función esencial o básica» de aquella —así lo manifiestan los artículos 1152 del Código Civil y 56 del Código de Comercio— y que viene a garantizar al acreedor una mayor facilidad para el cobro de la indemnización por daños y perjuicios sin necesidad de acreditar la existencia y cuantía del daño (DÍAZ-ALABART, 2011, 68)²⁰. Es, pues, una excepción al régimen normal de las obligaciones que, sustituye la indemnización procedente por aquella cantidad que, como función liquidadora previa del daño futuro, valora anticipadamente los perjuicios, sin necesidad para el acreedor de tener que probar los daños y perjuicios²¹; también cumple una función coercitiva y disuasoria que, opera cuando el importe de la pena sea superior al que se obtendría a través de la indemnización fijada con arreglo al régimen ordinario de responsabilidad por incumplimiento contractual (DÁVILA GONZÁLEZ, 1992, 58; ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1594)²²; y, actúa cuando se hubiera pactado de forma expresa²³. Con ello se persuade al obligado al cumplimiento de la obligación reforzada con la cláusula penal o le disuade de su incumplimiento²⁴. Ambas funciones, como precisa, (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1594) son producto de la confluencia de dos corrientes de ideas distintas. Así la idea primitiva de sanción opera en sentido estricto que, busca presionar al deudor para que cumpla; y, por otra, la idea de la valoración y liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios²⁵.

Ahora bien, la función coercitiva se observa claramente en la denominada «pena cumulativa» que, prevé un *plus* indemnizatorio que se suma al *quantum* exigible por aplicación de las reglas generales del incumplimiento (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA, 2009, 1364-1364)²⁶. Y, la función compensatoria o liquidatoria del daño incluye tanto el supuesto donde la cantidad prevista como pena sobrease el daño real estimado conforme al artículo 1101 del Código Civil (ALBALADEJO GARCÍA, 1983, 461)²⁷, como la pena liquidatoria en sentido estricto, cuando esta actúa como simple compensación anticipada del daño que el incumplimiento hubiera ocasionado (DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA, 2009, 1365)²⁸. En todo caso, como se ha señalado, una de las consecuencias jurídicas del carácter sustitutorio o liquidatorio realmente atribuido por el Código Civil es la de que, no es necesario probar los daños realmente acaecidos para la exigencia de la pena²⁹. De forma que, la opción entre uno u otro tipo de función depende de la voluntad de las partes. Al respecto los artículos 1152 y 1153 del Código Civil contemplan las distintas clases de cláusula penal y sus respectivos efectos y, al tener el carácter de dispositivas, pueden ser modificadas en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Sobre tales bases normativas, caben las siguientes clases de cláusula penal:

1. La pena sustitutiva de la indemnización de daños (art. 1151.1 del Código Civil y art. 56 del Código de Comercio) en la que la pena sustituye la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Opera, pues, la pena como mecanismo modificativo de las reglas de responsabilidad contractual para agravarla. Para que este tipo de cláusula penal cumpla como medida coercitiva, además de la función de garantía que propicia el cumplimiento de la obligación principal, resulta necesario que el importe de la pena sea superior al valor previsible de los daños derivados del incumplimiento; de modo que, el cumplimiento voluntario sea menos gravoso para el deudor que el pago de la pena estipulada (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1597)³⁰. Por lo que la pena convencional sustitutiva cumple una función liquidatoria al cuantificar, de forma previa, los posibles perjuicios que el incumplimiento causará al acreedor, quedando la indemnización absorbida por la pena pactada. Si se incumple la obligación principal, el acreedor podrá exigir el

pago de la pena en su totalidad, con independencia de que coincida o no con la valoración de los daños efectivamente producidos, aunque esta sea distinta de la cuantía de la pena, o incluso cuando del incumplimiento no se ha derivado daño alguno³¹. Por lo que de exigirse la pena, el acreedor no puede reclamar una mayor indemnización en concepto de daño, aunque este sea superior a la pena estipulada (DÍEZ-PICAZO, 2008, 465)³². Si bien, algún sector doctrinal ha considerado la posibilidad de exigir el daño excedente, cuando el incumplimiento sea doloso (DÁVILA GONZÁLEZ, 1992, 359-360)³³; 2. La pena cumulativa o punitiva, solo opera cuando existe acuerdo expreso de los interesados. El artículo 1153 párrafo segundo del Código Civil establece la regla general consistente en otorgar al acreedor la opción de exigir la pena, o bien el cumplimiento de la obligación principal; pero en modo alguno se haya facultad para exigir conjuntamente ambas pretensiones, salvo pacto en contrario. De forma que, cabe la acumulación de la pena y la indemnización de daños y perjuicios mediante pacto expreso³⁴. Por lo que las partes puede convenir que la pena no excluya la indemnización de daños y perjuicios y el abono de los intereses en caso de falta de cumplimiento por el deudor de su obligación. El acreedor, siempre y cuando se haya pactado, puede exigir al deudor, además de la pena estipulada, la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, cumpliendo la pena una función sancionadora o punitiva.

Ahora bien, además de la expuesta, cabe plantear otra forma de acumulación, la que operaría entre la pena y la exigencia de cumplimiento de la prestación principal. La doctrina se encuentra dividida entre aquellos que se muestran favorables (DÍEZ-PICAZO, 2008, 466, ESPÍN CANOVAS 1946, 161)³⁵; y los que consideran que el efecto cumulativo solo se produce respecto de la indemnización (RODRÍGUEZ TAPIA 1993, 579-580)³⁶. En todo caso, la facultad de acumular el cumplimiento y la pena solo podría ser prevista para el cumplimiento defectuoso o retrasado de la prestación principal, respecto del cual, la doble exigencia del cumplimiento exacto y pena convencional puede estar justificado (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1600)³⁷; 3. La cláusula penal facultativa. El artículo 153 en su primer párrafo permite a los interesados pactar que el deudor puede eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena. A falta de pacto el deudor no puede elegir entre ambas opciones. Como regla general el deudor no tiene un derecho de opción entre cumplimiento y la indemnización de daños, sino que está obligado a cumplir. El pacto previsto en el citado precepto le concede una facultad de elegir, exceptuando la regla general de cumplimiento de la obligación (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 160)³⁸. La exigencia de su reconocimiento expreso en virtud de pacto tiene su fundamento en que si se dejase al arbitrio del deudor al eximirse del cumplimiento de la obligación pagando la pena estipulada, tal conducta contravendría lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil. De ahí, la función liberatoria que se le concede al deudor de eximirse del cumplimiento de la obligación principal, pagando la pena, cuando expresamente se reconoce, supone para la doctrina su consideración como obligación facultativa y no como cláusula penal, ya que no se está sancionando, propiamente, dicho incumplimiento, sino que se le está permitiendo optar al deudor entre cumplir o pagar (RODRÍGUEZ TAPIA, 1993, 581)³⁹. Al respecto, se ha considerado, asimismo, que estaríamos ante una pena propiamente dicha, sino ante una multa penitencial «que es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abonado en forma de arras o no y que permite al penitente apartarse del contrato, y extinguir la relación obligatoria» (DÁVILA GÓNZALEZ, 1992, 43-44)⁴⁰. Ahora bien, si por aplicación del artículo

1153 párrafo segundo del Código Civil el acreedor exige el cumplimiento de la pena, luego no podrá pretender el cumplimiento de la obligación. Si, por el contrario, se decide por exigir el cumplimiento de la obligación principal, puede reclamar la pena, en el supuesto de que dicho cumplimiento devenga imposible —procediendo a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil—⁴¹; y, 4. La pena moratoria. Se trata de una pena prevista para el supuesto de retraso en el cumplimiento de la obligación que garantiza. Tiende a liquidar por anticipado el daño que, puede originarse si el deudor se constituye en mora⁴². Puede configurarse como el abono de una cantidad alzada de dinero o por el pago de una cantidad determinada por el deudor por días, semanas, meses de retraso en el cumplimiento de la obligación principal. Ahora bien, la reclamación de la pena cuando se configura como moratoria no implica que no pueda exigirse el cumplimiento de la obligación principal (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 160)⁴³. En cualquier caso, la pena moratoria cumple una función sustitutiva y liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios derivados del retraso. El acreedor, en consecuencia, no tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía de los daños ocasionados por el retraso, pues, le basta con probar que el deudor ha incurrido en mora respecto a la obligación principal (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1649)⁴⁴. Lo que sí parece claro es que, la pena moratoria puede sustituir a la indemnización por mora (art. 1108 del Código Civil) (FELIÚ REY, 2014, 187)⁴⁵.

En este contexto, la cláusula penal siendo válida y estando vigente la pena convencional, surte efectos si concurren dos factores: el incumplimiento para el que fue estipulado (art. 1152.1 del Código Civil); y, su exigibilidad «conforme a las disposiciones del presente Código» (art. 1151.2 del Código Civil). Respecto del primero, puede estipularse la cláusula penal para cualquier tipo de incumplimiento contractual que, implique insatisfacción del interés del acreedor (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1605)⁴⁶. Por otra parte, si la pena es efectiva desde que es «exigible» conforme a las disposiciones del Código Civil para determinar este extremo, habrá que atender en cada caso al tipo de incumplimiento al que las partes han vinculado la aplicación de la pena convencional. Por lo que sin incumplimiento no hay pena convencional; lo que deriva, asimismo, del carácter accesorio de la misma respecto de la obligación principal⁴⁷. De ahí que, la jurisprudencia insista en que el incumplimiento sancionado con la pena sea imputable al deudor para que aquella sea exigible⁴⁸. En todo caso, si la obligación principal está sometida a condición suspensiva (art. 1113 del Código Civil), o a término inicial (art. 1125 del Código Civil), será necesario que haya cumplido aquella o vencido el plazo; cuando la obligación principal consiste en un no hacer solo será exigible desde que se haya realizado el acto prohibido (art. 1099 del Código Civil); y tratándose de obligaciones recíprocas la jurisprudencia a la vista de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil aplica la doctrina sobre la *exceptio non adimpleti contractus* y niega al acreedor que no haya cumplido sus propias obligaciones, la obligación de exigir la prestación penal al deudor incumplidor⁴⁹.

Ahora bien, para que el acreedor pueda reclamar al deudor la prestación penal resulta necesaria la validez tanto de la obligación principal como de la propia cláusula penal, así como la subsistencia de ambas. En relación con la cláusula penal, partiendo que estamos ante una excepción al régimen normal de las obligaciones y contratos, es inaplicable cuando las partes han alterado los supuestos de base para los que se pactó la pena convencional⁵⁰. En todo caso, la modificación por los contratantes de las bases que las partes tuvieron presente al estipular la pena, no debe confundirse con los supuestos de

alteración de las circunstancias existente al tiempo de convenirse la pena, derivada de causas ajenas a la voluntad de los contratantes, que podría dar lugar a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* (ARANA DE LA FUENTE, 2009, 1604)⁵¹.

III. LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: ABUSIVIDAD Y TRANSPARENCIA

Como señalábamos en líneas precedentes, la ineficacia contractual derivada de la nulidad de las cláusulas predisueltas, tiene un régimen específico que, tiene su fundamento tanto en lo dispuesto en la legislación de protección de consumidores, como en el propio fenómeno de la contratación en masa, esto es, bajo condiciones generales de la contratación y el relativo a las cláusulas abusivas. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 aborda precisamente el examen de la abusividad de una cláusula penal inserta en un contrato de servicio de mantenimiento y conservación de ascensores y se refiere a las consecuencias que tiene la declaración de abusiva de la cláusula penal en el marco del desarrollo contractual o de la eficacia contractual resultante. Sin duda el fondo del planteamiento doctrinal de la citada resolución reside en diferencia, por un lado, entre lo que representa el juicio de abusividad que, supone el examen de lo que representa el control de contenido que, no es más que un control de la legalidad de la reglamentación contractual establecida, teniendo en cuenta entre otros parámetros la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones; y, por otro, un juicio posterior sobre la eficacia contractual resultante que, opera en la posterior ejecución contractual que, resulta necesario para evitar que la declaración de abusividad de una cláusula y su imposible moderación o integración, comporten situaciones de absoluta irresponsabilidad del empresario adherente o de un posible enriquecimiento injustificado, por ejemplo, haciendo efectiva la cláusula penal u otras indemnizaciones «desproporcionadas». Sobre tales bases, se abordan en la mencionada sentencia dos grandes cuestiones, la primera relativa a la nulidad de la cláusula que establece la duración del contrato, su prórroga y la de la cláusula penal para el caso de desistimiento unilateral, y la segunda, en relación a una posible moderación de la pena liquidatoria tras declararla abusiva y, operando sobre la base de la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Viene a confirmar, como así se ha hecho en las dos instancias judiciales anteriores, el carácter abusivo tanto de la duración y prórrogas automáticas del contrato de mantenimiento de ascensores —plazos sucesivos de diez años—, como de la cláusula penal cifrada en una indemnización en concepto de daños y perjuicios del cincuenta por ciento del importe de la facturación pendiente de emitirse hasta la finalización del plazo contractual, mediante una interpretación sistemática de tal clausulado que, determina la existencia de un resultado desequilibrante y desproporcionado para el adherente en el marco de un clausulado predisuelto.

En este contexto, el reconocimiento de la contratación en masa o bajo condiciones generales de la contratación como auténtico modo de contratar diferenciado de la contratación tradicional por negociación regulado en nuestro Código Civil que, incide en un importante y novedoso sector del tráfico económico, delimitador de multitud de relaciones económicas de intercambio de bienes y servicios, lo que ha sido una constante en la jurisprudencia más actual de la Sala Primera del Tribunal Supremo. El punto de partida tiene lugar con la sentencia

de 18 de junio de 2012⁵², y se ha proyectado en sucesivas sentencias como la de 9 de mayo de 2013, 10 de marzo de 2014⁵³, referida también a un contrato de mantenimiento de ascensores, si bien en el ámbito de un contrato de negociación, y, de 7 de abril de 2014⁵⁴, también en un contrato por negociación. De forma que, la contratación bajo condiciones generales tiene un régimen jurídico propio y específico que, no se centra en la relevancia y validez del consentimiento real del adherente desde el plano del error vicio, ni en el principio de *pacta sunt servanda* (art. 1255 del Código Civil), ni en el fenómeno integrador de la voluntad (art. 1258 del Código Civil), pues, el papel de aquél se ve reducido ante la imposición o predisposición de las cláusulas contractuales, fruto de su no negociación. Lo que contrata con el régimen general de negociación que atiende, primordialmente, a la voluntad manifestada por las partes, como principio rector del orden valorativo e interpretativo del contrato (art. 1281 del Código Civil), sin posibilidad de extrapolar en dicha interpretación el control específico de abusividad, propio de la contratación bajo condiciones. Por lo que, frente a la imposición, predisposición y no negociación de las cláusulas contractuales y en aras de logar la máxima protección del consumidor, se exige al predisponente el cumplimiento de una serie de deberes de información que, actúan en la fase precontracual, en orden a procurar el necesario equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de las condiciones generales y no meramente gramatical o literal de la reglamentación predisposta en sí misma considerada. La verificación del cumplimiento de estos deberes por parte del predisponente tiene lugar en el ámbito del contrato a través de dos mecanismos de control: uno tendente a logar un adecuado equilibrio de prestaciones —control de contenido o de abusividad—, y el otro destinado a lograr la comprensibilidad real de las cláusulas contractuales o la carga económica o jurídica del contrato —control de transparencia—. Precisamente en relación con este último control, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, sostiene que cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que, supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que, las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que, el adherente ha tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden EHA/2899/2011; y, una vez incorporadas las condiciones al contrato, han de superar el control de transparencia —del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato—, es decir, que la cláusula ha de ser clara y comprensible. Este último, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predisposta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que, supone un control sobre el caso concreto y se identifica con el control de contenido, teniendo por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Y, asimismo, que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto el significado y alcance del clausulado contractual. Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada, permite al consumidor determinar si

se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que, incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). A diferencia de la anterior resolución, la sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2014⁵⁵ —también referida a cláusulas suelo— no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que opera únicamente sobre el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo— implícita en el marco del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la falta de transparencia de la cláusula desaparece.

Ahora bien, el control de transparencia, como proyección nuclear del principio de transparencia real en la contratación seriada y por extensión en el desarrollo general del control de inclusión, se caracteriza, en primer lugar, por ser uno de los mecanismos de control de la contratación seriada, junto con el control de contenido, cuyo fundamento legal descansa en el artículo 5 de la Directiva 93/13, artículo 5.5 y 7 b) de la LCGC, y artículo 80.1 del TRLGDCU; y, en segundo lugar, queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta referida directamente a la comprensibilidad real que, no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, supone que el consumidor y usuario ha de conocer y comprender las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que, realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como a la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014). De acuerdo con la anterior caracterización debe señalarse que en el ámbito del derecho de la contratación, particularmente en la contratación bajo condiciones generales de la contratación, el control de transparencia viene a responder a un previo y especial deber contractual de transparencia que, impone al predisponente el deber de configuración contractual plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales. Tal control es ajeno al error vicio y en consecuencia a la validez del consentimiento otorgado. Por lo que el control de transparencia se proyecta de modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende de esta forma que el control de legalidad o de idoneidad establecido a tal efecto, como opera fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no va a tener por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, sino que va a descansar en la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013 y 14 de marzo de 2013, y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2014).

Sobre tales bases, cuando se habla de un control de contenido de las condiciones generales y de las cláusulas predispuestas, se alude, como hemos señalado, a un control de la legalidad que comprueba su validez por contraste con unas normas específicas más exigente, que las que de manera general controlan la validez de los contenidos contractuales (MIQUEL GÓNZÁLEZ, 2011, 714)⁵⁶. Este control de contenido debe distinguirse del control de inclusión y también de la interpretación, y, por supuesto, de puntuales limitaciones a la libertad contractual.

Asimismo, se explica este control al no haber sido establecidas las condiciones generales por un acto de autonomía privada suficiente para legitimar su contenido (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 717)⁵⁷. Los parámetros elegidos en el artículo 82.1 del Real Decreto 1/2007 para determinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales no negociadas son la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, y, en general que defrauden las expectativas razonables que se derivan de la justa reciprocidad de las prestaciones⁵⁸. Buena fe que se erige como patrón general de conducta del empresario-predispONENTE en sus relaciones contractuales con consumidores a la hora de presentar su oferta y predeterminar el contenido del clausulado (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2009, 957)⁵⁹. Se trata, como dice (DÍEZ-PICAZO, 2002, 71) —de buena fe en sentido objetivo— pues, «para el profesional es un objetivo modelo de comportamiento leal y para el consumidor, el conjunto de expectativas que consumidores con criterios razonables pueden formar sobre el tipo contractual propuesto»⁶⁰. El resultado negativo de ese control otorga a la condición general o cláusula predispuesta la calificación de abusiva. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1993⁶¹ considera como cláusulas abusivas «aquellas que no se han negociado individualmente, cuando se han redactado previamente y el consumidor no puede influir sobre su contenido en particular en los contratos de adhesión». Y, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala de 5 de julio de 1997⁶² establece que el contrato de adhesión «es aquel en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que esta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas, ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; 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—. No se discute la validez del contrato de adhesión inherente a la realidad actual, pero sí es indudable la necesidad de su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que, no debe tolerarse en derecho... y ello justifica la existencia de un importante cuerpo legislativo en Europa, no para coartarlas e impedirlas, sino para controlarlas y regularlas, impidiendo abusos». De todas formas, cláusula abusiva como señala (MIQUEL GONZÁLEZ, 2011, 714) es un concepto que viene definido por varios elementos: «1. Ha de tratarse de contratos entre empresarios y consumidores. En los contratos entre empresarios rigen los límites de la autonomía privada (art. 1255); 2. Ha de tratarse de condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente. Los acuerdos individuales están sometidos a los límites generales de la autonomía privada (art. 1255); y, 3. Son cláusulas abusivas las que no superan el control de contenido que establece el artículo 812 y los artículos 85 a 90»⁶³.

Ahora bien, estos mecanismos de control de la contratación seriada, como hemos señalado, nada tienen que ver con los que sanciona la ineeficacia estructural de los contratos derivados de la relevancia y validez del consentimiento, esto es, del error vicio. Por lo que respetando la validez estructural de la contratación en general, la finalidad de tales controles consiste en tener por no puesta o eliminar de la contratación por condiciones generales, aquellas cláusulas predispuestas que no respeten el necesario equilibrio, o no permitan conocer la carga económica o jurídica del contrato, ocasionando un resultado perjudicial e injustificado para los derechos y legítimos intereses del consumidor. De forma que, tales mecanismos de control no pretenden sancionar una ineeficacia derivada de la existencia de un vicio del consentimiento que, conduce a la anulación del contrato, sino que su función reside en la depuración de esta modalidad de contratación a través del

necesario análisis de sus cláusulas desde el necesario equilibrio y transparencia; eliminando de la reglamentación contractual aquellas cláusulas que no cumplan con los estándares de transparencia y no abusividad en interés del adherente (SÁNCHEZ MARTÍN, 2014, 3-4)⁶⁴. De ahí que, para garantizar una contratación eficiente tengan sentido las previsiones legislativas contenidas en los artículos 9.2 y 10 de la LCGC y en el artículo 83 del TRLGDCU, tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que permite al juez «aclarar la eficacia del contrato» o «integrar el contrato», y no la cláusula nula cuya integración o moderación se prohíbe, limitando la declaración de nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecta a un elemento esencial (art. 1261 del Código Civil), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que, no puede ser subsanada. Este planteamiento es, por lo demás, concordante con la relevancia que la Sala Primera del Tribunal Supremo, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus*) no solo como canon hermenéutico, sino como principio general (sentencias de 15 y 17 de enero de 2013).

De forma que, declarada abusiva una cláusula o condición general es cuando opera la labor de integración contractual o juicio de eficacia resultante del contrato. Excepcionalmente, si nos encontramos ante una situación jurídica no equitativa en la posición resultante de las partes que, no puede ser subsanada por la interpretación integradora del contrato, ha de procederse a la ineficacia total del contrato, con los consiguientes efectos restitutorios y liquidatorios. Precisamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014 en el examen de este juicio de eficacia contractual que, señala que, excede de la mera interpretación integrativa del contrato, como complemento o extensión de los acordado por la partes, pues, «supone una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buen fe contractual y a la sanción de enriquecimiento injustificado por alguna de las partes».

En este contexto, y centrados en la materia sobre la que opera esta sentencia de 11 de marzo de 2014, en concreto sobre el contrato de mantenimiento de ascensores, debemos señalar que, es un contrato de arrendamiento de servicios (arts. 1542 y 1544 del Código Civil), ya que en el arrendamiento de servicios una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y especialmente dentro del contenido del artículo 1583. Sin embargo, la dificultad surge al tener que definir conceptualmente, si tal contrato es únicamente de servicios o participa del denominado contrato de obra (arts. 1544 y 1588 del Código Civil); lo que lleva a considerar que tiene elementos que lo hacen subsumible en ambas modalidades, siendo un contrato complejo⁶⁵. En todo caso, este contrato se refiere a un servicio de consumo común, ordinario y generalizado⁶⁶.

Ahora bien, las comunidades de propietarios tienen el deber legal de concluir tales contratos para asegurar la revisión, conservación y reparación de estos aparatos de acuerdo con las especificaciones técnicas estatuidas. El artículo 62 del TRLGDCU consagra la prohibición de una «duración excesiva» en este tipo de contratos, o el derecho a resolver o desistir unilateralmente del contrato «sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas». No se prohíbe la duración prolongada o negociada de un contrato de trato sucesivo, ni se

veta todo tipo de penalizaciones o indemnizaciones —cláusula penal, arras— por resolución, denuncia o desistimiento unilateral del consumidor o usuario, sino tan solo aquellas cláusulas que sean «excesivas», «onerosas o desproporcionadas». Sobre la base del tenor literal del citado precepto, los Tribunales en este supuesto, bien en un examen conjunto del contrato⁶⁷ o, bien analizando autónomamente las diferentes cláusulas contractuales, centran el contenido de sus pronunciamientos en: la duración del contrato, la prórroga o renovación automática, plazo de preaviso, notificación o denuncia para evitar la prórroga, y la cláusula penal o indemnización previstas en el contrato para el caso de desvinculación unilateral del consumidor antes del término fijado, o sin cumplir las condiciones previstas para evitar la continuación del contrato. Esto es, con frecuencia se cuestiona la validez de las cláusulas contenidas en los contratos de conservación y mantenimiento de ascensores que, someten el contrato a un sistema de prórrogas automáticas sucesivas tras una duración inicialmente pactada, o lo que, es lo mismo, a un sistema de prórrogas tácitas por iguales períodos sucesivos al inicial pactado, si el contrato no se denuncia o preavisa con un determinado plazo al vencimiento, o en fin se sanciona con cláusula penal el desistimiento o resolución unilateral de contrato por el consumidor. En todo caso, la validez de tales cláusulas no puede negarse por el hecho de tratarse de un contrato de adhesión, ya que este tipo de cláusulas no son extrañas al régimen de obligaciones del Código Civil, sino cuando son desproporcionadas o excesivamente onerosas, y por tanto calificables de abusivas. Respecto a la duración del contrato, se muestran algunas resoluciones proclives a la validez de las cláusulas de duración prolongada de diez años⁶⁸, o incluso de cinco años⁶⁹ o menos⁷⁰, mientras que otras son contrarias a esos plazos⁷¹, o incluso inferiores o superiores (CÁMARA LAPUENTE, 2011, 550)⁷². Normalmente, las sentencias que entienden que, la duración pactada es excesiva (cinco o diez años) suelen también considerar abusivas las prórrogas automáticas por igual periodo, y a veces entran en consideración sobre la forma de fijar el preaviso para desistir como circunstancia añadida para determinar el desequilibrio —máxime cuanto mayor es el plazo de preaviso—, y otras veces no se detiene en estos extremos. Asimismo, este grupo de sentencias por lo general priva de eficacia a la cláusula penal fijada en el contrato, bien totalmente por considerarla también abusiva, o por entender que al no existir prórroga alguna que vincule al consumidor, tampoco se debe indemnización alguna —esencialmente por su carácter accesorio—. De todas formas, no existe un tratamiento uniforme sobre la posible validez o no de las cláusulas penales en estos contratos de trato sucesivo, debido principalmente a las diferentes cláusulas existentes en el mercado —así el pago del importe de todas las mensualidades hasta que finalice el contrato o su prórroga, las que fijan una cantidad variable en función de los meses que restan para el vencimiento del plazo final, pasando por la más frecuente que, es el importe del cincuenta por ciento del coste del servicio hasta la finalización del periodo contractual, y es la que se convino en el contrato que es objeto de análisis en la sentencia de 11 de marzo de 2014⁷³.

En cuanto a las prórrogas automáticas o renovaciones tácitas del contrato, se parte de una tendencia en los tribunales en admitir este tipo de cláusulas, pues, el consumidor o usuario tiene el mismo derecho a poner fin al contrato durante el periodo inicial como en los nuevos períodos que se acuerden, y además son un mecanismo conocido en el Código Civil a través de la tácita reconducción en el arrendamiento; de ahí que, la mera automatización de la continuidad del contrato mediante prórroga no debe entenderse en principio abusiva⁷⁴. A tal efecto, se consideran abusivas tales prórrogas cuando sobre la base del artículo

85.2 del TRLGDCU «se fije una fecha límite al consumidor o usuario que no le permita de manera efectiva manifestar su voluntad de no prorrogarlo»⁷⁵. Asimismo, relacionados con la duración y prórroga se consideran no válidos los plazos de preaviso alejados al momento del vencimiento del contrato (180, 120 y 90)⁷⁶; a los plazos excesivamente cortos o con excesivas formalidades⁷⁷.

Respecto a las cláusulas penales, hay sentencias que estiman su validez sin mayores argumentos a partir de los artículos 1152 y 1153 del Código Civil, sin proceder a ningún tipo de moderación⁷⁸; otras acuerdan la moderación del artículo 1154 del Código Civil⁷⁹; no faltan, por supuesto, las que consideran abusivas estas cláusulas, procediendo o no a su moderación⁸⁰; o, simplemente declaran la nulidad de la cláusula o indemnizaciones previstas sin reconocer ningún tipo de indemnización basada en dichas cláusulas contractuales⁸¹; u optan por cierta moderación atendiendo a otras reglas o principios (abuso del derecho o mala fe del consumidor)⁸²; o apelan a otras consideraciones (art. 1103 del Código Civil); y, en fin, las que solo indemnizan de los daños ocasionados al empresario que, este consiga probar como efectivamente causados⁸³.

No obstante, conviene precisar que, puede ser abusiva la cláusula penal, pero válido el plazo de duración pactado. Ahora bien, si este se considera abusivo, también lo será la cláusula penal prevista para el incumplimiento del plazo por la accesoriad de aquella (art. 1155 del Código Civil)⁸⁴. Asimismo, hay que señalar que, el precio pactado en el contrato puede ser un elemento a tomar en consideración para enjuiciar el carácter abusivo del plazo de duración pactado, cuando se ha condicionado a una rebaja del precio del servicio o beneficios adicionales para el consumidor o usuario. De forma que, no se habrá de considerar abusivo el plazo de duración acordado o la cláusula penal establecida, si como señala PLANAS ARNALDO (PLANAS ARNALDO, 2014, 537) responde a un reequilibrio de la situación en el que, además, se responde a los daños efectivamente producidos⁸⁵.

En todo caso, sobre tales bases, en los contratos de duración determinada el consumidor está vinculado como todo contratante por el tiempo de duración acordada. Por lo que el derecho a resolver el contrato sin penalización solo tiene lugar cuando concurra causa que justifique tal pretensión como: 1. Incumplimiento del contrato por la otra parte y, 2. La modificación unilateral de las condiciones del servicio o los caracteres de la prestación (GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2009, 1101)⁸⁶. Cuando no concurren cualquiera de las dos causas mencionadas, será de aplicación el régimen de responsabilidad contractual (arts. 1101 y 1124 del Código Civil) ante resolución unilateral injustificada por una de las partes⁸⁷; si bien, los artículos 62.3 y 87.6 del Real Decreto 1/2007 que, reconocen al consumidor o usuario el derecho a poner fin al contrato, pero modulan en beneficio de aquél las sanciones, al establecer que la pena ha de ser razonable, ni onerosa ni desproporcionada; y, ha de corresponderse con los daños realmente causados o con los servicios efectivamente prestados (CÁMARA LAPUENTE, 2011, 548)⁸⁸.

IV. LA MODERACIÓN DE LA PENA

El artículo 1154 del Código Civil atribuye la facultad de moderación de la pena en los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que pueda, en consecuencia, operar en los supuestos de incumplimiento total (DÍAZ-REGAÑÓN

GARCÍA, 2009, 1367)⁸⁹ o cuando se incurre en el cumplimiento sancionado con la pena (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1991, 160)⁹⁰, ni puede ampliarse a otros supuestos, como las penas desproporcionadas, excesivamente elevadas o abusivas, ni aumentar las irrisorias —pues, en estos casos se dilucida un problema previo de validez de la cláusula—⁹¹. Ni tampoco procede en el caso de pena moratoria⁹². De forma mayoritaria, la doctrina y jurisprudencia optan por la naturaleza dispositiva de la norma, dado que se funda en la autonomía de las partes (DÍAZ-ALABART, 2011, 118; ESPÍN ALBA, 1997, 70)⁹³. Si bien, no faltan quienes se inclinan por su naturaleza imperativa que, debe aplicarse incluso de oficio (DÍEZ-PICAZO, 2008, 468)⁹⁴. Por otra parte, no indica el citado precepto si la moderación ha de ser a instancia de parte o de oficio. La doctrina se encuentra, igualmente, dividida entre los que optan por la aplicación de oficio⁹⁵, y, los que se consideran que, el juez no puede intervenir en las relaciones contractuales, si no hay petición de parte en este sentido (ESPÍN ALBA, 1997, 679)⁹⁶.

En este contexto, el artículo 1154 del Código Civil habla de «modificar equitativamente», lo que implica que la moderación ha de ser equitativa para ambas partes⁹⁷, y consiste en reducir la pena, no aumentarla ni tampoco suprimirla⁹⁸. También resulta posible que lo equitativo sea precisamente no moderar la pena⁹⁹. A tal fin, en cuanto los criterios de moderación necesarios para realizar el juicio de equidad, señala ALBALADEJO (ALBALADEJO, 1983, 486) que ha de consistir en valorar la proporción entre lo cumplido bien y el total de lo que se debe cumplir para resultar no penado¹⁰⁰. Aunque no faltan quienes se inclinan por atender al perjuicio sufrido por el acreedor (ORTI VALLEJO, 1982, 317)¹⁰¹. Ahora bien, alguna antigua sentencia ha considerado posible otra forma de realizar la moderación mediante la concesión de un plazo al deudor para ponerse al corriente de sus obligaciones¹⁰². Finalmente, la facultad que concede el artículo 1154 del Código Civil corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia, cuyo criterio no puede ser revisado en casación¹⁰³. Y, asimismo, la facultad de moderación es independiente de la buena o mala fe del deudor, de la intensidad del perjuicio ocasionado y del grado de culpa del incumplidor (ALBALADEJO, 1983, 486)¹⁰⁴.

Sobre tales bases conceptuales, en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014, después de declarar la abusividad de la cláusula penal prevista para el caso de desistimiento unilateral del contrato de mantenimiento de ascensores, dispone la imposibilidad de moderación de la pena conforme con la jurisprudencia europea —sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 junio 2012—, y el actual marco legislativo tras la reforma operada en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores por la Ley 3/2014, de 27 de marzo que, impide cualquier moderación o integración de la cláusula declarada abusiva. De forma que, la cuestión se centra entonces en el juicio de valoración de la eficacia del contrato, y, en concreto, si el predisponente tiene derecho a una indemnización, y la respuesta de la sentencia es negativa, pues, atendiendo a un examen de conjunto y, al caso en concreto, el contrato se había cumplido durante casi siete años lo que compensaba el gasto o inversión que el predisponente hubiera realizado. Asimismo, la indemnización de daños pretendida por aquel tampoco encuentra apoyo en los parámetros de ponderación aplicables al caso, ya sea en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, ya en aras a la sanción de enriquecimiento injustificado del adherente. Por lo que el Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que, si bien no es posible la moderación equitativa de la pena convencionalmente predisuesta, si es posible

un contenido indemnizatorio a favor del predisponente que, según los casos, y en aras a los parámetros de ponderación citados, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada conforme a las normas generales (BALLUGERA GÓMEZ, 2014, 3)¹⁰⁵.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, Fasc. IV, octubre-diciembre, pp. 1579-1686.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comentarios a los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. En: C. Paz Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario al Código Civil*. T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*. Madrid: Montecoro.
- DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*. Madrid: Reus.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. (2009). Comentarios a los artículos 1152 a 1155 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Aranzadi Thomson Reuters (pp. 1364-1369).
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. Madrid: Civitas Thomson Reuters.
- ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons.
- FELIÚ REY, J. (2014). Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVII, Fasc. I, enero-marzo, 169-218.
- MAS BADÍA, M.^a D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PLANAS ARNALDOS, M.^a C. (2014). Facultades de moderación de los Tribunales de la pena convencional por desistimiento unilateral en un contrato de mantenimiento de servicios de ascensores, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, septiembre-diciembre, 523-541.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, 511-587.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala 1.^a, 4 de junio de 1979
- STS, Sala 1.^a, 27 de marzo de 1982
- STS, Sala 1.^a, 8 de febrero de 1989
- STS, Sala 1.^a, 16 de noviembre de 1995
- STS, Sala 1.^a, 12 de enero de 1998
- STS, Sala 1.^a, 30 de junio de 2000
- STS, Sala 1.^a, 4 de abril de 2003
- STS, Sala 1.^a, 17 de noviembre de 2004
- STS, Sala 1.^a, 18 de septiembre de 2008
- STS, Sala 1.^a, 21 de noviembre de 2012
- STS, Sala 1.^a, 6 de noviembre de 2013

- STS, Sala 1.^a, 10 de marzo de 2014
- STS, Sala 1.^a, 11 de marzo de 2014
- STS, Sala 1.^a, 7 de abril de 2014
- STS, Sala 1.^a, 3 de diciembre de 2014
- SAP Sevilla, secc. 6.^a, 15 de octubre de 1999
- SAP Córdoba, secc. 1.^a, 4 de marzo de 2003
- SAP Ciudad Real, secc. 2.^a, 12 de abril de 2011
- SAP Valladolid, secc. 1.^a, 2 de octubre de 2012
- SAP Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013
- SAP Badajoz, secc. 3.^a, 10 de julio de 2014
- SAP Alicante, secc. 8.^a, 25 de septiembre de 2014

NOTAS

¹ CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona: Bosch, p. 96.

² *La Ley* 2014/45575.

³ DÍEZ-PICAZO L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II. La relaciones obligatorias, sexta edición, Madrid: Civitas Thomson Reuters, p. 457.

⁴ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*, Madrid: Reus, p. 59.

⁵ ARANA DE LA FUENTE, I. (2009). La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, Fasc. IV, octubre-diciembre, 1588-1589. Asimismo, PÉREZ GURREA, R. (2012). Análisis jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial ex artículo 1154 del Código Civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVIII, núm. 731, mayo-junio, 1690 señala que «se trata de una obligación accesoria que las partes añaden a una obligación principal para asegurar su cumplimiento, consistente generalmente en el pago de una cantidad de dinero, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal»; y FELIÚ REY, J. (2014). Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXVII, Fasc. I, enero-marzo, p. 173, como «la estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que, el deudor de la prestación que se trata de garantizar, viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero». Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, 8 de enero de 1945 (*RJ* 1945, 7); y, de 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008/223) la conceptúan como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece, además, un régimen de privilegio a favor del acreedor». Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal y Sala de 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6071), señala que «es un pacto accesorio cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la obligación convenida, sustituyendo en la previsión de las partes, a la indemnización de daños y perjuicios, si se produce el incumplimiento, constituyendo una excepción al régimen normal de las obligaciones»; y la de 16 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3173) como «obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de la obligación contractual».

⁶ GÓMEZ CALERO, J. (1983). *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2.^a ed., Madrid: Civitas, pp. 51-52.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 457.

⁸ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, op. cit., pp. 1587-1588.

⁹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, op. cit., pp. 1585-1586; PÉREZ GURREA, R. Análisis

jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial *ex artículo 1154 del Código Civil, op. cit.*, p. 1687.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, p. 457; asimismo, en nuestro Derecho Histórico se contiene esta función de garantía en la ley 34, Título XI, Partida V. En contra, se manifiesta RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *Anuario de Derecho Civil 1993*, p. 526. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 2851); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 24 de enero de 2006 (*JUR* 2006, 93328); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 8 de junio de 2006 (*AC* 2006, 2180), que precisan que, la finalidad de la cláusula penal es obviamente, la de asegurar el cumplimiento de la obligación.

¹¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 14 de febrero de 1992 (*RJ* 1992, 1270), necesidad de pacto expreso.

¹² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 1956 (*RJ* 1956, 1141); y 7 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9900); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 8 de enero de 1999 (*AC* 1999, 2879).

¹³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de marzo de 1956 (*RJ* 1956, 1141); y de 4 de noviembre de 1958 (*RJ* 1958, 3432).

¹⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de junio de 1969 (*RJ* 1969, 3358); 4 de junio de 1979 (*RJ* 1979, 2844); 27 de marzo de 1982 (*RJ* 1982, 1507); 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6071); 14 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 10376); 8 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 690); 2 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 510); 12 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8976); 6 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 3237); 30 de junio de 2000 (*RJ* 2000, 5917); 8 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 3538); 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 5480); 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 5522); 30 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 7261); y, 6 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8333). Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 24 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 2796); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 15.^a, 1 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1874); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 15 de octubre de 1999 (*AC* 1999, 8645); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 4 de marzo de 2003 (*JUR* 2003, 123190).

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, op. cit.*, p. 457.

¹⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, pp. 1590-1592; PEREZ GURREA, R. Análisis jurisprudencial de la cláusula penal: funciones y su moderación judicial *ex artículo 1154 del Código Civil, op. cit.*, pp. 1690-1691.

¹⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3173); 23 de mayo de 1997 (*RJ* 1997, 4322); 4 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 1868); 18 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 1802); 25 de octubre de 2004 (*RJ* 2004, 6403); 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 223); 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 5522); y 30 de noviembre de 2012 (*RJ* 2013, 193).

¹⁸ FELIÚ REY, J., Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 175.

¹⁹ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 759); y 7 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2007) señalan como funciones de la pena la coercitiva o de garantía, penal y sustitutiva o liquidatoria de los daños. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.^a, 7 de abril de 2000 (*AC* 2000, 3605), señala al respecto que «la finalidad de la cláusula penal no se limita a fortalecer y garantizar el cumplimiento de la obligación principal, ni a sustituir aquella por una simple indemnización de daños y abonos de intereses predeterminados en el contrato, sino que su verdadero objeto está constituido por un conjunto de funciones coordinadas, entre las que, además de las expresadas, ocupa un lugar preeminente, salvo pacto en contrario, la estrictamente punitiva reflejada, bien mediante una posible agravación del resarcimiento, o por la necesidad de la inejecución de lo convenido sea imputable al deudor». Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 25.^a, 8 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 163760), dispone que «tiene una doble función reparadora y punitiva; la primera tiene carácter liquidatorio y de cobertura del riesgo. En todo caso, su alcance depende de

la voluntad de las partes. También se denomina «pena convencional» porque se establece voluntariamente en un contrato para que produzca efectos sobre el mismo y tiene carácter garantizado y sustituye la indemnización de daños y abono de intereses en cuanto no se haya pactado otra cosa.

²⁰ DÍAZ ALABART, S. *La cláusula penal*, *op. cit.*, p. 68, precisa, asimismo que «para que cumpla verdadera y únicamente esta función es preciso que la evaluación de los posibles daños que se hizo al pactarla se corresponda en lo esencial con los que se hayan producido en el caso». *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de enero de 1998 (*RJ* 1999, 36); 17 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 7239); 18 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 5480); y, 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 200676390). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, 29 de marzo de 1993 (*AC* 1993, 297), que precisa al respecto que «se pacta en sustitución de la indemnización por incumplimiento, no en calidad de valoración anticipada de daños, puesto que, habrá de pagarse aunque no existan o sean más reducidos, sino como un «fortfait» que, en caso de incumplimiento, evita tener que investigar más, pues, sustituye, no a la indemnización simplemente, sino la discusión sobre ella, con la ventaja de dispensar al acreedor de probar los daños y su cuantía»; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 18 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 313); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 31 de diciembre de 1997 (*AC* 1997, 2446); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 2.^a, 31 de marzo de 1988 (*AC* 1998, 5130); de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 30 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 84823); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.^a, 18 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 147220).

²¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.^a, 23 de enero de 2001 (*AC* 2001, 510).

²² ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1594.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de febrero de 1969 (*RJ* 1969, 967), entiende que el artículo 1152.1 del Código Civil establece la presunción general de la función sustitutiva frente a otras posibles. Sin embargo, un sector de la doctrina insiste en adoptar como preferencia la función coercitiva antes que la liquidatoria, por todos DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*, Madrid: Montecorvo, p. 58.

²³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de noviembre de 2004 (*RJ* 2004, 7239).

²⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 8 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 4284), señala que «conforme el artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que, actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un *plus* más oneroso, viiniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios».

²⁵ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1594. DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 464, por su parte, entiende que, parece más razonable mantener la unidad institucional, aunque reconociendo la posible dualidad o pluralidad de funciones que, se pueden cumplir.

²⁶ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. (2009). Comentario al artículo 1152 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pp. 1364-1365.

²⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (1983). Comentario al artículo 1152 del Código Civil, En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 2, Madrid: Edersa, p. 461 lo califica de «pena absorbente» pero con cierto matiz punitivo.

²⁸ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Comentario al artículo 1152 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1365. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 16 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8429).

²⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de noviembre de 1983 (*RJ* 1983, 6071).

³⁰ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1597.

³¹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1596.

³² DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 465; FELIÚ REY, J. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 180.

³³ DÁVILA GONZÁLEZ, J. *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 359-360; DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C. (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona: Bosch, pp. 59-60.

³⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de enero de 1998 (*RJ* 1999, 36); y 3 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8859); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.^a, 10 de febrero de 2001 (*JUR* 2001, 135634); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.^a, 20 de noviembre de 2002 (*AC* 2003, 728).

³⁵ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 466; ESPÍN CANOVAS, D. (1946). La cláusula penal en las obligaciones contractuales, *Revista de Derecho Privado*, núm. 348, marzo, p. 161.

³⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *op. cit.*, pp. 579-580.

³⁷ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1600.

³⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1991). Comentario al artículo 1153 del Código Civil. En: C. Paz-Ares, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz Rodríguez-Cano y P. Salvador Coderch (dir.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 159. Asimismo, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 28 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 247189).

³⁹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1601; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *op. cit.*, p. 581; FELIÚ REY, J. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 186.

⁴⁰ DÁVILA GONZÁLEZ, J. *La obligación con cláusula penal*, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁴¹ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Comentario al artículo 1153 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1366.

⁴² La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8411) señala que «(...) Junto a dicha cláusula penal, cuya aplicación presupone el incumplimiento —total o parcial— de la obligación, se halla la llamada cláusula penal moratoria, la cual está estipulada exclusivamente para el supuesto de retraso en que incurre el deudor en el cumplimiento de la obligación, a dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que esta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación —en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal— pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver su eficacia sancionadora por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación». Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 23 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1231); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.^a, 13 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001, 92478).

⁴³ CABANILLA SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1153 del Código Civil, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁴ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1649. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 223).

⁴⁵ FELIÚ REY, J. Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo, *op. cit.*, p. 187.

⁴⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1605 adopta un concepto unitario de in-

cumplimiento entendido como «cualquier inejecución de las obligaciones que conforme a las reglas contractuales, incumbe al deudor». *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007, 388), comprende no solo el doloso o culposo, sino también el moroso o causado por otra contravención; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, secc. 2.^a, 15 de febrero de 2005 (*AC* 2005, 278).

⁴⁷ Las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 9155), y 21 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 2403) disponen que «la libertad de pactos sobre la que se asienta nuestro Ordenamiento, de forma similar a otros próximos, permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante un pacto accesorio por el que el incumplidor se obliga a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, con la finalidad en ocasiones liquidatoria de los daños y perjuicios, en otras liberatoria, y en otras puramente punitiva o cumulativa, siendo preciso para la exigibilidad de la pena que concurren los siguientes requisitos: 1. Existencia de una obligación principal válida; 2. Existencia de una cláusula penal; 3. Incumplimiento de la obligación principal; y, 4. Que el incumplimiento coincida con la previsión contractual».

⁴⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de julio de 1988 (*RJ* 1988, 5556); y 3 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999, 8859).

⁴⁹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de abril de 2003 (*RJ* 2003, 1868); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 12 de abril de 2011 (*JUR* 2001, 199034).

⁵⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8400); 5 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 4084); 18 de septiembre de 2008 (*RJ* 2008, 5522); 22 de abril de 2009 (*RJ* 200974730); 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 9155); y 6 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8333), en las que expresamente se dispone que las cláusulas penales «como excepción al régimen normal de las obligaciones, merecen una interpretación restrictiva (...) y desde luego no resultan exigibles cuando se han producido una alteración de las bases conforme a las cuales se pactó», por lo que no resulta aplicable cuando las bases sobre las que se estipuló la pena se alteran por causa imputable al incumplidor.

⁵¹ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1604.

⁵² *RJ* 2012, 8857.

⁵³ *RJ* 2013, 3088; y *La Ley* 2014, 21267.

⁵⁴ *RJ* 2014, 2184. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 23 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 203876).

⁵⁵ *RJ* 2014, 4660.

⁵⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2011). Comentario al artículo 82 del Real Decreto 1/2007. En: S. Cámará Lapuente, *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores*, Madrid: Colex, Madrid, p. 714.

⁵⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. Comentario al artículo 82 del Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 717.

⁵⁸ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 8457); de 2 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9044); y de 24 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6491).

⁵⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009). Comentario al artículo 82 Real Decreto 1/2007. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, p. 957.

⁶⁰ DÍEZ-PICAZO, L. (2002). *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*. En: A. Menéndez Menéndez, y L. Díez-Picazo (dir.), Madrid: Civitas, p. 71. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005, 113515).

⁶¹ *RJ* 1993, 6476.

⁶² *RJ* 1997, 6151. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 5 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 1655), conceptúa el contrato de adhesión como «el que contiene cláusulas, estipulaciones, o condiciones de carácter general redactadas de forma

previa por una empresa para aplicarlas a todos los contratos que la misma celebre y cuya aplicación no pueden evitar el consumidor o usuario, si desea obtener el bien o servicio de que se trate».

⁶³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. Comentario al artículo 82 del Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 714.

⁶⁴ SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). La «contratación bajo condiciones generales de la contratación», frente a la «contratación por negociación». Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad, *La Ley*, núm. 8333, sección Tribuna, 16 de junio, pp. 2 y 3 (www.laleyes.es).

⁶⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 1990 (*RJ* 1990, 9933); y de 30 de marzo de 1992 (*RJ* 1992, 2306); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 23 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 316710).

⁶⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 29 de enero de 1992 (*AC* 1992, 365), y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 8 de enero de 2001 (*AC* 2001, 703).

⁶⁷ *Vid.*, en este sentido, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 3967); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 14 de noviembre de 2002 (*AC* 2002, 1928); y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.^a, 24 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 270945).

⁶⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 2.^a, 23 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 2517); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.^a, 5 de febrero de 2002 (*JUR* 2003, 40470); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, 8 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 345201); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, 13 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008, 50969); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 3 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 198614); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 17 de febrero de 2010 (*AC* 2010, 522); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 2 de octubre de 2012 (*AC* 2012, 1954).

⁶⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 22 de noviembre de 2000 (*AC* 2001, 1411); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 2 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 163959); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, 11 de octubre de 2007 (*AC* 2008, 205); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 5.^a, 1 de abril de 2009 (*JUR* 2009, 259481); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.^a, 27 de octubre de 2010 (*AC* 2011, 7910); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.^a, 3 de mayo de 2011 (*AC* 2011, 1208); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 4.^a, 21 de octubre de 2013 (*JUR* 2014, 148143).

⁷⁰ Se considera válido el plazo de duración de *tres años*, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 9 de febrero de 1999 (*AC* 1999, 510); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.^a, 22 de mayo de 2006 (*JUR* 2006, 271033); y, el de *dos años*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 22 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63677); y, el de *un año*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.^a, 10 de marzo de 2011 (*JUR* 2011, 430721).

⁷¹ Se considera nulo el plazo de duración de *diez años* en las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, 7 de octubre de 1995 (*AC* 1995, 2150), en la que se indica que, se trata de una cláusula impuesta, cuando no sorpresiva para la otra parte suscriptora del contrato; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 5 de febrero de 1997 (*AC* 1997, 1655); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 28 de julio de 1998 (*AC* 1998, 1462) se considera desorbitado el plazo de diez años, pues, se compagina mal con la naturaleza del arrendamiento de servicios, basado en la confianza como los demás celebrados *intuitu personae* y con la reglamentación administrativa de dichos contratos; de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 1.^a, 8 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 661), igualmente, considera abusivo un plazo tan prolongado como es el de diez años que perjudica de manera desproporcionada al consumidor al tiempo que atenta al principio de libre competencia; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.^a, 26 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 3967); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 2.^a, 11 de mayo de 2000 (*AC* 2000, 2446), supone un plazo de duración excesivo además de la prórroga automática de renovación igualmente excesiva ya que viene a ser totalmente contraria al criterio

que nuestro ordenamiento en materia de arrendamientos establece que, contraviene la naturaleza del contrato de arrendamiento de servicios y de obra del que participa el de conservación y mantenimiento de ascensores; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.^a, 27 de mayo de 2000 (AC 2000, 1708); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.^a, 21 de junio de 2000 (AC 2000, 1751); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.^a, 10 de enero de 2001 (AC 2001, 109); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 16 de abril de 2003 (JUR 2003, 204145), por no ser negociada expresamente, sino venir impresa en el contrato, y no acompañarla de una contraprestación beneficiosa para la otra parte; de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.^a, 10 de septiembre de 2003 (AC 2004, 254); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 11 de octubre de 2006 (JUR 2006, 257026); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 30 de abril de 2008 (JUR 2008, 331712); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 17 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 471171); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 7 de diciembre de 2010 (AC 2011, 10), con 90 días de preaviso; de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.^a, 21 de diciembre de 2011 (AC 2012, 258); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 9 de julio de 2012 (AC 2012, 1187); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 26 de febrero de 2013 (JUR 2013, 204511); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.^a, 7 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 49202); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 6 de marzo de 2014 (JUR 2014, 94446); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 10 de julio de 2014 (JUR 2014, 205648); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.^a, 15 de julio de 2014 (JUR 2014, 258601).

Por otra parte, se considera nulo el plazo de duración de *cinco años* en las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, 23 de junio de 1994 (AC 1994, 1036); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 10.^a, 3 enero 1996 (AC 1996, 94); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 8 de enero de 2001 (AC 2001, 703); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 19 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 53559); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 16 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 5133); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.^a, 5 de octubre de 2006 (JUR 2006, 251311); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 1 de octubre de 2007 (JUR 2008, 79351), plazo excesivamente largo que contradice el natural derecho de desistimiento de los arrendamientos de obras y servicios; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 2 de septiembre de 2010 (AC 2010, 2264); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013 (AC 2013, 2316); y de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 12 de marzo de 2014 (JUR 2014, 164634).

⁷² Así se considera nulo el plazo de *tres años*, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.^a, 20 de junio de 2001 (AC 2001, 1397). Para otros la duración no puede superar *el año*, *Vid.*, la sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 9 de enero de 2007 (JUR 2007, 255401); y, de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.^a, 28 de octubre de 2009 (AC 2009, 2355).

Los argumentos que *justifican* una duración prolongada se indican: 1. Que responde a las normas generales de la contratación, y a la autonomía de la voluntad y se consideran que se trata de unas cláusulas negociadas en las que no entra la normativa sobre cláusulas abusivas. Así no se consideran desproporcionadas por existir diversas ofertas entre los prestadores de servicios y libre competencia y ausencia de monopolio; 2. La notable inversión en medios técnicos y humanos; 3. La naturaleza del bien o la prestación, 4. Las características del contrato de mantenimiento y de asistencia técnica lo hacen partícipe de los contratos de trato sucesivo en el sentido de que las obligaciones de la empresa de mantenimiento no se agotan con la realización de una sola prestación, sino en varias que se desarrollan periódicamente en el tiempo. En cuanto los argumentos *en contra* de la duración prolongada: 1. La existencia de cláusulas a favor del empresario; 2. El traslado del riesgo injustificado del riesgo empresarial al cliente; 3. La incoherencia con la normativa que prevé la autorización administrativa para el prestador de los servicios de mantenimiento; 4. Atentan el principio de libre competencia al establecer tiempos amplios de duración —diez años—; 5. La comparación con otra actividad de trato sucesivos de bienes o servicios; 6. La ausencia de prueba real de daños que ocasiona una duración menor. *Vid.*, CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). Comentario al artículo 62 del Real Decreto

1/2007, En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores*, Madrid: Colex, p. 550.

⁷³ Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.^a, 8 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 345201); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013 (AC 2013, 2316); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 205648), y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, 25 de julio de 2014 (AC 2014, 1801).

⁷⁴ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 16.^a, 27 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 217341).

⁷⁵ Se considera nula la prórroga de *cinco años*, *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.^a, 31 de enero de 2005 (*JUR* 2005, 145925); nula la prórroga de *diez años*, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.^a, 24 de octubre de 2003 (AC 2004, 61); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 5 de abril de 2010 (AC 2010, 429); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.^a, 28 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 65233). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 11 de septiembre de 2009 (AC 2009, 1997), prórroga por diez años, si bien, señala que el establecimiento de un plazo de 90 días para la denuncia del contrato, manifestando cualquiera de las partes su voluntad de prorrogar, no supone cercenar el derecho del consumidor a manifestar su deseo de no prorrogar el contrato.

⁷⁶ Plazo de preaviso de *90 días*, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 11 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 115221); y de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 20 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 32252); sin embargo, considera válido dicho plazo la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, 9 de marzo de 2010 (AC 2010, 1392); plazo de preaviso de *180 días*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.^a, 8 de enero de 2001 (AC 2001, 703); plazo de preaviso de *tres meses*, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.^a, 8 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2105). Igualmente, se considera válido este plazo de tres meses, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.^a, 6 de noviembre de 2007 (AC 2008, 270). Por otra parte, se considera válido un plazo de preaviso de *seis meses* en la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.^a, 19 de mayo de 2008 (*JUR* 2008, 322269).

⁷⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Soria, secc. 1.^a, 13 de febrero de 2009 (AC 20097430), con un plazo de preaviso de 120 días de antelación a la fecha de vencimiento o la prórroga por carta certificada; y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 5 de abril de 2010 (AC 2010, 429) contrato de diez años y con prórroga tácita y automática por iguales períodos sucesivos, mientras alguna de las partes no lo denuncie por carta certificada con noventa días de antelación a su fecha de vencimiento.

⁷⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.^a, 22 de noviembre de 2000 (AC 2001, 1411); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2004, 693); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.^a, 13 de octubre de 2006 (AC 2007, 211); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.^a, 15 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 209837); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 26 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2361); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 2 de octubre de 2012 (AC 2012, 1954); y, de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 5.^a, 25 de julio de 2014 (AC 2014, 1801).

⁷⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.^a, 6 de junio de 1999 (AC 199971273); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 14.^a, 26 de abril de 2000 (AC 2000, 1487); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.^a, 19 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 53559); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 14.^a, 14 de abril de 2003 (*JUR* 2003, 200892); Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 31 de enero de 2008 (*JUR* 2008, 208362); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.^a, 10 de febrero de 2010 (AC 2010, 822); y de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.^a, 15 de octubre de 2010 (AC 2010, 1794).

⁸⁰ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, 29 de enero de 1992 (AC 1992, 365); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, 23 de junio de 1994 (AC 1994 (1036); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 18.^a, 5 de febrero de 1997 (AC 1997, 1655); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 5.^a, 21 de junio de 2000 (AC 2000, 1751); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, 10 de enero de 2001

(AC 2001, 109); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.^a, 20 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 135565); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 2.^a, 2 de marzo de 2006 (*JUR* 2006, 163959); de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.^a, 11 de septiembre de 2009 (AC 2009, 1997); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 12 de enero de 2010 (AC 2010, 321); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 23 de febrero de 2011 (AC 2011, 449); de la Audiencia Provincial de Salamanca, secc. 1.^a, 21 de diciembre de 2011 (AC 2012, 258); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 29 de marzo de 2012 (AC 2012, 1671); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 6.^a, 18 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 126938); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 13 de junio de 2013 (AC 2013, 2316); de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.^a, 20 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 32252); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.^a, 12 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 16434); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 25 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 272493).

⁸¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.^a, 10 de septiembre de 2008 (AC 2008, 1726).

⁸² *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 1.^a, 20 de febrero de 2009 (AC 2009, 356); y, de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 17 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 471171).

⁸³ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.^a, 12 de enero de 2010 (AC 2010, 321).

⁸⁴ *Vid.*, la sentencia del Tribunal de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 26 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 4038); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.^a, 15 de mayo de 2006 (AC 2006, 920).

⁸⁵ PLANAS ARNALDOS, M.^a del C. (2014). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96, septiembre-diciembre, p. 537.

⁸⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. Comentario al artículo 87 Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 1101. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.^a, 6 de julio de 2010 (*JUR* 2011, 73837), resolución anticipada del contrato por imposibilidad sobrevenida del objeto. Necesidad de sustituir el objeto de los ascensores por su mal estado.

⁸⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 21.^a, 5 de febrero de 2002 (*JUR* 2003, 40470), ausencia de incumplimiento del arrendador en la prestación del servicio; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 8 de marzo de 2002 (*JUR* 2004, 693) resolución unilateral, pero hay falta de acreditación de que la causa de resolución fuera por un incumplimiento contractual, bien parcial o deficitario en su prestación por la empresa; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 1.^a, 10 de julio de 2002 (AC 2002, 1307) que da derecho a indemnización; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.^a, 22 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63677) resolución unilateral que no da derecho a indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de tal resolución; y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.^a, 16 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 85108).

⁸⁸ CÁMARA LAPUENTE, S. Comentario al artículo 62 del Real Decreto 1/2007, *op. cit.*, p. 548. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.^a, 1 de septiembre de 2000 (*JUR* 2001, 163606); y, de la Audiencia Provincial de Lleida, secc. 2.^a, 23 de junio de 2008 (*JUR* 2008, 16710), indemnización establecida para el caso de resolución unilateral del cliente consistente en el 50% de las cuotas pendientes.

⁸⁹ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 1367. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1718); de 10 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6191); de 20 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007, 388); 4 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6797); de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2008, 8008); y 15 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 2043). En contra, RODRIGUEZ TAPIA, J. M. Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *op. cit.*, p. 582.

⁹⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 160; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 120. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6797); de 13 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2666); 10 de marzo de 2014 (*La Ley* 2014, 21267) dispone que, en los

contratos por negociación, la producción del evento específicamente previsto —en este caso el desistimiento unilateral de las partes— determina la aplicación de la pena, no pudiendo esta ser objeto de la facultad judicial de moderación, pues, se trata de una cuestión que pertenece al principio de autonomía de la voluntad de las partes; 10 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3416); y 3 de diciembre de 2014 (*JUR* 2014, 287242).

⁹¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 13 de julio de 1984 (*RJ* 1984, 3981); y, 14 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 3133).

⁹² *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 10 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6191); 15 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5692); y, 17 de enero de 2011 (*RJ* 2012, 287).

⁹³ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1615; DÍAZ ALABART, S. *La cláusula penal*, *op. cit.*, p. 118; ESPÍN ALBA, I. (1997). *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid: Marcial Pons, p. 70.

⁹⁴ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 160; DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 468. *Vid.*, asimismo, sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8976), 7 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2887); y 31 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1946).

⁹⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, pp. 160-161; DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 468. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 8976); y, 5 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 5388).

⁹⁶ ARANA DE LA FUENTE, I. La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1614; ESPÍN ALBA, I. *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 1 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 7460); y, 27 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3769).

⁹⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 1984 (*RJ* 1984, 2809).

⁹⁹ ESPÍN ALBA, I. *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 486. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 469, si bien, matiza «aun cuando la proporción no podrá ser matemáticamente exacta entre penas totales e incumplimiento total y cumplimiento parcial y pena moderada».

¹⁰¹ ORTÍ VALLEJO, A. (1982). Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, p. 317.

¹⁰² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 19 de mayo de 1958 (*RJ* 1958, 2483); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2 de abril de 1993 (AC 1993, 510). Si bien, como señala la doctrina conceder un plazo no es moderar la pena, sino facilitar el cumplimiento y evitar la imposición de la pena, *vid.*, en este sentido, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 161; ARANA DE LA FUENTE, I., La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria, *op. cit.*, p. 1616.

¹⁰³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6505); 5 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8786); y 18 de diciembre de 2006 (*RJ* 2007, 276).

¹⁰⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M. Comentario al artículo 1154 del Código Civil, *op. cit.*, p. 486, *vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 1997 (*RJ* 1997, 6858).

¹⁰⁵ *Vid.*, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 8.^a, 25 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 272493). Por su parte, BALLUGERA GÓMEZ, C. (2014). Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general, *La Ley*, año XXXV, núm. 8330, 11 de junio, p. 3 señala que, con la reforma del artículo 83 la integración que se impide es únicamente la que se produce en pro del predisponente para llenar el vacío que deja la cláusula abusiva, pero queda en pie y se admite la integración en beneficio del adherente (consumidor) porque es un derecho de los mismos.

1.7. Concursal civil

El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015*

The challenge procedure in mortgage foreclosure on the grounds of the existence of unfair terms and the Judgements of the European Court of Justice of 17 July 2014 and 21 January 2015

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reciente STJUE de 17 de julio de 2014, que ha dado lugar a la reforma del artículo 695.4 LEC, para permitir al deudor hipotecario ejecutado recurrir en apelación el auto desestimatorio del incidente de oposición por cláusulas abusivas, señalando las cuestiones discutidas que plantea la nueva regulación, especialmente la carga del ejecutado de alegar en el incidente de oposición y la posibilidad o no de plantear un juicio declarativo plenario que tenga por objeto las mismas cláusulas abusivas alegadas en el incidente de oposición. La autora concluye que más allá de las cuestiones procedimentales, que son meramente instrumentales para lograr la tutela del Derecho sustantivo, lo transcendental sigue siendo el control de contenido del clausulado del préstamo hipotecario, que cabe verificar en el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria, terminando con un análisis de la reciente sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015. Sentencia que descarta que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 sea contraria a la Directiva 93/13, en la medida en que su ámbito de aplicación no es coincidente con el de esta, y por tanto, no impide que el juez nacional, además de aplicar la medida moderadora de los intereses moratorios prevista en ella, pueda apreciar el carácter abusivo de tal cláusula, y extraer las consecuencias que prevé la Directiva para tal caso.

ABSTRACT: In this article, the author examines the recent ECJ Judgement of 17 July 2014, which has given rise to the amendment of article 695.4 of the Spanish

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

Civil Procedure Act allowing mortgagors facing foreclosure to appeal to a higher authority a ruling in which a challenge lodged on the grounds of unfair terms is dismissed. The disputed issues raised by the new provision are discussed, in particular the burden of proof on the mortgagor in the challenge procedure, and whether or not it is possible to seek a plenary declarative ruling in respect of the same unfair terms alleged in the challenge procedure. The author concludes that beyond any procedural questions, which are merely instrumental in ensuring the protection of the substantive Law, the important issue is still to control the content of mortgage terms, which may be tested in the procedure for challenging mortgage foreclosure, and culminating with an analysis of the recent Judgement of the ECJ of 21 January 2015. This Judgement rejects the possibility that the 2nd Transitional Provision of Law 1/2013 contravenes Directive 93/13, in so far as its scope of application does not coincide with that of the Directive, and as such it does not prevent a national judge — in addition to applying the measure for the moderation of default interest envisaged there — from finding that such a term is unfair, and imposing the consequences envisaged in the Directive in this case.

PALABRAS CLAVE: Oposición a la ejecución hipotecaria. Apelación. Juicio plenario posterior. Control de contenido del préstamo hipotecario

KEY WORDS: *Challenge to mortgage foreclosure. Appeal. Subsequent plenary ruling, control of the contents of mortgage loans*

SUMARIO: I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN Y LA STJUE DE 17 DE JULIO DE 2014.—II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 695.4 LEC Y LAS NUEVAS CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA.—III. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DE CONTENIDO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015.—IV. CONCLUSIONES.—V. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN Y LA STJUE DE 17 DE JULIO DE 2014

En fechas recientes se ha dictado la STJUE de 17 de julio de 2014, Sala Primera, (asunto C-169/2014). La sentencia tiene por objeto la decisión de la cuestión prejudicial planteada por Auto de la Audiencia Provincial de Castellón el 2 de abril de 2014, en procedimiento de ejecución hipotecaria seguido por BBVA contra el Sr. Sánchez Morcillo y la Sra. Abril García, quienes habían formulado oposición a la ejecución hipotecaria de su vivienda, por contener la escritura de préstamo hipotecario cláusulas abusivas. Su oposición fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Castellón el 19 de junio de 2013. Los ejecutados interpusieron entonces recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Castellón, la cual plantea la cuestión prejudicial, pues la legislación procesal (art. 695.4 LEC¹) no permitía que el deudor cuya oposición hubiese sido desestimada interpusiese recurso contra la resolución judicial que ordenase la continuación del procedimiento de ejecución. El órgano jurisdiccional

remitente albergaba dudas en cuanto a la compatibilidad de dicha normativa procesal nacional con la Directiva 93/13 y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (que formula el derecho a la tutela judicial efectiva²), máxime cuando era posible considerar abusivas algunas de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal. En concreto, el Tribunal pregunta si la citada normativa se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13³ y al artículo 47 de la mencionada Carta, que formularía el derecho a un juicio equitativo y en igualdad de armas, cuando la posibilidad de recurrir en apelación está reconocida al acreedor ejecutante si el auto resolutorio de la oposición acuerda el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva, pero no se reconoce al deudor hipotecario la posibilidad de recurrir el auto que desestime su oposición por existencia de tales cláusulas.

El TJUE, que examina conjuntamente ambas cuestiones, señala que los procedimientos de ejecución nacionales están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de su jurisprudencia (SSTJUE Barclays Bank, C-280/13, Aziz, C-415/11, Banco Español de Crédito, C-618/10, Autos del TJUE Banco Popular Español C-537/12 y C-116/13). De manera que, si bien a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, los Estados gozan de autonomía procesal para determinar cuándo procede un recurso de apelación frente a las resoluciones sobre legitimidad de una cláusula contractual, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria deben responder al principio de equivalencia (no ser menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno) y al principio de efectividad (no hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la UE).

El TJUE señala que el artículo 695.4 LEC parecería cumplir con el principio de equivalencia en cuanto el consumidor tampoco puede plantear recurso de apelación cuando la oposición desestimada se fundamente en la infracción de una norma nacional de orden público, extremo que, no obstante, el órgano remitente debería verificar. En relación con el principio de efectividad, el TJUE indica que, de acuerdo con las normas procesales españolas, es posible que una ejecución hipotecaria sobre una vivienda se inicie a instancias de un profesional, sobre la base de un documento notarial dotado de fuerza ejecutiva, sin que el contenido de dicho documento haya sido objeto de un examen judicial previo destinado a determinar el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas que contenga. Puesto que el profesional cuenta con este trato privilegiado, se haría más necesario que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, pudiera obtener una tutela judicial eficaz. Según confirmó el Gobierno español, a pesar de las modificaciones que la Ley 1/2013 introdujo en la LEC como consecuencia del pronunciamiento de la sentencia Aziz (STJUE de 14 de marzo de 2013), el artículo 552.1 de la LEC no impone al juez que conoce de la ejecución hipotecaria la obligación de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales que fundamentan la demanda ejecutiva, sino que le atribuye simplemente la facultad de efectuar tal examen⁴.

Teniendo presente, además, que desestimada la oposición por existencia de cláusulas abusivas, al deudor ejecutado solo le quedaría la opción de recurrir a un declarativo que no suspende el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 698 LEC⁵), y en el que, aun suponiendo que se estimase la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendría una reparación *in natura* de su

perjuicio que le reintegrase a la situación anterior al despacho de la ejecución, sino únicamente una indemnización que compensara tal perjuicio, salvo en el supuesto residual de obtener anotación preventiva de la demanda de nulidad en el Registro de la Propiedad antes de haberse practicado la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas⁶, el Tribunal considera que dicha indemnización no constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7.1 de la Directiva, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva. Por otro lado, al permitirse el recurso de apelación al acreedor, si la resolución de la oposición es contraria a sus intereses, y al no permitirse al deudor en el mismo caso, el procedimiento de ejecución colocaría al consumidor, en su condición de deudor ejecutado, en una situación de inferioridad en relación con el profesional, en lo que atañe a la tutela judicial de los derechos que puede invocar al amparo de la Directiva 93/13. Este desequilibrio procesal acentuaría el desequilibrio contractual que existe entre profesional y consumidor (en la capacidad de negociación y en el nivel de información), y sería contrario al principio de igualdad de armas procesales (que forma parte del principio de la tutela judicial efectiva), el cual, según jurisprudencia reiterada del TJUE, junto con el principio de contradicción, serían el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implicaría la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria. En tales circunstancias, el Tribunal concluye que «es preciso declarar que un procedimiento nacional de ejecución hipotecaria, como el controvertido en el litigio principal, se caracteriza por disminuir la efectividad de la protección del consumidor que pretende la Directiva 93/13, interpretada en relación con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que dicha regulación procesal *incrementa la desigualdad de armas entre los profesionales, en su condición de acreedores ejecutantes, por una parte, y los consumidores, en su condición de deudores ejecutados, por otra, en el ejercicio de las acciones judiciales basadas en los derechos que la Directiva 93/13 atribuye a los consumidores*, máxime habida cuenta de que *las modalidades procesales de articular esas mismas acciones resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva* incluida en el documento auténtico de constitución de hipoteca que sirve de base para que el profesional proceda al embargo del bien inmueble que constituye la garantía».

Si bien el TC había considerado que los derechos del deudor hipotecario quedaban garantizados con la posibilidad de acudir al declarativo ordinario (art. 698 LEC), de tal manera que ante el planteamiento de la posible inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria por vulneración del artículo 24.1 CE, el TC confirmó su regulación y entendió que no infringía derecho fundamental alguno (*Vid.* el reciente ATC de 19 de junio de 2011, que inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Auto de 30 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sabadell), el TJUE ha entendido que el procedimiento de ejecución hipotecario español, incluso tras la reforma efectuada por la Ley 1/2013, incrementa la desigualdad de armas procesales entre profesionales y consumidores en el ejercicio de acciones basadas en la Directiva 93/13 sobre todo por razón de que las modalidades procesales para articular esas acciones, *resultan incompletas e insuficientes para lograr que cese la aplicación de una cláusula abusiva*. *Esto es, los mecanismos procesales del Estado español dificultarían el control de contenido de los préstamos hipotecarios en fase de ejecución*⁷.

II. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 695.4 LEC Y LAS NUEVAS CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA

El procedimiento de ejecución hipotecaria español «se ha articulado —desde la reforma de 21 de abril de 1909 (con antecedentes en las Leyes de 2 de diciembre de 1872 y 14 de julio de 1983)— como un instrumento esencial en favor de la celeridad del crédito, y del fomento... del mercado hipotecario. Sus líneas fundamentales, configuradas básicamente desde esa reforma para eludir las dificultades de cobro propias del proceso ordinario son, de un lado, la extraordinaria fuerza del título ejecutivo que inicia la ejecución (otorgando al proceso cierta naturaleza sumaria) y la ausencia de una fase de cognición —con ... remisión del deudor a un proceso declarativo aparte para resolver sobre su oposición de fondo— y, de otro, la... valoración inicial del inmueble y la innecesariidad de una valoración posterior ya en fase de ejecución. De esta manera, el sistema hipotecario español ha generado una suerte de tutela judicial privilegiada, que se ha convertido en lo que comúnmente se denomina principio *favor creditoris cum hypotheca*»⁸.

Se había señalado que desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, esta habría impuesto al ejecutado la carga procesal de alegar la abusividad de las cláusulas de su contrato de préstamo hipotecario como causa de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria, no pudiendo dejar pasar esa posibilidad de actuación para, posteriormente, iniciar un declarativo ordinario donde pretendiese suspender la ejecución hipotecaria, hasta que se resolviese sobre la posible nulidad. Si bien esto era cierto, la imposibilidad de recurrir en apelación la decisión desestimatoria de la oposición a la ejecución, sí que legitimaba el intento del deudor de acudir al declarativo ordinario pidiendo la suspensión del procedimiento de ejecución como medida cautelar, al amparo de la STJUE de 14 de marzo de 2013, como el propio TJUE da a entender en su nueva resolución. Pero la posibilidad introducida en la LEC de realizar tal apelación, parecería eliminar, en términos siempre generales, tal posibilidad de actuación, en lo relativo a los futuros procedimientos que se entablen. En efecto, como respuesta a la antedicha STJUE el legislador español, por RD-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE 6 de septiembre de 2014), ha modificado el artículo 695.4 de la LEC, que queda redactado en los siguientes términos: «4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición por la causa prevista en el apartado 1.4.º anterior, podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten»⁹.

Ahora bien, la nueva regulación no está exenta de polémica¹⁰. Así se señala que la reforma es incompleta por no permitir la apelación frente al auto que despacha ejecución, tras el examen de oficio de las posibles cláusulas abusivas¹¹. También se habla de reconfigurar el proceso declarativo de manera que sea verdaderamente suspensivo del proceso de ejecución (o bien, no suspensivo, pero dejando sin purgar la anotación preventiva de demanda del juicio ordinario del artículo 698 LEC, aunque se practicase tras la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas, esto es, volviendo al régimen anterior a la LEC 2000 (Disposición final 8.º), en el sentido de la RDGRN de 11 de mayo de 2001¹².

La cuestión más problemática es la de si el planteamiento del incidente de oposición de cláusulas abusivas, impide o no al deudor hipotecario el planteamiento de un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión (que, caso de poder plantearse, parece, en términos generales, que no debería tener efectos

suspensivos, ya que el incidente de oposición con su apelación tuvo tal efecto suspensivo del procedimiento hipotecario y cumpliría las previsiones de la STJUE de 14 de marzo de 2013, aunque sí podría argumentarse en el sentido de que la regulación procesal (art. 131 y 134 LH), no debería impedir la reparación *in natura*, esto es la vuelta a la situación anterior al despacho de la ejecución mediante la no cancelación de la anotación preventiva del procedimiento plenario del artículo 698 LEC, incluso practicada tras la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas, pues de lo contrario, se estaría impidiendo el cuestionamiento, con efectos sustantivos, de la exactitud de los asientos registrales (arts. 1.3, 38 y 40 LH). Se ha señalado que «la LEC permite al ejecutado promover un incidente de oposición de fondo a la ejecución, que se sustanciará dentro del propio procedimiento especial y con suspensión de la actividad ejecutiva. *Las diferencias entre este incidente de oposición de la ejecución hipotecaria y el previsto en la LEC para la ejecución ordinaria no son de naturaleza: se trata, en ambos casos, de incidentes declarativos sumarios que se insertan en un proceso de ejecución.* Lo que caracteriza a la oposición de fondo en la ejecución hipotecaria es, por un lado, la rigidez de los requisitos que condicionan su admisibilidad y, por otro lado, la simplicidad de su tramitación»¹³. Ahora bien, en relación con la decisión sobre la oposición a la ejecución ordinaria de título ejecutivo judicial o arbitral, o bien de título ejecutivo no judicial, el artículo 561 LEC señala que «el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo se dicta a los solos efectos de la ejecución. Ello significa que la decisión judicial en este caso agota sus efectos en declarar procedente o no que la ejecución siga adelante. Ello es lógico si se tiene en cuenta que el incidente de oposición, aunque tiene naturaleza declarativa, tiene carácter sumario, ya que,... se encuentran limitadas las alegaciones que el ejecutado puede realizar y, en ciertos casos, se encuentran también limitados los medios de prueba a través de los cuales el ejecutado puede probar dichas alegaciones (recuérdese que hay excepciones que tienen que ser probadas mediante documentos o, incluso, por documentos públicos). Dada esta limitación de la cognición judicial, es lógico que la decisión no tenga fuerza de cosa juzgada material y que, por tanto, cualquiera que sea el sentido de la decisión adoptada en el incidente de oposición pueda incoarse posteriormente un proceso declarativo plenario». Este declarativo plenario está previsto en el artículo 564 LEC¹⁴. La doctrina indica que determinar qué hechos pueden ser alegados en un eventual proceso declarativo plenario posterior exige distinguir diversos supuestos: hechos no susceptibles de ser alegados en la oposición a la ejecución; hechos que fundan excepciones oponibles en la ejecución, pero acaecidos con posterioridad al momento preclusivo de interposición de la demanda de oposición a la ejecución y *hechos que fueron alegados o que pudieron ser alegados en la oposición a la ejecución*. «Se trata del supuesto más problemático y dudoso. A favor de que dichos hechos puedan ser alegados de nuevo en un eventual proceso declarativo se pueden aducir varios argumentos. Así, en síntesis: 1. el tenor del artículo 561 LEC, que dice que el auto que resuelve la oposición por motivos de fondo se dicta «a los solos efectos de la ejecución»; 2. aunque la oposición sea un incidente declarativo que puede darse en un proceso de ejecución, no es propiamente un proceso declarativo; 3. cuando el ejecutado no plantea oposición, no puede decirse que haya un *juicio*; 4. respecto de algunas de las excepciones oponibles hay limitaciones probatorias»¹⁵. DE LA OLIVA SANTOS se inclina por la negativa sobre la base de los siguientes argumentos: «1. el artículo 564 LEC señala cuáles son los hechos que se pueden alegar en un nuevo proceso declarativo (*ergo, inclusio unius exclusio alterius*) y no incluye los que ya fueron alegados o

eran alegables en el incidente de oposición; 2. el incidente de oposición es, a la postre, un proceso declarativo, con las posiciones procesales invertidas, en el que se debe aplicar la regla de preclusión de alegación de hechos establecida en el artículo 400 LEC¹⁶; 3. no tiene sentido que el ejecutado pueda no oponer a la ejecución un determinado hecho extintivo o excluyente, consintiendo que la ejecución siga adelante, y que se le permita coetánea o posteriormente incoar un proceso declarativo frente al ejecutante pretendiendo —con base en una *causa petendi* que pudo hacer valer por vía de excepción— la restauración del estado de cosas anterior a la ejecución más los daños y perjuicios causados, y costas. Por ello consideramos que la *decisión del incidente de oposición —o su no incoación— produce cosa juzgada: una cosa juzgada parcial que abarca aquello que fue efectivamente alegado o que pudo ser alegado en él*. En definitiva, el mismo resultado que había alcanzado la jurisprudencia y buena parte de la doctrina en interpretación del derogado artículo 1479 LECA. En todo caso, conviene precisar que esa preclusión y consecuente cosa juzgada alcanza estrictamente a lo que fue o pudo ser objeto de oposición. No a lo que no pudo serlo. Así, *respecto de aquellas excepciones que en la oposición están necesitadas de prueba documental (o incluso, más rígidamente, de prueba documental pública), nada impedirá su alegación posterior, siempre que la prueba que se proporcione sea distinta*¹⁷.

Toda esta problemática es trasladable al incidente de oposición por motivos sustantivos (cláusulas abusivas), que ahora prevé el procedimiento de ejecución especial hipotecario. El artículo 695.4 LEC parecería dar a entender que el auto resolutorio del incidente que ordene el sobreseimiento, la inaplicación de una cláusula abusiva o bien desestime la oposición por existencia de cláusulas abusivas tiene efectos de cosa juzgada, pues se indica que «fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten». Y si bien resulta claro que lo que pudo ser alegado en el procedimiento ejecutivo hipotecario y no se alegó no puede ser objeto de un procedimiento posterior (pues el ejecutado tendría la carga de alegar tal causa de oposición en el ejecutivo), lo que no lo es tanto, es que quede excluido el declarativo posterior sobre la misma cuestión (que sí fue alegada y provocó la suspensión del procedimiento), por lo menos sobre la base de pruebas diferentes (en el incidente la prueba parece reducirse a la documental, *arg. ex* artículo 695.2 LEC). Pues si bien podrían producirse resoluciones judiciales contradictorias, lo que no es razonable en términos de seguridad jurídica, sí que es cierto que el ordenamiento permite tutelas sumarias, que luego pueden ser contradichas en procesos plenarios, lo que ocurre, por ejemplo, en los incidentes posesorios, donde se decide la tutela de quien era poseedor actual (frente al despojo o perturbación), sin perjuicio de un juicio petitorio plenario donde se discuta a quién corresponde el *ius possidendi*. En todo caso, lo que es incuestionable es que el Derecho procesal, en cuanto Derecho adjetivo, es un mero instrumento para obtener la tutela del Derecho sustantivo, y que, por lo tanto, está al servicio del logro de la justicia, no pudiendo las soluciones procesales constituir un obstáculo a la consecución de la cosa justa.

III. LA IMPORTANCIA DEL CONTROL DE CONTENIDO DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

En todo caso, lo que continúa siendo prioritario es el control de contenido del contrato de préstamo hipotecario que puede verificarse en el incidente de oposición

por cláusulas abusivas, más allá de las cuestiones procedimentales. En este sentido, la reciente STJUE de 21 de enero de 2015 resuelve las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, mediante resoluciones de 12 de agosto de 2013, en relación a si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario cuando dichos intereses están fijados con arreglo a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo (Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013 de 14 de mayo). El TJUE responde a esta cuestión reiterando, en primer lugar, su doctrina de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuya al juez nacional la facultad de integrar el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando declare nula por abusiva una cláusula, modificando el contenido de esta. Seguidamente, el Tribunal señala que también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato. No obstante, indica que esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias que representarían para él una penalización¹⁸, lo que entiende que no ocurriría en el caso presente, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serían necesariamente menores, al no incrementarse con los intereses de demora previstos por las cláusulas cuestionadas. Tras sentar estos principios el TJUE señala que el ámbito de aplicación de la Disp. Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, no coincide con el de la Directiva 93/13, pues el de aquella comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario (no solo el celebrado entre un profesional y un consumidor), *por lo que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora, carácter abusivo que se aprecia de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración, y por lo tanto, las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, según el sistema jurídico nacional.*

Por lo tanto «en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional».

De este pronunciamiento el TJUE extrae dos consecuencias: 1.^a) *que la fijación por ley del límite máximo de tres veces el interés legal del dinero para los intereses de demora, no impide al juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula que fije un tipo inferior a dicho límite. No cabe, pues, considerar que «un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva. 2.^a) Si el interés de demora fijado es superior a tres veces el interés legal del dinero y por lo tanto, debe ser objeto de limitación en*

virtud de la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, «tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula ... todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula».

La STJUE de 21 de enero de 2015 vendría, pues, a dejar una gran libertad al juez nacional en la aplicación de la Ley 1/2013, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que, por un lado no impediría el recálculo con arreglo a la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, pero al mismo tiempo dejaría que el juez nacional, si a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, y las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato¹⁹, entre ellas, las consecuencias de dicha cláusula en el marco del Derecho aplicable al contrato, considerase que la cláusula de intereses moratorios pactada fue abusiva, extraer todas las consecuencias que de tal declaración se derivan de la Directiva 93/13, procediendo a la eliminación de la cláusula del contrato²⁰, supuesto en el cual, procedería interpretar el artículo 579, 671 y concordantes en el sentido que ya indicamos en un trabajo anterior²¹.

IV. CONCLUSIONES

I. La STJUE de 17 de julio de 2014 ha motivado la reforma del artículo 695.4 LEC, reforma que sin embargo plantea nuevas cuestiones procesales, como la relativa a la carga de plantear el incidente de oposición por cláusulas abusivas para el deudor hipotecario y la posibilidad o no de abrir un procedimiento declarativo posterior sobre las mismas cláusulas abusivas alegadas en el ejecutivo, cuando es desestimada la oposición (incluso en apelación).

II. Pese a la importancia que las cuestiones procesales puedan tener, lo verdaderamente relevante es el control de contenido del contrato de préstamo hipotecario. La STJUE de 21 de enero de 2015, al considerar que la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 tiene un ámbito de aplicación no coincidente con el de la Directiva 93/13 concluye que el límite legal de tres veces el interés legal del dinero para los intereses moratorios en los contratos de préstamo hipotecario destinados a adquisición de vivienda habitual, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de una cláusula por la que se establezcan intereses de demora inferiores o superiores, lo que dependerá de si tal cláusula puede ser considerada abusiva de acuerdo con los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, pudiendo en este último caso, extraer todas las consecuencias que de tal declaración de abusividad se derivan de la Directiva 93/13 (anulación de la cláusula y su eliminación del contrato).

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 17 de julio de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015

- ATC de 19 de junio de 2011
- ATC de 10 de marzo de 2014

- STS, Sala 1.^a, de 24 de noviembre de 2014
- AJPI núm. 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010
- AJPII núm. 7 de Avilés, de 14 de noviembre de 2013
- AJPI núm. 34 de Barcelona, de 28 de noviembre de 2013
- AJPI núm. 20 de Barcelona, de 15 de enero de 2014
- RDGRN de 11 de mayo de 2001
- RDGRN de 20 de julio de 2005

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2014). Nueva llamada de atención por parte del TJUE en su sentencia de 17 de julio de 2014 respecto de las deficiencias del procedimiento hipotecario español: modificación del artículo 695.4 LEC y otras reformas legales que resultan necesarias. *Diario La Ley*, núm. 8381.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, D. (2014). El principio *pro-consumatore* comunitario frente a la tutela privilegiada del acreedor hipotecario: la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/2014). *Diario La Ley*, núm. 8413.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, I. (2000). *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013) (1). La defensa jurídica del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, 273-357.
- (2013) (2). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 4253-4279.
- (2014). Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013 «anti-desahucios» y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1490-1518.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (2014). Las consecuencias de la STJUE de 17 de julio de 2014 en el proceso de ejecución hipotecaria: el RD-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el proceso declarativo posterior. *Diario La Ley*, núm. 8391.

NOTAS

¹ Artículo 695.4 LEC, en la redacción dada 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 (BOE 15 de mayo de 2013): «Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación. Fuera de estos casos, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten».

² Artículo 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE de 30 de marzo de 2010, C-83/391): «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá

hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia».

³ Artículo 7.1 Directiva 93/13: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

⁴ Artículo 552.1 LEC: «Si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, dictará auto denegando el despacho de la ejecución. Cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo de los citados en el artículo 557.1 pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de cinco días hábiles conforme a lo previsto en el artículo 561.1.3.^a LEC».

⁵ Artículo 698 LEC: «1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente Capítulo [Capítulo V, Título IV, Libro III «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados】. La competencia para conocer de este proceso se determinará por las reglas ordinarias. 2. Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el apartado anterior o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o una parte de la cantidad que, por el procedimiento que se regula en este Capítulo, deba entregarse al acreedor. El tribunal, mediante providencia, decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten, si estima bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el tribunal deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionar al acreedor. 3. Cuando el acreedor afiance a satisfacción del tribunal la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio a que se refiere el apartado primero, se alzará la retención».

⁶ Artículo 131 LH: «Las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas. No se podrá inscribir la escritura de carta de pago de la hipoteca mientras no se hayan cancelado previamente la citada nota marginal, mediante mandamiento judicial al efecto». Artículo 133 LH: «El testimonio expedido por el Secretario judicial comprensivo del decreto de remate o adjudicación y del que resulte la consignación, en su caso, del precio, será título bastante para practicar la inscripción de la finca o derecho adjudicado a favor del rematante o adjudicatario, siempre que se acompañe el mandamiento de cancelación de cargas a que se refiere el artículo 674 de la LEC. El mandamiento de cancelación de cargas y el testimonio del decreto de remate o adjudicación podrán constar en un solo documento en el que se consignará, en todo caso, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior y las demás circunstancias que sean necesarias para practicar la inscripción y la cancelación». Artículo 134 LH: «El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento...».

⁷ La problemática que dio lugar a esta STJUE había sido planteada también ante el Tribunal Constitucional mediante recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 1/2013 por diputados del Grupo Parlamentario Socialista. En este recurso se señalaba que la Ley 1/2013 en su artículo 7, que modificaba el artículo 552 LEC, añadiendo un párrafo 2.^º al

apartado 1, recogía la posibilidad de que el tribunal pudiese apreciar de oficio una cláusula abusiva, en el momento de decidir sobre el despacho de la ejecución, pero no, a juicio de los recurrentes, el estricto deber de control de apreciar de oficio las cláusulas abusivas del título ejecutivo. Por otro lado, la Ley 1/2013, al mismo tiempo que había añadido un párrafo segundo al artículo 552.1 LEC, no había modificado el artículo 552.2 que prevé la posibilidad de que el acreedor pueda apelar el auto que deniegue el despacho de la ejecución. Antes de la reforma operada por la Ley 1/2013, según los recurrentes era lógico que solo el acreedor pudiera recurrir la decisión denegatoria del despacho de la ejecución, porque en esta etapa inicial del procedimiento el deudor no había sido incorporado como parte. La falta de despacho de la ejecución, basada en la falta de alguno de los requisitos formales a cargo del acreedor, solo podía perjudicar a este y era lógico que solo él pudiese recurrir la decisión. El problema radicaría en que el artículo 7. Uno de la Ley 1/2013 introduciría un cambio sustancial al incorporar como parte al deudor, pues a este se le da traslado para ser oído sobre las cláusulas apreciadas de oficio por el juez que puedan ser abusivas. Sin embargo, al quedar inalterado el artículo 552.2 LEC, cuando era necesaria su reforma, aparecería como discriminatoria la posibilidad de recurrir por una parte (el acreedor) y no por la otra (el deudor), lo que vulneraría el artículo 14 en relación con el artículo 24 CE, por situar al deudor en clara e injustificada situación de desigualdad procesal frente al acreedor, no habiendo razón objetiva que justificase la desigualdad de tratamiento legal. *Un razonamiento similar, señalaban los recurrentes, podría aplicarse respecto del artículo 7. Catorce de la Ley 1/2013 que da nueva redacción al artículo 695.4 LEC, según el cual solamente cabría recurso de apelación contra el auto que resuelve la oposición del deudor por existencia de cláusulas abusivas, en el caso de ser apreciadas por el juez (e inaplicadas) o en el caso de sobreseerse la ejecución (por fundamentar esta la cláusula en cuestión), pero no si la oposición del deudor es desestimada, de modo que la parte ejecutada no podría discutir en apelación sobre el contenido abusivo (no apreciado por el juzgador de instancia) de los contratos de adhesión de préstamos hipotecarios. Se recurrían, pues, los artículos 7. Uno y Catorce de la Ley 1/2013, por violación del principio de igualdad de armas procesales y acceso a los recursos establecidos por la ley. También el AJPII núm. 7 de Avilés, de 14 de noviembre de 2013, había planteado una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 695.4.2.⁸ en relación con el artículo 695.1.4.⁹ de la LEC, cuestión que fue inadmitida por ATC de 10 de marzo de 2014, por entender que en el Auto de planteamiento faltaba una determinación concluyente del juicio de aplicabilidad y relevancia, al no presentarse el precepto cuestionado como decisivo para la resolución del incidente, lo que impedía determinar si daría lugar o no a la aplicación del párrafo segundo del artículo 695.4 LEC; al no constar tampoco cuál sería la intención impugnatoria de la parte ejecutada en caso de no obtener satisfacción a su pretensión en la resolución judicial, como no podía ser de otro modo antes del dictado de la misma; y finalmente, al no existir la conexión necesaria entre el fallo y el párrafo segundo del artículo 695.4 LEC en los términos que el Juez aducía. Por su parte, el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 34 de Barcelona, mediante Auto de 28 de noviembre de 2013, había planteado cuestión prejudicial al TJUE en relación con la Ley 1/2013, por idénticas razones.*

⁸ ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 7.

⁹ La Disposición Transitoria 4.^a del RD-Ley, relativa al régimen transitorio en los procedimientos de ejecución señala: «1. Las modificaciones de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, introducidas por la disposición final tercera del presente Real Decreto-ley serán de aplicación a los procedimientos de ejecución iniciados a su entrada en vigor que no hayan culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la LEC. 2. En todo caso, en los procedimientos de ejecución en curso a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley en los que se hubiere dictado el auto desestimatorio a que se refiere el párrafo primero del apartado 4 del artículo 695 LEC, en la redacción dada por este Real Decreto-ley, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular recurso de apelación basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.^o del artículo 557.1 y en el apartado 4.^o del artículo 695.1 de la LEC. Dicho plazo se computará desde el día siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley. 3. La publicidad de la presente disposición tendrá el carácter de comunicación plena y válida a los efectos de notificación y cómputo de los

plazos previstos en el apartado 2 de esta disposición, no siendo necesario en ningún caso dictar resolución expresa al efecto».

¹⁰ Muestra de ella es el Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona, que resuelve un incidente extraordinario de oposición a la ejecución hipotecaria, en el que se solicitaba plantear cuestión prejudicial ante el TJUE por entender que la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, excluía la revisión de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución iniciados antes de su entrada en vigor (16 de mayo de 2013) y que la preclusión judicial en ella regulada vulneraba la STJUE de 14 de marzo de 2013 y la doctrina de dicho Tribunal, que no sería compatible con la prohibición a los órganos judiciales de apreciar de oficio la abusividad de una cláusula, una vez expirado un plazo de preclusión; plantear cuestión de inconstitucionalidad por entender que la notificación excepcional prevista por la citada Disposición Transitoria violaba el derecho a la tutela judicial efectiva al eximir al juez de notificar al ejecutado sus medios de defensa; y por entender que el artículo 695.4 violaba igualmente el artículo 24 CE al no permitir recurrir en apelación al ejecutado hipotecario si el incidente de oposición por cláusulas abusivas era desestimado. Sobre la base de estas cuestiones prejudiciales y de inconstitucionalidad alegadas se solicitaba la suspensión del procedimiento en virtud del artículo 43 LEC. De forma subsidiaria, se alegaba la existencia de una serie de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo hipotecario. En relación con la posibilidad de plantear sendas cuestiones prejudiciales, el Juzgado señala que la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, no priva al juez de la posibilidad de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los procedimientos que ya se hubiesen iniciado antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, y que tal control en la práctica se está verificando especialmente en materia de intereses moratorios. Por otro lado, al no establecer ni la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, ni ninguna otra norma de la legislación procesal civil, un momento procesal a partir del cual no se pueda ya apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas, rige el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que tal apreciación de oficio es posible en el momento en que se tenga conocimiento de dicha abusividad. Cuestión distinta es que se fije un plazo de un mes para plantear el incidente extraordinario de oposición, plazo que el juzgado considera que no es escaso y que no es contrario a la protección de los consumidores, pues es el triple del que se establece con carácter general para las oposiciones a las ejecuciones, y que además se suspende si el ejecutado solicita el beneficio de justicia gratuita. Además se señala que en los procedimientos en trámite el ejecutado o está personado o no lo está por propia decisión suya, por lo que el profesional que ha sido designado con anterioridad ya conoce la causa. Por otro lado, el no exigir una notificación personal a los ejecutados para formular el incidente extraordinario de oposición, no se considera contrario al artículo 24 CE, ya que el ordenamiento jurídico establece que las normas se publican en un diario oficial que es de acceso público y pasado un tiempo de su entrada en vigor, producen los efectos que se regulan, habiendo además tenido la norma bastante publicidad en los medios de comunicación. Y en cuanto a la imposibilidad de recurrir la desestimación de la oposición por existencia de cláusulas abusivas, señala que no es posible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad porque de acuerdo con el artículo 35 LOTC se exige que de la constitucionalidad o no de la norma dependa el fallo que se va a dictar en el procedimiento donde se plantea la cuestión, siendo la declaración de abusividad o no de las cláusulas discutidas independiente de que la resolución se pueda recurrir o no, y siendo relevante la constitucionalidad del precepto discutido en un momento posterior al auto resolutorio del incidente de oposición, si el ejecutado quisiese apelar la resolución y no pudiera en aplicación del artículo 695.4 LEC. Como cuestión previa al examen de las cláusulas discutidas, el Juzgado se pronuncia sobre el ámbito del incidente excepcional (y ordinario) de oposición a la ejecución hipotecaria, señalando que la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, introducida por la Ley 1/2013, no altera la naturaleza sumaria del procedimiento, lo que vendría corroborado por el inciso final del artículo 695.4 que señala que «los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo... sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten». Esto implicaría que la oposición por existencia de cláusulas abusivas solo se

referiría a las cláusulas que se estuviesen ejecutando, no a cláusulas que ni se están ejecutando ni se van a ejecutar en el procedimiento hipotecario ni en el eventual procedimiento de ejecución ordinario posterior, pues de lo contrario se estarían dictando resoluciones sin ningún tipo de efectividad. Optar por la opinión contraria desnaturalizaría el procedimiento de ejecución hipotecaria, atentaría contra el principio de seguridad jurídica y afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva tanto de las partes como de terceros afectados por la validez de las cláusulas, por ejemplo, en el supuesto de habérsela obligado a contratar un seguro, pues habría partes interesadas que no podrían estar en el procedimiento hipotecario. Esta posición no causaría perjuicio al consumidor pues siempre podría alegar la abusividad de esas otras cláusulas en el procedimiento ordinario, pudiendo solicitar en este una medida cautelar para evitar los daños derivados de la aplicación de la cláusula abusiva. Entrando en el examen de la abusividad de las cláusulas cuestionadas, (interés moratorio del 19%), el Juzgado indica que el TJUE ha indicado en la STJUE de 14 de marzo de 2013 que para apreciar la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, la autoridad judicial tendrá que tener en cuenta, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiese estipulado pacto al respecto, o en diferentes contratos de ese tipo celebrados por los consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al interés legal. El Juzgado considera, partiendo de estas consideraciones, que un interés moratorio del 19% es desproporcionado y abusivo ya que los intereses moratorios en operaciones comerciales a las que se refiere la Ley 3/2014, desde su regulación, nunca han superado el 11,5%; la mora de las entidades aseguradoras en caso de retraso en el pago de indemnizaciones a asegurados y perjudicados, según el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, consiste en el interés legal incrementado en un 50%; desde 2001, el interés legal más elevado lo fue en los años 2008 y 2009 al 5,50% y el interés de demora a efectos tributarios, tampoco ha superado el 7%; que el interés de demora procesal se fija en el interés legal más dos puntos y que la Ley 16/2011, de 24 de junio, reguladora de los contratos de crédito al consumo, establece que los créditos que se concedan en forma de descubiertos, en los contratos que permitan un descubiertos tácito, no podrán aplicar un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. Igualmente la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para 2007 (año de firma del contrato) fijaba el interés legal del dinero en un 5% y el interés de demora en un 6,25% y el interés de demora en operaciones comerciales del artículo 7 de la Ley 3/2014, fue fijado por Resolución de 26 de junio de 2007 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, para el segundo semestre natural del año 2007 en un 11,07%. Finalmente, la Ley 1/2013 en la actualidad fija como abusivos los intereses moratorios que sobrepasen tres veces el interés legal del dinero. En relación con los efectos de la apreciación de la abusividad (que el auto solo refirió a la cláusula de intereses moratorios), el Juzgado considera que no es correcta la interpretación de la parte ejecutante que entiende que de acuerdo con la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, lo procedente sería fijar unos intereses moratorios de tres veces el interés legal del dinero, realizando una nueva liquidación en ese sentido. El Juzgado considera que dicha interpretación no es correcta, porque cuando se firmó el contrato ya existía la Directiva 93/13 y con arreglo a ella se tenía que velar porque en los contratos no existiesen cláusulas abusivas, por lo que en aplicación del principio de efecto directo y primacía del derecho comunitario (incluida la Jurisprudencia del TJUE, y en particular la STJUE de 14 de junio de 2012), debe aplicarse lo dispuesto en esta sentencia, y no la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, y su recálculo, por ser contraria a la prohibición de integración que fija el derecho comunitario. Procede, pues, declarar la nulidad de dicha cláusula y aplicar como intereses moratorios los indicados en el artículo 1108 CC, como señala la SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 17 de junio de 2013, ya que si no hay pacto sobre interés de demora porque se declara nulo e inexistente, la indemnización de daños y perjuicios por la mora solo puede consistir en el interés legal, única medida del perjuicio ocasionado al acreedor por la mora. No procedería aplicar el artículo 576 LEC porque este interés agravado procede desde que se ha dictado sentencia u otra resolución condenatoria al pago en primera instancia, y aquí no se ha dictado tal resolución, sino que se ha requerido de pago por la cantidad manifestada por el acreedor.

¹¹ Según ACHÓN BRUÑEN «se debería permitir al ejecutado recurrir en apelación el auto despachando ejecución en el caso de que, con carácter previo, se hubiere considerado que ninguna de las cláusulas de la escritura de hipoteca resultaba abusiva, máxime cuando su oposición posterior por esta misma causa no siempre resulta admitida». A su juicio «la reforma del artículo 695.4 LEC por el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, resulta incompleta al no haberse acompañado de otra que faculte al ejecutado a apelar el auto despachando ejecución cuando, con carácter previo y, previa audiencia de las partes por quince días, el Juez haya considerado que no procede declarar abusiva ninguna cláusula de la escritura de hipoteca (art. 552.1.II LEC). Con la legislación actual el auto despachando ejecución es irrecusable (art. 551.4 LEC), lo que obedece a que se permite al ejecutado oponerse a la ejecución en el plazo de diez días; no obstante, en el caso que nos ocupa ni siquiera es una cuestión pacífica si el ejecutado va a poder oponerse alegando la abusividad de una cláusula que ya ha sido objeto de examen por el Juez antes de despachar ejecución». Y continúa señalando: «dada la falta de efectos de cosa juzgada de dicha decisión previa, se debería permitir la oposición posterior, pues en otro caso se está compeliendo al ejecutado a iniciar un juicio declarativo con dicho objeto. De todos modos somos conscientes de que la opinión que mantenemos no resulta pacífica, pronunciándose en contra parte de la doctrina que opina que únicamente se debería permitir al ejecutado oponerse a la ejecución por cláusulas abusivas cuando no se le hubiera dado audiencia en el incidente previo al auto despachando ejecución. No obstante, aun cuando se permitiera al ejecutado oponerse, a nadie se oculta que su oposición normalmente estaría abocada al fracaso, dado que va a conocer el mismo juez que consideró válida la cláusula impugnada, por lo que lo habitual será que la oposición sea desestimada con condena en costas. Todo ello permite plantearse si no sería más adecuado otorgar al ejecutado la facultad de apelar el auto despachando ejecución cuando el Juez, con carácter previo, se haya pronunciado sobre la validez de todas las cláusulas de la escritura de hipoteca ex artículo 552.1.II LEC, pues permitiría la revisión de la cuestión por otro Tribunal sin compelir al ejecutado a una oposición de dudosa viabilidad que va a conocer el mismo Juez» (ACHÓN BRUÑEN, 2014, 9-10).

¹² Así, ÁLAMO GONZÁLEZ señala que «si bien *a priori* puede ser favorable esta decisión legislativa [incidente de oposición que paraliza la ejecución] por razones indudables de economía procesal y en atención a los mayores costes del declarativo (por ejemplo, tasas judiciales) la cuestión debe analizarse, sin duda, con algunos matices: así, la oposición en la ejecución exige capacidad de postulación procesal al igual que en el proceso declarativo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 539 LEC, y sin establecerse ninguna exoneración en los artículos 23 y 31 del mismo cuerpo legal. Además, si hacemos un análisis más detenido, resulta que este incidente insertado en la ejecución, supone en realidad una limitación temporal para el deudor ya que debe formular su oposición durante el curso de la ejecución hipotecaria, regida esta por la extrema celeridad. Esta limitación temporal no se da, sin embargo, en el proceso declarativo, el cual puede interponerse sin esa limitación de tiempo por la carencia de fuerza de cosa juzgada que reside en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Pero acontece que esto último debe además matizarse a tenor de la redacción actual del artículo 695, tras el nuevo RD-ley 11/2014: junto a los casos de sobreseimiento de la ejecución o de la inaplicación de una cláusula abusiva previstos ya anteriormente a esta reforma, ahora se incluye además el supuesto de la desestimación de la oposición y la posibilidad de la apelación, señalando a continuación que fuera de estos casos, y respecto a los autos que decidan la oposición «sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten»; a *sensu contrario* esto parece dar a entender que sí lo tendrán en estos casos mencionados, más allá de la ejecución. Dicho efecto supondría establecer límites temporales —en virtud de la duración de la ejecución— a la actuación del deudor, además de cerrarle las puertas a un proceso declarativo, que puede interponer con mayor plazo y tiempo para su preparación. Si resulta que a este incidente no se le dotara del efecto de cosa juzgada, resultaría ya innecesario establecer un incidente de oposición frente a cláusulas abusivas aparte del proceso declarativo, y por ende, una doble revisión de la cuestión. *Más bien se trataría de reconfigurar el papel del proceso declarativo.* Como la reforma del RD-ley 11/2014, de 5 de septiembre, supone *de facto* la paralización obligada de la ejecución a consecuencia de la interposición del recurso de apelación, resulta que las

justificaciones para evitar la vía del proceso declarativo, precisamente por su efecto suspensivo sobre la ejecución hipotecaria, quedan ya desvirtuadas. Además, la suspensión de la ejecución por cuestión de cláusulas abusivas ya existe, por ejemplo, en el caso del procedimiento notarial a través de la vía recogida en el artículo 129 LH, tras la reforma de la Ley 1/2013. Independientemente de las causas por las que un deudor decida acudir a un proceso declarativo en lugar de utilizar dicho incidente de oposición, lo que resulta evidente es que el legislador no puede cercenar las posibilidades de actuación frente a cláusulas abusivas, ya que, si el declarativo tiene el mismo objeto y finalidad de impugnación de las mismas, debe por consiguiente tener el mismo efecto suspensivo, siendo absurdo que a fecha actual en la regulación nacional carezca del mismo» (ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 10-11). El autor concluye señalando que una alternativa para lograr el equilibrio entre la celeridad del crédito y el principio *pro-consumentore* sería el mantenimiento de la anotación preventiva de la demanda del proceso declarativo interpuesto por el deudor, sin que se produzca el efecto de purga señalado en el artículo 131 LH. «Si bien es cierto que la *anotación preventiva* pone de manifiesto la existencia de una situación litigiosa y, en consecuencia, de incertidumbre para los terceros adquirentes respecto al resultado de la subasta en el proceso de ejecución —mermando así la seguridad y confianza de estos—, sin embargo, la lesión al principio de tutela privilegiada en este caso sería mucho menor que en el supuesto de la suspensión de la ejecución [en caso de una modificación legislativa del artículo 698 LEC], aparte de que otorgaría una mayor eficacia al proceso declarativo de la que dispone con la regulación actual» (ÁLAMO GONZÁLEZ, 2014, 12-13). El autor propone también, que la interposición de un proceso declarativo del artículo 698 LEC suspenda solo la segunda fase de la ejecución (art. 579 LEC), *cuando el resultado de la declaración de la nulidad de una cláusula solo suponga una reducción de la cantidad debida, sin alterar sustancialmente la necesidad inexcusable de enajenar el inmueble para el pago de la deuda restante*. Como la legislación ya contemplaría supuestos en lo que es posible continuar una ejecución por una cantidad parcial, no fijada indubitablemente en el inicio (así los arts. 21 y 558.1 LEC), sin perjuicio de la determinación definitiva de la cantidad tras resolverse la controversia planteada que lo impide, considera que habría que articular una vía similar mediante una resolución dictada en el curso de la primera fase que comprenda las cantidades indubitadas y dejar la determinación definitiva para la segunda fase de la ejecución y el pronunciamiento en el declarativo (ÁLAMO GÓNZALEZ, 2014, 13-14). La RDGRN de 11 de mayo de 2001 versó sobre dos procedimientos judiciales sumarios del artículo 131 LH, en los que se adjudicó a doña Josefa M. P. dos viviendas sitas en Badalona. Presentado en el Registro de la Propiedad núm. 1 de dicha ciudad el testimonio de los autos de adjudicación, y los mandamientos cancelatorios de las hipotecas que dieron lugar a los procedimientos y de todas las cargas y anotaciones posteriores a las mismas, el Registrador suspendió la cancelación ordenada en el mandamiento por existir en el Registro una anotación de querella a favor del Banco Central Hispanoamericano, S.A. por supuesto delito de alzamiento de bienes. Doña Josefa interpuso recurso gubernativo contra la negativa del Registrador de la Propiedad y el presidente del TSJ de Cataluña revocó la nota del Registrador, alzándose este contra tal decisión a la DGRN que acordó estimar parcialmente el recurso. La Registradora alegó que suspendía la cancelación por la aplicación de los últimos párrafos del artículo 132 LH, donde se preveía que el deudor podía acudir a un juicio plenario para debatir sobre la nulidad de la hipoteca, lo que podía producirse tanto por vía de demanda de nulidad como por vía de querella en que se pida la nulidad de la hipoteca, como ocurría en el presente caso. Que, por tanto, había inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca que por su especialidad no pueden ser canceladas, lo que ocurriría cuando se tratase de asientos posteriores que pusiesen en entredicho la hipoteca misma, base del procedimiento judicial sumario. Lo procedente en cuanto a estas anotaciones sería no cancelar, pues se podría producir indefensión del demandante (art. 24 CE). Que había que partir de la naturaleza del procedimiento judicial sumario que no es la de un juicio ordinario, pues no se puede plantear en él ninguna excepción ni alegación y que el TC en varias sentencias había salvado la constitucionalidad del artículo 131 LH, precisamente porque permitía la interposición de demanda (a la que es equiparable la querella de nulidad) en el correspondiente juicio declarativo ordinario, pues en caso contrario, el deudor que-

daría en completa indefensión. Alegaba en aval de su tesis la STS de 18 de noviembre de 1993. La DGRN señaló lo siguiente: «Se debate pues en el presente recurso si procede o no cancelar las cargas posteriores a una hipoteca en virtud de su ejecución y a la vista del mandamiento que ordena tal cancelación, cuando en el folio abierto a la finca hipotecada aparece anotada con posterioridad a la hipoteca ejecutada una querella en la que, según el Registro, se solicitó se declarase la nulidad del acto mediante el cual la finca fue gravada con la hipoteca ahora ejecutada y entre los querellados aparece determinada persona física en su calidad de administrador de la entidad a cuyo favor está constituida la hipoteca. En el Registro sigue vigente el asiento de hipoteca, puesto que no está cancelado. Sigue, pues, la presunción, a todos los efectos legales, de que la hipoteca existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Pero, a la vez, y dados los términos del asiento relativo a la querella interpuesta, es evidente que del Registro resulta que la validez o eficacia de la hipoteca está cuestionada en el procedimiento abierto a consecuencia de aquella. La inscripción de la adjudicación realizada es el último acto del desenvolvimiento de un derecho, el de hipoteca, que, aunque esté cuestionado, se presume todavía vivo. Pero la inscripción de la adjudicación debe hacerse sin perjuicio de los eventuales derechos anuncios en la anotación de querella. Al cumplimentar el auto en cuanto ordena la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que gravan las fincas, posteriores a la expedición de la certificación que determina la regla cuarta del artículo 131 LH [certificación de dominio y cargas], no cabe comprender, entre los asientos cancelables, el relativo a la querella anotada a pesar de que tal cancelación podría parecer que viene impuesta por la regla 17 del mismo artículo. *Para conocer el alcance cancelatorio que ha de tener el auto debe tenerse presente la naturaleza de la enajenación forzosa que la hipoteca provoca. Esta enajenación constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca y, por tanto, «in nuce», la enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca. El principio de prioridad y los principios que rigen las adquisiciones derivadas exigen que la ejecución hipotecaria comporte, si, la resolución y cancelación de todas las inscripciones y anotaciones que reflejen actos dispositivos del titular registral posteriores a la constitución de hipoteca ya sean anteriores o posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas («resolutio iure dantis, resolvitur ius concessum»).* Pero, en cambio, ni pueden quedar afectadas las cargas o gravámenes anteriores, ni la adquisición por el remate o adjudicación puede tener por sí —y a salvo, en su caso, lo dispuesto por el artículo 34 LH cuando se cumplan sus requisitos— más fuerza que la que, «in nuce», correspondía al derecho de hipoteca mismo, de modo que si la constitución del derecho de hipoteca es nula, nula será también la enajenación que la hipoteca provoca, y si lo que procede es la rescisión de la hipoteca, el tercero que adquiera después de que la causa de rescisión conste en el Registro sufrirá las consecuencias de la rescisión. Un asiento registral como es el de la anotación de una querella, practicado en virtud de un mandamiento de la autoridad judicial y que pone en cuestión la validez o eficacia de la misma hipoteca no es de los que pueden cancelarse en virtud solo del auto que aprueba el remate o adjudicación en el procedimiento judicial sumario de ejecución de la hipoteca. Respecto de tal asiento, como practicado en virtud de mandamiento judicial, regirán las demás reglas y, por tanto, no se cancelará sino en virtud de resolución judicial. Esta es la solución correcta de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente en el momento de producirse la calificación. Sin embargo, no debe aquí silenciarse el hecho de que, respecto de los procedimientos ejecutivos hipotecarios nacidos bajo el imperio de la nueva LEC... la solución solo podrá seguir siendo esta cuando la anotación sea anterior a la nota de expedición de certificación de cargas». La Disposición Final 8.^a de la LEC dio nueva redacción al artículo 131 y 134 LH, redacción que hemos reproducido *ut supra*. Diferentemente, la RDGRN de 20 de julio de 2005, aplicando la nueva redacción de estos preceptos, confirmó la nota de calificación por la que el Registrador de la Propiedad se negó a tomar anotación preventiva de una demanda, acordada en un procedimiento de medidas cautelares, anotación que había sido practicada en su día, si bien posteriormente fue cancelada como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria. Se trataba de una anotación preventiva de demanda de nulidad de una hipoteca que, constando ya anotada en el Registro, fue cancelada, como consecuencia del procedimiento de ejecución de la referida hipoteca. La DGRN señala que lo que se cuestiona en este recurso gubernativo es precisamente la can-

celación de la primera anotación dado que no existió mandamiento cancelatorio ordenado por el tribunal que instó su práctica (diverso del que conoció la ejecución hipotecaria). La DGRN indica que «la anotación preventiva de demanda que se interesa recae sobre fincas inscritas a nombre de persona distinta de aquellas contra las que se dirige el procedimiento, resultando de plena aplicación el principio de trácto sucesivo que recoge el artículo 20 LH. En este sentido destacan, entre otras, las RRDGRN de 17 de noviembre de 1999, 19 de febrero y 6 de junio de 2000. En cuanto a la cancelación de la anotación de demanda ya practicada... cabe atender a lo señalado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Disposición Final 8.^a, apartado 6 de la LEC. Conforme a la misma «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas...». ...Para que un asiento, como el de la anotación de demanda, que cuestiona la validez y eficacia de la hipoteca, se mantenga sin ser cancelado es preciso que la anotación sea anterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Así, del recurso se desprende que la anotación de demanda de nulidad de la hipoteca, no fundada en ninguna de las causas de suspensión u oposición conforme a los artículos 695 a 697 de la LEC, fue extendida con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas y, por ello, correctamente cancelada en virtud del correspondiente mandamiento de cancelación de cargas ordenado por el juez conocedor de la ejecución, al amparo del artículo 134 de la LH».

¹³ DE LA OLIVA SANTOS, *et al*, 2000, 310. El artículo 695.2 LEC señala, tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, el Secretario judicial suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal que hubiera dictado la orden general de ejecución, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día».

¹⁴ Artículo 564 LEC: «Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio [si se está ejecutando una sentencia judicial] o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjeseen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda».

¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, *et alii*, 2000, 103-104.

¹⁶ Artículo 400 LEC: «1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso posterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. *De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».*

¹⁷ En relación con una ejecución ordinaria de título no judicial, basada en una póliza de crédito, con cláusula de vencimiento anticipado, *vid.*, la STS, Sala 1.^a, de 24 de noviembre de 2014. Las compañías mercantiles ejecutadas (que no se habían opuesto a la ejecución), plantearon un procedimiento declarativo ordinario al amparo del artículo 564 LEC alegando, fundamentalmente, que la cláusula contractual de vencimiento anticipado era una cláusula oscura, que no podía ser interpretada en el sentido de que el impago de una sola cuota constituyera causa de vencimiento anticipado del crédito, y que era ineficaz la resolución contractual y el vencimiento anticipado base de la ejecución. La demanda fue desestimada en primera instancia por existir cosa juzgada al amparo de los artículos 421.1.2º

y 222.4 LEC, sentencia que fue confirmada en apelación por entenderse que lo alegado en dicha demanda de juicio ordinario podía haber sido opuesto por las hoy demandantes en el proceso de ejecución. Las actoras-apelantes interpusieron entonces recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Aquel se fundamentaba por las recurrentes en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por haber apreciado indebidamente la cosa juzgada, ya que en su opinión, la sentencia recurrida al admitir la posibilidad de oponer en procedimiento de ejecución cuestiones referentes a la interpretación del contrato incorporado al título, asimila el ámbito de conocimiento de los motivos procesales y de fondo de una ejecución de títulos no judiciales (en este caso artículo 559.1.3.^º LEC) al de un juicio cambiario en el que la oposición se sustancia entre quienes fueron parte en la relación causal subyacente (art. 824.2 LEC y art. 67 LCCH al que se remite). Siendo insostenible que una discrepancia sobre la interpretación de una cláusula del contrato, sin pretender su nulidad, tenga cabida en el motivo tasado y estricto de «nulidad radical» del artículo 559.1.3.^º LEC, porque para esto haría falta que dicho precepto dispusiera algo similar a lo que para el juicio cambiario entre partes causales dispone el artículo 67 LCCH, y además las cuestiones atinentes a la interpretación contractual normalmente no se pueden resolver con mera pruebas documentales y lo que caracteriza a la oposición por defectos procesales a una ejecución de títulos no judiciales es precisamente su sumariedad y limitación de conocimiento y medios de prueba. Es más, a la hora de determinar el alcance de la cosa juzgada el TS requiere que se trate de una causa de oposición que, en la ejecución previa, haya podido ser totalmente discutida, lo que no sería el caso de una controversia sobre interpretación del contrato. Además el artículo 698 LEC constituiría un reconocimiento implícito de que las cuestiones de interpretación de una cláusula relacionada con el vencimiento anticipado de una deuda no tienen cabida en la «nulidad radical del despacho de ejecución» del artículo 559.1.3.^º LEC, al remitir al juicio declarativo las reclamaciones «que versan sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda». El TS consideró que tomando conjuntamente en consideración los artículos 222, 400, 549, 550, 551, 552, 557, 559, 561 y 564 y las SSTS de 13 de febrero de 2012, 9 de marzo de 2012, 24 de abril de 2013, y otras relativas al antiguo artículo 1479 LEC de 1881, como las SSTS de 4 de noviembre de 1997, 11 de marzo de 2003, 10 de diciembre de 2003 y 5 de abril de 2006, se desprende que «las circunstancias relativas al vencimiento de la obligación, y por tanto a su carácter exigible, que resulten del propio título no judicial en que se funde la ejecución, o de los documentos que deben acompañarlo, si son oponibles en el proceso de ejecución» y que «el ejecutado que, habiendo podido oponerlas, no lo hubiera hecho, no podrá promover un juicio declarativo posterior, pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución». «Aunque ciertamente hay autores de la doctrina científica y resoluciones de las Audiencias Provinciales que sostienen una posición contraria, y que la expresión «... a los solos efectos de la ejecución ... del artículo 561 LEC, o la supresión en 2012 de la referencia que contenía el artículo 559.1.3.^º al incumplimiento, en el documento presentado, de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución, son argumentos de peso en apoyo de esa posición contraria, también es cierto que la redacción del artículo 564 LEC, y sobre todo el control de oficio que los artículos 549, 551 y 552 imponen al juez, llevan a concluir que el ejecutado puede oponer la falta de los requisitos que el juez debe controlar de oficio, entre los que se encuentran los de los artículos 571 a 574 LEC sobre exigibilidad y liquidez de la deuda. Esta oposición del ejecutado tratándose de una ejecución fundada en títulos no judiciales, aparecía claramente autorizada por el artículo 559.1.3.^º LEC en su redacción aplicable a este recurso por razones temporales [la demanda ejecutiva se presentó con fecha 1 de diciembre de 2009, dictándose auto de despacho de la ejecución el 3 de diciembre de 2009] y debe seguir considerándose así, pues aun cuando el artículo se titule «Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales», entre estos han de considerarse comprendidos *los resultantes del propio documento o documentos en que se funde la ejecución, es decir, los inherentes al propio título de la ejecución, como son la falta de nacimiento de la obligación por estar supeditada a una condición suspensiva, su carácter no exigible por no haber vencido todavía...* A su vez, la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso

de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del artículo 400 LEC en relación con su artículo 222; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula, pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión. En suma, esta Sala considera que su doctrina jurisprudencial sobre el artículo 1479 LEC de 1881 debe ser mantenida en la interpretación del artículo 564 de la vigente LEC de 2000 [doctrina, según la cual, las sentencias de los juicios ejecutivos sí exclúan el declarativo posterior sobre cuestiones opuestas o que hubieran podido oponerse en aquellos]. El Tribunal desestima, pues, el recurso por infracción procesal, ya que lo que la parte demandante-recurrente presenta como un problema de interpretación del contrato de crédito, es en realidad un problema de vencimiento de la obligación, y por tanto, de si esta era o no exigible. En consecuencia, del mismo modo que el juez tenía que examinar de oficio si la cláusula de vencimiento anticipado justificaba que un solo impago parcial de intereses podía ser determinante de la resolución del contrato y del carácter exigible de la inmediata y total devolución del préstamo (conformidad de los actos de ejecución «con la naturaleza y contenido del título», art. 551.1 LEC), así también la parte ejecutada habría podido oponer la nulidad radical del despacho de ejecución por no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3.º LEC, en su redacción aplicable al caso por razones temporales). Finalmente el Tribunal señala que «la propia conducta procesal de la parte hoy recurrente, pretendiendo eludir en su momento tanto las comunicaciones de Caja Círculo acerca del vencimiento anticipado y resolución del contrato cuanto las notificaciones y requerimientos judiciales subsiguientes al despacho de la ejecución, demuestra que la interpretación de esta Sala es la más acorde con el espíritu y finalidad de las normas aplicables, porque en otro caso se fomentaría la pasividad de mera conveniencia en el proceso de ejecución para intentar paralizarlo, o al menos privarle de eficacia, mediante la incoación de un juicio declarativo posterior sin sujeción a plazos temporales ciertos».

¹⁸ En este sentido, STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13). El tribunal resuelve aquí una cuestión prejudicial planteada por la Curia de Hungría el 15 de enero de 2013, acerca del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera (francos suizos). Unos prestatarios habían concluido con Jelzálogbank un préstamo hipotecario denominado en divisas y garantizado mediante hipoteca. El préstamo concedido lo fue por un importe de 14.400.000 forintos húngaros (HUF), estableciendo la cláusula I/1 que la determinación de la cuantía del préstamo se realizaría al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera (franco suizo, CHF), ascendiendo así el préstamo a 94.240,84 francos suizos. Los prestatarios debían devolver dicha suma en 25 años mediante cuotas mensuales denominadas en francos suizos. De acuerdo con la cláusula III/2 del contrato, el prestatario fijaría el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa extranjera. De manera que si el precio de venta del franco suizo ascendía, ascendía el importe de la cuota de amortización. Si el precio de venta bajaba, bajaba la cuota de amortización del préstamo. Los prestatarios ejercieron una acción contra la entidad financiera alegando el carácter abusivo de dicha cláusula. En instancia y en apelación se estimó la demanda. El órgano de apelación consideró que Jelzálogbank hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, de la cotización corriente del franco suizo, considerando que al no realizar ninguna prestación de servicios financieros de compra o venta de divisas, no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo *distinto del utilizado en el momento de entrega*, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual. Dicho órgano concluyó igualmente que la cláusula III/2 no era clara y comprensible, porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. La entidad financiera recurrió en casación ante la Curia, que planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE. Por un lado, si teniendo presente el artículo 4.2 de la Directiva que señala que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio o retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como

contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», si la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa de un préstamo denominado en moneda extranjera y que debe ser devuelto en moneda nacional, que no ha sido objeto de negociación individual, puede ser considerada como «definición del objeto principal del contrato», o en su defecto, si la diferencia entre el tipo de cambio de compra y venta de la divisa constituye una retribución cuya adecuación al servicio prestado no puede ser analizada para apreciar su carácter abusivo según el citado artículo 4.2. Por otro lado, si hay que interpretar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el tribunal nacional, con independencia de lo dispuesto en su derecho nacional, puede examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a que se refiere dicho precepto, siempre que dichas cláusulas no estén redactadas de manera clara y comprensible, entendiendo por este último requisito no solo la claridad desde el punto de vista gramatical, sino también que deben ser claros y comprensibles los motivos económicos del empleo de la cláusula contractual y su relación con las demás cláusulas contractuales. Y finalmente, si sobre la base del artículo 6.1 de la Directiva, la eliminación de una cláusula abusiva debe producirse sin integración del contrato, aunque el contrato no pueda subsistir sobre la base de las cláusulas restantes, teniendo o no relevancia la existencia de una norma supletoria nacional que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule, en su lugar, la cuestión jurídica de que se trate. En relación con la primera cuestión prejudicial planteada, el TJUE indica que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que la apreciación del carácter abusivo no abarque las estipulaciones esenciales del contrato, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. Ahora bien, al establecer el artículo 4.2 una excepción al control de fondo de las cláusulas abusivas, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Corresponde al tribunal remitente pronunciarse sobre la calificación de la cláusula III/2 en cuanto a si integra o no el objeto principal del contrato en función de las circunstancias propias del asunto de que conoce, pero el TJUE es competente para deducir del artículo 4.2 de la Directiva, los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar una cláusula a la luz de dicha disposición. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva, las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sentado lo anterior, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de objeto principal del contrato deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de objeto principal del contrato. Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista.

El artículo 4.2 excluye también del control de abusividad la adecuación entre el precio o retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. «Como ha observado el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control». Pero esa exclusión «no se puede aplicar a cláusulas que, como la cuestionada, se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante, el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen por tanto ninguna «retribución»...». En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE indica que si, atendiendo a la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente llegara a considerar que la cláusula III/2 forma parte del objeto principal del contrato, solo estaría excluida la apreciación de abusividad si la cláusula estuviera redactada de forma clara y comprensible. El artículo 209.4 del CC húngaro que pretendía transponer el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no contenía esa exigencia de redacción clara y comprensible, pues solo indicaba que

«las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación». Pero el Tribunal recuerda que «cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (véase, en particular, la sentencia OSA, C-351/12)», si bien tal interpretación no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Si, teniendo en cuenta este principio de interpretación conforme así delimitado, la Curia llegara a considerar que la disposición nacional puede entenderse en el sentido de que exige una redacción clara y comprensible, se plantearía la cuestión del alcance de esta exigencia. La exigencia del artículo 4.2 de la Directiva, tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 («En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible...»). «Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional... Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical». Dicha exigencia de transparencia debe entenderse en forma extensiva dado que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información. En relación con la cláusula III/2, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo, de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato exponía de manera transparente el motivo y particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. El Tribunal remitente debe determinar si, a la vista de la publicidad e información ofrecidas por el prestamista, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución, y por tanto, el coste total de su préstamo. En relación con la tercera cuestión prejudicial, el TJUE indica que su jurisprudencia ha indicado que el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una regla del Derecho nacional que permite al juez nacional, cuando este constata la nulidad de una cláusula abusiva, integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula, dado que de lo contrario se podría poner en peligro el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de esos profesionales. «Sin embargo, de ello no se sigue que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional. Por el contrario, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de esa clase, que se presume no contiene cláusulas abusivas, según expresa el decimotercer considerando de la Directiva 93/13, está plenamente justificada por la finalidad de la Directiva 93/13, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula III/2 y siga obligando a las partes. En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se

ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas... En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como estas en los contratos que ofrezca. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

¹⁹ *Vid.*, a este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1) y (2).

²⁰ *Vid. ut supra*, Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. En la Jornada de Unificación de criterios de las secciones civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013, se determinó que «con independencia de lo que establecen los artículos 114 de la LH y 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, se considera abusivo en los contratos con consumidores los intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». El efecto de la declaración de abusividad debe ser «la nulidad e ineeficacia absoluta del pacto sobre intereses moratorios» y «en el caso de un procedimiento de ejecución, declaración de nulidad del despacho de la ejecución, considerando ilíquida la deuda reclamada, por comprender la liquidación por vencimiento anticipado intereses de demora, siempre que no se pueda determinar el importe de los intereses moratorios anulados e incluidos en la liquidación por el tribunal».

²¹ *Vid.*, sobre las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE, JIMÉNEZ PARÍS, 2014 y sobre la interpretación del artículo 671 y 579 LEC y concordantes, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (2).

2. DERECHO MERCANTIL

La sociedad extinguida ante el proceso

Defunct Companies in Legal Proceedings

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: Pese a las discusiones doctrinales habidas al respecto, el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado vienen sosteniendo la tesis de que la personalidad jurídica de la sociedad no se extingue por completo con la inscripción registral de la cancelación, si bien el Tribunal Supremo ha resuelto contradictoriamente sobre la necesidad o no de solicitar la nulidad de la inscripción de la cancelación y reapertura de la liquidación para mantener la capacidad procesal de la sociedad extinguida.

ABSTRACT: *Although legal scholars have debated the point, the Supreme Court and the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs have long upheld the thesis that a company's legal personality is not entirely wiped out by registration of the company's cancellation. The Supreme Court, however, has ruled contradictorily on whether or not it is necessary to apply to have the cancellation entry annulled and the liquidation reopened in order to maintain the defunct company's capacity to be a party to legal proceedings.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Capacidad procesal de sociedad extinguida.

KEY WORD: *Company law. Capacity of a defunct company to be party to legal proceedings.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL EXISTENTE DEBATE SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA.—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA Y LA INCERTIDUMBRE GENERADA.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En pocas ocasiones la existencia de una vieja polémica doctrinal puede llegar a tener una repercusión práctica tan transcendental pese a que efectivamente seamos de la opinión de que una buena *praxis* no puede sustentarse sin un correcto análisis dogmático.

El problema práctico al que en estos momentos nos referimos y que nos presenta la polémica existente al respecto acerca de la personalidad jurídica de la sociedad extinguida no es otro que el de la capacidad procesal de la sociedad extinguida. Al hilo de ello, es cierto que la capacidad para ser parte en un proceso ha de venir dada desde el análisis procesalista de la cuestión, o sea, desde lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como desde la superación de la vieja identificación entre capacidad procesal y personalidad jurídica.

No obstante el hecho de que ni el propio artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos ofrezca una solución a la problemática expuesta ya que no nos encontramos ante la admisibilidad de la capacidad procesal de determinados entes sin personalidad jurídica, ni que tampoco lo haga la normativa reguladora de la extinción de las sociedades en la Ley de Sociedades de Capital y de lo conocido como el activo y pasivo sobrevenido social, a saber, los parcos artículos 395 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital, supone pues que el problema procesal continúe anudándose al material, es decir, al relativo al momento de la pérdida de la personalidad jurídica social, o mejor dicho, al efecto que haya de dársele a la inscripción registral de la cancelación.

II. EL EXISTENTE DEBATE SOBRE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD EXTINGUIDA

No es nuestro propósito proceder a exponer el arduo debate que ha existido en la doctrina mercantilista acerca de este problema, aunque consideremos que no deba darse por cerrado tal y como hace la conocida tesis formalista que hace coincidir el momento de la inscripción de la cancelación con el momento en que la sociedad debe darse por extinguida, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley 2/1995 que incorporó a nuestro Derecho de Sociedades una serie de normas reguladoras de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales no satisfechas y de prerrogativas de los liquidadores relativas a la aparición de nuevos bienes.

Aunque si bien es cierto que la adopción del referido criterio formalista ha sido el que goza de un mayor predicamento doctrinal, tampoco faltan autorizadas voces que propugnan el mantenimiento de la conocida tesis declarativa la cual sostiene que la sociedad no se extingue a causa de la cancelación registral, entre quienes destacan FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ROJO, así como MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE en un reciente y riguroso análisis que del problema realizan.

En este sentido, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA¹ opina que «parece justificado vincular la extinción de la sociedad al cumplimiento material de la liquidación de la misma, esto es, la resolución de la totalidad de sus relaciones jurídicas tanto con terceros como con sus propios accionistas».

Por su parte, ROJO² considera que la cancelación «se limita a declarar frente a terceros que la sociedad ha finalizado el proceso de liquidación... si la extinción no se hubiera producido antes de la cancelación, la práctica de este asiento no tiene eficacia sanatoria de una liquidación inexistente, insuficiente o irregular; la sociedad indebidamente cancelada continúa siendo persona jurídica... es susceptible de ser declarada en concurso».

La conclusión con que finalizan su trabajo MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE³, al cual nos remitimos para el análisis de la doctrina existente al respecto, es la siguiente: «Razones de certeza obligan a los liquidadores a solicitar la ins-

cripción de la escritura de extinción de la sociedad al final de las operaciones de liquidación. De ahí nace la *vexata* discusión sobre la eficacia de esa cancelación. Con las normas sobre activo y pasivo sobrevenido y sobre formalización de los actos posteriores a la cancelación de la sociedad se consideraba que podían resolverse todas las situaciones que pueden surgir tras la citada cancelación. Y, en efecto, en esas normas hallan solución una buena parte de los problemas que se presentan en la práctica. La discusión sobre la eficacia de la cancelación o sobre la subsistencia de la personalidad jurídica tiene en estos casos una trascendencia limitada.

Sin embargo, la cuestión recobra todo su interés en una variada tipología de supuestos que las normas legales no solventan. Es ahí donde la subsistencia de la personalidad jurídica recupera todo su sentido, como instrumento sencillo y pragmático para resolver este tipo de situaciones. La mera posibilidad de actuar frente a los socios por la cuota recibida en caso de aparición de deudas, o el recurso a los esquemas de la sucesión universal y la comunidad de bienes en caso de activos sobrevenidos ofrecen una explicación que dogmáticamente presenta debilidades y desde el punto de vista práctico resulta insuficiente y costosa. E incluso, lo más importante es que, a veces, son incapaces de dar solución alguna. En estos casos, la continuación de la personalidad jurídica opera solo en la medida en que sea necesaria para concluir la liquidación que quedó incompleta».

La sugerente argumentación de MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE criticando la tesis formalista que considera suficiente la regulación positiva de los activos y pasivos sobrevenidos (arts. 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital) así como la formalización de actuaciones sobrevenidas (art. 400 de la Ley de Sociedades de Capital), reside principal y resumidamente en lo siguiente:

A) EN RELACIÓN CON EL ACTIVO SOBREVENIDO:

- (i) la necesidad de que la sociedad sea parte procesal para la adquisición de nuevos bienes cuando sea precisa la reclamación judicial o para el mantenimiento de la titularidad de determinados derechos.
- (ii) la necesidad de que la sociedad cuente con órganos sociales para el planteamiento de las acciones judiciales y extrajudiciales tendentes a la integración en el haber del activo sobrevenido, dada la dificultad que entraña, entre otros aspectos, entender que los socios sean sucesores a título universal de la sociedad y que por tanto nazca una comunidad incidental que haga recaer en los socios una cotitularidad sobre el activo sobrevenido⁴.
- (iii) La necesidad de que existan órganos sociales para proceder a adjudicar la cuota adicional a los socios derivada del activo sobrevenido, ya que excede del poder de los liquidadores actuaciones tendentes a la formulación y aprobación de un nuevo proyecto de división, siendo natural la competencia de la Junta General al respecto.

B) EN RELACIÓN CON EL PASIVO SOBREVENIDO:

- (i) la insuficiencia de la regulación legal cuando los socios no puedan mediante su responsabilidad afrontar los derechos de crédito por haber recibido una cuota de liquidación insuficiente o incluso inexistente.

(ii) la necesaria satisfacción, en su caso, de los acreedores sociales mediante la declaración de concurso de acreedores de la sociedad cancelada, lo cual es incluso reconocido por los artículos 178.3 y 179.2 de la Ley Concursal.

(iii) los problemas litisconsorciales que ofrecería la solución de considerar que los socios son sucesores universales de las deudas surgidas tras la cancelación registral.

(iv) La aparición de activo y pasivo sobrevenido al mismo tiempo no está contemplada en la regulación positiva⁵.

Dichos razonamientos llevan a MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE a sostener la conservación de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada a los solos efectos culminatorios del proceso de liquidación, cuando afirman al respecto lo siguiente (*vid. op. cit.*, p. 733): «Puede afirmarse, por ello, que la sociedad anónima o limitada en liquidación carece de personalidad jurídica propia del tipo societario de la que deriva su capacidad para desarrollar la actividad propia del objeto social estatutario.

La subsistencia de la personalidad jurídica tiene, en efecto, un alcance limitado: opera solo a los efectos necesarios para completar la liquidación y proteger a los acreedores y socios. La personalidad jurídica no es algo que se tiene o de lo que se carece en términos absolutos; la sociedad cancelada continúa teniendo personalidad jurídica a los efectos necesarios para completar su proceso de extinción. Lo mismo que sucede antes de la inscripción en el Registro Mercantil, en que la sociedad existe a los efectos necesarios para constituirse de forma perdurable, para concluir el proceso de su fundación. La cancelación solo constituye, por tanto, una mera presunción de extinción de la sociedad; la existencia de activo y pasivo sobrevenidos requieren una liquidación complementaria».

En nuestra opinión no pueden aceptarse en Derecho español las tesis que abogan por la calificación de sucesión a título universal en favor de los socios de la sociedad extinguida en relación con la titularidad del activo sobrevenido y la consecuente creación de una comunidad de bienes incidental sobre dicho activo sobrevenido, con la consecuencia que lo mismo ha de suponer en relación con el pasivo sobrevenido.

De acuerdo con Miquel GONZÁLEZ, «No contiene el Código ningún precepto que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo, porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos»⁶, por lo que ¿dónde puede argumentarse la adquisición en comunidad del activo sobrevenido para la adquisición del mismo en comunidad por parte de los socios de la sociedad extinguida?

Conforme con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, la adquisición de un derecho hace referencia a la atribución del derecho de subjetivo a una persona determinada⁷, refiriéndonos en nuestro caso al derecho subjetivo absoluto del dominio, una vez configurados los modos de adquirir la propiedad del artículo 609 del Código Civil como hechos jurídicos adquisitivos⁸. En este sentido, no existe ningún mecanismo legal atributivo del modo de adquirir el activo sobrevenido en comunidad para los socios de la sociedad extinguida, ya que la Ley de Sociedades de Capital claramente no regula ningún mecanismo de sucesión a título universal al respecto, al contrario de lo que sí hace por ejemplo la Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles para el caso de la fusión o la escisión.

Así, en los casos de modificación estructural con extinción de una de las sociedades simplemente el genuino mecanismo atributivo de adquisición del de-

recho de dominio previsto en el artículo 609 del Código Civil, o sea, mediante el título y el modo, es efectuado en este caso por la ley de tal forma que se produce una auténtica transmisión *inter vivos uno actu*, donde el *título* sería el acuerdo contractual de fusión y el *modo* a través del cual se produciría la transmisión del patrimonio se efectúa por el solo ministerio de la ley al momento de producirse el acuerdo de fusión; mientras que en casos de sucesión a título universal sin extinción de sociedad (vgr. escisión parcial), el título seguiría siendo el acuerdo contractual de escisión parcial y el modo necesitaría ser operado por medio de cualquier acto equivalente a la entrega (arts. 1462 y siguientes del Código Civil)⁹.

De acuerdo con lo anterior y siendo efectivamente *la ley la que determina qué hechos o actos son supuesto de hecho de la adquisición de la propiedad* no puede encontrarse de *lega data* en nuestro Derecho una explicación satisfactoria al nacimiento de la titularidad comunitaria de los socios sobre el conocido como activo sobrevenido, ante la falta de clara disposición legal al efecto sobre la sucesión a título universal pretendida para estos casos por cierto sector doctrinal que sostiene la validez de la meritada tesis formalista¹⁰.

Siendo ello así, si se defendiera que la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad se produce con la inscripción registral de la cancelación, surge el inevitable problema de la inexistencia de titularidad por la sociedad cancelada registralmente y la correlativa falta de titularidad del activo sobrevenido por parte de los socios, o sea, nos encontraríamos ante una serie de activos que dejarían de tener propietario y sobre los cuales entrarían en juego las reglas legales existentes al respecto.

Es decir, si estuviéramos hablando de bienes inmuebles, el artículo 17 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones, establece un sistema automático de adquisición legal de los inmuebles vacantes, en el sentido de que la adquisición por parte de la Administración General del Estado de dichos bienes inmuebles que carecieren de dueño (vacantes) se producirá por ministerio de la Ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado, pudiendo la misma tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero, ya que si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

Así pues el referido precepto legal autoriza la adquisición automática del bien inmueble vacante a favor de la Administración General del Estado salvo que hubiere un poseedor en concepto de dueño, donde se haría necesaria la declaración de titularidad estatal por parte del órgano judicial competente, mediante el ejercicio de la correspondiente acción reivindicatoria en la que la Administración General del Estado pruebe la falta de dominio del poseedor en concepto de dueño actual.

Pensemos pues en el caso en que la sociedad cancelada registralmente hubiera sido la poseedora en concepto de dueño y hubiera consumado el resto de requisitos para la aplicación de la correspondiente usucapión inmobiliaria del activo inmobiliario sobrevenido que no fue incluido en el haber liquidatorio. Si no se le reconociera la personalidad jurídica (aunque atenuada a estos efectos) para la defensa como parte procesal de su titularidad adquirida por usucapión, sin duda se produciría un efecto contraproducente no deseado (la incorporación al patrimonio estatal del bien inmueble vacante), ya que durante dicho periodo posesorio en el que se hubiera consumado la usucapión por la sociedad posterior

mente cancelada registralmente en relación con el referido activo sobrevenido, no se le podría haber reconocido durante dicho periodo temporal *ad usucaptionem* la posesión a los socios puesto que no cabe el reconocimiento de la posesión en favor de varias personas, más allá de los casos de indivisión, tal y como establece el artículo 445 del Código Civil, sin olvidar que como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente no se puede producir en favor de estos ningún tipo de sucesión universal en relación con el citado bien inmueble.

Si estuviéramos hablando de bienes muebles, lo que tener en cuenta es la posible ocupación de los mismos, en virtud de lo previsto en los artículos 610 y siguientes del Código Civil.

Obviamente, ni las reglas relativas al activo y pasivo sobrevenido reguladas en la Ley de Sociedades de Capital alcanzan a ofrecer solución a problemas como el anteriormente expuesto ni las de las potestades de formalización de actos por parte de los liquidadores.

Además, si la personalidad jurídica de la sociedad existe sin necesidad de inscripción en el Registro Mercantil (cuestión diferente es la adquisición de la personalidad propia del tipo social capitalista elegido por los socios)¹¹, no se ven razones para argumentar que la misma se extingue con la inscripción en el Registro Mercantil de la cancelación social, y sin que el argumento consistente en que la voluntad de los socios ha dejado de ser la actuación social mediante su consentimiento al procedimiento de liquidación y extinción de la sociedad pueda suponer que no pueda mantenerse la personalidad jurídica atenuada a la que se ha hecho referencia antes, puesto que razones de protección de acreedores e incluso de los propios socios no resueltas con las normas establecidas al efecto en la Ley de Sociedades de Capital, suponen necesariamente una cortapisa a dicho voluntarismo extintivo.

Pese a ello, el desconcierto existente al efecto desde el punto de vista de la legitimación activa por parte de los socios de una sociedad disuelta, en relación con un activo sobrevenido, se observa en el siguiente caso enjuiciado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 464/2013 de 18 diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19519) donde los demandantes, que comparecen como «*sucesores legales*» de SPAGUETTI CONCERTO, S.A., sociedad disuelta y liquidada, ejercitaron acción de responsabilidad contra los administradores de JULIE ROCA EIVISSA, S.L., en reclamación de 119.219,90 euros. Dicha cantidad trae causa del contrato de arrendamiento de industria suscrito con dicha entidad, que resultó incumplido. Según se alegó en la demanda, la actora interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia 6 de Ibiza (autos 12/2006), que terminó por sentencia de 28 de junio de 2006 (documento tres de la demanda).

Pues bien, la Audiencia Provincial de Barcelona acepta inicialmente la legitimación activa de la sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente al razonar lo siguiente: «*Como principal argumento para la revocación de la sentencia de instancia el demandado aduce la falta de legitimación activa de los demandantes. La demanda, como hemos expuesto, la interponen don Constantino y don Eutimio en «calidad de sucesores legales de la sociedad SPAGUETTI CONCERTO», sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente.*

En torno a la legitimación, activa o pasiva, de las sociedades extinguidas, conviene recordar, al igual que hace la resolución apelada, que tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado como la jurisprudencia del Tribunal Supremo coinciden al señalar que las sociedades liquidadas conservan su personalidad jurídica para todas aquellas relaciones jurídicas que pervivan a pesar de la cancelación. Así,

la resolución de la DGRN de 13 de mayo de 1992 sostuvo que «aun después de la cancelación persiste todavía la sociedad como forma residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular (art. 221 del RRM [RCL 1996, 2112]). Como no hay obligación sin deudor, es claro que en estos casos persiste una cierta personalidad», asumiendo la representación el propio liquidador, a quien incumbe «dar cumplimiento a las obligaciones residuales, como lo es la de elevar a escritura pública de ventas ya consumadas antes de la cancelación registral de la sociedad». La DGRN concluye que «no hay ninguna contradicción entre el Registro Mercantil, que con la cancelación registral proclama que están cumpliendo las exigencias generales del proceso liquidatorio y la operación que después se realiza en nombre de la sociedad, siempre que esta operación pueda encuadrarse entre las que tienen naturaleza residual».

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Sala Primera, de 20 de marzo de 2013 (ROJ 2013, 1614), que cita las sentencias de la misma Sala de 4 de junio de 2006 y 10 de marzo de 2001. Dice dicha sentencia que «como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara».

«Como establece la doctrina más autorizada —añade dicha sentencia— al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo».

Por tanto, la extinción total de la personalidad jurídica se producirá no solo con su cancelación formal en el Registro sino con la cancelación material de todas las relaciones pendientes. Así se deduce de los artículos 398 y 399 del TRLSC (arts. 123 de la LSRL [RCL 1953, 909 y 1065] y 228 del Código de Comercio [LEG 1885, 21]), que regulan la aparición de activos y pasivos sobrevenidos a la cancelación de los asientos registrales».

Sin embargo y asumiendo la existencia de las *mayores dudas* al respecto, reconoce la legitimación activa a los socios como «*sucesores legales*», al fallar sobre la excepción de legitimación activa interpuesta con el siguiente tenor:

«Mayores dudas suscita la intervención de don Constantino y don Eutimio como «sucesores legales» de SPAGUETTI CONCERTO S.A. Los demandantes compartían al 50% el capital social de dicha entidad y el primero fue designado liquidador (folio 38). Como bien indica la recurrente, la legitimación para distribuir un activo sobrevenido a la cancelación corresponde a los liquidadores (art. 398 del TRLSC). La representación se extiende también a los procedimientos que sea preciso entablar por la sociedad para hacer efectivo el derecho de crédito. Solo si los liquidadores incumplen su obligación, cualquier interesado puede solicitar del Juez del domicilio social que designe a una persona que los sustituya.

Ahora bien, las circunstancias específicas que concurren en este caso y razones de economía procesal aconsejan seguir el mismo criterio de la jueza a quo, reconociendo legitimación a los actores. La demanda la interponen los dos únicos socios de ESPAGUETTI CONCERTO, que se han adjudicado el único bien de la sociedad, y uno de ellos asumió el cargo de liquidador. Compareciendo todos los socios y el

liquidador, y teniendo este —el Sr. Constantino— la representación de la sociedad, no es razonable dejar imprejuzgada la acción».

Por otro lado y desde el punto de vista del pasivo sobrevenido, la solución no puede ser diferente a la que hemos venido sosteniendo, es decir, la del reconocimiento de la personalidad jurídica atenuada de la sociedad cancelada registralmente, puesto que como hemos apuntado y según los acertados ejemplos expuestos por MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE, las reglas de responsabilidad del pasivo sobrevenido establecidas en la Ley de Sociedades de Capital no dan respuesta a la protección de acreedores que merecen situaciones tales como, por ejemplo, la de falta de adjudicación de bienes a los socios en el proceso liquidatorio o en los casos de activos y pasivos sobrevenidos conjuntamente.

La tesis de los autores que siguen la doctrina formalista, es decir, considerar la existencia de una sucesión universal y el nacimiento de una comunidad incidental entre los socios, nos lleva como acertadamente se ha puesto de manifiesto a desconocer la posibilidad de acreedores sociales, ni siquiera de acreedores de la comunidad incidental propugnada, ya que en definitiva sobre el pasivo sobrevenido de seguir esta teoría los acreedores particulares de los socios se confundirían con los acreedores particulares de la sociedad, lo cual implica un riesgo evidente y palmario de desprotección de los acreedores sociales en caso, por ejemplo, de insolvencia del socio correspondiente, en supuestos como los anteriormente citados.

A estos efectos, cabe recordar que en las reglas liquidatorias establecidas en la Ley de Sociedades de Capital aplicables a la sociedad en disolución o bien mediante su interpretación a la sociedad ya liquidada y cancelada tampoco se regula un mecanismo protector de los acreedores sociales como se efectúa para el caso de la sociedad civil en el artículo 1699 del Código Civil que establece literalmente que: «*los acreedores de la sociedad son preferentes a los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales. Sin perjuicio de este derecho, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de este en el fondo social*»¹², cuya aplicabilidad al caso en que se haya dividido ya el haber social entre los socios de la sociedad civil, vendría dada por la pasividad de los acreedores en no haber ejercitado el derecho de oposición al reparto hasta que no se le paguen o afiancen sus créditos (art. 1082 del Código Civil) o bien en no haber solicitado la intervención en el reparto en garantía de que el mismo no se hiciera en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 1083 del Código Civil), o sea, por aplicación de las normas de la partición hereditaria a la partición social, eso sí, por remisión expresa del artículo 1708 del Código Civil.

Es decir, a nuestro juicio, las reglas liquidatorias existentes en la vigente Ley de Sociedades de Capital no dan respuesta a los problemas expuestos, por lo que la tesis expuesta por autores como MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE nos parece correcta en cuanto al mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada registralmente con carácter atenuado, o sea, solo a los efectos propios de dar solución a la problemática del activo y pasivo sobrevenido a la liquidación practicada, en términos similares a los postulados que al efecto se vienen defendiendo también en ciertos sectores de la doctrina alemana e italiana, tal y como acertadamente recogen dichos autores.

Es un hecho la existencia de una graduación en la personificación de las diferentes personas jurídicas, resultando incontestable que dicha graduación en origen es reconocida si así lo establece la Ley (art. 35 del Código Civil). También es un hecho que el tradicional concepto de *persona jurídica* ha sufrido una grave

deformación, pasando desde la inicial relevancia de lo público y permanente, inherentes al propio concepto, a la búsqueda de otros valores tales como la anhelada separación patrimonial¹³, donde el sustrato personal ha decaído gravemente por el intervencionismo constante en nuestro Derecho de Sociedades, de ahí que la voluntad social de dar por extinguida a la persona jurídica cancelada registralmente no pueda servir por sí sola para hacer desaparecer por completo su personalidad jurídica, so pena de contradicción y de falta de adecuación a la realidad positiva existente, así como a su falta de regulación completa del problema tratado en aras de poder otorgar respuestas al mismo, aunque otra conclusión pudiera ser deseable de *lege ferenda*.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN PROCESAL EN LA JURISPRUDENCIA Y LA INCERTIDUMBRE GENERADA

El análisis y tratamiento del problema analizado en la jurisprudencia tampoco deja de ser lo realmente satisfactorio que se desearía, por no decir, que en ocasiones nos ofrece soluciones desconcertantes y solo en apariencia coincidentes dogmáticamente.

De esta forma y respecto del activo sobrevenido, ya hemos dejado constancia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 464/2013 de 18 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19519) donde si bien se acepta inicialmente la legitimación activa de la sociedad disuelta, liquidada y cancelada registralmente termina reconociendo, aunque con las *mayores dudas* al respecto, la legitimación activa a los socios como «*sucesores legales*».

Aunque es en el ámbito del pasivo sobrevenido, donde podemos encontrar una mayor casuística jurisprudencial sin resultados plenamente coherentes¹⁴.

Un didáctico resumen sobre el asunto nos lo ofrece la propia sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a) núm. 460/2013 de 5 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 79616), al exponer las tesis al respecto del siguiente tenor:

«De la contradictroria jurisprudencia sobre la capacidad para ser parte una sociedad disuelta, liquidada y cancelada su inscripción registral.

La capacidad para ser parte o personalidad procesal es la aptitud para pedir la tutela de los tribunales y resultar afectado por decisiones jurisdiccionales sobre pretensiones de tutela judicial (art. 6 LEC [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892]), es decir, la capacidad de «ser beneficiario de los efectos favorables de la sentencia que se dicte o perjudicado por la sentencia condenatoria y sufrir los efectos que de ella se derivan: cosa juzgada y ejecución forzosa» (AAP, Civil sección 1 de 9 de marzo de 2000 [ROJ: AAP ZA 82/2000]).

Desde hace tiempo, doctrina y jurisprudencia vienen cuestionándose si una sociedad que tras su disolución y liquidación ha sido extinguida —artículo 395 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (RCL 2010, 1792 y 2400), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)— y con ello se ha procedido a la cancelación de sus asientos registrales —art. 396 TRLSC—, conserva personalidad jurídica —«controlada»— y con ello ostenta capacidad para ser parte en procedimientos judiciales —art. 6 LEC—.

La postura que niega esa capacidad se apoya recientemente en:

STS, Civil sección 1 de 25 de julio de 2012 (ROJ: STS 5693/2012), que anuló la SAP, Civil sección 7 de 3 de abril de 2009 (ROJ: SAP V 5764/2009) y, en su lugar,

desestimó la demanda interpuesta por apreciar falta de personalidad o de capacidad de ser parte en la demandada, estableciendo que:

(...)

Sin embargo, la tesis que estima la persistencia de la legitimación pasiva de una sociedad mercantil liquidada, se mantiene en: STS, Civil sección 1 de 27 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9304/2011), que declara que:

«SEGUNDO. —Motivo primero—. (...)

La demanda se interpone contra la sociedad arrendataria de un local, reclamándole, en virtud de acción de repetición, la correspondiente indemnización por los daños derivados del incendio acaecido en dicho inmueble que afectan a la nave arrendada y a la colindante, ambas propiedad de la asegurada por la demandante.

La sociedad demandada, había sido disuelta y liquidada, inscribiéndose tales actos jurídicos en el Registro Mercantil (...) con anterioridad a la interposición de la demanda, entendiendo la recurrente que a todos los efectos había cesado la personalidad jurídica de la demandada, por lo que no debió ser llamada al procedimiento.

Establecen los artículos 109 y 123 de la LSRL (RCL 1953, 909 y 1065), en la redacción vigente en la fecha de los hechos (...)

De la referida redacción se deduce que, en algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 de mayo de 1992)

Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (Cfr. arts. 121 y 123 LSRL, 228 CC [LEG 1889, 27] y 274.1, 277.2 y 280 a y disp. trans. 6.º.2 LSA). Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 de diciembre de 1999.

En este mismo sentido, esta Sala viene refiriéndose a esta situación como de «personalidad controlada» en sentencias de 4 de junio de 2000 y 10 de marzo de 2001. (...)

Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

En resumen, no se viola en la sentencia recurrida el artículo 109 de la LSRL, pues el mismo debe ser interpretado en relación con el artículo 123 del mismo texto legal, en la redacción vigente en la fecha de autos, y 228 del C. de Comercio, lo que da como resultado la pervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad liquidada, solo para atender a las relaciones pendientes.

Por otro lado, la sociedad a través de su administración era consciente de las obligaciones contraídas con la arrendadora, tras el incendio, por lo que la demanda interpuesta era perfectamente previsible».

STS, Civil sección 1 de 20 de marzo de 2013 (ROJ: STS 1614/2013), que en un caso referente a la responsabilidad por vicios constructivos, se expresa en términos literalmente idénticos a los utilizados por la STS, Civil sección 1 de 27 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 9304/2011) y alcanza la misma conclusión».

Por el interés suscitado, nos centramos en estos momentos en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 (RJ 2012, 8372), cuyo resumen y comentario por el propio ponente (SALAS CARCELLER)¹⁵, es el siguiente:

(i) Constituye un hecho no controvertido que la inscripción registral de la sociedad demandada VCC S.A. fue cancelada en fecha 29 de agosto de 2007 al ser presentada al Registrador mercantil la documentación oportuna, habiendo sido interpuesta la demanda con posterioridad.

(ii) Una sociedad anónima cuya inscripción ha sido cancelada no puede ser demandada sin solicitar al mismo tiempo del Juzgado que se deje sin efecto dicha cancelación, por haber sido realizada faltando los requisitos que la ley exige para ello, pues mientras no se declare así carece de capacidad para ser parte en un proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(iii) El artículo 278 del TR de la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en aquella fecha, disponía que «*aprobado el balance final, los liquidadores deberán solicitar del Registrador mercantil la cancelación de los asientos referentes a la sociedad extinguida y depositar en dicho Registro los libros de comercio y documentos relativos a su tráfico*».

(iv) Es cierto que la cancelación no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación. La definitiva desaparición de la sociedad solo se producirá cuando la cancelación responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y no haya dejado acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir. En otro caso, los socios y los acreedores podrán lógicamente, conforme a las normas generales, pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, para interesar al tiempo la satisfacción de su crédito, demandado en todo caso a aquellos que hubieren propiciado una indebida cancelación de la inscripción de la sociedad.

(v) Tales conclusiones se apoyan tanto en el anterior TR de la Ley de Sociedades Anónimas como en la nueva Ley de Sociedades de Capital. Esta última, tras referirse a la cancelación, dispone en su artículo 397 que «*los liquidadores serán responsables ante los socios y los acreedores de cualquier perjuicio que les hubiesen causado con dolo o culpa en el desempeño de su cargo*»; y en su artículo 399 que «*los antiguos socios responderán solidariamente de las deudas sociales no satisfechas hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación*», a lo que añade que «*la responsabilidad de los socios se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los liquidadores*», sin que en ningún momento se haga referencia a responsabilidad alguna atribuible a la sociedad extinguida y cancelada.

(vi) En igual sentido, la Disposición Transitoria Sexta.2 del anterior TR de la Ley de Sociedades Anónimas, tras referirse a la extinción y cancelación de las sociedades anónimas que no cumplieran determinados requisitos antes del 31 de diciembre de 1995 decía que «*no obstante la cancelación, subsistirá la responsabilidad personal y solidaria de administradores, gerentes, directores generales y liquidadores por las deudas contraídas o que se contraigan en nombre de la sociedad*».

O sea, como reconoce el propio ponente de la sentencia Salas Carceller (*Vid. op. cit.*), «lo que no cabe es, sin pretender al mismo tiempo una declaración de

nulidad y de reapertura, demandar a una sociedad extinguida que carece de patrimonio, cuya inscripción en el Registro Mercantil —además— ha sido cancelada, reclamándole el pago de una deuda; pues no solo tal pretensión resulta ineficaz por razones prácticas —ya que no existe patrimonio sobre el que ejecutar una eventual condena— sino que además la sociedad demandada ha dejado de ser «persona jurídica» en los términos a que se refiere el artículo 6.1.3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, carece de capacidad para ser parte —demandante o demandada— en un proceso al haber dejado de ser sujeto de derechos y de obligaciones.»

MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS¹⁶, plantean la cuestión procesal que nos ofrece esta sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, razonando lo siguiente: «Por consiguiente, podríamos entender que si la parte actora que demanda a una sociedad extinguida ha pedido en el suplico de su demanda la nulidad de la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, la sociedad extinguida sí tiene capacidad para ser parte en ese proceso. Ahora bien, ¿ciertamente, la mera inclusión de esa pretensión de nulidad en el suplico de la demanda puede sanar, *ab initio*, la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de la sociedad extinguida?

No olvidemos que, con motivo de la liquidación, todo el patrimonio social habrá sido ya repartido entre los antiguos socios de la entidad mercantil y que el liquidador habrá cesado en su cargo, perdiendo cualesquiera facultades de representación y administración de la sociedad extinguida. Y, en esa situación, ¿cómo podría siquiera la sociedad demandada apoderar suficientemente al procurador que hubiera de representarla en el proceso o contratar al letrado que hubiera de defender sus intereses? ¿Cómo podría cumplir voluntariamente la condena que eventualmente le fuera impuesta? Desde luego, por el mero hecho de haber pretendido en la demanda la nulidad de la cancelación de los asientos registrales de la sociedad extinguida, esta no recuperaría su personalidad jurídica y, consecuentemente la sociedad demandada carecería de capacidad para ser parte y de capacidad procesal. En este sentido, consideramos que ambos presupuestos procesales son insubsanables; o se tiene capacidad para litigar o se carece de ella, pero no resulta posible su adquisición durante la tramitación del proceso y, mucho menos, por la sola petición de nulidad de la cancelación de los asientos registrales en el suplico de la demanda.

Ciertamente, podríamos discutir si esa pretensión de nulidad de la cancelación de la inscripción registral de la sociedad es una pretensión mero-declarativa de una relación jurídica preexistente (el contrato de sociedad) o, por el contrario, se trata de una pretensión constitutiva de una consecuencia jurídica nueva (la «rehabilitación» del contrato de sociedad ya extinguido). En función de la calificación que concluyéramos apropiada, la sentencia que fuera dictada tendría efectos *«ex tunc»* (retroactivos) o *«ex nunc»* (hacia futuro). Sin embargo, lo que resulta indiscutible es que, para que cualesquiera de esos efectos se despliegue, es preciso que, primeramente, sea dictada una sentencia firme sobre la nulidad pretendida.

Ahora bien, si la sociedad demandada carece de capacidad, ¿cómo podría intervenir en todas esas fases procedimentales previas? Lógicamente, y como ocurrió en el supuesto de hecho analizado por el Tribunal Supremo en la resolución comentada, la sociedad extinguida no comparecería y sería declarada en rebeldía. Sin embargo, las actuaciones procesales que así se hubieran practicado, por haber sido tramitadas faltando algunos de los presupuestos procesales esenciales (la capacidad para ser parte y la capacidad procesal), serían nulas de

pleno derecho (incluida, claro está, la sentencia que se hubiera dictado acordando o rechazando la nulidad pretendida de la cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil) (...).

XII. Así las cosas, entendemos que el remedio procesal a la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de una sociedad extinguida no es demandarla pidiendo al mismo tiempo que recobre su personalidad jurídica. La resolución que comentamos no debería ser interpretada en este sentido y, de hecho, aunque el Tribunal Supremo parece apuntarlo, tampoco lo dice así expresamente.

XIII. Sobre este particular, entendemos que al menos desde la entrada en vigor de la LSC no sería preciso recurrir a la teoría de la liquidación material de la sociedad mercantil ni a la ficción de la personalidad jurídica «remanente» para la terminación de concretos actos jurídicos pendientes, a las que hacen mención varias resoluciones de nuestros tribunales para tratar de solventar los problemas causados por la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal de una sociedad cuya inscripción en el Registro Mercantil haya sido cancelada.

(...)

Los citados artículos 398 y 399 LSC proporcionan un cauce procesal más eficaz y menos problemático, como es la atribución de legitimación pasiva a los antiguos socios y/o al liquidador. Esta vía es también, en nuestra opinión, preferible a la petición de la nulidad de la cancelación de los asientos registrales correspondientes a la sociedad extinguida, pues esta tercera vía que plantea el Tribunal Supremo en la resolución comentada no soluciona adecuadamente las trabas procesales que genera dirigir una demanda contra una sociedad carente de personalidad jurídica.»

A nuestro juicio, si bien podemos compartir las preocupaciones procesales expuestas por MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS en relación con la solución que proponía el Tribunal Supremo sobre la necesaria petición de «*declaración de nulidad y de reapertura*», no podemos asumir por las razones expuestas en este trabajo su conclusión sobre que las reglas liquidatorias en cuanto a activos y pasivos sobrevenidos son la solución al problema sobre la personalidad jurídica de la sociedad extinguida.

Sin embargo, posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 220/2013 (RJ 2013, 2594), vuelve a afrontar la cuestión, adoptando la tesis declarativa frente a la formalista o constitutiva de la inscripción registral de la liquidación y sin que en la misma exija la necesaria petición de «*declaración de nulidad y de reapertura*», en un proceso en que mediante el escrito rector de estas actuaciones la Intercomunidad de Propietarios Residencial Los Olivares de Sevilla ejercitó una acción de responsabilidad por vicios y defectos constructivos contra la entidad promotora «Depósitos, Representaciones y Almacenes S.A.» (DRASA), en reclamación de que se condenase a la demandada a la reparación de los vicios, patologías y daños existentes en los edificios de la Intercomunidad, que se describen en el informe elaborado por el Arquitecto D. Carlos Francisco que acompañó a la demanda, así como que se le condene a realizar la pista de tenis prevista en el proyecto presentado en su día a la Gerencia Municipal de Urbanismo, y que no ejecutó. También solicitaba en la demanda el abono de los honorarios pagados al perito autor del informe que fundaba la pretensión deducida.

La demandada compareció en las actuaciones representada por uno de sus liquidadores, D. Jesús CONTRERAS RAMOS, y se opuso a la demanda alegando que el 27 de diciembre de 2004 se procedió a la disolución de la sociedad con

liquidación simultánea y extinción mediante escritura pública de tal fecha, procediéndose a la inscripción en el Registro Mercantil el 2 de febrero de 2005, cesando los liquidadores. Que en la escritura de disolución y liquidación quedó reflejado el balance de liquidación que fue aprobado por los socios, quedando pagados todos los acreedores. Por ello entiende que DRASA ha quedado extinguida, no tiene personalidad jurídica, y carece de legitimación *ad processum* y *ad causam*.

Ante lo anterior, el Tribunal Supremo confirma la desestimación de las excepciones procesales de legitimación *ad processum* y *ad causam*, al razonar literalmente lo siguiente:

«De la referida redacción se deduce que, en algunos casos, la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no concluye con la formalización de las operaciones liquidatorias, sino cuando se agotan todas sus relaciones jurídicas, debiendo, mientras, responder de las obligaciones antiguas no extinguidas y de las obligaciones sobrevenidas (Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 13 de mayo de 1992 [RJ 1992, 5250]).»

Como reiteradamente ha venido declarando el referido Centro, la cancelación de los asientos registrales de una sociedad es una mera fórmula de mecánica registral que tiene por objetivo consignar una determinada vicisitud de la sociedad (en el caso debatido, que esta se haya disuelto de pleno derecho), pero que no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara (Cfr. arts. 121 y 123LSRL, 228 CC [LEG 1889, 27] y 274.1, 277.2 y 280a y disp. trans. 6.^a 2 LSA [RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206]). Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9426).

En este mismo sentido, esta Sala viene refiriéndose a esta situación como de «personalidad controlada» en sentencias de 4 de junio de 2000 (RJ 2000, 4399) y 10 de marzo de 2001 (RJ 2001, 5965).

Por otra parte el artículo 228 del Código de Comercio (LEG 1885, 21) refuerza la postura de la sentencia recurrida cuando declara que:

«Desde el momento en que la sociedad se declare en liquidación, cesará la representación de los socios administradores para hacer nuevos contratos y obligaciones, quedando limitadas sus facultades, en calidad de liquidadores, a percibir los créditos de la Compañía, a extinguir las obligaciones contraídas de antemano, según vayan venciendo, y a realizar las operaciones pendientes.»

Como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil, no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo.

En resumen, no se viola en la sentencia recurrida el artículo 109 de la LSRL ni los concordantes citados, pues el mismo debe ser interpretado en relación con el artículo 123 del mismo texto legal, en la redacción vigente en la fecha de autos, y 228 del C. de Comercio, lo que da como resultado la pervivencia de la personalidad jurídica de la sociedad liquidada, solo para atender a las relaciones pendientes STS 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 1897), REC. 1736 de 2008».

Como podemos observar, el Tribunal Supremo en esta sentencia de 20 de marzo de 2013 adopta la tesis declarativa y abandona la enigmática a la vez que preocupante proposición de «declaración de nulidad y de reapertura» que introdujo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012, solución que a nuestro juicio nos parece acertada según hemos venido argumentando anteriormente,

ya que mantener la posibilidad de legitimación pasiva de la sociedad cancelada registralmente solo en los casos en que conjuntamente se solicitara en el Suplico de la demanda la correspondiente «declaración de nulidad y de reapertura» supondría no solo la aparición de los problemas procesales que a título ejemplificativo apuntaban MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS en su trabajo citado, sino también la necesaria nulidad de la totalidad de un proceso de liquidación para proceder a la aceptación de dicha legitimación pasiva que permitiera la coherencia de las existentes reglas mercantiles sobre la aparición del activo y pasivo sobrevenido, junto con las más amplias existentes sobre la personalidad jurídica y la capacidad procesal, lo que sin duda pudiera suponer la extinción por nulidad de operaciones liquidatorias bien realizadas, con el consabido perjuicio, en su caso, para los terceros.

Por tanto, la incertidumbre generada a raíz de esta Jurisprudencia procesalmente contradictoria está servida, ya que no se nos ofrece un criterio rector de actuación procesal en situaciones de activo y pasivo sobrevenido.

En este sentido y a modo de epílogo nos mostramos conforme con la tesis propuesta de que la personalidad jurídica de la sociedad extinguida y cancelada registralmente ha de mantenerse en lo estrictamente necesario para atender a situaciones que surjan como consecuencia del activo y pasivo sobrevenido, no pudiendo defenderse la reapertura del proceso de liquidación como una nulidad de lo actuado y solo como una conclusión de lo no agotado en dicha liquidación¹⁷.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CAPILLA RONCERO (1990). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo XXI, vol. 1º: artículos 1665 a 1708 del Código Civil.
- DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1989). *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*, séptima edición. Ed. Tecnos.
- (2012). *Sistema de Derecho Civil*. Volumen I, duodécima edición, Ed. Tecnos.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA (2010). *Derecho de Sociedades, II*.
- MARTÍNEZ FLÓREZ Y RECALDE (2014). *Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital*, en Liber Amicorum Juan Luis Iglesias, Thomson Reuters-Civitas.
- MIQUEL GONZÁLEZ (1985). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo V, vol. 2º: Artículos 392 a 429 del Código Civil.
- (1993). *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.
- MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS (2013). Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.
- PULGAR EZQUERRA (1998). *La cancelación registral de las sociedades de capital*. Mac Graw Hill.
- REDONDO TRIGO (2006). La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, año LXXXIII, núm. 700.
- (2012). De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de

junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), Año núm. 89, núm. 736, 2013.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (2012). voz Presupuesto subjetivo. En: Beltrán/García Cruces, *Enciclopedia de derecho concursal*, II, Cizur Menor.

SALAS CARCELLER (2012). Los derechos de los acreedores de la Sociedad Anónima cuya inscripción registral ha sido cancelada. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 7/2012 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8372)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2013 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) núm. 220/2013 de 20 de marzo (*RJ* 2013, 2594)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a) núm. 460/2013 de 5 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 79616)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 464/2013 de 18 diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 19519)

NOTAS

¹ FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. *Derecho de Sociedades*, II, p. 2057, 2010.

² ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, voz Presupuesto subjetivo. En: Beltrán y García Cruces, *Enciclopedia de derecho concursal*, II, Cizur Menor, 2012, p. 2308.

³ MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE. Los efectos de la cancelación registral en relación con la extinción de las sociedades de capital. En: *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias*, Thomson Reuters-Civitas, 2014, p. 738.

⁴ PULGAR EZQUERRA. *La cancelación registral de las sociedades de capital*. Mac Graw Hill, 1998, p. 70, sin embargo, decididamente opina en relación con el activo sobrevenido que: «en modo alguno será *nullius* y tampoco pertenecería a la sociedad extinguida con la cancelación, sino que pertenecería a los socios, en virtud del derecho a la cuota de liquidación... en relación con el eventual activo sobrevenido, existiría una comunidad incidental de la que serían comuneros los antiguos socios (art. 392 CC); ...existiría una comunidad y no una sociedad, dado que el elemento común que une a los antiguos socios ya no es una actividad de explotación, sino una copropiedad del activo sobrevenido tras la cancelación y que pertenece pro indiviso a los antiguos socios, produciéndose de alguna manera una situación próxima a una comunidad hereditaria».

A las repercusiones de esta doctrina consistente en considerar al activo sobrevenido como una comunidad incidental, se refieren MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE (*Vid. op. cit.*, p. 715, nota 56) del siguiente modo: «Son evidentes las consecuencias de esa doctrina: si uno de los comuneros (socios) ejercita una acción para reclamar bienes sobrevenidos de la sociedad y la acción es desestimada, posteriormente otros socios podrán ejercitar la misma acción, con el consiguiente perjuicio para el demandado, que puede verse sometido al proceso tantas veces como socios tuviera la sociedad y también con el correspondiente beneficio para el comunero que inicialmente vio desestimada su acción cuando posteriormente sea estimada a instancia de otros comuneros. Si un comunero se opone al ejercicio de la acción, no podrían ejercitárla los demás en beneficio de la comunidad».

⁵ MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE (*Vid. op. cit.*, p. 727) exponen la laguna referida razonando sobre la misma lo siguiente: «La aplicación literal de las normas conduciría a que los liquidadores debieran adjudicar los bienes a los antiguos socios y luego los acreedores habrían de dirigirse a los socios para reclamarles el pago hasta el límite de lo que recibieron.

Esa solución no puede mantenerse. En primer lugar, sería absurdo entregar los bienes a los socios para que luego estos los entregaran (pagaran) a los acreedores. En segundo lugar,

estaría en contradicción con las normas (arts. 391.2 LSC y 235 CCom), por cuya virtud los bienes sociales no se pueden repartir entre los socios mientras no se haya pagado a los acreedores. Y, por último, semejante solución podría perjudicar a los acreedores sociales, que, en caso de insolvencia del socio, concurrirían con los acreedores particulares del socio. La tutela de los acreedores exige que los bienes de la sociedad permanezcan separados de los de los socios, separación patrimonial que, como es sabido, constituye una característica de la personalidad jurídica.

La solución más eficiente es una transmisión y no dos: el activo sobrevenido se debe utilizar para satisfacer el pasivo sobrevenido».

⁶ MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 1985. Tomo V, vol. 2.º: Artículos 392 a 429 del Código Civil. Asimismo, continúa razonando MIQUEL GONZÁLEZ lo siguiente: «Esta consideración es especialmente importante, porque a veces, por olvidarla, se entiende equivocadamente, a mi juicio, la distinción sociedad-comunidad. La comunidad de bienes no tiene una particular regulación en cuanto a su nacimiento, precisamente porque puede tener su origen en diversos modos de adquirir los derechos. Para que exista comunidad solamente es preciso que varios adquieran el mismo derecho. Esta consideración elemental pone de relieve que no se puede hablar de contrato de comunidad, en el sentido de un contrato por el que nazca la comunidad, como se puede hablar de contrato de sociedad, en el sentido de que nace por el simple contrato la sociedad (art. 1679: «La sociedad comienza desde el momento mismo de la celebración del contrato...»). Es obvio que por un contrato celebrado entre varios no se adquiere un derecho en común, sino, al contrario, nacen pretensiones de unos contra otros. Para que nazca a consecuencia de un contrato, mediante la tradición, una copropiedad será preciso que varios compren conjuntamente a un tercero una misma cosa y este se la entregue. De modo que la comunidad aquí no nace, como la sociedad, por un contrato entre los comuneros, sino por un contrato con un tercero (haya o no además un contrato entre los compradores). Ciertamente es posible que se establezca la comunidad en virtud de una transmisión de una cuota-parte en un objeto, en virtud de un contrato entre el propietario y el adquirente, pero en este caso la adquisición se produce por venta, donación, permuto, sociedad inclusa, mediante la tradición siempre, y del contrato no nace el derecho común para ambos, sino que se fundamenta la adquisición de uno».

⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, séptima edición. Ed. Tecnos, 1989, p. 482, afirman que: «un derecho subjetivo nace cuando se han cumplido todos los presupuestos previstos en la norma para este resultado. En este momento se produce normalmente su adquisición, que es su atribución a una persona determinada».

⁸ DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III. Las Relaciones Jurídico-Reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*. Quinta Edición. Thomson-Civitas, 2008, p. 856, se refiere a las fuentes de los derechos reales razonando lo siguiente: «Los supuestos o hipótesis mencionados en el artículo 609 pueden ser considerados como hechos jurídicos. Su efecto consiste en la creación de una relación jurídico-real, por lo que pertenecen al terreno de los hechos constitutivos, y pertenecen también al terreno de la adquisición (adquisición y transmisión de los derechos). Desde este punto de vista se habla de «hecho adquisitivo» o «modo de adquirir». Normalmente este hecho adquisitivo o modo de adquirir no es un hecho simple o escueto, sino un supuesto complejo de formación progresiva que puede atravesar por diferentes etapas o vicisitudes. Para describir este dato parece más gráfico hablar de un fenómeno adquisitivo o de un mecanismo de adquisición. Por regla general, todo el sistema jurídico de la dinámica de los derechos reales y del tráfico de bienes, está basado en la iniciativa de los particulares. La formación de los derechos reales, su adquisición, atribución y transmisión dependen de la voluntad. Se trata de hechos libres y voluntarios. Sin embargo, aunque sea excepcionalmente, existen también formas de constitución forzosa o heterónoma, de las relaciones jurídico-reales».

⁹ Como afirma MIQUEL GONZÁLEZ en relación con la expresión que utiliza el artículo 609 del Código Civil a la Ley como método adquisitivo de propiedad, «la mención de la ley como un modo de adquirir distinto de los demás debe rechazarse, porque la ley es la que determina qué hechos o actos son supuesto de hecho de la adquisición de la propiedad (cfr. Peña, *Derechos reales*, p. 25). La ley debe por ello describir algún modo hechos o actos

a los que anude el efecto de la adquisición. Cuando se menciona a la ley al mismo nivel que los hechos que ella debe determinar se incurre en un defecto de técnica, pero puede cubrir casos no mencionados o bien aludir a casos en que el efecto no se produce por la voluntad de los interesados o del adquirente, sino automáticamente *ipso iure*, incluso sin conocimiento del adquirente. Puede ocurrir en diversos casos de accesión, que no se menciona, o en las adquisiciones verificadas a consecuencia de la existencia de una sociedad legal de gananciales por el cónyuge que no celebra el contrato con el tercero». MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 1544.

¹⁰ Aunque en sede de sociedad civil, resultan interesantes los comentarios de CAPILLA RONCERO sobre la inexistencia de sucesión a título universal y las diferencias existentes entre el proceso de disolución y liquidación de una sociedad civil con el fenómeno de la partición hereditaria, pese a la remisión efectuada al efecto por el artículo 1708 del Código Civil, cuando razona lo siguiente: «Sin embargo, entiendo poco adecuado el símil, con carácter general, porque puede provocar la tentación de intentar explicar el fenómeno de la partición societaria desde el punto de vista de la *sucesión universal*, lo que, en mi opinión, no cabe decir para la primera. En efecto, de una parte, porque el fenómeno de la sucesión universal solamente se puede producir cuando la Ley lo disponga, y en sede de sociedad nada se indica. En segundo término, porque, manteniendo el concepto, a mi juicio, adecuado, acerca del sentido de la atribución de personalidad jurídica a las sociedades civiles, los socios eran los sujetos vinculados, aunque de una manera distinta (*uti universi*) por las relaciones sociales. La extinción de la sociedad dotada de personalidad jurídica lo único que comporta, desde este punto de vista, es que para el futuro ya no se someten las relaciones entabladas por los socios al especial régimen jurídico a que antes se sometían, pero respetándose la posición más favorable de los terceros que hubieran entrado en relación con los socios en cuanto tales socios. Es decir, que la extinción de la sociedad no debe provocarles perjuicio. Pero más allá no creo que sea conveniente extender las analogías dogmáticas entre el fenómeno sucesorio *mortis causa* y la extinción de la sociedad, al menos la civil». CAPILLA RONCERO. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 1990. Tomo XXI, vol. 1º: Artículos 1665 a 1708 del Código Civil.

¹¹ REDONDO TRIGO. La personalidad jurídica de las sociedades irregulares. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), año LXXXIII, núm. 700, 853-873. Aunque no de forma unánime, es cierto, nuestra última Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo personalidad jurídica a las sociedades mercantiles no inscritas, así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 580). Sobre cuestiones generales de personalidad jurídica de sociedades, *Vid.* REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2012. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), Año núm. 89, núm. 736, 2013.

¹² CAPILLA RONCERO (*Vid. op. cit.*), analiza de forma interesante la protección que puede establecer la previsión del artículo 1699 del Código Civil a los acreedores una vez dividido el remanente entre los socios, de la siguiente forma: «El proceso liquidatorio concluye con la división del remanente entre los socios, una vez atendidas las deudas sociales o realizadas las previsiones oportunas para atender las que venzan en lo sucesivo.

Por ello, normalmente, cesa la posibilidad de concurrencia entre los acreedores sociales, ya satisfechos y asegurados suficientemente sus créditos, y los acreedores particulares de los socios. Luego, preferencia realmente significa que se impide la posibilidad de concurrencia entre ambas categorías de acreedores, normalmente.

Acaso cabría pensar en una virtualidad residual de la preferencia que efectivamente la hiciera tal, esto es, que supusiera que los acreedores sociales y los de los socios pueden concurrir sobre el mismo patrimonio, teniendo los primeros derecho a cobrar antes que los segundos sobre el valor de realización de determinados bienes.

Sería esta hipótesis posible en el caso en que, habiéndose procedido ya a la división del haber social, e ingresado, en consecuencia, los antiguos bienes sociales en el patrimonio personal de cada socio, queden aún por pagar deudas sociales, en cuyo caso el acreedor

social tendría preferencia respecto del resto de los acreedores personales del socio, sobre los bienes que este haya recibido en el reparto final.

Mas esa preferencia, para operar, requiere, a mi juicio, de ciertas condiciones. En primer lugar, que la preferencia opere sobre bienes que fueron sociales, por lo que es preciso que estos sean individualizables en el patrimonio del socio. No debe operar la preferencia si se ha producido la total confusión entre los bienes recibidos de la sociedad y el resto de los bienes del socio, o si tales bienes ya no se encuentran en el patrimonio del socio. Acaso, si lo recibido por el socio fue una cantidad de dinero, quepa sostener que el acreedor social conservaría preferencia por el valor de la cantidad recibida por el socio.

En segundo lugar, es necesario que no sea imputable al acreedor social la situación creada. Pues, normalmente, el acreedor social puede impedirla oponiéndose a que se verifique la partición, si no se le paga o asegura suficientemente su crédito, haciendo imposible la concurrencia con los acreedores de los socios. Si por su culpa, no se opone convenientemente, debe él pechar con las consecuencias de su negligencia o imprevisión, no teniendo que padecer posteriormente las consecuencias de la misma los demás acreedores personales del socio. Cabe pensar, por ello, en el caso en que, venciendo la deuda social posteriormente a la liquidación y partición, y habiendo el acreedor social solicitado la constitución de garantía suficiente, esta, por causas no imputables a dicho acreedor, venga a menos o desaparezca. En casos como el descrito, u otros semejantes, sí parece razonable consentir que la preferencia con que contaba el acreedor social siga siendo operativa, en perjuicio de los acreedores personales del socio.

De todo lo cual se desprende que, propiamente, la preferencia en cuanto tal solamente tiene un alcance residual, ya que en la generalidad de los supuestos la garantía de los acreedores sociales se encuentra en impedir que se cree la posibilidad de concurrencia entre ellos y los acreedores particulares de los socios. A pesar de ese limitado alcance real de la preferencia, que se recoge en el artículo 1699, no cabe tacharlo de inútil: tiene la importante virtualidad de no dejar en manos de los teóricos la precisión del pretendido alcance de la personalidad jurídica de la sociedad civil, y de aclarar que, entre las normas de la partición hereditaria aplicables por remisión del artículo 1708, se encuentran, sin duda, los aludidos preceptos que articulan la autonomía patrimonial de la comunidad hereditaria en relación con el pago de las deudas hereditarias.

¹³ Sin desconocer la importancia en la economía actual de la persona jurídica, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN opinan sobre la cuestión lo siguiente: «Las sociedades mercantiles, y en especial la sociedad anónima, se transforman en un puro instrumento para intervenir en la vida económica, sin que exista ninguna realidad social que exija la personificación. Las personas de los socios son por completo irrelevantes hasta el punto de que se da carta de naturaleza sin ningún escrúpulo a la sociedad anónima de un solo socio y a su personalidad jurídica porque se concepturna a la persona jurídica como una técnica instrumental que sirve para separar el patrimonio de sus elementos personales, y aislar la esfera de imputación, en cuanto a los efectos y consecuencias de los actos y negocios de la persona jurídica son para ella y no para sus componentes». DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. I, duodécima edición, Ed. Tecnos, 2012, página 508.

¹⁴ Para una exposición detallada de la referida Jurisprudencia, *Vid. MARTÍNEZ FLÓREZ* y Andrés RECALDE, *op. cit.*, pp. 702, 703 y 704.

¹⁵ SALAS CARCELLER. Los derechos de los acreedores de la Sociedad Anónima cuya inscripción registral ha sido cancelada. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 7/2012 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012.

¹⁶ MONSALVE DEL CASTILLO, BERENGUER MORALES y BIETE RIVAS. Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2013 parte Comentario. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2013.

¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ y RECALDE (*Vid. op. cit.*, p. 737) razonan sobre este particular del siguiente modo: «En fin, cuando se dice que las normas sobre activo y pasivo sobrevenido son una alternativa a la reapertura de la liquidación, puesto que evitan esta si aparecen nuevos bienes o nuevos acreedores, conviene determinar lo que se entiende por *reapertura de la liquidación*. Si por tal se considera dejar sin efecto lo realizado para volver a hacerlo de nuevo, debe concederse que la aparición de activo y/o de pasivo sobrevenido

no lleva aparejada, por lo menos como regla general, la reapertura de la liquidación. Pero la reapertura también puede entenderse como continuación de aquello que quedó incompleto, de forma semejante a lo que sucede con la reapertura del concurso. Y entonces no hay dificultad para afirmar que la aparición del activo o, en su caso de pasivo determina la reapertura de la liquidación que previamente había sido cerrada, para completarla hasta su finalización y extinción».

4. DERECHO BANCARIO

Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor

Analysis of the frequent legal issues regarding preferred shares based on the judgments of the Spanish Supreme Court dated on April 18th 2013 and September 8th 2014, and case law from Provincial Courts

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Dr. Profesor colaborador de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)

Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York

LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: El presente artículo analiza la doctrina contenida en los pronunciamientos del Alto Tribunal recaídos en pleitos sobre participaciones preferentes. De los mismos pueden extraerse una serie de conclusiones, como los rasgos distintivos de las participaciones preferentes, la existencia de un deber informativo elevado para las entidades comercializadoras de este tipo de productos con independencia de la aplicación de la normativa MIFID o la posibilidad de que de su incumplimiento se derive bien la obligación de indemnizar los daños por parte del banco, bien la concurrencia de un vicio en el consentimiento. Asimismo, en las referidas sentencias se aclara la valoración jurídica de algunas circunstancias para determinar el error, como la participación de asesores del cliente en la operación.

Sin embargo, hay una clara discrepancia entre ambas sentencias respecto a la aplicabilidad de la normativa MIFID antes de su trasposición en España. Cuestión sobre la que hay también pronunciamientos contradictorios dentro de las Audiencias Provinciales.

Ambas sentencias dejan sin resolver varios aspectos legales recurrentes en esta clase de controversias como son la caducidad, la acumulación de acciones, la competencia de los juzgados de la jurisdicción contenciosa administrativa, los criterios para fijar la devolución recíproca al amparo del artículo 1303 del CC o la determinación de la cuantía que se debe indemnizar. Tales cuestiones han sido objeto de pronunciamientos diversos dentro de la jurisprudencia menor y son estudiados de forma sucinta en este artículo.

ABSTRACT: This article analyzes the Spanish Supreme Court judgments issued in relation to lawsuits on preference shares. Some conclusions can be drawn from them such as the notion of some distinctive features of preferred shares, the existence of a strict information obligation on sellers of such products regardless of the transposition of MiFID or the recognition that an obligation to pay damages or that a mistake in consent can arise out of the infringement of the task to inform clients. In these judgments it is further clarified the legal assessment of some circumstances in order to determine the existence of a mistake, such as the participation of client advisors in the operation.

However, both judgments are inconsistent regarding the applicability of MiFID before its transposition in Spain. On this issue there is inconsistent case law from Provincial Courts.

Both judgments do not address several legal issues of this kind of disputes such as the limitation statute, joinder of actions, the competence of administrative courts, the criterion to determine damages or the amount to be paid pursuant the article 1303 of the Spanish Civil Code. These issues have been addressed by case law from lower courts and are briefly discussed in this article.

PALABRAS CLAVE: Participaciones preferentes. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Caducidad. Acumulación de acciones. MiFID.

KEY WORDS: Preferred shares. Case law from the Spanish Supreme Court. Limitation statute. Joinder of actions. MiFID.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. STS DE 18 DE ABRIL DE 2013. 1. OBJETO DEL PROCESO Y ANTECEDENTES PROCESALES. 2. PRINCIPAL DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA.—III. STS DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2014. 1. ANTECEDENTES DEL CASO. 2. PRONUNCIAMIENTOS MÁS IMPORTANTES DE LA RESOLUCIÓN.—IV. REFLEXIÓN SOBRE LAS SENTENCIAS ESTUDIADAS Y EL POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA MENOR RELATIVA A LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES. 1. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ENTIDAD COMERCIALIZADORA Y EL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO DEL EMISOR DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES. 2. EL CANJE DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y SU POSIBLE INCIDENCIA TANTO EN LA COMPETENCIA OBJETIVA COMO EN LA EXTENSIÓN DE LA NULIDAD. 3. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Las participaciones preferentes han pasado de ser un producto de inversión prácticamente desconocido para el gran público, sin ser habitualmente tratado por la doctrina jurídica¹, a convertirse en un tema público recurrente debido a los diversos escándalos mediáticos relacionados con ellas y al gran número de afectados por las pérdidas que estos productos han provocado. Lo cual ha derivado en una gran litigiosidad judicial² y arbitral³.

Esta masiva litigación ha originado una cierta sistematización a la hora de resolver las disputas que surgen sobre este producto de inversión, con la consi-

guiente desatención (al menos en parte) de la cantidad de matices, peculiaridades y cuestiones jurídicas que se plantean en esta clase de controversias.

Algunos de los aspectos recurrentes de estos pleitos han sido resueltos por el Tribunal Supremo en las sentencias objeto de estudio en este artículo. Tales resoluciones proporcionan las primeras directrices establecidas por la jurisprudencia respecto a esta clase de disputas. Sin perjuicio de lo anterior, sigue habiendo una gran cantidad de temas sin resolver que también serán brevemente apuntados y analizados a la luz de la jurisprudencia menor y la doctrina que se ha pronunciado sobre ellos.

II. STS DE 18 DE ABRIL DE 2013

1. OBJETO DEL PROCESO Y ANTECEDENTES PROCESALES

Este proceso se inició por dos personas físicas que presentaron demanda contra una entidad financiera. En ella se reclamaban unos daños que ascendían a la cantidad de 291.488,84 euros, con base en un alegado incumplimiento del contrato de gestión discrecional e individualizada de cartera de inversión. En virtud de dicho contrato se habían adquirido unas participaciones preferentes de Lehman Brothers Capital Funding II, emitidas por Lehman Brothers UK Capital Funding. Según se denunciaba en la demanda, el banco no había cumplido con la diligencia debida su obligación de informar a los demandantes. Además, en ella se resaltaba que el referido producto no era adecuado para los actores, ya que era de alto riesgo. El daño reclamado consistía en la correspondiente reducción del valor de los títulos con motivo de la quiebra de Lehman Brothers⁴.

En primera instancia se estimó la demanda por un doble motivo. En primer lugar, se consideró que la entidad financiera había incumplido su obligación de proporcionar la información adecuada sobre el producto financiero, dada la naturaleza de riesgo del mismo. En segundo lugar, se entendió que el banco no se había ajustado al mandato establecido en el contrato de gestión de cartera. Por consiguiente, se declaró que la entidad de crédito se extralimitó en el mandato otorgado mediante el contrato de gestión de carteras. No obstante, el Juzgado no condenó en costas al banco debido a la complejidad del asunto.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la entidad financiera, en el cual se argumentaba que:

1. No podía estimarse la pretensión de la demanda, puesto que se había ejercitado una acción de incumplimiento del contrato en vez de nulidad. Consecuentemente, al no declararse la nulidad del referido negocio jurídico y ser la obligación del banco en virtud del mismo de actividad y no de resultado, no podía imputarse responsabilidad alguna a la entidad financiera por el perjuicio sufrido por los actores en la inversión. Máxime cuando los demandantes habían suscrito otro producto de la misma naturaleza del litigioso, que seguía plenamente vigente y sobre el que no habían formulado reclamación alguna.

2. Que el banco no pudo prever la quiebra de la entidad emisora, ya que las calificaciones de rating que emitían las correspondientes agencias eran positivas y en modo alguno presagiaban lo que finalmente aconteció. Con base en el anterior razonamiento se sostenía que no podía declararse incumplimiento alguno de las obligaciones de la entidad financiera, puesto que los daños se habían originado

por un hecho externo y ajeno a la entidad bancaria, que no era en modo alguno previsible para ella.

3. Que además de haberse cumplido el deber de información, el perfil de los demandantes impedía que la supuesta falta de información hubiera provocado el daño, puesto que ellos necesariamente debían conocer los aspectos sobre los que pretendidamente no se les había informado. A su vez, se alegaba que los actores podrían haber evitado el daño sufrido, al efectuar la contratación asistidos de un asesor y dirigir uno de los demandantes un grupo empresarial.

4. Los actores necesariamente tenían que conocer el producto, ya que habían adquirido otras participaciones preferentes sobre las que no se declaraba incumplimiento alguno en la sentencia recurrida.

5. No puede producirse incumplimiento alguno, puesto que no era aplicable la normativa MIFID⁵ (y más concretamente la Ley 47/07⁶) porque tal regulación (que no contempla una eficacia retroactiva) no estaba vigente en el momento de la contratación del producto litigioso. En este sentido, se alegaba que el hecho de que el contrato no indicara que el producto adquirido eran las participaciones preferentes de Lehman no constitúa un incumplimiento del deber informativo, porque la designación del mismo en el contrato se realizaba de manera genérica. Del mismo modo, se sostenía que tampoco se había producido un incumplimiento de la comentada obligación informativa por la falta de entrega a los actores de un folleto sobre las participaciones preferentes, puesto que el mismo no existía, ni constaba en la CNMV⁷ ni en el Banco de España, por estar emitidas las participaciones preferentes en el extranjero⁸.

Por la parte actora se impugnó el pronunciamiento relativo a las costas procesales, puesto que se entendía que la complejidad del asunto no constituía causa legal suficiente para no imponerlas a la parte vencida.

La sentencia de segunda instancia estimó el recurso de apelación planteado. Frente a la misma se interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. Los motivos del recurso de casación, respecto del cual se fija la doctrina que va a ser objeto de estudio, fueron:

- Que existió una extralimitación del banco en el mandato concedido por los demandantes, pues adquirieron un producto que no era acorde a su perfil.
- El inversor solo puede correr con los riesgos de la operación si ha sido informado de todos los extremos que pueden tener relevancia para el buen fin de la operación.

En el recurso extraordinario por infracción procesal se alegó la vulneración del artículo 217.7 de la LEC⁹, al haber aplicado incorrectamente las reglas sobre la carga de la prueba.

Esta cuestión excede el ámbito de análisis de este artículo. Por ello a estos efectos solamente interesa aclarar que el Tribunal Supremo desestimó el motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, puesto que en el caso analizado no cabía aplicar el citado artículo al existir en autos material probatorio suficiente sobre las cuestiones controvertidas¹⁰.

Con carácter previo al examen de la doctrina contenida en la Sentencia estudiada, conviene señalar que en la correspondiente instancia quedaron fijados los siguientes hechos probados:

- Los actores recibieron emails en los que se les ofrecía la información que solicitaron.

- En la adquisición estuvieron asistidos por el Sr. Simón, asesor de las empresas gestionadas por uno de los actores.
- Se recibió información tanto de la concreta adquisición de las participaciones preferentes como de su posterior evolución.
- Uno de los actores era empresario.
- Los demandantes habían contratado y conservado participaciones preferentes de otra entidad.

2. PRINCIPAL DOCTRINA CONTENIDA EN LA SENTENCIA

En este caso, el Tribunal Supremo empieza su argumentación determinando la relación contractual que une a las partes, así como el correspondiente deber de información que dimana de la misma. Tales aspectos son particularmente relevantes para esclarecer la existencia del supuesto defectuoso cumplimiento de la obligación informativa y la concurrencia de la alegada extralimitación en la ejecución del mandato.

En relación con la naturaleza contractual que vincula a las partes, el Alto Tribunal¹¹ concluye que se trata de un contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión contemplado en el artículo 37.1b de la LMV¹². En virtud de este negocio jurídico el banco se obliga a prestar al inversor servicios de gestión personalizada, profesional y remunerada sobre los valores integrantes de la cartera, cumpliendo determinadas exigencias reforzadas de profesionalidad, información, buena fe, imparcialidad y diligencia. Todo ello con arreglo al mandato conferido por el cliente. La gestión de la entidad financiera está encaminada a que el inversor obtenga una mayor rentabilidad en sus actuaciones dentro del mercado de valores¹³.

Sin embargo, habría que precisar que tal consideración parece que no puede extrapolarse de forma automática a todas las controversias sobre participaciones preferentes. Y ello se debe a que en un número significativo de casos, la inversión efectuada viene precedida de unos contratos que se titulan (y generalmente responden) al concepto de depósito y administración de valores¹⁴. Por esa razón, en tales contratos la entidad financiera no asume la gestión de la cartera del cliente, ni toma decisión alguna sobre su inversión, ni recibe retribución alguna por la supuesta gestión. En estos negocios jurídicos el banco solamente cumple las órdenes recibidas como comisionista, siendo depositario de los valores a los efectos legales oportunos¹⁵. Por lo tanto, parece que en esta clase de supuestos podría sostenerse que no existe un contrato de gestión de carteras, ni una relación de asesoramiento¹⁶ siempre que, siguiendo la doctrina establecida en la STJUE de 30 de mayo de 2013¹⁷, no haya una recomendación personalizada¹⁸. En este sentido conviene recordar que conforme a la sentencia citada, se entiende que concurre una recomendación personalizada cuando esta se dirige al cliente en su calidad de inversor o posible inversor, presentando el producto como conveniente para esa persona. Alternativamente, según la STJUE de 30 de mayo de 2013, también se estima que hay una recomendación personalizada cuando esta se basa en una consideración de las circunstancias personales del cliente.

Conforme a la STS de 18 de abril de 2013, el contrato de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión se basa principalmente en el mandato o la comisión mercantil. Este negocio jurídico se fundamenta en la confianza del cliente en el profesional del mercado de valores. Dicha confianza, como puede constatarse en este pronunciamiento judicial, resulta de especial importancia

para dirimir las correlativas obligaciones de las partes, así como la existencia de una posible responsabilidad de la entidad financiera¹⁹. A su vez, la confianza es especialmente relevante respecto a la determinación de la diligencia que debe desplegar el cliente en la contratación, con la consiguiente excusabilidad y potencial concurrencia del error²⁰.

Asimismo, en esta Sentencia el Alto Tribunal aclara que las normas reguladoras de este tipo de contratos establecen «principalmente aspectos jurídico-públicos relacionados con la actuación de las empresas que actúan en el mercado de valores, pero tiene incidencia directa en el contenido jurídico-privado del contrato en aspectos tales como imparcialidad y buena fe exigibles al profesional en su relación con la clientela, nivel de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, información que debe recabar de los clientes y que debe facilitar a los mismos»²¹. Es decir, el Tribunal Supremo muestra claramente su posicionamiento sobre el efecto de las normas de naturaleza administrativa que regulan el deber informativo en el ámbito privado de esta clase de controversias. A este respecto es preciso destacar que el Alto Tribunal sostiene la aplicación de la normativa MIFID al caso concreto. Lo cual puede resultar algo sorprendente, porque tal regulación no estaba traspuesta en el ordenamiento español cuando se adquirió el producto litigioso. Este pronunciamiento se fundamenta en la doctrina de la interpretación conforme del Derecho de la Unión Europea²².

A la hora de analizar la posible extralimitación en el mandato por parte del banco, el Tribunal Supremo comenta que «las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión desempeñan una función integradora del contenido del contrato» y que «por eso es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras, que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones generales referidas a dicho extremo y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información facilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida»²³. Lo cual parece redundar tanto en la existencia de la obligación de la mercantil comercializadora de valorar el perfil del cliente, como en la exigencia de un cumplimiento riguroso del deber de información, con independencia de si en el momento de la concreta contratación se había traspuesto la normativa MIFID.

También habría que destacar que con la afirmación reproducida el Alto Tribunal parece incorporar al contenido contractual las indicaciones del cliente sobre su perfil de riesgo y sus preferencias de inversión. Este aspecto puede ser importante para examinar la causalidad de un posible error en la contratación (ya que facilita su constatación), para evaluar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como para establecer la consecuente responsabilidad derivada de su incumplimiento. Así, el no seguimiento de las referidas instrucciones podría generar una responsabilidad por parte de la entidad financiera, tal y como sucede en la Sentencia estudiada.

En cuanto al concepto de participaciones preferentes, el Tribunal Supremo, siguiendo lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto 1310/2005²⁴, de 4 de noviembre, sostiene que son unos activos financieros susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera, que «dada su complejidad, solo son evaluables en aspectos tales como la rentabilidad, la liquidez y el riesgo por medio de un proceso informativo claro, preciso y completo»²⁵. De estas afirmaciones del Alto Tribunal puede inferirse que:

- El producto se puede vender a clientes minoristas, ya que «*es susceptible de tráfico generalizado e impersonal*». De hecho en el ordenamiento no parece haber ninguna prohibición en ese sentido. Sin embargo, muchas sentencias de Audiencias Provinciales declaran la existencia de responsabilidad o de error en la contratación, basándose prácticamente en esas dos circunstancias: la condición de cliente minorista y de consumidor²⁶.
- Es un producto complejo²⁷.
- La obligación informativa es muy relevante²⁸.
- La información debe versar principalmente sobre la rentabilidad, la liquidez y el riesgo²⁹.

Como previamente se ha comentado en este apartado, el Tribunal Supremo postula que las normas público-administrativas reguladoras del derecho de información de los clientes tienen eficacia en el ámbito privado. A este respecto la Resolución estudiada precisa que tal eficacia supone un elevado estándar en el cumplimiento del referido deber informativo, puesto que el mismo se rige por la citada normativa³⁰. Consecuentemente, en esta Sentencia se declara que las normas administrativas fijan el patrón para medir el cumplimiento de la obligación de informar. Asimismo, en esta Resolución se establece que el incumplimiento de tal deber informativo constituye título suficiente para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

A estos efectos se podría cuestionar si el perfil de los demandantes, que según los hechos probados parece ser relativamente alto³¹, podría influir en el grado de información que tiene que suministrar la entidad financiera³², así como en la correlativa determinación del posible incumplimiento del deber de informar. No obstante, en este caso el Alto Tribunal no se pronuncia sobre este aspecto, estimando que la obligación de informar se ha infringido (y con ello se ha originado la consecuente responsabilidad) porque:

- No se informó al cliente sobre la contradicción entre su perfil y el producto adquirido, no siendo suficiente las «*vaguedades*» contenidas en la documentación contractual³³.
- La adquisición de las participaciones preferentes se realizó a iniciativa del banco³⁴.
- Los actores no habían tenido valores mobiliarios antes de la contratación de las participaciones preferentes que fueran gestionados por la entidad de crédito.
- Los correos electrónicos que constaban en autos no alertaban sobre la complejidad del producto y el riesgo que implicaba³⁵.
- El deber informativo es activo, no de mera disponibilidad, por lo que el ofrecimiento de suministrar la información que sea necesaria no es suficiente. A este respecto la Sentencia remarca que «*el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. Al cliente que ha comunicado al profesional que desea inversiones con un perfil de riesgo muy bajo no puede perjudicar que no haya indagado sobre el riesgo que suponían los valores cuya adquisición le propone dicho profesional, porque no le es jurídicamente exigible*³⁶.
- Para determinar el incumplimiento y la correspondiente responsabilidad no es relevante la condición de empresario de uno de los demandantes, puesto que «*la actuación en el mercado de valores exige un conocimiento experto, que no lo da la actuación empresarial en un campo como el de los derribos*³⁷.

- «*El hecho que los codemandantes estuvieran acompañados por don Simón, asesor laboral y contable de las empresas de las que el codemandante era administrador, supone que la información que se les facilitó fuera suficiente. La condición de asesor laboral y contable de empresas de construcción que tenía este asesor no presupone conocimientos avanzados sobre los riesgos específicos de productos financieros y valores negociables complejos como los contratados por BBVA por cuenta de los demandantes y por tanto no exime a la empresa que opera en el mercado de valores de la obligación de facilitar una información completa, clara y precisa sobre este extremo*»³⁸. Por consiguiente, lo importante no es tanto la participación de un asesor del cliente en el proceso de adquisición del producto, sino el efectivo conocimiento que este tiene para poder desempeñar su labor. Consecuentemente, parece que se requiere que los bancos se cercioren de la real condición de asesor de quien asista al cliente para poder tener en cuenta este hecho de cara al cumplimiento de sus obligaciones y la correspondiente clasificación del cliente. Esta precisión del contenido de las obligaciones de las entidades financieras no tiene un sustento normativo claro. Además, la Sentencia no precisa cómo deben de proceder los bancos para comprobar la efectiva condición de asesor del cliente. Por consiguiente, podría plantearse si esta mayor exigencia puede constituir un menoscabo relevante de la seguridad jurídica³⁹. En cualquier caso, puede parecer razonable que la diligencia de un profesional en el cumplimiento de sus obligaciones con un consumidor requiera una cierta comprobación, sin dar simplemente por hecho determinadas circunstancias o hechos que pueden tener un correlativo efecto en la información que se le proporciona al cliente. Todo lo cual es claramente irrelevante cuando la entidad financiera ha cumplido estrictamente sus obligaciones con independencia de la existencia de un asesor o director financiero, que haya asistido al cliente en la particular operación.
- «*El hecho de que los demandantes hayan conservado participaciones preferentes de BNP adquiridas junto con las de Lehman Brothers, siendo cierto que supone un dato discordante en la solución del recurso, no puede por sí solo eximir de responsabilidad*»⁴⁰.

Como consecuencia de todo lo anterior, la Sentencia concluye que «*este incumplimiento grave de los deberes exigibles al profesional que opera en el mercado de valores en su relación con clientes potenciales o actuales constituye el título jurídico de imputación de la responsabilidad por los daños sufridos por tales clientes como consecuencia de la pérdida casi absoluta de valor de las participaciones preferentes de Lehman Brothers adquiridas*»⁴¹.

Otro aspecto interesante de la Resolución comentada es que confirma la no imposición de costas efectuada en primera instancia por la compleja situación fáctica y jurídica objeto del litigio, así como por la ausencia de una doctrina jurisprudencial consolidada en la materia⁴². En esta misma línea ya se habían producido algunos pronunciamientos previos en las Audiencias Provinciales⁴³. Esta posibilidad de aplicar la excepción al principio de vencimiento respecto a las costas en disputas de participaciones preferentes también lo había sugerido parte de la doctrina especializada⁴⁴. No obstante, actualmente cabe cuestionarse si existe doctrina jurisprudencial consolidada (con lo que no concurriría la segunda razón argumentada por la Resolución para aplicar la referida excepción), ya que se ha dictado una segunda sentencia por el pleno del Tribunal Supremo en relación con las controversias de participaciones preferentes⁴⁵.

En cualquier caso, la mayoría de las resoluciones de segunda instancia⁴⁶ y algún autor⁴⁷ siguen el criterio general del vencimiento en materia de costas para esta clase de litigios sobre vicios del consentimiento y responsabilidad contractual o extracontractual respecto a productos financieros, y más concretamente, sobre participaciones preferentes.

Sin embargo, parece que el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en esta Sentencia al amparo del artículo 394 de la LEC podría aplicarse a otros procesos judiciales sobre participaciones preferentes, siempre que se pueda apreciar en el caso concreto:

- Unas serias dudas de hecho debido a declaraciones completamente contradictorias de los testigos (y en su caso de las partes si se practica su interrogatorio) sobre hechos especialmente relevantes sobre los que no hay otro tipo de prueba, como la información verbal.
- Haya cuestiones puramente jurídicas en el caso sobre las que exista jurisprudencia contradictoria. En este sentido puede apreciarse cómo entre las dos sentencias del Tribunal Supremo que han recaído en la materia pueden encontrarse algunas contradicciones claras⁴⁸, como la relativa a la aplicación de la normativa MIFID antes de su trasposición, y otras más sutiles, que puede que sean consideradas como pequeñas inconsistencias derivadas de las particularidades de cada caso: la interpretación de los hechos de la experiencia del cliente en la contratación del mismo producto y en otros de alto riesgo, la participación de un asesor en la adquisición de las participaciones preferentes o la condena en costas.

Sin perjuicio de lo anterior, también pueden identificarse otra serie de aspectos jurídicos sobre los que, en ausencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay pronunciamientos contradictorios de Audiencias Provinciales. A modo de ejemplo, porque el tema de los diversos posicionamientos de jurisprudencia menor será desarrollado en otro epígrafe⁴⁹, podría señalarse la existencia de una relación de asesoramiento cuando se comercializan las participaciones preferentes⁵⁰. A este respecto no puede olvidarse que el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento de la obligación de asesorar puede generar el deber de indemnizar el daño⁵¹. A su vez, el incorrecto asesoramiento puede causar, o al menos contribuir, a la concurrencia de un vicio en el consentimiento. Por lo tanto, siempre que la cuestión sobre la que recaiga jurisprudencia menor contradictoria sea realmente sustancial para resolver la controversia particular, podría no condenarse a las costas con base en el argumento expuesto.

III. STS DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2014

1. ANTECEDENTES DEL CASO

Este litigio tuvo su origen en una demanda interpuesta por una persona física y una persona jurídica (que había sido representada por la otra demandante en las contrataciones litigiosas), en virtud de la cual se solicitaba la nulidad de la compra de unas acciones preferentes⁵² de un banco islandés que devino en insolvencia. En concreto, se instaba la nulidad de 4 operaciones de adquisición de las referidas acciones preferentes. Dos de ellas habían sido contratadas por la persona física por importe de 439.901,60 euros el 30 de marzo de 2006 y el 9

de mayo de 2007. Correlativamente, la mercantil representada por ella adquirió dicho producto en dos ocasiones en las mismas fechas por una cantidad total de 1.603.378,78 euros.

En la demanda se solicitaba, con carácter principal y como consecuencia de la nulidad instada, la restitución de las mencionadas cantidades con deducción de los importes cobrados por la entidad financiera en concepto de comisiones, gastos de custodia y otros gastos. Los actores, como consecuencia de la devolución recíproca que implicaría la declaración de nulidad, entendían que de la cantidad que se les debía abonar también debían darse los intereses trimestrales cobrados.

Asimismo se instaba la condena de daños y perjuicios⁵³. La pretendida declaración de nulidad se basaba en la concurrencia de un alegado vicio en el consentimiento, que había sido provocado por el engaño y la ocultación de información de la entidad financiera según la demanda⁵⁴.

Tras la correspondiente contestación a la demanda, en la que se instaba la íntegra desestimación de las pretensiones de las actoras con la consiguiente condena en costas, se dictó la sentencia de primera instancia por la que se desestimaba la demanda. Tal pronunciamiento se fundamentaba principalmente en que la persona física tenía un perfil de inversor de riesgo, con experiencia en la contratación de productos de inversión de riesgo, como las participaciones preferentes adquiridas el año 1999. A su vez, la resolución de primera instancia declaró que las demandantes fueron informadas de las características de las participaciones preferentes antes de su contratación, por lo que consideró que no podía existir error por desconocimiento de los riesgos que se asumía con la inversión⁵⁵.

La referida sentencia fue recurrida por las actoras. La Audiencia Provincial desestimó el recurso. Este tribunal entendió que la naturaleza jurídica de la relación contractual que mediaba entre las partes respondía a la categoría de «*contrato unificado de productos y servicios financieros*», sin que existiera asesoramiento financiero ni gestión discrecional de carteras. En este sentido, puede apreciarse cómo la configuración de la relación es distinta de la existente en la STS de 18 de abril de 2013, en la que se sostuvo que había una gestión discrecional de carteras cuando se adquirieron las participaciones preferentes⁵⁶. La resolución de segunda instancia declara que la persona física era una inversora que tenía unos conocimientos técnicos y financieros muy elevados, debido a su experiencia contratando productos de gran rentabilidad y, consiguientemente, de riesgo desde el año 1999. En este sentido, la Audiencia Provincial también destaca para mantener tal conclusión la adquisición de participaciones preferentes previa a la contratación litigiosa, así como que las inversiones controvertidas fueran realizadas con la asistencia de un asesor financiero. La sentencia concluye que las demandantes recibieron información verbal suficiente para conocer las características de la inversión y sus riesgos. Como consecuencia de lo anterior, el referido tribunal rechazó la pretensión de que concurriera un error en el consentimiento⁵⁷.

La representación de las actoras presentó recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al supuestamente haber incurrido la sentencia de segunda instancia en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta la decisión. El comentado error se refiere a que la resolución recurrida nada señala, ni valora, acerca de la pretendida vulneración del orden público que constituye la perpetuidad de las participaciones preferentes⁵⁸.

De forma sintética, ya que dicha materia no es objeto de análisis en este trabajo, puede señalarse que el recurso fue desestimado porque el carácter perpetuo de las participaciones preferentes que supuestamente determina la nulidad del negocio, es una cuestión de valoración jurídica que debe plantearse y resolverse mediante un recurso de casación⁵⁹.

También se interpuso recurso de casación alegando dos motivos. En el primero se denunciaba la infracción del artículo 1300 del CC⁶⁰, en relación con los preceptos 1255, 1275 y 1261 del CC, por cuanto los contratos concertados a perpetuidad son pretendidamente nulos por ser contrarios al orden público. En el segundo motivo se sosténía que la falta de información constitúa una vulneración de diversa normativa. Asimismo, se alegaba que tal incumplimiento había causado un vicio en el consentimiento de las actoras⁶¹.

A estos efectos resulta de interés identificar los hechos relevantes acreditados en la instancia⁶²:

- La persona jurídica demandante era propietaria de una galería dedicada a la explotación de actividades relacionadas con el arte.
- La administradora única de dicha sociedad era la persona física que también demanda.
- Tanto la mercantil como su representante legal habían sido clientes del departamento de banca privada de la entidad financiera desde el 28 de julio de 1988.
- Ambas actoras poseían una importante cartera de valores.
- A finales de la década de los años 90, cuando la rentabilidad de los productos a plazo fijo comenzó a mermar, la persona física empezó a invertir mayoritariamente en productos financieros más complejos, de tal forma que solía escoger inversiones que tenían mayor pago de dividendos o cupones.
- Desde 1999, tanto la persona física como la jurídica habían invertido en varias ocasiones en participaciones preferentes. Por lo tanto, las dos actoras tenían experiencia en la contratación y comportamiento del referido producto antes de que dirigieran a la entidad financiera demandada las órdenes de compra litigiosas de las participaciones preferentes del banco islandés.
- Las órdenes de compra se efectuaron por las demandantes los días 30 de marzo de 2006, 9 de mayo de 2006 y 19 de julio de 2007. En total, las órdenes de compra de las participaciones preferentes adquiridas por la representante legal sumaban 439.901,60 euros. Las contratadas por la mercantil ascendían a un importe total de 1.603.378,80 euros.
- Con anterioridad a la formalización de las órdenes de compra cuya nulidad se pide, el banco demandado había realizado una presentación a las actoras sobre diferentes ofertas de emisiones de acciones preferentes. Las demandantes optaron por la que tenía mayor pago de dividendo o cupón, que concretamente era del 6,25%. Además, antes de contratar, las actoras tuvieron acceso a la información suministrada por las agencias de rating Fitch Ratings y Moody's Inversores sobre el banco islandés emisor del producto litigioso. Tal entidad gozaba en aquel momento de una imagen de solvencia y de gran rentabilidad en el mercado.
- La persona física tenía conocimientos financieros muy elevados. En diciembre de 2007, a la vista del contenido de su cartera, la entidad de crédito consideró que el perfil de inversión de la representante legal de la mercantil demandante era de riesgo avanzado. Así se le comunicó en una carta en la

que, además, se le comentaba que podía indicar su discrepancia con dicha clasificación. La actora no manifestó nada en contra.

- Las demandantes, a la hora de realizar sus inversiones, contaban con la asistencia de un asesor contable y financiero de su confianza distinto del banco comercializador.
- Las actoras recibieron los correspondientes intereses del producto litigioso hasta septiembre de 2008.
- Como consecuencia de su insolvencia el banco islandés emisor fue intervenido en noviembre de 2008. Por esa razón las participaciones preferentes dejaron de abonar intereses. La entidad financiera demandada comunicó esta situación a las demandantes ese mismo mes.

2. PRONUNCIAMIENTOS MÁS IMPORTANTES DE LA RESOLUCIÓN

Como previamente se ha expuesto⁶³, esta Sentencia dictada por el pleno del Alto Tribunal trata fundamentalmente dos cuestiones (sin perjuicio de otros aspectos colaterales que analiza para resolver la disputa): la posibilidad de que el contrato de adquisición de participaciones preferentes sea nulo de pleno derecho por ser contrario al orden público debido al carácter perpetuo del producto y la potencial concurrencia de un vicio en el consentimiento. No obstante, la doctrina contenida en esta Resolución es especialmente interesante no solo por provenir del pleno, sino también porque aclara otra serie de temas que a continuación se explicarán.

En primer lugar, cabría destacar que en esta ocasión el Tribunal Supremo proporciona una definición completa de este producto en la Sentencia. Tal noción es consistente con la previamente postulada por la doctrina⁶⁴, la jurisprudencia⁶⁵ y la CNMV⁶⁶. Por lo tanto, se desarrolla el concepto esbozado en la STS de 18 de abril de 2013⁶⁷. En concreto el Alto Tribunal comenta que⁶⁸:

«Las participaciones preferentes son valores atípicos de carácter perpetuo, que contablemente forman parte de los recursos propios de la sociedad que los emite, pero no otorgan derechos políticos al inversor y sí una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios. Esta remuneración se asemeja, de un lado, a la renta fija porque está predeterminada y no es cumulativa, y de otro de la renta variable en la medida que depende de la obtención de suficientes beneficios.

El reseñado carácter perpetuo no impide que la entidad emisora se pueda reservar el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor.

De este modo, las participaciones preferentes, que cuando son emitidas por sociedades extranjeras, como es nuestro caso, suelen denominarse «acciones preferentes», vienen a ser un «híbrido financiero», pues combinan caracteres propios del capital y otros de la deuda.

(...) debemos destacar que la participación preferente no atribuye derecho a la restitución del valor nominal, por lo que puede hablarse de un valor potencialmente perpetuo o sin vencimiento, ya que en su regulación dispone de forma imperativa que el dinero captado por la entidad emisora debe estar invertido en su totalidad y permanentemente en la entidad o en su dominante, de manera que quede directamente afecto a los riesgos y a la situación financiera de la entidad. Propiamente, la participación preferente no atribuye un derecho de crédito contra la entidad emisora para la restitución del valor nominal invertido. De tal forma que la liquidez de la participación preferente solo puede producirse mediante su venta en el mercado secundario de valores en el que cotiza».

Consecuentemente, según la noción proporcionada por el Tribunal Supremo podemos concluir que las participaciones preferentes se caracterizan por:

- a) Ser valores atípicos que únicamente otorgan una retribución fija condicionada a la obtención de beneficios por parte del emisor del valor.
- b) No conceder derechos políticos al inversor.
- c) Tener carácter perpetuo.
- d) Integrar los recursos propios del emisor.
- e) Poderse amortizar unilateralmente por la entidad emisora siempre que cuente con la previa autorización del organismo supervisor. Lo cual tiene lugar mediante la correspondiente compensación al titular del valor⁶⁹.
- f) No proporcionar un derecho de restitución del nominal invertido.
- g) La liquidez del producto reside exclusivamente en la posibilidad de transmitir el valor dentro del mercado en el que cotice.

El Alto Tribunal a la hora de exponer tales aspectos no menciona ninguna causa de invalidez o ilegalidad dentro de los mismos. Aunque solo se pronuncia expresamente sobre la alegada infracción del orden público por el carácter perpetuo del producto, sosteniendo su validez porque «viene configurada legalmente como una garantía, frente a terceros que contratan con el banco o la entidad que las emite, de la estabilidad de sus fondos propios, y en esto se asemejan al capital, sin perjuicio de la posibilidad de que se amorticen. Desde esta perspectiva, quien suscribe las participaciones preferentes viene a tomar una posición similar al titular de las acciones o participaciones sociales, aunque no tiene la condición de socio y por ello carece de derechos políticos. En cualquier caso, como le ocurre a los socios, carece de un derecho frente a la sociedad para que le devuelva el importe de sus participaciones»⁷⁰.

Es decir, que el Alto Tribunal declara que esta configuración legal de perpetuidad, similar a las de las acciones, constituye una excepción a la prohibición jurisprudencial de perpetuidad, que impide que pueda sancionarse su comercialización con la nulidad⁷¹. No conviene olvidar que, a pesar de la repulsa general de nuestro ordenamiento jurídico respecto a las obligaciones de carácter eterno⁷², no es infrecuente la existencia y validez de contratos mercantiles con una duración indefinida (que habitualmente incorporan un correlativo derecho de desistimiento⁷³), como sucede por ejemplo con el contrato de agencia⁷⁴. Esta ausencia de contravención del orden público parece coherente con el principio de seguridad jurídica, puesto que se ha legislado, comercializado y operado con este producto durante décadas con esas características sin que se haya cuestionado su validez. Todo ello sin perjuicio de la tradicional interpretación restrictiva del orden público que suele regir en materia de invalidez de contratos⁷⁵.

Otra cuestión interesante abordada en la Sentencia es el régimen aplicable a estos instrumentos financieros. Además de aclarar que las participaciones preferentes se hallaban reguladas⁷⁶ en la Ley 13/1985⁷⁷ y la Ley 19/2003⁷⁸, precisa que la normativa MIFID entró en vigor el 17 de febrero de 2008, por lo que no se puede entrar a valorar una pretendida vulneración de dicha regulación para un producto que se contrató antes de la mencionada fecha. Lo cual parece coherente con la postura mantenida anteriormente en la STS de 17 de febrero de 2014⁷⁹, pero contradictorio con lo postulado en la STS de 18 de abril de 2013⁸⁰. De hecho, la aplicación temporal de la referida normativa fue comentada por la doctrina⁸¹ debido a los diferentes posicionamientos que estaban adoptando los juzgados y los tribunales al respecto⁸². Y es que no es infrecuente que se alegue

la infracción de la regulación MIFID con independencia de la fecha de contratación del producto litigioso. Sin embargo, no parece acorde con la jurisprudencia expuesta del Tribunal Supremo, ni con los principios generales del Derecho de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales⁸³, de seguridad jurídica⁸⁴ y de seguridad del tráfico jurídico⁸⁵ exigir el cumplimiento de una normativa antes de su entrada en vigor⁸⁶. Por lo tanto, la STS de 8 de septiembre de 2014 parece desechar (aunque sea tácitamente) el pretendido efecto directo de las directivas MIFID. Este pronunciamiento parece acertado, puesto que la comercialización de participaciones preferentes por un banco a un consumidor no se produce dentro de una relación vertical, tal y como tradicionalmente ha exigido la jurisprudencia⁸⁷ y la doctrina⁸⁸ para otorgar tal efecto directo. No obstante, siguiendo alguna sentencia que se ha dictado en la materia, parece que podría plantearse la posibilidad de postergar la eficacia de la mencionada regulación MIFID al 21 de junio de 2008, en virtud de la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007⁸⁹ y de la disposición final cuarta del Real Decreto 217/2008⁹⁰. Y es que en caso contrario parece que no se respeta el plazo de 6 meses que se concedió expresamente a las entidades que prestaban servicios de inversión para adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos a lo dispuesto en la citada regulación, ya que se les estaría exigiendo su cumplimiento antes de que transcurriera dicho plazo.

También conviene resaltar que el Tribunal Supremo desliga claramente esta pretendida vulneración del orden público de la posible invalidez del negocio por un abuso en la comercialización que pueda causar un vicio en el consentimiento⁹¹.

Este motivo del recurso de casación estaba sustentado en un alegado incumplimiento de la normativa, que supuestamente originó que las actoras desconocieran el riesgo que asumían al adquirir el producto. Según esta argumentación del recurso, las demandantes pensaban que obtendrían el reintegro del dinero invertido en un periodo máximo de 5 años desde su contratación⁹². A estos efectos puede señalarse que esta es una alegación típica en los litigios sobre participaciones preferentes.

Debido a la comentada formulación del recurso, el Alto Tribunal precisa que la disputa no versa sobre el contenido de la orden de compra, sino sobre la posible concurrencia de un defecto de información que haya podido viciar el consentimiento⁹³. Por lo tanto, el Tribunal Supremo parece disociar (al menos en parte) el supuesto incumplimiento de la normativa que regula la contratación (en este caso, por la pretendida deficiencia del contenido de la orden de compra) del alegado error en el consentimiento que supuestamente ha sido causado por una supuesta infracción del deber informativo⁹⁴.

Esta matización es relevante en un doble sentido. En primer lugar, porque como ha indicado el Tribunal Supremo⁹⁵ y la jurisprudencia menor⁹⁶ en controversias similares, la vulneración de la norma (incluso de la regulación relativa al deber informativo) no tiene que implicar de manera automática la concurrencia de un vicio en el consentimiento. Sin perjuicio de que alguna infracción de la normativa, como la ausencia de cumplimentación del test MIFID, permita establecer una presunción de que se ha producido un vicio en el consentimiento⁹⁷. La comentada postura parece acertada por cuanto la efectiva existencia del mismo debe depender de la presencia de sus correlativos elementos (básicamente esencialidad y excusabilidad conforme a los arts. 1265 y sigs. del CC⁹⁸). Lo cual presupone que determinadas características de la contratación o de sus sujetos pueden impedir la concurrencia del error, a pesar de que se haya producido el mencionado incum-

plimiento normativo (y más particularmente un defecto informativo⁹⁹). De hecho, como posteriormente se explicará, eso es lo que sucede en el caso analizado.

En segundo lugar, tal precisión es importante puesto que tanto los cauces como los efectos y requisitos del cumplimiento regulatorio y del vicio en el consentimiento son distintos. Así, si se analiza meramente la contravención normativa, habrá que determinar los efectos de la vulneración según lo establecido en dicha regulación. También habrá que valorar la posible aplicación del artículo 6.3 del Código Civil con la consecuente nulidad radical¹⁰⁰. Pero si se alega la existencia de un vicio en el consentimiento, habrá que ejercitarse una acción de anulación, con el consiguiente examen de la concurrencia de sus elementos. Consecuentemente, son acciones diferentes con requisitos distintos para su estimación, por más que el supuesto de hecho del error se base (al menos en parte) en una infracción del deber informativo.

Dentro del estudio de la normativa aplicable para determinar la posible concurrencia del error en el consentimiento, el Alto Tribunal efectúa otra declaración de especial interés: la ausencia de obligación de entrega del folleto informativo del producto al cliente bajo la regulación premifid¹⁰¹. Asimismo, la Sentencia aclara que dicha obligación sí existe desde el momento que la referida normativa fue traspuesta, resultando aplicable el artículo 79 bis de la LMV.

En línea con lo sostenido en otros pronunciamientos previos¹⁰², el Tribunal Supremo resalta la importancia del deber de información en la comercialización a clientes minoristas bajo la regulación premifid (como consecuencia de las exigencias de la buena fe), teniendo que informar antes de la contratación del instrumento financiero de los riesgos que el mismo comporta, así como de sus aspectos fundamentales. A este respecto parece incrementar el grado de diligencia en el cumplimiento de esta obligación (lo que parece lógico al tratarse de un profesional prestando un servicio a un consumidor) al señalar que «*las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto*»¹⁰³.

En este sentido, también se debe indicar que el texto reproducido parece dotar (al menos en parte) de cierto contenido de asesoramiento a la obligación informativa, ya que exige ayudar al cliente a interpretar la información y a tomar una concreta decisión de inversión. Lo cual, si bien no se ajusta exactamente al concepto de asesoramiento expuesto en la STJUE de 30 de mayo de 2013¹⁰⁴, sí parece encuadrarse dentro de la noción comúnmente aceptada de asesorar¹⁰⁵.

Una vez determinado el régimen aplicable y sus concretas obligaciones, el Tribunal Supremo, sin llegar a precisar si en este caso considera incumplido el deber informativo¹⁰⁶, desestima la pretensión de la concurrencia del error al considerar que el mismo debe ser calificado en todo caso de inexcusable, debido a que:

- a) La persona física que contrata las participaciones preferentes en su propio nombre y en el de la mercantil «*tenía un perfil de inversora de riesgos avanzado, equivalente al de inversor profesional*»¹⁰⁷.
- b) La demandante persona física «*estaba desde 1999 familiarizada con los productos de mayor rentabilidad y, consiguientemente, de mayor riesgo*»¹⁰⁸. A estos efectos es interesante recordar que los productos litigiosos se adquirieron en los años 2006 y 2007¹⁰⁹. Dentro de esa experiencia inversora previa también se encontraban otras participaciones preferentes¹¹⁰. En

cualquier caso, el Alto Tribunal a la hora de desestimar la pretensión de la concurrencia del error parece centrarse en la contratación de productos de mayor rentabilidad y riesgo, sin aludir expresamente a la tenencia anterior del mismo producto. En este sentido, esta Resolución parece asociar en cierta medida el conocimiento del riesgo con la mayor rentabilidad del instrumento financiero¹¹¹. Lo cual es coherente con lo sostenido por el Tribunal Supremo en otros pronunciamientos¹¹² y parece lógico, porque generalmente el riesgo se retribuye con una mayor rentabilidad.

- c) El elevado importe de la inversión realizada¹¹³. En este caso un total de 2.043.280,40 euros (439.901,60 euros la persona física y 1.603.378,80 euros la persona jurídica). Este criterio de inexcusabilidad ya había sido apuntado previamente por alguna sentencia de las Audiencias Provinciales¹¹⁴.
- d) El haber efectuado la contratación contando con la asistencia de un asesor financiero propio¹¹⁵. Este hecho ya había sido tenido en cuenta por los tribunales para analizar la concurrencia del error¹¹⁶, aunque no siempre acababa siendo determinante¹¹⁷.

Aunque el Alto Tribunal únicamente alude a estos factores, siguiendo el criterio mantenido por parte de la jurisprudencia menor que ha resuelto disputas similares, en este caso también podría plantearse el efecto que en la controversia tendría las explicaciones verbales¹¹⁸, el contenido de la documentación contractual¹¹⁹, el largo periodo de tiempo que se vivió en el error¹²⁰ o el hecho de que este se hubiera padecido en cuatro ocasiones¹²¹.

Nótese que a pesar de la razonabilidad que puede haber en los parámetros expuestos, así como de la aparente rotundidad de la declaración de inexcusabilidad del error¹²², el Tribunal Supremo estimó la concurrencia de responsabilidad por incumplimiento del deber informativo y extralimitación del mandato en la Sentencia previamente estudiada de 18 de abril de 2013, en la cual había unos hechos declarados probados muy similares¹²³.

A su vez, conviene destacar que la Sentencia parece exigir una mayor concreción en la determinación de la concurrencia del error¹²⁴. Criterio que también se ha seguido por ejemplo respecto a las alegaciones de nulidad por incumplimiento de la obligación informativa¹²⁵.

IV. REFLEXIÓN SOBRE LAS SENTENCIAS ESTUDIADAS Y EL POSICIONAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA MENOR RELATIVA A LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

Las dos resoluciones comentadas tienen un alto interés por haber sido dictadas por el pleno del Alto Tribunal y porque puede entenderse que ya hay jurisprudencia en sentido estricto, en relación con las cuestiones en las que ambas sentencias se pronuncian de igual manera¹²⁶.

Sin embargo, tal y como se ha expuesto, parece que no son muchos los pronunciamientos coincidentes entre ambas. De hecho, estos parecen ceñirse al concepto de participación preferente, a la exigencia de un deber informativo activo y elevado para las entidades comercializadoras (que incluye informar sobre las características del producto y su riesgo), la necesidad de tener en cuenta el perfil del cliente en la comercialización antes de la trasposición de la normativa MIFID en España¹²⁷ y la obligación de informar al cliente mientras se mantiene el producto en su cartera¹²⁸.

Como previamente se ha apuntado, las resoluciones estudiadas también contienen una serie de pronunciamientos inconsistentes, o cuanto menos dispares entre sí. Evidentemente, el hecho de que el resultado final en cada caso sea distinto no es excesivamente significativo, ya que mientras en un caso se analiza la responsabilidad de la entidad financiera en la comercialización y ejecución de un contrato de gestión discrecional de carteras¹²⁹, en el otro se resuelve principalmente una acción por vicio en el consentimiento respecto a una adquisición, que según la sentencia de segunda instancia (que no es modificada en este aspecto por la resolución del Tribunal Supremo) tiene lugar en virtud de un contrato unificado de productos y servicios en el que no hay asesoramiento ni gestión discrecional de carteras¹³⁰. Además, las circunstancias particulares de cada caso pueden y deben originar una solución concreta en litigios sobre responsabilidad o error en el consentimiento. Lo que permite que pueda producirse un resultado final diferente en relación con las anteriores sentencias dictadas en la materia. Así, la inexcusabilidad del error o la condena en costas pueden variar en función de las especificidades del pleito.

Sin embargo, sí hay pronunciamientos que exceden del ámbito particular del caso y que parecen contradictorios entre sí, como sucede con el relativo a la aplicación de la normativa MIFID antes de su trasposición (con la consecuente falta de obligación de entregar el folleto informativo del producto). Y otros que pueden parecer algo diferentes, como ocurre con la valoración jurídica de la participación de un asesor del cliente en la comercialización. En efecto, en un caso se indaga sobre su verdadero conocimiento en la materia para descartar su relevancia y en otro no se efectúa dicha concreción, resultando la asistencia del asesor determinante para declarar la inexcusabilidad del error.

Con independencia de la interesante doctrina contenida en ambas sentencias, lo cierto es que sigue habiendo multitud de cuestiones jurídicas recurrentes en este tipo de litigios que no han sido resueltas por el Alto Tribunal. Dentro de las mismas, se podrían destacar las siguientes:

1. LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA ENTIDAD COMERCIALIZADORA Y EL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO DEL EMISOR DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

En un número relevante de casos, el emisor es una persona jurídica distinta del comercializador¹³¹ (a veces incluso completamente ajena al grupo empresarial del demandado¹³²). Como consecuencia de lo anterior, en estos procesos a veces se plantea la excepción de falta de legitimación pasiva al amparo del artículo 10 de la LEC¹³³ o la concurrencia de un litisconsorcio pasivo necesario en virtud del precepto 12.2 de la LEC.

La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales¹³⁴ que han resuelto esta cuestión, como la SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 2 de diciembre de 2013¹³⁵, han desestimado la excepción de falta de legitimación por considerar que la naturaleza de la compraventa del título es compleja, implicando una serie de obligaciones por parte del comercializador que han sido transgredidas y que han motivado la concurrencia del error. En este sentido, parece difícil que la entidad comercializadora no esté legitimada pasivamente en el pleito, debido a su frecuente amplia participación en los hechos del litigio y a su usual afectación por las consecuencias de la sentencia. Aunque algunas sentencias como la SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 24 de noviembre de 2014 así lo han entendido respecto a las acciones de nulidad y anulabilidad, cuando la entidad comercializadora no es parte del contrato. No obstante, esta resolución si estimó la concurrencia de

legitimación pasiva en relación a la acción indemnizatoria por la vulneración del deber informativo. Este criterio minoritario puede resultar acertado en los casos en que haya una efectiva autonomía entre el emisor y el comercializador del producto, sin que este último sea parte del contrato litigioso.

La misma suerte parece correr el planteamiento del litisconsorcio pasivo necesario bajo los argumentos previamente expuestos¹³⁶, por entenderse habitualmente que la sociedad emisora es instrumental de la comercializadora y que no se ha precisado suficientemente en la relación contractual que cada entidad es distinta y actúa en su propio nombre (sin perjuicio de la legitimación que puede derivarse de otros hechos, como la firma del contrato de depósito y administración de valores)¹³⁷.

No obstante lo anterior, en algunos casos podría argumentarse que hay un nexo inescindible, homogéneo y paritario entre los presentes y ausentes del proceso, que configura una comunidad de riesgo procesal con base en algunos hechos, como que el emisor del producto litigioso sea otra persona jurídica distinta, que el comercializador haya actuado realmente en todo momento como un mero intermediario y que la entidad emisora haya intervenido en los hechos que sustentan la demanda. En esos supuestos el emisor no solo podría tener un interés legítimo y directo en el pleito, dada su condición de entidad emisora del instrumento financiero, sino que además la nulidad pretendida comportaría la restitución de las contraprestaciones, debiendo el «*verdadero vendedor*» del producto litigioso (el emisor que integró el capital invertido en sus fondos propios) ser condenado por la correspondiente sentencia¹³⁸. Y es que en tales casos la entidad comercializadora en cumplimiento del mandato de orden de compra de las participaciones preferentes conferido al amparo del contrato de depósito y administración de valores, procede a abonar el capital invertido por el cliente a la entidad emisora (como sucede en la compra de cualquier valor en el mercado primario, o en el secundario, ingresando tal cantidad al anterior titular del valor adquirido). Por consiguiente, la entidad comercializadora en la mayoría de los casos no integra en su patrimonio (salvo provisionalmente y en la forma descrita) el referido capital, que debe ser objeto de restitución en caso de sentencia condenatoria. Nótese de manera análoga, el escaso sentido que tendría estimar acciones de nulidad o anulabilidad de un negocio jurídico instadas por un comitente frente a un comisionista, sin que intervenga en el proceso la parte que concluyó el contrato litigioso. Así, en procesos con supuestos similares no relativos a participaciones preferentes, las Audiencias Provinciales sí han estimado la concurrencia de un litisconsorcio pasivo necesario¹³⁹.

Consecuentemente, el posicionamiento más extendido de las Audiencias Provinciales estima con cierto automatismo que los comercializadores de las participaciones preferentes sí están legitimados, sin que concurra un litisconsorcio pasivo necesario respecto al emisor, incluso cuando el emisor y el comercializador son personas jurídicas distintas (y a veces completamente ajenas). Lo cual podría ser objeto de revisión y replanteamiento en supuestos en los que las acciones ejercitadas y la correspondiente condena de la futura sentencia, no derivan de obligaciones que son propiamente del comercializador y no existe una instrumentalidad entre el emisor y el comercializador.

2. EL CANJE DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y SU POSIBLE INCIDENCIA TANTO EN LA COMPETENCIA OBJETIVA COMO EN LA EXTENSIÓN DE LA NULIDAD

No es infrecuente que se plantea directamente la nulidad del canje forzoso¹⁴⁰ decretado por el FROB¹⁴¹. En otras ocasiones se insta indirectamente, como con-

secuencia de que pretendidamente el segundo negocio jurídico (el canje) tiene su origen en el primero (la adquisición de las participaciones preferentes)¹⁴².

En el primero de los casos comentados (con independencia de que pueda surgir la misma problemática en cuanto a la competencia de los juzgados de lo mercantil en controversias que versen sobre condiciones generales de la contratación¹⁴³), puede suscitarse la falta de competencia objetiva del orden civil para decretar la nulidad del acto administrativo dictado por el FROB, puesto que el artículo 72 de la Ley 9/2012¹⁴⁴, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito establece la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional para la impugnación de los actos y decisiones que haya adoptado el FROB en el marco de procesos de actuación temprana, reestructuración y resolución. Dentro de este marco se han dictado las resoluciones de canje forzoso.

Esta prescripción se confirma tanto por el hecho de que las resoluciones que acuerdan el respectivo canje también remiten a la jurisdicción contenciosa administrativa, como por el inicio de un proceso con tal objeto ante la Audiencia Nacional¹⁴⁵. Por consiguiente, nos encontraríamos ante una potencial falta de competencia objetiva que puede apreciarse de oficio y originar la nulidad de lo actuado según lo dispuesto en el artículo 48 de la LEC¹⁴⁶.

En estos casos, se han producido pronunciamientos dispares. Así, unas escasas resoluciones judiciales, como el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Oviedo de 18 de julio de 2013¹⁴⁷, han considerado que el canje es una operación independiente de la adquisición de las participaciones preferentes, por lo que la jurisdicción civil no es competente para declarar su nulidad.

Aunque parece que el criterio más compartido es el de estimar que sí hay competencia para decretar la nulidad del canje¹⁴⁸, tal y como se sostiene en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 22 de abril de 2014¹⁴⁹.

De manera similar, la mayoría de la doctrina¹⁵⁰ y de los órganos judiciales¹⁵¹, siguiendo lo señalado en la STS de 17 de junio de 2010, entienden que sí se puede declarar la nulidad del canje posterior, ya sea voluntario o forzoso, debido a que este último tiene su origen en la operación inicial de adquisición de las participaciones preferentes.

Consecuentemente, conforme al posicionamiento más extendido entre nuestros autores y tribunales, parece que aunque desde un punto de vista formal y teleológico de la Ley 9/2012 podría suscitarse la falta de competencia respecto al canje posterior, o incluso la independencia de ambas operaciones¹⁵² (con la consecuente exigencia de un análisis autónomo para declarar la nulidad de los distintos negocios jurídicos), hay que concluir que la jurisdicción civil es competente para declarar la nulidad del canje directa o indirectamente (estimando que el mismo tiene su causa en el negocio jurídico previo de adquisición del producto).

3. LA CADUCIDAD DE LAS ACCIONES POR VICIO EN EL CONSENTIMIENTO

Siguiendo la facilante jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia¹⁵³, la jurisprudencia menor que ha resuelto este tipo de controversias ha optado por estimar de forma mayoritaria que el plazo previsto en el artículo 1301 del Código Civil para ejercitarse la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento es de caducidad¹⁵⁴. Correlativamente, de manera minoritaria han considerado que se trata de un plazo sujeto a prescripción¹⁵⁵. Esta vicisitud tiene su relevancia por cuanto el plazo de caducidad excepcionalmente se suspendería (y se puede

apreciar de oficio), mientras que el plazo de prescripción (apreciable a instancia de parte) se interrumpiría, iniciándose de nuevo el cómputo del plazo de los 4 años¹⁵⁶. Según la jurisprudencia mayoritaria del Alto Tribunal¹⁵⁷ y la doctrina civilista¹⁵⁸, parece más acertado aplicar un plazo de caducidad por resultar más coherente con el carácter dispositivo de la acción de anulabilidad y con el principio de seguridad en el tráfico jurídico.

Aunque la doctrina no ha analizado con profundidad el efecto de la potencial interrupción o suspensión, en estos casos parece que esta debería tener lugar con la reclamación previa. En esos supuestos, parece que para ser coherentes con el principio de seguridad en el tráfico jurídico (que requeriría ser estrictos con los plazos para el ejercicio de anulación de los contratos, sin que estos puedan ampliarse fácilmente), debería proceder una suspensión del plazo que tendría lugar entre la reclamación y la resolución de la misma por el reclamado o el órgano al que vaya dirigido¹⁵⁹. Así el potencial demandado tendría un cierto incentivo para contestar a la reclamación o favorecer su resolución, sin que el transcurso del tiempo perjudicara a quién está intentando ejercitar sus derechos a través de estos mecanismos previos, en vez de mediante la interposición de la correspondiente demanda.

Por su parte, la interrupción únicamente procedería si se considerara que el plazo es de prescripción. En ese caso, parece que conforme al criterio expuesto el plazo debería reiniciarse con la resolución de la reclamación. Nótese que el problema de aplicar este criterio puede provenir de la falta de respuesta a la queja presentada. En ese supuesto, ante la ausencia de una normativa específica que resuelva tal cuestión, parece que podría aplicarse analógicamente el plazo de 6 meses establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992¹⁶⁰ para reiniciar el cómputo de la prescripción¹⁶¹. Por lo tanto, transcurridos dichos meses sin contestación, el plazo contemplado en el artículo 1301 del CC podría continuar o reiniciarse según lo previamente señalado.

La otra cuestión controvertida en relación con la aplicación del precepto 1301 del Código Civil a estos casos estriba en determinar cuándo empieza el cómputo del mismo. A este respecto el citado artículo¹⁶² establece literalmente que el plazo tiene que iniciarse desde la consumación del contrato. Por lo tanto, la controversia se centra en precisar cuándo se produce tal consumación. En ese sentido, un importante número de sentencias de las Audiencias Provinciales, siguiendo algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo¹⁶³, consideran que el plazo comienza a computarse cuando el contrato ha desplegado todos sus efectos¹⁶⁴. Según esta línea jurisprudencial, la caducidad difícilmente podría aplicarse a un producto generalmente perpetuo con efectos que se despliegan durante toda la vida del mismo, como sucede con la obligación de abonar la correspondiente rentabilidad cuando se cumplen las condiciones establecidas para ello. Por esta razón, para este sector jurisprudencial la consumación podría producirse (si acaso) cuando las participaciones preferentes han dejado de existir como consecuencia de su canje. Residualmente alguna sentencia aplicando este criterio ha entendido que la consumación tiene lugar en la fecha prevista para la amortización¹⁶⁵. Criterio particularmente controvertido, ya que la amortización está configurada como un derecho unilateral del emisor sujeto a la aprobación del organismo supervisor (y no como un hecho cierto que tendrá lugar en determinadas fechas).

Otra corriente jurisprudencial¹⁶⁶ ampliamente extendida (y seguida recientemente por el Alto Tribunal en la STS de 12 de enero de 2015) postula que el plazo debería empezar a computar desde que el cliente de la entidad financiera ha tenido conocimiento de su error en virtud del artículo 1969 del CC¹⁶⁷. Hecho que

habitualmente se asocia con el canje del producto (ya sea voluntario o forzoso) o con la ausencia de percepción de rentabilidad, puesto que tales acontecimientos suelen ser anteriores a la presentación de una queja al respecto.

Sin embargo, este posicionamiento parece cuestionable, al menos en determinados casos en los que debido al largo lapso de tiempo transcurrido desde la adquisición del producto¹⁶⁸, puede resultar poco realista que no se haya percibido el error tras años de ejecución de las participaciones preferentes con un funcionamiento muy distinto al producto con el que generalmente se alega la confusión (puesto que una imposición a plazo fijo tenía menos rentabilidad, se tenía que renovar tras su vencimiento, no llevaba aparejada la celebración de un contrato de depósito y administración de valores o la cumplimentación de un test MIFID¹⁶⁹). Además en esos casos podría contravenir el principio de seguridad del tráfico jurídico el hecho que se pueda ejercitar esta acción de anulación tras ese prolongado plazo de ejecución. A estos efectos es interesante recordar que también podría resultar de aplicación determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tiende a vincular la inexcusabilidad del error con el hecho de haber pervivido en el mismo durante un largo tiempo¹⁷⁰. Por lo tanto, podría parecer acertado el iniciar el cómputo del plazo desde que se tuvo conocimiento del error, pero no parece conveniente estimar con cierto automatismo que tal hecho tuvo lugar con el canje (que generalmente tuvo lugar en el año 2013) o con la ausencia de percepción de rentabilidad (que habitualmente aconteció en el año 2012).

A su vez, existe un posicionamiento minoritario dentro de las Audiencias Provinciales que estima que el plazo de caducidad empieza a computar en la fecha de celebración del contrato (porque parece que se entiende que en ese momento se consuma el contrato que se pretende anular)¹⁷¹.

Este criterio minoritario puede parecer el más acertado atendiendo al objeto de la pretensión que se suele ejercitar en estos procesos: la anulación por vicio en el consentimiento de la adquisición de las participaciones preferentes. Por consiguiente, la anulación no se predica del título (las participaciones preferentes o la obligación subordinada), que es lo que realmente seguiría generando una obligación para la entidad emisora de seguir abonando la rentabilidad (y correlativamente para la entidad depositaria y administradora de dichos valores de ingresarlos en su cuenta, pero en virtud de otro contrato autónomo al amparo del cual se pueden haber adquirido otros valores). Hecho que además puede ser de especial relevancia cuando la acción se dirige únicamente contra la mercantil que lo comercializó y que no es emisora del producto¹⁷². Y es que no tendría sentido que, por una obligación que es relativamente ajena al demandado (puesto que el abono de los intereses realmente lo efectúa el emisor), se pudiera ejercitar prácticamente *sine die* la acción por vicio en el consentimiento.

En cualquier caso, de la apuntada naturaleza de la operación que se pretende anular, se observa cómo la misma no es más que (a grandes rasgos) una compraventa de un valor. Consecuentemente, parece que como ocurriría con cualquier otro contrato de compraventa¹⁷³, la consumación del mismo debería tener lugar con la entrega del título (que suele ser muy próxima en el tiempo a la fecha de la orden de compra, pudiéndose entender que la misma se produce con la carga del importe de la inversión al cliente y con el correspondiente registro de dicho inversor como su titular).

En consonancia con lo previamente expuesto, se puede concluir que no hay consenso sobre la aplicación del precepto 1301 del Código Civil, habiendo resoluciones judiciales que entienden que se trata de un plazo de caducidad y otras de prescripción. El debate también se extiende a la forma de computar el plazo

de cuatro años, considerando la posición mayoritaria que el mismo debe iniciarse cuando se han cumplido todas las obligaciones relacionadas con las participaciones preferentes. Por dicho motivo, algunas sentencias asocian el artículo 1301 del CC con el 1969 del mismo cuerpo normativo, para sostener que el plazo empieza a computar desde que el cliente se percata de su pretendido error. Lo cual frecuentemente se vincula con el canje del producto o con la ausencia de rentabilidad. No obstante, hay un criterio minoritario que parece más acertado atendiendo a la naturaleza de compraventa del contrato litigioso, que mantiene que la caducidad de la acción comenzaría cuando se produce la entrega del título. Lo cual suele relacionarse con la fecha de adquisición del mismo.

Sin perjuicio de las cuestiones comentadas, no puede dejar de resaltarse que hay otra serie de elementos controvertidos en esta clase de disputas sobre los que también sería deseable que hubiera un pronunciamiento aclaratorio del Tribunal Supremo. En este sentido se pueden señalar la naturaleza de la responsabilidad que emana del incumplimiento del deber informativo precontractual¹⁷⁴, la existencia de una relación de asesoramiento cuando se comercializa este producto¹⁷⁵, el cálculo de la potencial indemnización en el supuesto de que exista responsabilidad¹⁷⁶, la posible aplicación del artículo 6.3 del Código Civil por la vulneración de las obligaciones normativas de las entidades financieras¹⁷⁷, la correcta aplicación del precepto 1303 del Código Civil en el caso de que se declare la nulidad¹⁷⁸, la posible aplicación de la doctrina de los actos propios a determinados hechos que usualmente concurren en estos litigios, como los años de ejecución percibiendo la rentabilidad sin quejas, la contratación reiterada del mismo producto e incluso la venta de las acciones recibidas en virtud del canje¹⁷⁹, la correcta determinación de la cuantía del proceso¹⁸⁰, la potencial indebida acumulación de acciones¹⁸¹ o el cálculo de los intereses previstos en el artículo 1108 del CC¹⁸².

V. CONCLUSIONES

Conforme se ha expuesto a lo largo de este estudio, de los pronunciamientos del Alto Tribunal analizados, así como de la jurisprudencia menor que ha recaído en controversias sobre participaciones preferentes, pueden inferirse las siguientes conclusiones útiles en relación con esta clase de disputas:

I. Las dos sentencias del Tribunal Supremo comentadas pueden considerarse como jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico en virtud del artículo 1.6 del Código Civil respecto a determinadas cuestiones.

Dentro de las mismas se encuentra la configuración del deber informativo de las entidades comercializadoras de las participaciones preferentes como una obligación activa, que incluye suministrar información sobre el riesgo y las características del producto, como su liquidez. A este respecto se precisa que no es suficiente el proporcionar de forma aseptica la información, puesto que hay que ayudar al cliente a interpretar dicha información y a tomar la decisión de inversión.

De la misma manera, aunque el contenido de ambas resoluciones no sea totalmente coincidente, parece que puede entenderse que ha sido confirmada jurisprudencialmente la concepción de este producto que utiliza habitualmente la CNMV y las Audiencias Provinciales. En este sentido resulta de especial relevancia la declarada falta de contravención del orden público por parte del carácter perpetuo de las participaciones preferentes. En consonancia con lo anterior, parece estimarse como válida la comercialización de este producto a inversores mino-

ristas, puesto que las participaciones preferentes son susceptibles de un tráfico generalizado e impersonal según la STS de 18 de abril de 2013.

II. También en virtud de la STS de 18 de abril de 2013 se reafirma la posibilidad de que de una incorrecta comercialización de estos valores, o de la extralimitación del mandato conferido en el contrato de gestión discrecional de carteras al amparo del cual se haya adquirido este producto, se derive la obligación de indemnizar los daños sufridos por el cliente. A su vez, conforme a la STS de 8 de septiembre de 2014 parece admitirse la posibilidad de que pueda existir un vicio en el consentimiento del cliente por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la entidad de crédito de su deber informativo. No obstante, el error puede considerarse inexcusable cuando concurren determinadas circunstancias como la experiencia previa en la contratación del producto litigioso u otros de riesgo, la intervención en la adquisición de un asesor del cliente, la inversión de una gran cantidad de capital o que el cliente tenga unos conocimientos elevados que permitan calificarlo como inversor profesional. Sin embargo, esas circunstancias pueden no resultar determinantes para declarar la responsabilidad de la entidad financiera. Especialmente si se vincula dicha responsabilidad a una extralimitación del mandato otorgado por el cliente dentro del contrato de gestión discrecional de carteras.

III. Según las sentencias estudiadas parece que la relación entre la entidad comercializadora y el cliente puede tener diversas naturalezas, como de simple administración y depósito de valores o de gestión discrecional de cartera. Como consecuencia de ello, las obligaciones del banco en uno y en otro caso no son las mismas.

IV. La STS de 8 de septiembre de 2014 clarifica que bajo la regulación pre-mifid las entidades comercializadoras no estaban obligadas a entregar el folleto informativo del producto, resultando tal aspecto irrelevante.

V. Se han producido pronunciamientos contradictorios del Alto Tribunal sobre la aplicación temporal de la normativa MIFID, entendiendo en ocasiones que debe tenerse en consideración tal regulación antes de su trasposición en España (STS de 18 de abril de 2013) y estimando en otros que no puede aplicarse antes de que entrara en vigor el Real Decreto 217/2008 (STS de 8 de septiembre de 2014). Es decir, el 17 de febrero de 2008.

VI. Todavía existen numerosas cuestiones jurídicas que se plantean con frecuencia en pleitos sobre participaciones preferentes respecto a las que hay jurisprudencia menor contradictoria. Por ello, resultaría conveniente contar con un pronunciamiento claro del Tribunal Supremo sobre dichos temas. Entre estos aspectos pueden citarse la determinación de si la acción de anulabilidad prevista en el artículo 1301 del Código Civil está sujeta a caducidad y cómo debe de calcularse su cómputo en estos casos, la posible nulidad de pleno derecho por el incumplimiento de la normativa administrativa que regula la comercialización de estos valores al amparo del precepto 6.3 del Código Civil, la posible acumulación subjetiva de acciones en casos de vicio en el consentimiento, la determinación de la cuantía del procedimiento y su potencial impugnación, la correcta configuración de la restitución recíproca en caso de decretarse la nulidad en virtud del artículo 1303 del Código Civil, la correcta valoración jurídica de ciertos hechos habituales en estas controversias en relación con la doctrina de los actos propios, la posible competencia del orden contencioso administrativo para declarar la nulidad de las resoluciones del FROB que establecen el canje forzoso de las participaciones preferentes y la extensión de la nulidad a tal canje, cuando se declara la invalidez de la adquisición del producto originario o la concreta aplicación del precepto 1108 del Código Civil a estos casos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, Madrid.
- CARRASCO PERERA, Á. (2014). Aventuras, inventos y mixtificaciones en el debate relativo a las participaciones preferentes, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo de 2014.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). *Comentario del Código Civil*, T. II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. (2000). *Las Normas de Conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Valencia.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Elas.
- GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.^º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.^º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 marzo 2011, Año XXXII.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona.
- MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.
- MAYORGA TOLEDANO, M.^a C. (2013). Información, diligencia y responsabilidad contractual: clientes minoristas versus participaciones preferentes. Reflexiones al hilo de la SAP de Jaén de 28 de enero de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12.^a, Civitas, Madrid.
- MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. (2009). *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NAVAS MARQUÉS, J. I. (2012). Regulación y problemática legal de las participaciones preferentes, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 848/2012.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, *Diario La Ley*, núm. 8036, Sección Doctrina, 5 de marzo de 2013, Año XXXIV.
- PRATS ALBENTOSA, L. (2012). Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores, *Diario La Ley*, núm. 7970, Sección Tribuna, 22 de noviembre de 2012.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

- RAMOS MUÑOZ, D. (2012). Las participaciones preferentes y su contexto: resolviendo el sudoku, *Diario La Ley*, núm. 7979, Sección Tribuna, 22 de noviembre de 2012.
- REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.
- ROBLES GARZÓN, J. A. y otros (2010). *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid.
- SALAS CARCELLER, A. (2012). *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (dir.) (2001). *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 5 de mayo de 1983.
- STS de 27 de marzo de 1989.
- STS de 23 de octubre de 1989.
- STS de 20 de noviembre de 1989.
- STS de 23 de noviembre de 1989.
- STS de 25 de julio de 1991.
- STS de 27 de febrero de 1997.
- STS de 1 de febrero de 2002.
- STS de 20 de diciembre de 2002.
- STS de 11 de junio de 2003.
- STS de 27 de octubre de 2004.
- STS de 5 de abril de 2006.
- STS de 22 de mayo de 2006.
- STS de 6 de septiembre de 2006.
- STS de 25 de septiembre de 2006.
- ATS de 27 de febrero de 2007.
- ATS de 17 de julio de 2007.
- ATS de 9 de octubre de 2007.
- ATS de 2 de junio de 2009.
- STS de 22 de diciembre de 2009.
- STS de 17 de junio de 2010.
- STS de 21 de noviembre de 2012.
- STS de 17 de abril de 2013.
- STS de 18 de abril de 2013.
- STS de 29 de octubre de 2013.
- STS de 20 de enero de 2014.
- STS de 17 de febrero de 2014.
- STS de 8 de septiembre de 2014.
- STS de 12 de enero de 2015.

PRONUNCIAMIENTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Guipúzcoa, Sec. 1.^a, de 4 de julio de 2000.

- AAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 7 de febrero de 2006.
- AAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 27 de marzo de 2007.
- SAP de Valencia, Sec. 7.^a, de 2 de junio de 2008.
- SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 9 de noviembre de 2008.
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 13 de noviembre de 2009.
- SAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 13 de abril de 2010.
- SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 27 de enero de 2011.
- SAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011.
- SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 6 de abril de 2011.
- SAP de Málaga, Sec. 4.^a, de 9 de mayo de 2011.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 6 de junio de 2011.
- SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 26 de julio de 2011.
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011.
- SAP de Madrid, Sec. 12.^a, de 15 de septiembre de 2011.
- SAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011.
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011.
- SAP de Cádiz, Sec. 8.^a, de 28 de octubre de 2011.
- SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 12 de enero de 2012.
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012.
- SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 15 de marzo de 2012.
- SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 19 de marzo de 2012.
- SAP de Madrid, Sec. 10.^a, de 27 de marzo de 2012.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012.
- SAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012.
- SAP de Madrid, Sec. 14.^a, de 30 de abril de 2012.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2012.
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 11 de mayo de 2012.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2012.
- SAP de Lérida, Sec. 2.^a, de 15 de junio de 2012.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 22 de junio de 2012.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 29 de junio de 2012.
- SAP de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012.
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 16 de julio de 2012.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 18 de julio de 2012.
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 24 de julio de 2012.
- SAP de Barcelona, Sec. 17.^a, de 27 de julio de 2012.
- AAP de La Coruña, Sec. 5.^a, de 31 de julio de 2012.
- SAP de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012.
- SAP de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012.
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012.
- SAP de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012.
- SAP de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 13 de noviembre de 2012.
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 3 de diciembre de 2012.
- SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013.
- SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013.
- AAP de La Coruña, Sec. 3.^a, de 15 de febrero de 2013.
- SAP de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013.
- SAP de Burgos, Sec. 3.^a, de 8 de marzo de 2013.
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de marzo de 2013.
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013.

- SAP de Madrid, Sec. 25.^a, de 24 de mayo de 2013.
- SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 19 de junio de 2013.
- SAP de Barcelona, Sec. 14.^a, de 12 de julio de 2013.
- SAP de Teruel, Sec. 1.^a, de 10 de septiembre de 2013.
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 3.^a, de 27 de octubre de 2013.
- SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 20 de noviembre de 2013.
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 2 de diciembre de 2013.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de enero de 2014.
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 15 de enero de 2014.
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 23 de enero de 2014.
- SAP de Córdoba, Sec. 2.^a, de 23 de enero de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 7 de febrero de 2014.
- SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 28 de febrero de 2014.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 18 de marzo de 2014.
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 20 de marzo de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 20 de marzo de 2014.
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 24 de marzo de 2014.
- SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014.
- SAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 27 de marzo de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2014.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2014.
- SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 31 de marzo de 2014.
- SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2014.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 3 de abril de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014.
- SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014.
- SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 22 de abril de 2014.
- SAP de Madrid, Sec. 10.^a, de 23 de abril de 2014.
- SAP de León, Sec. 2.^a, de 7 de mayo de 2014.
- SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 8 de mayo de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 8 de mayo de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 9 de mayo de 2014.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2014.
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 19 de mayo de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 30 de mayo de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 3.^a, de 5 de junio de 2014.
- SAP de Pontevedra, Sec. 3.^a, de 11 de junio de 2014.
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 25 de junio de 2014.
- SAP de Barcelona, Sec. 19.^a, de 29 de octubre de 2014.
- SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 14 de noviembre de 2014.
- SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 24 de noviembre de 2014.
- SAP de Madrid, Sec. 9.^a, de 27 de noviembre de 2014.
- SAP de Madrid, Sec. 25.^a, de 2 de diciembre de 2014.
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 29 de diciembre de 2014.
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2015.

NOTAS

¹ *Vid.*, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.^o, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (dir.) (2001). *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid.

² *Vid.*, SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 13 de noviembre de 2008, de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011, de Madrid, Sec. 19.^a, de 6 de abril de 2011, de Álava, Sec. 1.^a, de 22 de junio de 2011, de Valencia, Sec. 9.^a, de 28 de junio de 2011, de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sec. 18.^a, de 29 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012, de Alicante, Sec. 6.^a, de 23 de febrero de 2012, de Madrid, Sec. 19.^a, de 15 de marzo de 2012, de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012, de Lérida, Sec. 2.^a, de 15 de junio de 2012, de Madrid, Sec. 10.^a, de 26 de junio de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 20 de julio de 2012, de Barcelona, Sec. 17.^a, de 27 de julio de 2012, de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012, de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 13 de noviembre de 2012, de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 3 de diciembre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013, de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013, de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de marzo de 2013, de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013, de Madrid, Sec. 25.^a, de 24 de mayo de 2013, de Madrid, Sec. 11.^a, de 27 de mayo de 2013, entre otras.

³ *Vid.*, <http://kioskoymas.abc.es/noticias/economia/20130817/abcp-arbitraje-devuelve-dinero-preferentistas-20130817.html>, <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/05/economia/1375687032.html> y http://economia.elpais.com/economia/2013/04/17/actualidad/1366226001_999940.html consultadas el 4 de septiembre de 2014 a las 19:35.

⁴ Cfr. SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 28 de junio de 2011, Fundamento de Derecho Primero.

⁵ Acrónimo que responde en inglés a *Markets in Financial Instruments Directive*, que podría traducirse como directiva del mercado de instrumentos financieros. Esta normativa está compuesta por la trasposición al Derecho español de la Directiva 2004/39/EC del Parlamento y del Consejo Europeos, de fecha 21 de abril de 2004, la Directiva 2006/73/EC de la Comisión Europea, de fecha 10 de agosto de 2006; así como por el Reglamento 1287/2006 de la Comisión Europea de fecha 10 de agosto de 2006. En lo sucesivo citada como «*MIFID*».

⁶ Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En este artículo las referencias a ella se realizan como «*Ley 47/2007*».

⁷ Comisión Nacional del Mercado de Valores.

⁸ Nótese que este argumento es estimado por la STS de 8 de septiembre de 2014. *Vid.*, *infra* apartado III.2.

⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mencionada en este artículo como «*LEC*».

¹⁰ Para más información sobre la resolución de este recurso *vid.*, MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, pp. 92-95.

¹¹ Como ya hiciera en pronunciamientos anteriores, como la STS de 11 de julio de 1998.

¹² Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aludida en este trabajo como «*LMV*».

¹³ De manera similar lo ha interpretado la doctrina. Cfr. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12.^a, Civitas, Madrid, pp. 310 y sigs., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *op. cit.*, pp. 161 y sigs., GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.^o, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2009, pp. 576 y sigs.

¹⁴ De hecho ése es el caso de la STS de 8 de septiembre de 2014. *Vid.*, *infra* epígrafe III.

¹⁵ Cfr. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L., *op. cit.*, pp. 516 y sigs.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.), *op. cit.*, pp. 307 y sigs., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *op. cit.*, pp. 158 y sigs.

¹⁶ Cfr. SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012 y de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de marzo de 2013, atendiendo particularmente al contrato de depósito y administración de valores suscrito, así como a la relación probada en el caso concreto sobre la intermediación y la comercialización del producto. Aunque muchas sentencias tienden a declarar la existencia del servicio de asesoramiento. Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 14 de noviembre de 2014, de Madrid, Sec. 9.^a, de 27 de noviembre de 2014, de Valencia, Sec. 9.^a, de 29 de diciembre de 2014.

¹⁷ Este criterio ha sido seguido por las Audiencias Provinciales en varias ocasiones. Cfr. SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011.

¹⁸ De hecho ése parece ser el caso de la STS de 8 de septiembre de 2014.

¹⁹ Cfr. SSAP de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013, entre otras.

²⁰ Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.^a, de 22 de junio de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013. Este hecho ha sido estudiado por la doctrina en relación con este producto (RAMOS MUÑOZ, D. [2012]. Las participaciones preferentes y su contexto, resolviendo el sudoku, *Diario La Ley*, núm. 7979, Sección Tribuna, 22 de noviembre de 2012) y respecto a otros productos, como el swap (MARÍN NARROS, H. D. [2013]. Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, y la jurisprudencia menor que en ese artículo se cita).

²¹ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto, pp. 8 y 9.

²² En concreto, la Sentencia en su Fundamento de Derecho Sexto, pp. 9 y 10 dice: «la progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición (Sentencia de 8 de octubre de 1987, caso «*Kolpinghuis Nijmegen*», asunto 80/86). En tal sentido, esta Sala ha utilizado Directivas cuyo plazo de transposición no había finalizado, y que no habían sido efectivamente transpuestas a nuestro Derecho interno, como criterios de interpretación del mismo». Esta aplicación antes del periodo de transposición había sido rechazada previamente por algunos pronunciamientos en la jurisprudencia menor. Cfr. SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013 respecto a participaciones preferentes y las SSAP Ávila, Sec. 1.^a, de 27 de enero de 2011 y de 12 de enero de 2012 sobre swaps. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 8 de septiembre de 2014. Aunque otras sentencias sí habían anticipado el posicionamiento del Alto Tribunal. Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.^a, de 6 de junio de 2011 y de 18 de julio de 2012.

²³ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto, pp. 11 y 12.

²⁴ Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

²⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 12. De forma similar se ha pronunciado la jurisprudencia menor cuando ha resuelto esta clase de disputas. Cfr. SSAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013.

²⁶ Cfr. SSAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012 y de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, entre otras.

²⁷ De manera similar se han manifestado multitud de sentencias de las Audiencias Provinciales, como las SSAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011, de Álava, Sec. 1.^a, de 22 de junio de 2012, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 13 de noviembre de 2012, entre otras; y la doctrina, cfr. CARRASCO PERERA, Á. y LYCZKOWSKA, K. Las participaciones preferentes son «productos complejos», pero eso nada importa, disponible en www.uclm.es/centro/cesco consultada el 12 de diciembre de 2014 a las 20:35.

²⁸ En este sentido la Sentencia señala «*la información es muy importante en este ámbito de la contratación*» (Fundamento de Derecho Séptimo, p. 12.) En esa misma línea se han manifestado los autores (PRATS ALBENTOSA, L. [2012]. Participaciones preferentes: productos para profesionales en manos de consumidores», *Diario La Ley*, núm. 7970, Sección Tribuna, 22 de noviembre de 2012, NAVAS MARQUÉS, J. I. [2012]. Regulación y problemática legal de las participaciones preferentes», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 848/2012) y las Audiencias Provinciales a la hora de resolver esta clase de litigios (SSAP de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 13 de noviembre de 2012 y de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013).

²⁹ Un posicionamiento similar puede encontrarse en la jurisprudencia menor, como las SSAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012, de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013.

³⁰ En este sentido en la Resolución se comenta: «*de ahí el estándar elevado impuesto al profesional en la normativa que ha sido examinada. El suministro de una deficiente información por parte de la empresa que presta servicios de inversión al cliente puede suponer una negligencia determinante de la indemnización de los daños y perjuicios causados*» (Fundamento de Derecho Séptimo, p. 12). Lo cual es coherente con lo afirmado por el Tribunal Supremo en anteriores pronunciamientos, como la STS de 17 de abril de 2013.

³¹ *Vid., ut supra* apartado II.1.

³² *Vid.*, SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011.

³³ En esa línea, el Tribunal Supremo hace referencia a «... lo que puede dar lugar a que este no tenga todo el éxito previsto», «... comportan riesgos adicionales a los de las inversiones de contado por el apalancamiento que conllevan (...) o declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas predispostas por el profesional vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos». Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 13. Esta falta de valor probatorio de las manifestaciones vertidas en la documentación precontractual y contractual también puede apreciarse en la jurisprudencia menor (SSAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011, de Álava, Sec. 1.^a, de 22 de junio de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013) y algunos autores (MAYORGA TOLEDANO, M.^a. C. [2013]. Información, diligencia y responsabilidad contractual: clientes minoristas versus participaciones preferentes. Reflexiones al hilo de la SAP de Jaén de 28 de enero de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2013). Aunque también se han pronunciado resoluciones de Audiencias Provinciales en sentido contrario (SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 13 de noviembre de 2009, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012 y de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012).

³⁴ Elemento que suele ser tenido en cuenta por las Audiencias Provinciales para resolver estas disputas. Cfr. SSAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012 y de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012.

³⁵ En concreto, según la Sentencia estudiada el email señalaba que «... el cálculo de los cupones anuales que pagaría las emisiones de Preferentes que estuvimos comentando ayer y la TAE que representa el precio al que compramos». Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 13.

³⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 14.

³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 14.

³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 14.

³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. (2000). *Las Normas de Conducta en el Derecho del Mercado de Valores*, Ed. Instituto de Estudios Económicos, Valencia, p. 180.

⁴⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 14. De manera similar se han pronunciado algunas sentencias de las Audiencias Provinciales, como las SSAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013. En esta misma línea también se ha posicionado parte de la doctrina. Cfr. MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *op. cit.* En sentido inverso también se han dictado algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales como las SSAP de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012 y de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013.

⁴¹ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo, p. 14. Lo cual es coherente con lo mantenido en otros pronunciamientos previos por el Alto Tribunal, como el recaído el 17 de abril de 2013.

⁴² En concreto la resolución señala «*se considera que la complejidad de la situación fáctica y jurídica objeto del litigio y la ausencia de doctrina jurisprudencial consolidada justifica que el Juzgado de Primera Instancia hiciera uso de la excepción al principio de vencimiento*». Cfr. Fundamento de Derecho Octavo, p. 15.

⁴³ Cfr. SAP de Madrid, Sec. 25.^a, de 24 de mayo de 2013 que, en una disputa sobre participaciones preferentes, sostiene que: «*por la especial complejidad del asunto, que ha generado serias dudas fácticas y jurídicas, en atención de lo expuesto en el artículo 394.1.^o de la LEC (La Ley 58/2000) no deben imponerse a ninguna de las partes las costas procesales causadas en primera instancia*». Este criterio también ha sido seguido de forma minoritaria en litigios sobre otros productos financieros, como es el caso de las permutas financieras. Cfr. SSAP de Ciudad Real, Sec. 1.^a, de 18 de junio de 2009, de León, Sec. 2.^a, de 21 de enero de 2011, de Valencia, Sec. 9.^a, de 5 de abril de 2011, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2012, de Madrid, Sec. 19.^a, de 10 de diciembre de 2012. Aunque la mayoría de las sentencias que no han condenado en costas en esta clase de controversias han aplicado los artículos 394.2 y 398.2 de la LEC, al producirse una estimación parcial. Cfr. SSAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sec. 19.^a, de 15 de marzo de 2012, de Madrid, Sec. 10.^a, de 26 de junio de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012 y de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013.

⁴⁴ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 101-104.

⁴⁵ Particularmente la STS de 8 de septiembre de 2014, que es analizada en el siguiente apartado de este artículo. *Vid., infra* sección III.2.

⁴⁶ Cfr. SSAP de Valencia, Sec. 8.^a, de 30 de octubre de 2006, de Valencia, Sec. 9.^a, de 13 de noviembre de 2008, de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012, de Alicante, Sec. 6.^a, de 23 de febrero de 2012, de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012, de Lérida, Sec. 2.^a, de 15 de junio de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 20 de julio de 2012, de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012, de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 3 de diciembre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013, de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013, de Valencia, Sec. 9.^a, de 31 de marzo de 2013 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 3 de abril de 2013. Sin embargo, pocos son los pronunciamientos que analizan la improcedencia de la aplicación de la excepción al principio del vencimiento. Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 6 de abril de 2011, de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013. Ilustrativamente, la SAP de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012 afirma que: «*Como último motivo la parte apelante solicita que no se le impongan las costas de la primera instancia porque en el supuesto examinado aparecen dudas fácticas y jurídicas. No podemos aceptarlo pues el mal resultado de una inversión siempre posible en cuanto que sobre toda inversión de ordinario se proyectan resultados inciertos al tratarse de una operación especulativa no justifica por si solo que existan dudas fácticas ni jurídicas en el supuesto objeto de enjuiciamiento por el mero hecho de que se produzcan diferencias interpretativas entre las partes sobre la calificación de los hechos o la norma jurídica aplicable. La propia parte en su escrito de demanda, pese a esas dudas que ahora manifiesta, solicitaba la imposición de costas para la demandada. Las costas de acuerdo al artículo 394.1 de la L.E.Civil (RCL 2000,34, 962 y RCL 2001, 1892) han de imponerse a la parte que ve rechazadas sus pretensiones. Las de la actora lo han sido y en consecuencia ningún reproche merece la decisión del Juzgador por ajustarse estrictamente a lo legalmente previsto*». Nótese como la referida sentencia contempla un elemento más para determinar la condena en costas: la solicitud de las partes de tal condena. En este sentido, es preciso tener en cuenta que es práctica habitual dentro de los procesos instar la condena en costas en primera instancia debido a la incertidumbre del resultado y al deseo de ver compensados, aunque sea en parte, los gastos en que se ha de incurrir para iniciar el proceso judicial. Sin embargo, tras una primera sentencia desfavorable, también es frecuente alegar en segunda instancia la improcedencia de la misma con base en la excepción comentada relativa a las serias dudas de hecho y de Derecho. Lo cual constituiría un acto procesal contrario al realizado en primera instancia en relación con las costas. Por consiguiente, puede parecer un criterio acertado el mantenido por la resolución reprodu-

cida. No obstante, hay que resaltar que la aplicación del referido criterio podría conllevar en muchos casos la inviabilidad en la apelación de la modificación de la condena en costas de primera instancia. Consecuencia que podría estimarse algo injusta y excesiva al basarse en gran medida en una conducta de la dirección letrada motivada por el ánimo de proteger celosamente los intereses de su cliente.

⁴⁷ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Elolas, p. 139 respecto a controversias de *swaps*.

⁴⁸ *Vid.*, *infra* sección III.2, en el que se comenta la STS de 8 de septiembre de 2014.

⁴⁹ *Vid.*, *infra* apartado IV.

⁵⁰ A favor de la existencia de una relación de asesoramiento, cfr. SSAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012, de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 3 de diciembre de 2012. En contra cfr. SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012, de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013 y de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de marzo de 2013.

⁵¹ Cfr. SSTS de 17 de abril de 2013 y de 18 de abril de 2013, SSAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011 y de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 3 de diciembre de 2012, entre otras.

⁵² Término que la Sentencia utiliza como sinónimo de participación preferente, al emplear la traducción literal de «*preferred share*» por tratarse de una entidad emisora extranjera.

⁵³ Cfr. apartado 1 de los Antecedentes de Hecho de la Resolución.

⁵⁴ Cfr. epígrafe 2 de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia.

⁵⁵ Cfr. párrafo 3 de los Antecedentes de Hecho de la Resolución.

⁵⁶ *Vid.*, *ut supra* sección III.2.

⁵⁷ Cfr. apartado 2 de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia.

⁵⁸ Cfr. epígrafe 5 de los Antecedentes de Hecho de la Resolución.

⁵⁹ Cfr. párrafo 2 de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia.

⁶⁰ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo. En lo sucesivo denominado «*CC*» o «*Código Civil*».

⁶¹ Cfr. párrafo 2 de los Antecedentes de Hecho de la Resolución.

⁶² Cfr. apartado 1 de los Antecedentes de Hecho de la Sentencia.

⁶³ *Vid.*, *ut supra* apartado III.1.

⁶⁴ Cfr. PRATS ALBENTOSA, L., *op. cit.* De manera similar, *vid.*, NAVAS MARQUÉS, J. I., *op. cit.*, matizando que en los supuestos de liquidación de la entidad emisora, los tenedores de este valor se sitúan inmediatamente después de los acreedores, pero por delante de los accionistas.

⁶⁵ Cfr. SSAP de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012, de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013. De manera similar, aunque utilizando otras definiciones, *vid.*, SSAP de Alicante, Sec. 4.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 13 de noviembre de 2012, de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013.

⁶⁶ Según esta institución las participaciones preferentes son unos activos financieros que aúnan características de renta fija y de renta variable. Sus titulares tienen derecho a una remuneración predeterminada no acumulativa, condicionada a la obtención de suficientes beneficios distribuibles por parte de una entidad (distinta de la emisora) que actúa como garante, o por parte del grupo al que esta pertenece. Pese a su denominación, no otorgan preferencia alguna a sus titulares; de hecho, en el orden de prelación de créditos se sitúan por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados; solo están por delante de las acciones ordinarias. Definición proporcionada en la web del citado organismo <https://www.cnmv.es/Portal/Inversor/Glosario.aspx?id=0&letra=P&idlng=1>, consultada el 11 de diciembre de 2014 a las 17:45.

⁶⁷ *Vid.*, *ut supra* II.2.

⁶⁸ Cfr. apartado 8 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución comentada.

⁶⁹ Tal y como suele establecerse en los correspondientes folletos informativos de estos productos.

⁷⁰ Cfr. párrafo 9 de la Sentencia comentada.

⁷¹ Cfr. apartado 9 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución estudiada.

⁷² *Vid.*, STS de 13 de abril de 2004, entre otras.

⁷³ Tal derecho en nuestro caso podría equipararse con la posibilidad de transmisión en el mercado secundario.

⁷⁴ Cfr. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (directores), *op. cit.*, p. 105.

⁷⁵ Cfr. ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 13.^a ed., Edisofer, Madrid, p. 367; DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.^a ed., Civitas, Madrid, pp. 156 y 157. A estos efectos el último autor citado precisa que se entiende por interés público las materias dentro del orden constitucional, como la dignidad de la persona o sus libertades básicas, que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los actos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado.

⁷⁶ Cfr. apartado 8 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia analizada.

⁷⁷ Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los instrumentos financieros, con la redacción dada respectivamente por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero.

⁷⁸ Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

⁷⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero de la citada resolución.

⁸⁰ *Vid.*, *ut supra* sección II.2.

⁸¹ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 184-186; MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*

⁸² Cfr. STS de 20 de enero de 2014 que no aplica el régimen transitorio de 6 meses contemplado en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007. Las SSAP de Madrid, Sec. 14.^a, de 30 de abril de 2012 y de Salamanca, Sec. 1.^a, de 20 de noviembre de 2013 sí lo aplican. Por otro lado, la STS de 18 de abril de 2013, así como las SSAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 18 de julio de 2012 y de Barcelona, Sec. 14.^a, de 12 de julio de 2013 parecen postular el efecto directo de las directivas que componen la normativa MIFID. Sin embargo, las SSAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 27 de enero de 2011 y de 12 de enero de 2012 lo rechazan.

⁸³ Cfr. artículo 9.3 de la Constitución. En este sentido, puede considerarse que el derecho a contratar y obligarse es una manifestación de los derechos individuales fundamentales de propiedad y de empresa reconocidos en los preceptos 33 y 38 de nuestra Carta Magna.

⁸⁴ Cfr. artículo 9.3 de la Constitución y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pp. 68-71.

⁸⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pp. 71 y 72. En este sentido, este autor considera que el matiz de la seguridad en el tráfico respecto a la seguridad jurídica es que la primera hace alusión a la protección que merece la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica. En nuestro caso la seguridad en el tráfico podría residir en la validez de estos negocios jurídicos dentro del ordenamiento durante años.

⁸⁶ Aunque tal fecha podría resultar controvertida porque la Ley que traspuso MIFID entró en vigor el 21 de diciembre de 2007 (disposición final sexta de la Ley 47/2007).

⁸⁷ Cfr. SSTJUE de 17 de diciembre de 1970, asunto 33/70, *SACE c. Ministerio de Hacienda de Italia*; de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, *Yvonne Van Duyn c. Home Office*; de 19 de enero de 1982, asunto 8/81, *Ursula Becker*; y de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

⁸⁸ Cfr. ISAAC, G. (1997). *Manual de Derecho comunitario general*, 4.^a ed., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 202 y sigs., HARTLEY, T. C. (2003). *The foundations of European community Law*, 5.^a ed., Oxford University Press, pp. 206 y sigs.

⁸⁹ La comentada disposición literalmente establece: «*Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley*».

⁹⁰ Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, que en la citada disposición señala: «*El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.*»

⁹¹ Así el Alto Tribunal en el apartado 9 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia comenta: «*desde el momento en que el legislador ha previsto la existencia de las participaciones preferentes, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito, siempre y cuando cumplan una serie de características que, en nuestro caso, no puede negarse que se den, aunque el emisor fuera un banco extranjero, resulta muy difícil calificar la comercialización de participaciones preferentes como nula de pleno derecho por ser contraria al orden público. Cuestión distinta es que por la forma en que fueron comercializadas se hubiera podido cometer algún abuso que, a los efectos de la validez del negocio, pudiera haber propiciado su contratación bajo un vicio del consentimiento, como el error.*»

⁹² Cfr. epígrafe 10 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia analizada.

⁹³ Cfr. párrafo 12 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución estudiada.

⁹⁴ En este sentido se comenta en el apartado 14 de los Fundamentos de Derecho: «*Y la imputación a BNP de no haber entregado el folleto informativo de la emisión, además de que en aquel momento la normativa legal no lo exigía, carece de relevancia en este caso respecto de la pretensión ejercitada de nulidad por vicio en el consentimiento, pues por su experiencia en la contratación de estos productos financieros y su perfil de inversora de riesgo la Sra. Joaquina no podía dejar de conocer los riesgos asociados a la compra de aquellas acciones preferentes.*»

⁹⁵ Cfr. SSTS de 21 de noviembre de 2012, de 29 de octubre de 2013, de 20 de enero de 2014 y de 17 de febrero de 2014 respecto a swaps.

⁹⁶ Cfr. SSAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 19 de marzo de 2012 y de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 16 de julio de 2012, entre otras. Algun autor ha sido especialmente crítico en ese sentido. Cfr. JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 marzo 2011, Año XXXII.

⁹⁷ Cfr. STS de 20 de enero de 2014. Más particularmente sobre el deber de cumplimentación de los tests MIFID *vid.*, SAP de Madrid, Sec. 9.^a, de 27 de noviembre de 2014.

⁹⁸ Cfr. SSTS de 20 de noviembre de 1989, de 22 de mayo de 2006, de 21 de noviembre de 2012 y de 29 de octubre de 2013. De igual manera se ha pronunciado la doctrina. Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pp. 213 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 23 y 24.

⁹⁹ Cfr. SSAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 11 de mayo de 2012 y de Álava, Sec. 1.^a, de 18 de julio de 2012.

¹⁰⁰ A este respecto hay doctrina y jurisprudencia contradictoria. A favor de su aplicación con la consiguiente nulidad cfr. REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, comentando jurisprudencia. En contra, cfr. JUAN GOMEZ, M., *op. cit.* No obstante, la jurisprudencia parece tender a rechazar su aplicación. Cfr. STS de 22 de diciembre de 2009, SSAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 19 de marzo de 2012 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012. Particularmente interesante resulta la SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014, que descarta su aplicación en un caso de participaciones preferentes.

¹⁰¹ Concretamente en el apartado 12 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia se dice tajantemente: «*bajo esta normativa aplicable, la entidad que comercializaba estos productos no estaba obligada a entregar el folleto informativo del producto financiero al cliente, como después se introdujo en el artículo 79 bis con la Ley 47/2007.*» En sentido similar se había manifestado la SAP de Valencia, Sec. 7.^a, de 2 de junio de 2008.

¹⁰² Cfr. SSTS de 18 de abril de 2013, de 20 de enero de 2014 y de 17 de febrero de 2014.

¹⁰³ Cfr. apartado 13 de los Fundamentos de Derecho de la comentada Resolución.

¹⁰⁴ *Vid., ut supra* sección II.2.

¹⁰⁵ *Vid.*, diccionario de la Real Academia de la Lengua Española on line disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val=asesorar>, consultada el 19 de diciembre de 2014 a las 23:30. Aunque a estos efectos también es preciso recordar que la sentencia de segunda instancia declaró que había una relación de asesoramiento entre las partes. *Vid., ut supra* apartado III.1.

¹⁰⁶ Aunque podría entenderse que tácitamente lo hace, al no casar la sentencia de segunda instancia, en la que se declara que las actoras recibieron suficiente información (al igual que hizo la resolución de primera instancia).

¹⁰⁷ Cfr. epígrafe 14 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución estudiada.

¹⁰⁸ Cfr. párrafo 14 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia comentada.

¹⁰⁹ Cfr. apartado 1 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia analizada.

¹¹⁰ El hecho de haber contratado anteriormente el mismo producto ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia menor para declarar la inexcusabilidad del error. Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 17.^a, de 27 de julio de 2012, de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013. Aunque en otros casos se ha declarado la excusabilidad aunque concurriera tal hecho. Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2012 y de 18 de julio de 2012.

¹¹¹ En esa misma línea cfr. SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 6 de abril de 2011, entre otras.

¹¹² Cfr. STS de 17 de abril de 2013.

¹¹³ Cfr. epígrafe 14 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución citada.

¹¹⁴ Cfr. SSAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 5 de octubre de 2012 y de Burgos, Sec. 3.^a, de 8 de marzo de 2013. Ilustrativamente la primera sentencia citada dice: «*El contrato está asociado a una operación de préstamo de la suma, objetivamente importante, de 500.000 euros. Ello hace presuponer que la actora disponía de una capacidad económica, igualmente importante, que le permitía poder hacer uso de profesionales que en cualquier caso le informasen del alcance de la operación. Si en este contexto no hace uso de tal posibilidad y firma el contrato sin conocer su alcance verdadero está actuando con negligencia y el eventual error en el que incurre no puede merecer el calificativo de excusable*». Aunque la jurisprudencia menor usualmente no presta atención alguna a este aspecto para resolver la controversia.

¹¹⁵ Cfr. párrafo 14 de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia.

¹¹⁶ Así este hecho fue particularmente valorado por las SSAP de Madrid, Sec. 10.^a, de 27 de marzo de 2012 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012 para declarar la inexcusabilidad del error.

¹¹⁷ Cfr. STS de 18 de abril de 2013 respecto a la responsabilidad reclamada en la contratación de participaciones preferentes y la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2012 en relación a una controversia de permutas financieras. En ambas se estima la concurrencia del error o de la responsabilidad a pesar de este hecho declarado probado.

¹¹⁸ Como sucede en el caso de las sentencias de primera y segunda instancia. En el mismo sentido, cfr. SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012.

¹¹⁹ Así varias resoluciones han entendido que la literalidad de la documentación desacredita la concurrencia del error. Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 6 de abril de 2011 y de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012. Otras en cambio no lo consideran relevante a estos efectos. Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.^a, de 29 de junio de 2012 y de 18 de julio de 2012.

¹²⁰ Cfr. SSTS de 23 de noviembre de 1989 y de 25 de septiembre de 2006, SSAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 27 de enero de 2011 y de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012.

¹²¹ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 17.^a, de 27 de julio de 2012, de Valladolid, Sec. 1.^a, de 27 de septiembre de 2012, de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013. Aunque hay sentencias que han declarado la existencia de un vicio en el consentimiento a pesar de que se cometiera reiteradamente el mismo error. Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.^a, de 11 de mayo de 2012, de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.^a, de 13 de junio de 2012 y de Álava, Sec. 1.^a, de 29 de junio de 2012.

¹²² A este respecto la Sentencia dice en el apartado 14 de sus Fundamentos de Derecho: «*en su caso, el riesgo que a la postre se actualizó de insolvencia de la entidad emisora, que determinó la pérdida del capital invertido, no podía ser ignorado, y si lo fue, este error no resulta excusable en atención a sus conocimientos y experiencia*».

¹²³ *Vid., ut supra* apartado II.1.

¹²⁴ En este sentido la resolución expresamente comenta en el apartado 14 de sus Fundamentos de Derecho: «*la denuncia genérica sobre la ausencia de información clara, concreta, precisa y suficiente sobre las características del producto y los riesgos que entrañaba, se contradice con lo acreditado en la instancia*». Lo cual también parece indicar que el Alto Tribunal considera que se está haciendo supuesto de hecho de la cuestión al plantear el recurso, al partir de unos hechos que no han sido acreditados. Sobre este defecto de técnica casacional *vid.*, Acuerdo del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011, p. 5, AATS de 27 de febrero de 2007, de 17 de julio de 2007, de 9 de octubre de 2007 y de 2 de junio de 2009, SALAS CARCELLER, A. (2012). *Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 79 y 80, MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J. (2009). *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 610.

¹²⁵ Cfr. STS de 29 de octubre de 2013.

¹²⁶ Puesto que al ser dos sentencias puede sostenerse que se cumple el requisito de la reiteración en la jurisprudencia del artículo 1.6 del Código Civil.

¹²⁷ Así la STS de 8 de septiembre de 2014 sí tiene en cuenta el perfil del cliente para resolver la controversia, aunque considera que la normativa MIFID no es aplicable al caso.

¹²⁸ Puesto que en un caso se reprocha la falta de información al respecto (STS de 18 de abril de 2013) y en el otro se alude a que se informó de la evolución del mismo (STS de 8 de septiembre de 2014). En esta línea pueden encontrarse diversas menciones a información postcontractual dentro de la normativa, como en los artículos 62.2, 69.3 y 70 del Real Decreto 217/2008.

¹²⁹ Cfr. STS de 18 de abril de 2013. *Vid., ut supra* epígrafe II.

¹³⁰ Cfr. STS de 8 de septiembre de 2014. *Vid., ut supra* apartado III.

¹³¹ Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 31 de marzo de 2014 y Sec. 10.^a, de 23 de abril de 2014.

¹³² Cfr. SSAP de Álava, Sec. 1.^a, de 22 de junio de 2011, de Teruel, Sec. 1.^a, de 10 de septiembre de 2013, de Valencia, Sec. 9.^a, de 2 de diciembre de 2013 y de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2014.

¹³³ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 27 de marzo de 2014 y de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2014.

¹³⁴ Cfr. SSAP de las Islas Baleares, Sec. 3.^a, de 27 de octubre de 2013 y de Córdoba, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014.

¹³⁵ En concreto esta sentencia dice: «*la Sala no comparte la razón del juzgador y acepta los argumentos en este punto de la parte impugnante. No nos encontramos, en rigor jurídico, ante un contrato de compraventa por el que la entidad demandada «vende» en nombre de tercero unas participaciones preferentes, sino ante un negocio de inversión que es mediado (prestado) por la entidad demandada a la que se imputa incumplir las normas legales (esencialmente la Ley de Mercado de Valores y RD 1993 de 3 de mayo) que reglan la información en tal clase de negocios y se concluye como sanción por dicha vulneración con la nulidad de esos negocios y también por la producción de un error en el cliente inversor causado por tal infracción. Estas normas de actuación de obligado cumplimiento en este sector, son exigibles conforme al artículo 78 de la Ley de Mercado de Valores, entre otros, a las empresas de servicios de inversión (además de las emisoras) cualidad que al caso es indudable presta la demandada. Por tanto, siendo el contrato por el que el actor adquiere las participaciones preferentes otorgado entre los litigantes y siendo a tal acto al que se imputa esa infracción legal y error en el consentimiento por la omisión de información, es evidente por el principio de relatividad contractual [art. 1257 Código Civil (LEG 1889, 27)] que sus efectos se despliegan entre esas partes y por tal imputación la demandada está sobradamente legitimada para soportar la acción deducida, pues es su conducta en la colocación de tal producto la que por las acciones entabladas debe ser objeto de examen y enjuiciamiento. A ello debe unirse que tales adquisiciones se enmarcan en el contrato de depósito de valores habido entre litigantes; que BNP PARIBAS oferta al demandante este producto financiero y la orden de compra está suscrita y mediada por la demandada que además es quien percibe del actor el importe de la inversión y a quien va comunicando el devenir de dicha inversión*».

¹³⁶ Sobre la falta de viabilidad general de esta excepción en casos de deudores solidarios *vid.*, PÉREZ ESCOLAR, M. (2004). *La responsabilidad solidaria. Delimitación de su*

alcance a la luz de la nueva legislación procesal, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), pp. 49 y sigs.

¹³⁷ Cfr. SSAP de Córdoba, Sec. 2.^a, de 23 de enero de 2014, de Córdoba, Sec. 1.^a, de 27 de marzo de 2014, de Madrid, Sec. 19.^a, de 31 de marzo de 2014, de Madrid, Sec. 10.^a, de 23 de abril de 2014 y de Barcelona, Sec. 19.^a, de 29 de octubre de 2014.

¹³⁸ Por lo tanto, nos encontraríamos con una acción declarativa (que impone también una condena pecuniaria *vid.*, SAP de Madrid, Sec. 19.^a, de 15 de marzo de 2012) que para poder surtir efectos respecto a terceros debería dictarse frente a ellos. A este respecto en relación con los acreedores solidarios PÉREZ ESCOLAR indica «*no tratándose, sin embargo de acciones de condena sino constitutivas o declarativas, es claro que si habrán de intervenir en el procedimiento todas las partes del negocio jurídico, pues aquí no entra en juego el artículo 1144 CC sino las reglas generales sobre el litisconsorcio necesario: la tutela jurisdiccional solo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados (art. 12.2 LEC)*». Cfr. *op. cit.*, p. 52.

¹³⁹ Cfr. SSAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 9 de noviembre de 2008, de Murcia, Sec. 5.^a, de 13 de abril de 2010, de Málaga, Sec. 4.^a, de 9 de mayo de 2011, de Madrid, Sec. 12.^a, de 15 de septiembre de 2011 y de Cádiz, Sec. 8.^a, de 28 de octubre de 2011.

¹⁴⁰ Cfr. SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 22 de abril de 2014.

¹⁴¹ Siglas que responden a «fondo de reestructuración ordenada bancaria». Para más información sobre este organismo *vid.*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (directores), *op. cit.*, pp. 218 y sigs.

¹⁴² Cfr. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Canje de participaciones preferentes por acciones y efectos sobre la acción de anulación del contrato por vicio del consentimiento, *Diario La Ley*, núm. 8036, Sección Doctrina, 5 Mar. 2013, Año XXXIV, CARRASCO PERERA, Á. (2014). <Aventuras, inventos y mixtificaciones> en el debate relativo a las participaciones preferentes, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo 2014.

¹⁴³ *Vid.*, AAP de La Coruña, Sec. 5.^a, de 31 julio de 2012, que indica que al pretenderse en la demanda la nulidad de la adquisición del producto litigioso y no de determinadas cláusulas, la competencia pertenecía a los juzgados de primera instancia.

¹⁴⁴ Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. En lo sucesivo, «*Ley 9/2012*».

¹⁴⁵ *Vid.*, http://cincodias.com/cincodias/2013/10/04/mercados/1380914322_430142.html y http://www.diariodeleon.es/noticias/afondo/preferentistas-impugnan-juez-canje-ofrece-frob_848699.html consultadas el 29 de junio de 2014 a las 13:14.

¹⁴⁶ Cfr. ROBLES GARZÓN, J. A. y otros (2010). *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 2.^a ed., Tecnos, Madrid, pp. 172 y sigs., DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 360 y sigs.

¹⁴⁷ En concreto el citado Auto comenta: «*no cabe compartir, con la parte demandante, que la petición de anulación del canje sea una consecuencia derivada de la previa petición de nulidad de la contratación de las obligaciones subordinadas. Primero porque no se expone así en el suplico de la demanda, sino que en el mismo se solicita diferenciadamente la nulidad de ambos actos y después se solicita como expresa consecuencia de la anulación la condena a la restitución de las prestaciones. Y segundo porque realmente ese canje no es ninguna consecuencia de la posible nulidad del negocio jurídico de contratación de las Subordinadas. De hecho es un acto absolutamente inocuo y ajeno a tal nulidad. El presente litigio tiene por objeto resolver la posible nulidad de un negocio jurídico civil por vicios del consentimiento. Por lo tanto una cosa será dicho negocio y las vicisitudes inherentes a su contratación y a la formación de la voluntad de las partes para suscribirlo, y otra cosa completamente ajena será que la Administración haya impuesto con mucha posterioridad a la firma de ese negocio jurídico un canje forzoso, una suerte de «expropiación forzosa» del objeto contratado, que en nada atañe, por la amplia distancia temporal, a las vicisitudes concurrentes al momento de la formación de la voluntad que son las únicas relevantes en este litigio para resolver la pretensión civil de nulidad.*

Por todo lo expuesto no cabe estimar la declinatoria en su integridad, porque es notorio que este Juzgado sí tiene plena competencia para resolver la acción de nulidad de un negocio jurídico

privado como el contrato de depósito y/o administración de valores de fecha 9 de junio de 2009 (expresamente solicitada por los demandantes) y para resolver las consecuencias jurídicas de tal posible nulidad. Solamente cabrá estimar la declinatoria de modo parcial, exclusivamente en lo relativo a la pretensión solicitada de anulación de las operaciones posteriores de canje que traen causa de la adquisición de obligaciones subordinadas, cuestión que, en su caso, podrá ser reclamada ante la jurisdicción contencioso administrativa por quien interese». Sobre el concepto de obligaciones subordinadas, respecto de las cuales parece plenamente aplicable la doctrina dictada sobre las participaciones preferentes, *vid.*, SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2015. Para una descripción de las características de las participaciones preferentes *vid.*, SAP de Madrid, Sec. 25.^a, de 2 de diciembre de 2014.

¹⁴⁸ Cfr. sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de O Barco de Valdeorras de 9 de septiembre de 2013 y de 2 de octubre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de O Barco de Valdeorras de 15 de octubre de 2013.

¹⁴⁹ En ese caso por estimar que la no declaración de nulidad del canje en realidad constituiría el *obiter dicta* de la resolución.

¹⁵⁰ Cfr. CARRASCO PERERA, Á., *op. cit.*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*

¹⁵¹ Cfr. sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo de 12 de noviembre de 2012, Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santander de 29 de noviembre de 2012 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró de 14 de marzo de 2013.

¹⁵² Y también de otras a las que la nulidad suele extenderse, como el contrato de depósito y administración de valores. En efecto, esta clase de contrato establece el marco regulatorio para realizar diversos tipos de inversiones, dentro de las cuales están las participaciones preferentes. Por lo tanto, podría plantearse su autonomía a estos efectos.

¹⁵³ A favor de la prescripción cfr. SSTS de 23 de octubre de 1989, de 27 de febrero de 1997 y de 1 de febrero de 2002. Estimando que es un plazo de caducidad cfr. SSTS de 27 de octubre de 2004, de 5 de abril de 2006 y de 6 de septiembre de 2006.

¹⁵⁴ Cfr. SSAP de León, Sec. 2.^a, de 7 de mayo de 2014 y de Badajoz, Sec. 2.^a, de 8 de mayo de 2014.

¹⁵⁵ Cfr. SSAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014 y de 22 de abril de 2014.

¹⁵⁶ *Vid.*, SAP de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2014, y analizando la jurisprudencia general, aunque centrándose en otro orden jurisdiccional, TARDÍO PATO, J. A. (2006). Prescripción de pretensiones y caducidad del plazo de interposición de los recursos administrativos y contencioso-administrativos: el argumento de la especialidad, *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 129/2006 parte Estudios.

¹⁵⁷ Cfr. SSTS de 25 de julio de 1991 y de 6 de septiembre de 2006, entre otras.

¹⁵⁸ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, pp. 597 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, p. 141.

¹⁵⁹ En los casos que se presenta la queja ante la CNMV.

¹⁶⁰ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁶¹ Esta solución parece particularmente acertada en el caso de que sea la CNMV quien resuelva la reclamación, debido a su expresa sujeción a dicha Ley (arts. 2.2 y 38 de su reglamento de régimen interior, aprobado por resolución de 10 de julio de 2003 del Consejo de la CNMV).

¹⁶² Así el citado artículo establece: «*La acción de nulidad solo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr:*

En los casos de intimidación o violencia, desde el día en que estas hubiesen cesado.

En los de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato (...).

¹⁶³ Cfr. SSTS de 5 de mayo de 1983, de 27 de marzo de 1989 y de 11 de junio de 2003.

¹⁶⁴ Cfr. SSAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de enero de 2014, de La Coruña, Sec. 4.^a, de 28 de febrero de 2014, de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014 y de 22 de abril de 2014, de Madrid, Sec. 9.^a, de 27 de noviembre de 2014, entre otras.

¹⁶⁵ Cfr. SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 19 de junio de 2013.

¹⁶⁶ Así se puede constatar en las Conclusiones de los magistrados y magistradas de las Audiencias Provinciales de Galicia, en las jornadas sobre participaciones preferentes y deuda

subordinada celebradas en Santiago de Compostela el 4 de diciembre de 2013 (conclusión primera), SSAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 28 de febrero de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014, de 22 de abril de 2014, de León, Sec. 2.^a, de 7 de mayo de 2014, de Badajoz, Sec. 2.^a, de 8 de mayo de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 9 de mayo de 2014 y de 30 de mayo de 2014.

¹⁶⁷ El comentado artículo expresamente señala: «*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*».

¹⁶⁸ Así en algunos casos la contratación se remonta incluso al siglo pasado.

¹⁶⁹ En ese sentido puede comprobarse como habitualmente la documentación precontractual y contractual de ambos productos suele ser diferente.

¹⁷⁰ Cfr. SSTS de 20 de diciembre de 2002, de 16 de diciembre de 2005 y de 5 de abril de 2006.

¹⁷¹ Cfr. SSAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 26 de julio de 2011, de Madrid, Sec. 20.^a, de 5 de noviembre de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 24 de mayo de 2013 y de Vizcaya, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2014. En concreto, la última sentencia citada en un supuesto sobre aportaciones financieras subordinadas señala: «*en el presente caso nos encontramos ante una orden de compra y con ello ante un contrato, no de trácto sucesivo por mucho que el título adquirido lo sea, sino de trácto único pues la demandada recibe la orden de compra del cliente y se limita a adquirir para el mismo las participaciones que emite un tercero, de modo que el contrato se consuma cuando dada la orden de compra por el cliente se materializa y cobra su comisión, sentido en que nos hemos pronunciado para supuesto cual el de autos de la ya citada sentencia de 24 de febrero de 2014, también en la más reciente de 14 de marzo de 2014, indicando además que las posibles actuaciones ulteriores a la misma como el depósito, que será meramente contable, de las obligaciones y las comunicaciones que se puedan dar de manera periódica sobre la evolución del producto, con una cuenta del cliente asociada, no implican como tal una prestación de este tipo de contrato sino las prestaciones derivadas de los servicios bancarios de prestación habitual al cliente, siendo meramente instrumentales y sin trascendencia*».

¹⁷² Lo cual sucede con cierta frecuencia en litigios iniciados contra las cajas de ahorros que han sido intervenidas.

¹⁷³ Respecto a la consumación de los contratos de compraventa cfr. SSTS de 6 de febrero de 1990, de 25 de mayo de 2007 y de 14 de mayo de 2009.

¹⁷⁴ La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia menor ha estimado que es un supuesto de responsabilidad contractual. Cfr. MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *op. cit.*, PRATS AL-BENTOSA, L., *op. cit.* y SSAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 13 de noviembre de 2012 y de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013. No obstante, en otras sentencias que han resuelto esta clase de disputas se constata una cierta indeterminación al respecto. Sin perjuicio de lo anterior, debido a las fechas de suscripción o adquisición de los productos (en función de si se realiza en un mercado primario o secundario), los hechos declarados probados y los fallos estimatorios de las mismas, parece que las Audiencias Provinciales tienden a considerar que nos encontramos ante una responsabilidad contractual (ya que en caso contrario la acción tendría que haber prescrito o no podría estimarse la demanda en la que se ejerce esta acción). Así puede apreciarse en la SAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011. Esta corriente doctrinal y jurisprudencial parece coherente con la tendencia del Tribunal Supremo de estimar que la responsabilidad es contractual para favorecer al perjudicado (SSTS de 5 de julio de 1989 y de 22 de julio de 1991).

Sin embargo, en la mayoría de estos litigios el alegado incumplimiento del deber informativo se centra en el momento precontractual. Por lo tanto, parece que podría plantearse con cierto criterio que la responsabilidad surgida de la vulneración de la obligación de informar con carácter previo, que se contiene en diversas normas administrativas y no en el contrato, es extracontractual al no derivar de una obligación establecida en el propio contrato.

Como puede fácilmente entreverse, este aspecto puede ser de especial relevancia debido a que el plazo de prescripción pasaría de ser de un año (art. 1968.2.^o del CC para la extracontractual) a 15 años (art. 1964 del CC para la contractual) en función del tipo de responsabilidad que se determine que concurre.

¹⁷⁵ La STJUE de 30 de mayo de 2013 aclaró el concepto de asesoramiento. En este sentido precisó que: i) consiste en realizar recomendaciones personalizadas, ii) resulta irrelevante a estos efectos la iniciativa en la contratación, respecto a uno o más productos, iii) la recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y se presenta como conveniente para esa persona, o se basa en una consideración de sus circunstancias personales, iv) se entiende que no es personalizada si está divulgada exclusivamente a través de canales de divulgación o destinados al público, v) la existencia de un asesoramiento no depende de la naturaleza del producto, sino de la forma en que es ofrecido. Por lo tanto, parece que habrá que atender a dichos criterios en el caso concreto para establecer la concurrencia del asesoramiento. No obstante, la mayoría de la jurisprudencia menor sobre participaciones preferentes que aborda esta cuestión no suele seguir (al menos de forma expresa) el criterio expuesto. Entre las sentencias que han estimado que no concurre esta relación de asesoramiento se encuentran las SSAP de Madrid, Sec. 18.^a, de 29 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de febrero de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de marzo de 2013, de Valencia, Sec. 9.^a, de 3 de abril de 2013, de Madrid, Sec. 25.^a, de 24 de mayo de 2013 y de Madrid, Sec. 11.^a, de 27 de mayo de 2013. En sentido inverso, que parece constituir la tendencia mayoritaria, se han pronunciado las SSAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011 y de Lugo, Sec. 1.^a, de 18 de marzo de 2014, entre otras.

¹⁷⁶ Esta cuestión generalmente no es tratada por los diversos autores. *Vid.*, NAVAS MARQUÉS, J. I., *op. cit.*, MAYORGA TOLEDANO, M.^a C., *op. cit.*, PRATS ALBENTOSA, L., *op. cit.* Esta indefinición también se produce en algunas sentencias. *Vid.*, SSAP de Murcia, Sec. 5.^a, de 1 de abril de 2011 y de Jaén, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2013.

No obstante, cuando las Audiencias Provinciales se han pronunciado sobre este aspecto no han seguido un criterio uniforme. Así, algunas sentencias optan por condenar a «*la totalidad de la inversión, puesto que la total ausencia de información viene de origen*» (cfr. SAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011). Otras en cambio estiman que, aunque se haya producido un incumplimiento del deber precontractual de información, la indemnización no podría constituir la totalidad de la inversión. Ello se debe a la imposibilidad de recuperar tal cantidad y a la dificultad que tendría saber qué habría hecho el cliente si se le hubiera informado correctamente. Por ello, estas resoluciones judiciales prefieren determinar la cuantía de la indemnización en función del valor que tenía el título en el momento en el que claramente se debía haber informado al cliente sobre el colapso económico de la crisis, que provocó una disminución drástica del valor del título y la consecuente pérdida (cfr. SSAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011 y de 3 de diciembre de 2012). En este mismo sentido, alguna sentencia ha matizado que no procede condenar a la devolución de las comisiones reclamadas, por ser en su mayoría anteriores al incumplimiento de la obligación informativa que generó la responsabilidad (cuando se produjo la minoración importante del valor del título como consecuencia de la crisis), ni al abono de los daños morales, puesto que estos se encuentran incluidos implícitamente en la indemnización fijada (SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.^a, de 2 de septiembre de 2011). Aunque se han dictado sentencias que han concedido tales daños morales (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, de 10 de abril de 2014).

La penúltima postura parece la más acertada en cuanto a la fijación de la indemnización, puesto que parece más coherente con la seguridad del tráfico jurídico y el mandato de impedir un enriquecimiento injusto. Así, en la mayoría de los casos no habrá realmente prueba que acredite con suficiente certidumbre qué habría hecho el cliente de haber sido informado correctamente y qué daños morales distintos de la pérdida realmente acreditada ha sufrido.

¹⁷⁷ Dentro de las resoluciones de la jurisprudencia menor que estiman que sí procede la nulidad en virtud del citado artículo se encuentran las SSAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013 y de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014. Aunque parece que mayoritariamente tienden a desestimar esta pretensión siguiendo los postulados de la STS de 22 de diciembre de 2009. En este sentido pueden citarse las SSAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012 y de Oviedo, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014.

¹⁷⁸ Esta materia es especialmente controvertida cuando se ha producido un canje forzoso y se han vendido las acciones. A este respecto, aunque no es objeto de este estudio, siguiendo la jurisprudencia mayoritaria que ha interpretado el artículo 1303 en relación con el precepto 1307 del CC (SSTS de 17 de febrero de 1994, de 28 de septiembre de 1996 y de 30 de diciembre de 1996), parece que lo más acertado es concluir que si se declara la nulidad del contrato de compraventa de los títulos debería procederse a:

i. Condenar a la demandada a devolver el principal invertido por el cliente junto con el interés legal y las comisiones que se hubieran cargado por la adquisición, tenencia y operativa de las participaciones preferentes. No obstante, siguiendo algún pronunciamiento de la jurisprudencia menor (SSAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 19 de mayo de 2014 núm. 113/14 y 128/14), puede plantearse que la devolución del interés legal puede originar un enriquecimiento injusto en el actor. Especialmente cuando se alega y se declara judicialmente que se ha padecido un error en el consentimiento, al haber confundido las participaciones preferentes con un depósito a plazo fijo. Por ello en estos casos, dichas sentencias (al igual que muchos laudos arbitrales que han resuelto este tipo de disputas, como el recaído en el expediente arbitral núm. 36R001/22634/2012), han condenado al tipo medio que la banca española hubiera remunerado dicho capital en los años de vigencia del producto litigioso. Aspecto que según las sentencias citadas debe ser objeto de prueba en la fase declarativa, aunque el referido tipo medio pueda ser determinado posteriormente en sede de ejecución de sentencia. Nótese que la anterior explicación sobre las comisiones cobradas que deben ser objeto de indemnización, también podría aplicarse en este caso en aras a evitar un enriquecimiento injusto.

ii. Condenar al actor a devolver los intereses brutos percibidos (conforme a la SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013), puesto que en caso contrario se estaría produciendo un enriquecimiento injusto. Aunque parece que el posicionamiento mayoritario condena a la devolución de los intereses netos siguiendo la STS de 4 de octubre de 2013), los títulos que tenga en virtud de la adquisición del producto litigioso (SSAP de Madrid, Sec. 10.^a, de 26 de junio de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012 y de Córdoba, Sec. 1.^a, de 30 de enero de 2013,), la cantidad percibida por la venta de las acciones (si se canjearon las participaciones preferentes) junto con los intereses legales del artículo 1108 del CC (SSAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de octubre de 2012 y de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014). En general sobre la obligación de restituir los intereses legales cfr. SSTS de 11 de febrero de 2003, de 22 de abril de 2005, de 6 de julio de 2005 y de 23 de junio de 2008. Nótese que tal condena parece que no debería proceder en caso que se estimara que la entidad financiera demandada no debe abonar el interés legal según lo expuesto previamente.

¹⁷⁹ Es decir, hay una discrepante valoración jurídica de los referidos hechos para aplicar la mencionada doctrina. Los requisitos generales para la aplicación de esta doctrina son que concurra un conocimiento de la causa de nulidad, que la causa haya cesado, que quien actúe esté legitimado y que tal comportamiento consista en un acto que suponga sin equívocos dar cumplimiento al contrato (cfr. SSAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014, de León, Sec. 2.^a, de 7 de mayo de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 9 de mayo de 2014 y PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., *op. cit.*). Entre las resoluciones que han rechazado tal posibilidad se pueden citar las SSAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 7 de febrero de 2014, de La Coruña, Sec. 4.^a, de 28 de febrero de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 20 de marzo de 2014, de Lugo, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2014, de Lugo, Sec. 1.^a, de 3 de abril de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014, de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 9 de mayo de 2014, de Lugo, Sec. 1.^a, de 14 de mayo de 2014, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 30 de mayo de 2014, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 25 de junio de 2014. En concreto respecto al canje cfr. SAP de Pontevedra, Sec. 3.^a, de 5 de junio de 2014. De manera similar se ha pronunciado parte de la doctrina. Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 52. En sentido contrario se han manifestado las SSAP de Lleida, Sec. 2.^a, de 15 de junio de 2012, de Madrid, Sec. 25.^a, de 6 de julio de 2012, de Zaragoza, Sec. 4.^a, de 20 de julio de 2012, de Málaga, Sec. 4.^a, de 1 de marzo de 2013, de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de marzo de 2013. También algunos autores han apoyado esta postura. Cfr. CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*, JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.* Para más información general sobre esta doctrina *vid.*, DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1991). *Comentario del Código Civil*, T. II, Secre-

taria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, p. 541, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. cit.*, p. 606.

¹⁸⁰ Esta cuestión suele plantearse debido al efecto que puede tener en las costas (al calcularse las mismas en relación con la cuantía del proceso) y el posible acceso al recurso de casación por razón de la cuantía. En este tipo de litigios habitualmente se fija con cierto automatismo como cuantía del procedimiento la señalada en la demanda, que coincide con el dinero totalmente invertido en el producto litigioso. Esta tendencia judicial puede resultar criticable por los siguientes motivos:

1. Siguiendo una consolidada jurisprudencia emanada del Alto Tribunal (AATS de 12 de noviembre de 2002, de 19 de noviembre de 2002, de 9 de diciembre de 2010 y de 14 de febrero de 2012) no suele concederse la posibilidad de impugnar la referida cuantía, salvo que de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir fuera otro, o resultara procedente el recurso de casación por razón de la cuantía (SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 8 de mayo de 2014, AP gallegas en sus Conclusiones alcanzadas el 4 de diciembre de 2013, aunque permiten impugnar la tasación de costas por excesivas por dicho motivo). Sin embargo, hay una corriente jurisprudencial minoritaria que postula que puede impugnarse la cuantía en la contestación a la demanda cuando se perjudique el interés del demandando, aunque solo sea a efectos de la tasación de costas (SSAP de Madrid, Sec. 11.^a, de 9 de diciembre de 2003, de Granada, Sec. 3.^a, de 20 de junio de 2005 y de Salamanca, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014). Este último posicionamiento parece el más acorde con la propia literalidad del precepto 255 de la LEC, que no limita taxativamente la posibilidad de impugnar la cuantía a los supuestos comentados al decir «*podrá*», y con el ejercicio de la tutela judicial efectiva respecto a una cuestión procesal que puede tener otras consecuencias relevantes para las partes diferentes de la determinación del tipo de proceso y el acceso al recurso de casación por razón de la cuantía (como las costas y la tasa judicial).

2. El interés económico real del procedimiento parece que debiera estar compuesto por el resultado del capital verdaderamente invertido (que no siempre coincide con el nominal de la orden de compra, puesto que puede que cuando se ha adquirido el producto en el mercado secundario a partir del año 2010 su valor de compra fuera inferior), menos la rentabilidad percibida por el demandante en virtud del contrato litigioso y el importe percibido por la venta del título originario o el que le haya sustituido por el canje (en caso de tal operación se haya producido). Y es que dichos importes totalmente determinados (junto con el valor del título litigioso o el que le haya sustituido en virtud del canje, así como los intereses correspondientes contemplados en el CC y en la LEC que deberían ser objeto de futura liquidación) constituirían el contenido de la hipotética condena económica en el caso que se estimara la demanda.

Por consiguiente, parece que habría que concluir que la cuantía de esta clase de litigios debería ajustarse más al interés económico real, que generalmente coincidirá con el previamente descrito (sin perjuicio de otros conceptos que pudieran ser objeto de la restitución recíproca, como las comisiones cargadas). Conforme a este posicionamiento parece que sería conveniente permitir su impugnación por parte del demandado para evitar una imposición unilateral de la cuantía del procedimiento por parte del actor que no se ajuste al interés económico real del pleito, con los perjuicios que ello podría originar al demandado.

¹⁸¹ Se ha planteado la posibilidad de acumular subjetivamente estas acciones en virtud de los artículos 12 y 72 de la LEC. A estos efectos conviene recordar que tanto dichos artículos como la jurisprudencia del Tribunal Supremo que los ha aplicado, exigen que las acciones provengan de «*un mismo título o causa de pedir*», o que exista «*un nexo*», aclarando que tales requisitos se cumplen «*cuando las acciones se funden en los mismos hechos*» (SSTS de 3 de octubre de 2002 y de 13 de mayo de 2005). No obstante, cuando en esta clase de litigios se ejercitan acciones por vicio en el consentimiento parece que no suelen concurrir dichos requisitos, como el necesario nexo, ya que los actores habitualmente han contratado productos que no son exactamente los mismos (al variar usualmente las emisiones), han participado en diferentes procesos de contratación (cada uno suscribió el producto en un momento diferente y en una sucursal distinta) y tienen distintos perfiles (con diferente formación, experiencia inversora, etc.). Por lo tanto, los títulos no son los mismos (y muchas veces la documentación precontractual y contractual tampoco), ya que nos encontramos

ante contratos distintos celebrados en lapsos temporales diferentes (algunos se suscribieron antes de la entrada en vigor de la normativa MiFID y otros después, por lo que en unos casos hay test y en otros no). Y el nexo es difícil de apreciar cuando las comercializaciones y los demandantes no tienen ningún elemento en común, excepto que el comercializador de las participaciones preferentes es el demandado y se ejercitan, en su caso, el mismo tipo de acciones. Así, en algunos casos las circunstancias del actor particular pueden claramente indicar la inviabilidad de la pretensión del vicio en el consentimiento (como una relevante experiencia previa inversora), mientras que en otros la comercialización puede que se haya realizado escrupulosamente conforme a la normativa. Por consiguiente, tales singularidades parece que necesariamente requieren un pronunciamiento individualizado respecto a cada uno de los demandantes. Asimismo, debido a las peculiaridades de cada caso y al inherente casuismo que tiene la resolución de disputas sobre vicios en el consentimiento, parece que no se produciría un riesgo de sentencias contradictorias. A su vez, una acumulación de este tipo de acciones puede originar una mayor complicación del proceso, e incluso una potencial merma real de los medios de defensa del demandado. En efecto, la resolución conjunta de las pretensiones de muchos demandantes puede suponer una mayor duración del proceso, y con ello, un evidente perjuicio a los actores cuando están en circunstancias económicas problemáticas que podrían dificultar su continuación dentro del proceso. Además, los plazos otorgados al demandado por la LEC no varían en estos casos, lo que puede originar una real indefensión al disponer del mismo tiempo para unas actuaciones procesales que objetivamente implicarían un mayor tiempo y trabajo. Y es que es manifiesto que no es lo mismo contestar una demanda que responder a las alegaciones de un número importante de actores, que muchas veces están particularizadas al tratarse de acciones por vicios del consentimiento. Por ese motivo los juzgados de primera instancia han estimado la indebida acumulación de acciones en varias resoluciones sobre litigios participaciones preferentes, como puede apreciarse en las sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró, de 14 de marzo de 2013 y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Avilés, de 13 de octubre de 2013. Este criterio también ha sido seguido en algunas ocasiones por las Audiencias Provinciales en procesos relativos a participaciones preferentes (AAP de La Coruña, Sec. 3.^a, de 15 de febrero de 2013) y sobre otro tipo de productos, como evidencian el AAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 27 de marzo de 2007 y las SSAP de Madrid, Sec. 21 bis, de 31 de mayo de 2012 y de Madrid, Sec. 18.^a, de 22 de julio de 2013. Sin perjuicio de lo anterior, también se han dictado un buen número de resoluciones estimando que sí procede dicha acumulación en virtud de una interpretación más flexible de los requisitos comentados (SAP de Madrid, Sec. 13.^a, de 23 de enero de 2009, ATS de La Coruña, Sec. 5.^a, de 31 de julio de 2013 o SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 23 de enero de 2014). Por consiguiente, es notorio que existen dos corrientes jurisprudenciales que ante supuestos de hecho relativamente similares resuelven de manera opuesta la cuestión de la posible la acumulación subjetiva de acciones.

¹⁸² Hay jurisprudencia menor contradictoria a este respecto. Algunas sentencias declaran que los intereses previstos en el artículo 1108 del CC deben computarse desde la demanda a falta de una reclamación anterior (SSTS de 8 de febrero de 2000 y de 14 de diciembre de 2001). Este posicionamiento parece el más acorde con el principio dispositivo que rige sobre este tipo de intereses (SSTS de 17 de febrero de 1994 y de 20 de noviembre de 1995), así como con el objetivo del ordenamiento jurídico de evitar el enriquecimiento injusto al conceder mediante la sentencia una retribución superior a la que se hubiera obtenido de haber contratado un depósito a plazo fijo, como habitualmente se alega en este tipo de procesos. Este criterio ha sido seguido por algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales en casos de participaciones preferentes (SSAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Pontevedra, Sec. 6.^a, de 25 de abril de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 4 de abril de 2013 y de Asturias, Sec. 1.^a, de 11 de abril de 2014) y en otra clase de litigios (SAP de Guipúzcoa, Sec. 1.^a, de 4 de julio de 2000 y AAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 7 de febrero de 2006).

Sin embargo, la tendencia mayoritaria dentro de la jurisprudencia menor que parece afirmar que el cálculo debe hacerse desde que se dispuso del dinero (SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 24 de julio de 2012) o desde la fecha de contratación (SSAP de la Coruña, Sec. 4.^a, de 28 de febrero de 2014, de Lugo, Sec. 1.^a, de 15 de abril de 2014 y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 22 de abril de 2014).

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 17 de marzo de 2015, se celebró en Sevilla la JORNADA *LEGALIZACIÓN DE LOS LIBROS DE LOS EMPRESARIOS. Análisis práctico de la Instrucción de 12 de febrero de 2015 sobre la legalización de los libros en formato electrónico presentados por vía telemática*, organizada por el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores.

Ponente:

- José Ángel GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, Registrador Mercantil de Granada.

Coloquio con la participación de:

- Juan José JURADO JURADO, Registrador Mercantil de Sevilla
- Juan Ignacio MADRID ALONSO, Registrador Mercantil de Sevilla
- Francisco Manuel GALÁN ORTEGA, Registrador Mercantil de Córdoba

Los días 24 y 25 de septiembre de 2015, se celebrará en Sevilla, el CONGRESO INTERNACIONAL *VIVIENDA, PRÉSTAMO Y EJECUCIÓN**

La situación de grave crisis económica que venimos atravesando en toda Europa y con acusado carácter en los llamados países «del sur», como es el caso de España ha traído consigo nuevos escenarios socio-económicos a los que el Derecho debe dar respuesta. Nuevos problemas que exigen, pues, no solo el desarrollo de nuevos instrumentos jurídicos, sino igualmente la redefinición y reinterpretación de muchas normas e instituciones clásicas, no solo en el ámbito del Derecho público, sino igualmente en el del Derecho privado.

* Este programa, por la lejanía en el tiempo puede variar.

Bajo estas coordenadas el Congreso Internacional «Vivienda, préstamo y ejecución» que en estas líneas presentamos pretende adentrarse en la raíz de la controvertida problemática apuntada, abordando dos ejes temáticos fundamentales:

- El contenido financiero de los préstamos hipotecarios que las entidades bancarias conceden de cara a la adquisición de las viviendas.
- Los aspectos sustantivos y procesales de los procesos de ejecución forzosa y la subasta, el concurso de acreedores y sus carencias.

Organizan: Proyecto de Investigación europeo «Vivienda, préstamo y ejecución» (G-GI3003/IDIP) financiado por la Agencia de Obra Pública de Andalucía y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla; Proyecto de Investigación Nacional «Sujetos e instrumentos del Tráfico Privado VI» (DER2012-34028), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Dirección del congreso: Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ (Doctor en Derecho Civil y profesor contratado postdoctoral de la Universidad de Sevilla).

Coordinación: Salvador TOMÁS TOMÁS (Doctor de Derecho Procesal y Profesor de la Universidad de Murcia), M.^a Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (Doctora de Derecho Administrativo y Profesora de la Universidad de Sevilla).

Comité organizador: Ascensión MARTÍN HUERTAS (Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sevilla), Eduardo DE LA IGLESIAS PRADOS (Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla) y Enrique GANDÍA PÉREZ (Doctor de Derecho Mercantil y Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid).

Comité científico:

Prof. Francisco CAPILLA RONCERO (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof. Manuel RIVERA FERNÁNDEZ (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof.^a Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla), Prof. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (Prof. Titular de Derecho Civil, acreditado como Catedrático de la Universidad de Sevilla), Prof. César HORNERO MÉNDEZ (Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide), Prof. José Luis ARJONA

GUAJARDO-FAJARDO (Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof.^a Inmaculada VIVAS TESÓN (Prof.^a Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof.^a M.^a Carmen FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (Prof.^a Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof.^a M.^a Paula DÍAZ PITA (Prof.^a Contratada Doctora, acreditada como Titular de Universidad de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla).

Jueves 24 de septiembre, sesión de mañana (Salón de Grados, Facultad de Ciencias del Trabajo, Universidad de Sevilla / Paraninfo de la Universidad de Sevilla).

Mesa de ponencias: moderada por el Prof. Francisco CAPILLA RONCERO

Conferencia inaugural: «El control registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios en la doctrina de la DGRN, a cargo de D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Ponencias:

«Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo», a cargo de Xavier BASOZABAL ARRUE, Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid.

«Deudas derivadas de la adquisición de la vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho», a cargo de Elena SÁNCHEZ JORDÁN, Prof.^a Titular de Derecho Civil (Acreditada como Catedrática) de la Universidad de La Laguna. «Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», a cargo de Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Mesa de Comunicaciones I

Jueves 24 de septiembre, sesión de tarde (Salón de Grados, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla).

Mesa de ponencias moderada por el Prof. Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA

«Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario», a cargo de José María MIQUEL GONZÁLEZ, Catedrático Emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

«Control notarial de la legalidad en los préstamos hipotecarios», a cargo de Francisco ARANGUREN URRIZA, Notario de Sevilla.

«Claves del régimen jurídico de la hipoteca en el Derecho inglés», a cargo de William SWADLING, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford (Reino Unido), traducción a cargo de D. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ.

«Desproporción entre el valor del inmueble hipotecado y la cuantía del crédito hipotecario: sus consecuencias a la luz del Derecho italiano», a cargo de Angelo RICCIO, Profesor Contratado Doctor (Acreditado como Profesor Titular de Universidad) de Derecho Civil de la Università degli Studi di Bologna (Italia).

Viernes 25 de septiembre, (Salón de Grados, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla).

Mesa de ponencias moderada por el Prof. César HORNERO MÉNDEZ

«La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado», a cargo de Juan María DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad y Mercantil, Director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

«El préstamo para la adquisición de vivienda en Italia», a cargo de Paolo PAPANTI-PELLETIER, Catedrático de Derecho Civil de la Università degli Studi di Tor Vergata, Roma (Italia).

«Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor», a cargo de Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Mesa de Comunicaciones II.

Clausura.

ARAGÓN

Los días 22 y 27 de enero de 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Colegio de Abogados, Colegio Notarial, Colegio de Registradores y la Escuela de Práctica Jurídica, tuvieron lugar las JORNADAS SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL, con el siguiente programa:

Jueves 22:

«Las bases de la reforma de la ley de Sociedades de Capital», por don Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Mercantil. Presidente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

«Aspectos más relevantes de la reforma para la actuación notarial», por don Adolfo CALATAYUD SIERRA, Notario.

«Implicaciones registrales de la Reforma para las sociedades de capital (con exclusión de las cotizadas)», por don Fernando CURIEL LORENTE, Registrador de la Propiedad y Mercantil del Registro Mercantil II de Zaragoza.

«La tutela de los derechos de minoría», por doña Carmen GAY CANO, Abogada.

Martes 27:

«La junta general: convocatoria, celebración y adopción de acuerdos», por doña Mercedes Zubiri de Salinas. Profesora Titular de Derecho Mercantil. Juez en excedencia.

«La impugnación de acuerdos sociales», por don Alfonso MARTÍNEZ ARE-
SO, Magistrado de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

«Los administradores sociales: deberes y responsabilidad», por don Fran-
cisco SERRANO. Abogado.

«Los puntos críticos de la reforma», por don Ángel ROJO. Catedrático de
Derecho Mercantil. Vocal permanente de la Sección de Derecho Mercantil
de la Comisión General de Codificación.

**RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS**

GODOY VAZQUEZ, M. Olaya: *Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*. Dykinson, Madrid, 2014. Monografía. 385 páginas.

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Acreditada a Titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid

La autora de este libro es profesora de Derecho Público de la Universidad de Vigo y también abogada en ejercicio como puede comprobarse en la forma de enfocar los problemas y sobre todo en las soluciones que propone y aporta.

No es la primera obra que realiza, pues tiene publicados varios artículos en diversas revistas jurídicas, pero sí es la primera de cierta envergadura pues en ella se recogen los capítulos principales de su Tesis Doctoral. Estamos ante un maduro estudio jurídico, de gran rigor, con análisis de cuestiones interesantes y examen de decisiones jurisprudenciales.

El tema que nos propone la autora es de suma actualidad e interés porque se analizan desde la perspectiva jurídica, dos normas relacionadas entre sí como son la *tecnología reproductiva* y la *investigación biomédica con material humano de origen embrionario*. Normas que realmente dependen de enfoques ideológicos y económicos asentados sobre planteamientos de ética civil aplicados a las innovaciones de la biomedicina.

No debemos olvidar que el asunto abordado ha tenido un desarrollo progresivo no solo en el ámbito médico, sino en el contexto social y en la evolución del derecho de familia pues ha permitido tener hijos a parejas infériles, descendencia a mujeres solas sin pareja, y a parejas homosexuales, a progenitores enfermos almacenar sus gametos para una procreación futura, y, en el campo de la medicina ha evitado la transmisión de enfermedades congénitas, o la posible selección de embriones por su idoneidad genética en beneficio de terceros... Teniendo en cuenta, además, las posibilidades futuras en continua transformación que se nos escapan, pues el tema tiene una potencialidad sin precedentes.

El libro contempla una materia interesante y de actualidad que, de forma ordenada y comprensiva, aclara todas estas cuestiones haciendo una revisión crítica desde la normativa actual, haciendo hincapié en cuestiones importantes como el anonimato de los donantes de gametos, la eficacia de los convenios de gestación por sustitución suscritos en el extranjero, el acceso a la maternidad en solitario, la determinación de la doble maternidad por manifestación, la selección de embriones en beneficio de terceros, las investigaciones con embriones

nes, la clonación terapéutica, la ineficacia de los mecanismos de control de los centros autorizados... Pero la autora va más allá, y propone una modificación de la normativa vigente para adaptarla a la realidad científica, social y jurídica.

La profesionalidad y el buen hacer de la Doctora GODOY no solo consiste en poner de manifiesto la vertiginosa evolución de la materia tratada y de sus novedosas aplicaciones en ámbitos científicos ajenos a la medicina reproductiva, sino las lagunas, vacíos jurídicos y procedimientos que no están expresamente prohibidos... cuestiones que llegan incluso al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y al Tribunal Supremo de Estados Unidos y que han resuelto cuestiones sobre la exclusión de la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas logradas a partir de la destrucción de embriones, o la exclusión de la patentabilidad de genes humanos.

La monografía se inicia con el prólogo de la Catedrática doña María ROCA que nos presenta a la autora en todas sus facetas profesionales e investigadoras.

El volumen se divide en tres capítulos. En el primero se hace un repaso sumario sobre la biología reproductiva en la comunidad internacional. Su importancia se centra —cómo señala la autora con acierto— en los conflictos entre los derechos y las libertades fundamentales del hombre surgidos de estas técnicas y la necesidad de la respuesta jurídica internacional uniforme. Indicando convenientemente que con la globalización los resultados científicos deben ser patrimonio de la humanidad con independencia del país en el que se han producido.

En el capítulo segundo, se realiza el análisis de la evolución legislativa seguida en nuestro país, abordando además el examen de la legislación específica adoptada por algunas Comunidades Autónomas.

Pero donde realmente se plasma la capacidad investigadora y el análisis crítico de la autora es en el capítulo tercero. En él se emprende un estudio de los derechos y libertades afectados por las técnicas de reproducción asistida que en ocasiones resultan contrapuestos en programas de asistencia médica a la reproducción, o en investigaciones biomédicas con material embrionario. Insiste en que se conjugan intereses diversos como la libertad de investigación, la protección de la vida humana en desarrollo, la libertad de conciencia, el derecho a la maternidad, el derecho a la intimidad, el derecho a conocer el propio origen biológico, todo ello desde una perspectiva multidisciplinar. Examen que se realiza teniendo en cuenta los criterios de oportunidad política del propio legislador en cada momento, social, económica y de política legislativa.

Acertadamente observa, dentro del control de los centros privados, la ausencia de una limitación legal o reglamentaria de la licencia otorgada y el establecimiento de un cupo máximo de licencias, incluso la inexistencia de un cuerpo especial de inspectores con conocimientos específicos en la materia, lo que dificulta la posibilidad de detectar actuaciones susceptibles de sanción.

Resulta interesante su observación en relación con la necesidad de consentimiento informado de todos los sujetos implicados en el programa de asistencia médica a la procreación. Muestra su conformidad con la ley en este tema estableciendo que en estos procedimientos de reproducción asistida el consentimiento tiene que ser personalísimo sin que quepa sustituirlo por razones de urgencia ni de salud pública.

Relevantes son sus conclusiones en cuanto a la gestación por sustitución, insistiendo, de acuerdo con nuestro marco jurídico, que la autodeterminación de la madre subrogada para alquilar su útero se encuentra limitada, en base a que ni el cuerpo humano ni sus funciones esenciales pueden constituir el objeto de un contrato, sin olvidar que el hijo nacido a través de esta técnica ve incremen-

tada su vulnerabilidad si se le deja a merced de las cláusulas contractuales que no aseguran ni la protección de sus intereses, ni sus derechos. Insiste en que su admisión significaría una comercialización de la filiación que dependería de la capacidad adquisitiva de los padres.

Otra de las cuestiones sugestivas que aborda es la posibilidad introducida por el legislador de 2006 de elección de embriones con una composición genética óptima para servir como donante a un tercero. Posibilidad que podría atentar contra la dignidad y el valor del ser humano al instrumentalizarlo como material creado artificialmente en beneficio del tercero, y que insiste en que chocaría con numerosos Instrumentos internacionales suscritos por España.

En definitiva, el lector tiene entre sus manos una magnífica monografía que pone de manifiesto la actual realidad de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario en el ámbito del derecho internacional y en el derecho español. La autora presenta una excelente documentación y un análisis riguroso de la materia haciendo de este trabajo un punto de referencia para entender la problemática planteada. Motivo por el cual felicito a la autora por la solidez de la obra, su coherencia y su atrayente lectura.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

- Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:
 - Nombre y dos apellidos del autor/es.
 - Grado académico o situación profesional del autor/es.
 - Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
 - Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

- Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:
 - Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
 - A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

- Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
- Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

- Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
- Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

- Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:
 - I. EN VERSALES.
 - II.1. EN VERSALITAS.
 - III.1.A. *En cursiva.*
 - IV.1.A.a) En redondo.
 - V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo.
- El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.
 - I.
 - II.
 - III.
- Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).
- Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). Comentario al art 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda en-cinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*

Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita.*

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.



Calidad de Revistas
Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA
PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014

Suscripción anual: 120,99 €

Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002