

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)  
y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: 85,00 € (más gastos de envío).

Precio del fascículo suelto: 25,00 € (más gastos de envío).

## PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Los *originales*, necesariamente inéditos hasta el momento de su publicación en el *Anuario de Derecho Civil*, pueden enviarse a Antonio Manuel Morales Moreno, Codirector de la Revista, o a Nieves Fenoy Picón, Secretaria. El envío puede hacerse a sus respectivas direcciones de correo electrónico (antonio.morales@uam.es; nieves.fenoy@uam.es), o a la dirección postal de ambos en la Universidad Autónoma de Madrid (Facultad de Derecho, calle Kelsen, 1, 28049 Madrid). El envío postal incluirá el soporte informático.

Los trabajos recibidos serán sometidos a un proceso de *evaluación*, realizado por especialistas independientes, antes de decidir su publicación. El autor será adecuadamente informado.

## ADMINISTRACIÓN

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

## VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

### **Librería del Boletín Oficial del Estado**

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

tienda@boe.es

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXI, FASCÍCULO III  
Julio-septiembre, 2018

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES E IGUALDAD

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2018

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

---

NIPO (AEBOE): 786-17-030-1  
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid.

# Enriquecimiento por impensas y contratos de compraventa resueltos por incumplimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1</sup>

**JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE**

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Salamanca

## RESUMEN

*En este trabajo se examina y somete a crítica la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre un supuesto de enriquecimiento indirecto; y se proponen criterios de decisión.*

## PALABRAS CLAVE

*Enriquecimiento injustificado. Enriquecimiento indirecto. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

## ABSTRACT

*This article examines and criticizes the jurisprudence of the Supreme Court on an indirect enrichment case; and proposes decision criteria.*

## KEY WORDS

*Injustified Enrichment. Indirect enrichment. Jurisprudence of Supreme Court.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo tiene su origen en un texto breve en el que referí algunas sentencias del Tribunal Supremo sobre el asunto y que se publicó en el *blog* Almacén de Derecho ([www.almacendederecho.org](http://www.almacendederecho.org)) y una versión todavía más breve en el *blog* de la Asociación de Profesores de Derecho civil ([www.derechocivil.net](http://www.derechocivil.net)), ambas entradas en el mes de abril de 2018 con el título «Enriquecimiento sin causa: *manca finezza*». Alguna de estas ideas la expuse en un seminario que se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid en abril de 2018, con buenos compañeros y amigos. Quede constancia de mi gratitud a Pedro DEL OLMO, Xabier BASOZABAL y Carles VENDRELL.

1. En sede de enriquecimiento sin causa se discute sobre supuestos que se han denominado «enriquecimientos indirectos» o *ex alieno contractu*: esto es, aquellos casos en los que el enriquecido obtiene la ventaja a costa de un tercero que es extraño al enriquecido y con el que no tiene relación gestoria o contractual alguna. Casos, en suma, en los que existe una relación triangular.

Dentro de ellos nos detendremos en aquellos que se configuran como *condictio* por impensas o mejoras en patrimonio ajeno cuando se resuelve el contrato de compraventa y el bien comprado que se restituye al vendedor ha sido mejorado por obra de un tercero que contrató con el comprador, tercero que, ante la insolvencia de su contraparte, ejerce una pretensión de enriquecimiento frente al vendedor<sup>2</sup>.

Si se estima la pretensión de enriquecimiento se desplazará el riesgo de insolvencia de quien típicamente lo soporta –el acreedor, en estos supuestos, el contratista– hacia quien obtiene definitivamente la ventaja que el crédito supone: el vendedor que resuelve, que no es «parte» en el contrato incumplido. La pregunta que nos hacemos es si hay razones que justifican tal pretensión y resultado y si el vendedor que resuelve puede ejercer con éxito algún medio de defensa.

Como veremos la jurisprudencia del Tribunal Supremo «no» es decisiva y padece un notable déficit de argumentación. Tal vez la solución prevalente pueda parecernos intuitivamente «justa» (o equitativa) pero carece de una construcción técnica que quepa generalizar.

2. No daremos cuenta de otros casos de enriquecimiento indirecto que aunque tengan una estructura semejante están gobernados por reglas distintas, en particular en lo relativo a los efectos de la «resolución» del contrato. Así, entre tales casos, los siguientes.

---

<sup>2</sup> La *condictio* por impensas o mejoras es una faceta de la *condictio* por inversión, considerada ésta como un tipo de *condictio* «residual», respecto a las de prestación e intrusión. Sobre los tipos de *condictio* como modo de abordar los casos que comprende el Derecho del enriquecimiento sin causa o injustificado, por todos, Xabier BASOZABAL ARRUE: *Enriquecimiento injustificado por intrusión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 21-51 y allí más referencias. Justo es reconocer a Luis Díez-PICAZO («La doctrina del enriquecimiento injustificado», Manuel de la Cámara/Luis Díez-Picazo: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-133) como el introductor del examen tipológico de los casos de enriquecimiento entre nosotros. Esta *condictio* aparece mencionada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo al menos en las siguientes sentencias: SSTS 439/2009, 25 junio (Roj: STS 5445/2009; Vicente Montes Penadés), que será uno de los supuestos que expongamos sucintamente; 306/2011, de 6 de mayo (Roj: STS 2847/2011; Encarnación Roca Trías) sobre valoración del trabajo prestado en el caso de ruptura de una pareja de hecho; y 467/2012, de 19 de julio (Roj: STS 6699/2012; Francisco J. Orduña Moreno) en el que se discutía, en el seno de un conflicto sucesorio y régimen de separación de bienes, si había o no aportaciones hechas por la esposa para la adquisición de bienes del esposo fallecido.

Por un lado, los relativos a contratos de arrendamiento en los que un tercero, contratado por el arrendatario, ha proveído de mejoras o aumentos de valor del bien arrendado, que se consolidan en el patrimonio del arrendador una vez se extingue el contrato. El tercero, cuya pretensión de cobro frente a su contraparte (el arrendatario) fracasa en razón de su insolvencia, emprende una acción de enriquecimiento sin causa frente a quien disfruta y se apropia definitivamente de la ventaja, el arrendador, sin que haya hecho un sacrificio recíproco<sup>3</sup>.

Por otra parte, también se ha alegado el enriquecimiento en el caso de la subcontratación en el contrato de obra, supuesto que es un buen ejemplo para dilucidar el ámbito propio del enriquecimiento indirecto y decidir si procede y por qué reconocer una pretensión restitutoria<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> En el caso resuelto por la STS 634/1989, de 20 de septiembre (Roj: STS 4742/1989; Matías Malpica) se alegó como precepto infringido el artículo 360 CC y la doctrina del enriquecimiento sin causa: la pretensión del contratista frustrado (puesto que no le pagó su contraparte, el arrendatario) frente al dueño del local no se estimó en ninguna instancia. La sentencia hace también una mención a los efectos perniciosos para la seguridad del tráfico de romper la relatividad contractual, que significa que cada cual pecha con los riesgos del contrato que celebró. Un caso semejante es el resuelto por la STS 1129/1994, de 14 de diciembre (Roj: STS 8174/1994; Francisco Morales Morales; comentada por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE: CCJC 38 [1995] § 1025) en la que el contratista también pretendió, sin éxito en todas las instancias y con fundamento en el enriquecimiento sin causa, la condena (solidaria, junto con la arrendataria y su avalista) de los propietarios arrendadores finalmente beneficiados.

<sup>4</sup> Sobre estos casos, véase, la STS 1076/2004, de 4 de noviembre (Roj: STS 7101/2004; Xavier O'Callaghan): el subcontratista reclama más allá de lo previsto en el artículo 1597 CC frente al comitente principal, esto es, en un importe superior al crédito existente entre contratista y dueño de la obra pendiente de pago que es el que cabe inmovilizar en virtud del artículo 1597 CC, pretensión que se desestima. O el caso finalmente resuelto por la STS 477/1993, de 19 de mayo (Roj: 17813/1993; Jesús Marina; comentada por Luis MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO: CCJC 32 [1993] § 858): el suministrador de materiales se dirige contra los cooperativistas adjudicatarios cuando el contrato lo celebró la cooperativa (que se había disuelto y adjudicado las viviendas a los cooperativistas) y obtuvo la condena solidaria de estos, con el «límite del valor de las viviendas adjudicadas», con el apoyo de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Los cooperativistas recurren en casación, sin éxito esta vez: adujeron que el contratista podía haberse subrogado en los derechos que tuviere la cooperativa frente a los cooperativistas (artículo 1111 CC). El Tribunal Supremo resuelve, en el fondo, al apreciar una incorrecta disolución y liquidación de la cooperativa y con el propósito de no dilatar la satisfacción del acreedor en tal liquidación (puesto que no cabe la adjudicación sin pago previo de las deudas sociales, artículo 75.1 Ley 27/1999, de 16 de julio, *de cooperativas*), al decir: «Admitiendo que la cooperativa una vez construidos los pisos los adjudicara, es evidente que antes debió afrontar todos los pagos, que al no hacerlo así eludió sus obligaciones y que los cooperativistas tuvieran que hacer nuevas aportaciones. Y que por todo ello, cuando reciben los pisos sin haber pagado todo su costo se produce un enriquecimiento sin causa o una falta de empobrecimiento no justificado, es también evidente. La Sala, respetuosa con el acto de adjudicación, afirma sin embargo que tal entrega de los pisos no legitima el impago de los materiales con el que se han enriquecido los cooperativistas (...)». Este último es un ejemplo del empleo a menudo «práctico» o equitativo de la doctrina del enriquecimiento sin causa que se materializa en la que cabe llamar «la equivalencia de los resultados», esto es, en el procedimiento ulterior frente a la cooperativa el efecto hubiera conducido a un resultado equivalente.

3. La pregunta es sencilla. ¿Le cabe al contratista, empobrecido al no recibir el precio, formular una pretensión de enriquecimiento frente al vendedor que resuelve y que se apropia, como efecto de la resolución, de la mejora hecha a costa del tercero?

Para ofrecer una respuesta nada mejor que el recurso a las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado el asunto del enriquecimiento indirecto y en las que se puede apreciar la evolución en la construcción técnica de la solución<sup>5</sup>.

Lo cierto es que en la respuesta se entrecruza con no pocos asuntos de enjundia. Así entre otros: el modo en que se distribuye contractualmente el riesgo de insolvencia y las posibilidades de su desplazamiento; las razones que justifican las acciones directas en nuestro Derecho, propias de relaciones triangulares como las que se suscitan en los enriquecimientos indirectos, aunque con una función distinta (propia de garantía); el régimen –tal vez desajustado a la realidad económica de nuestro tiempo– de la liquidación de los contratos en caso de resolución, régimen que es «disponible»; o la oponibilidad frente a terceros subadquirentes del privilegio del crédito refaccionario<sup>6</sup>. En fin, la elaboración de criterios que sirvan para

<sup>5</sup> Sobre enriquecimiento indirecto, véanse, sobre todo, Carles VENDRELL CERVANTES: «Subcontratación, insolvencia del contratista y pretensiones restitutorias del subcontratista: el estado de la cuestión en el derecho español y la solución del VII-2:102 del Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo*, Esteve Bosch (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 445-460; y «El enriquecimiento injustificado en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Pedro del Olmo/Xabier Basozabal (dirs.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 283-337; Xabier BASOZABAL: «El diálogo con el Tribunal Supremo sobre la *condictio* de inversión», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, I, Luis Díez-Picazo (coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 487-524; Josep M. BECH SERRAT: *Sistema de restitución ante un enriquecimiento por mejora*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, esp. pp. 410-435; Martín OROZCO MUÑOZ: *El enriquecimiento injustificado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, esp. pp. 200 y ss., 236 ss.; Ángel CARRASCO PERERA: *Derecho de contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, 2.ª, II, 13, 10; Ana COLÁS ESCANDÓN: Comentario STS 732/2000, 12 julio, CCJC 55 (2001) § 1496; Margarita JIMÉNEZ HOROWITZ: «El enriquecimiento indirecto», *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, II, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 2073-2102 y «El contrato y la propiedad respecto de terceros: la acción de enriquecimiento, una alternativa», *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, José Manuel González Porras/Fernando P. Méndez González, Universidad de Murcia, 2004, pp. 2527-2532; y Laura ZUMAQUERO GIL: «El enriquecimiento injustificado en el Derecho privado europeo», *Indret* 2 (2017). También, muy sugerentes, las páginas de Peter BIRKES: «*At the expense of the claimant: direct and indirect enrichment in English Law*» y Daniel VISSER: «*Searches for silver bullets: enrichment in three-party situations*», ambos en *Unjustified Enrichment. Key Issues in Comparative Perspective*, David Johnston/Reinhard Zimmermann (eds.), Cambridge University Press, 2002, pp. 493-525 y 526-567, respectivamente. Y últimamente, de nuevo, Xabier BASOZABAL: «Enriquecimiento injusto comparado: una aproximación al Derecho inglés de restituciones», *ADC* (2018) I, pp. 13-78.

<sup>6</sup> Podría considerarse, incluso, su relación con las normas sobre la propagación de efectos en los contratos vinculados que descansa, en parte, en una idea semejante a la que subyace en los enriquecimientos indirectos: la de vincular la propagación de los efectos



predecir la respuesta judicial en los casos en que se alega el enriquecimiento sin causa, institución huérfana de guía segura.

4. Las sentencias que examinaremos son las siguientes: SSTs 651/1996, de 23 de julio<sup>7</sup>; 732/2000, de 12 de julio<sup>8</sup>; 987/2002, de 22 de octubre<sup>9</sup>; 439/2009, de 25 de junio<sup>10</sup> y 728/2015, de 30 de diciembre<sup>11</sup>.

En su examen seguiremos el siguiente itinerario. En primer término, expondremos los distintos casos, dando cuenta de los argumentos que se han empleado para el rechazo o la admisión de la pretensión restitutoria (*sub* 5-9). En segundo lugar, ofreceremos una síntesis de los criterios o elementos que, según esta jurisprudencia, deben ser tenidos en cuenta en la respuesta (*sub* 10). Por último, abordaremos las reglas que tal vez deban gobernar la solución (*sub* 11).

En todos los casos se aprecia que acucia al Tribunal Supremo la necesidad de formular argumentos «normativos»: esto es, anclar su

---

allí donde se encuentra el provecho: aunque en rigor, el elemento preponderante en sede de contratos vinculados es la «conexión» económica entre los contratos concernidos o, con más precisión, la unidad de la operación económica (así el artículo 29.1 Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*) que en parte borra la cuestión de las relaciones triangulares o de la existencia de un verdadero «tercero».

<sup>7</sup> Roj: STS 4607/1996; Jesús Marina Martínez-Pardo.

<sup>8</sup> Roj: STS 5757/2000; José Ramón Vázquez Sandes.

<sup>9</sup> Roj: STS 6945/2002; Teófilo Ortega Torres.

<sup>10</sup> Roj: STS 5445/2009; Vicente Montes Penadés.

<sup>11</sup> Roj: STS 5692/2015; José Antonio Seijas Quintana. En la doctrina de las Audiencias Provinciales, cabe mencionar las siguientes sentencias, que no se examinaremos de modo separado. Un caso de resolución de compraventa en la que se debate la restitución del valor de una nave parcialmente construida por el comprador y no pagada por éste en que se acepta la doctrina de la STS 732/2000, de 12 de julio, la SAP Cáceres, sección 2.ª, 186/2002, de 10 de julio (Roj: SAP CC 626/2002). Véase también, aceptando la misma doctrina, la SAP La Rioja, sección 1.ª, 383/2003, de 20 noviembre (Roj: SAP LO 741/2003) en la que se establece que el propietario finalmente beneficiado «no» debe ser condenado solidaria sino subsidiariamente (una vez se acredite la insolvencia del comitente) puesto que su título no es contractual sino propio del enriquecimiento sin causa. Por su parte, la SAP Barcelona, sección 4.ª, 30 diciembre 2002 (Roj: SAP B 13217/2002) rechaza la pretensión de enriquecimiento del contratista frente a los dueños de los solares porque el contrato celebrado por el propietario con las sociedades promotoras (comitentes) había sido cumplido. En la SAP Baleares, sección 4.ª, 119/2007, de 16 marzo (Roj: SAP IB 433/2007) se estima la pretensión de enriquecimiento del contratista en un caso de construcción de una vivienda en solar de la propietaria por encargo de un tercero. La SAP Baleares, sección 5.ª, 97/2007, de 8 marzo (Roj: SAP IB 521/2007) estima la pretensión del contratista al amparo del artículo 365 CC; y la SAP Toledo, sección 2.ª, 367/2007, de 13 noviembre (Roj: SAP TO 1096/2007) estima también la pretensión de enriquecimiento del contratista frente al dueño del terreno, al amparo del artículo 360 CC, aunque en el caso la conexión entre comitente y dueño de la obra es, posiblemente, la razón última de la condena. Véanse también la SAP Córdoba, sección 2.ª, 140/2003, de 4 de junio (Roj: SAP CO 857/2003) y SAP Ourense, sección 1.ª, 11 de julio de 2007 (Roj: SAP OU 603/2007) aunque, en ambos casos, la alegación del enriquecimiento fuere extemporánea. Como puede apreciarse se recurre, aunque sea *ex abundantia*, a la disciplina de la accesión inmobiliaria aunque sea en detrimento de sus requisitos propios. Es común enfrentar el problema de este modo, puesto que en sede de accesión el principio que inspira el régimen es, parcialmente, el enriquecimiento sin causa.

decisión en preceptos que aunque no atiendan al supuesto de hecho guarden con éste alguna semejanza. No servirán para la aplicación analógica en sentido propio pero sí para justificar la inspiración, o «deducción» como dice en alguna sentencia, del principio de enriquecimiento sin causa. Podría decirse que el Tribunal Supremo busca una justificación adicional que le permita dotar de «legalidad» a su decisión.

5. En la STS 651/1996, de 23 de julio, el contratista demanda a ambas partes del contrato de compraventa, luego resuelto, por impago del precio del contrato de obra. A la vendedora en razón de la previsible (o cierta) insolvencia de la sociedad compradora, comitente en su contrato. La vendedora con ocasión de la resolución del contrato había devenido propietaria de los chalets edificadas en ejecución del contrato de obra<sup>12</sup>.

Según el Tribunal Supremo la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo recurrida «aprecia beneficios para la Constructora Zapico, S.A. [la vendedora], y aplicando los principios generales del derecho, que los deduce de los artículos 1122, 487 y 501, así como del 453, todos del Código Civil, y por su carácter informador del ordenamiento jurídico y utilizando la analogía y la equidad, condena a ambas sociedades a reembolsar los gastos necesarios hechos por los constructores de buena fe, que fueron los actores, de las cantidades que corresponde a cada uno de los chalets por ellos edificados».

En el recurso de casación se alega, como primer motivo, la infracción de los artículos 487, 501 y 1122 CC. Dice el Tribunal: «El motivo no produce la casación de la sentencia porque ésta no ha aplicado dichos artículos como *ratio decidendi*, sino como preceptos de los que induce el principio general de que al constructor de buena fe hay que indemnizarle, y esto es consecuencia de los fundamentos en que se apoyan los artículos 361 y 453 CC, precisamente los mismos preceptos en que se basa el motivo segundo al denunciar su infracción por inaplicación, y de los cuales sólo la decisión condenatoria se deriva, puesto que entre ambas sociedades han producido a los actores el perjuicio patrimonial consistente en el costo de las respectivas obras realizadas y no satisfechas y el enriquecimiento de Zapico, S.A. [la vendedora], por lo que fueron ambas condenadas. Ciertamente que no ha hecho el dueño del suelo uso de la opción de vender el suelo que le proporciona el artículo 361,

<sup>12</sup> Debe advertirse que hay cierta confusión en los hechos porque «parece» que compradora y vendedora celebraron «juntas» con el tercero el contrato de obra y se condena a «ambas» al estimarse la pretensión de enriquecimiento, convocándoles para que después resuelvan entre sí sus diferencias. Si hubieran contratado «juntas» no habría caso al derivar la obligación de pago de la vendedora del contrato celebrado.

pero ella la pudo utilizar en reconvencción. En consecuencia, parece también el motivo segundo del recurso, y el tercero en que se denuncia la infracción del artículo 1111 CC, que tampoco viola la Audiencia, pues lo único que hace es definir que la acción ejercitada por los actores no es una subrogatoria, sino propiamente una acción de compensación del enriquecimiento sin causa, que se produce en el patrimonio de la demandada por el incumplimiento contractual de su codemandada [la compradora], que consintió durante su posesión a título de dueño, que los recurridos construyeran y en consecuencia que Construcciones Zapico, S.A. [la vendedora] accediera a propietaria, en virtud de la resolución del contrato de compraventa de la recurrente, la cual ha de reintegrar su beneficio a los recurridos, y en su caso resolver sus diferencias con la codemandada».

Las observaciones que cabe formular respecto a esta sentencia son, al menos, las siguientes.

(i) La razón última de la estimación de la restitución es la «equidad y la analogía» con los derechos que se reconocen al constructor de buena fe en suelo ajeno (artículo 361 CC) y con la posición del poseedor de buena fe respecto a las mejoras hechas (artículo 453 II CC) puesto que la solución que ofrece el artículo 487 CC (al que se remite el artículo 1122.6.<sup>a</sup> CC) es bien distinta: se niega el reembolso de la mejora aunque se admita el ejercicio del *ius tollendi* o derecho a retirar la mejora si fuera posible. El Tribunal Supremo para evitar tales preceptos elude su aplicación directa y, por eso, concluye que son preceptos de los que cabe servirse para construir el «principio general» del enriquecimiento sin causa.

(ii) El problema no cabe resolverlo desde la reglas de la accesión (y, por eso, no es aplicable el artículo 361 CC), al menos no sin distinguir entre facetas y protagonistas. Las reglas de la accesión inmobiliaria artificial conciernen a los casos en que se edifica en suelo «ajeno» y solo se atribuye algún efecto cuando quien edifica «ignora excusablemente» que el suelo es «ajeno» o cree excusablemente que «dispone de un título que justifica su construcción» (artículos 361, 433 I, 1950 y 1951 CC). Al constructor de mala fe (y lo es porque sabe que el suelo sobre el que edifica es ajeno) no se le reconoce ningún derecho (artículo 362 CC). Debe distinguirse: (a) el comitente comprador es dueño del suelo en tanto siga en vigor el contrato de compraventa, comprador que ordena edificar en suelo «propio», aunque pierda su condición de propietario retroactivamente con ocasión de la resolución (con todas las prevenciones que deben adoptarse respecto a la espinosa cuestión de la retroactividad). Y (b) el contratista que, desde luego, edifica en terreno conocidamente ajeno. El comitente comprador no puede ser tratado como

«constructor de buena fe» puesto que edifica sobre suelo «propio» aunque «por otro» y con «materiales ajenos»<sup>13</sup>.

(iii) No se determina si la condena es o no solidaria, aunque la remisión a que ulteriormente resuelvan sus diferencias invita a pensar que es solidaria. Tal remisión conducirá a proceder al reparto de la carga en razón del contrato de compraventa en que se sustenta su vinculación y, de tal modo, a asignar entre ellas, el coste en virtud de las normas sobre «liquidación» del contrato resuelto<sup>14</sup>.

6. En la STS 732/2000, de 12 de julio, las cosas son más claras<sup>15</sup>. La sociedad que transforma el buque en palangrero, por encargo de la sociedad que lo compró, demanda a compradora y vendedora (que resolvió la compraventa) el pago de la obra, si bien a cada parte por razones distintas. En lo que importa a la vendedora por enriquecimiento sin causa. Después de dos instancias en que se desestima su pretensión el Tribunal Supremo falla a su favor y condena a la vendedora (Pescanova, S.A.) «siempre que se acredite la insolvencia de la compradora» en el precio que se pactó por la obra.

Para completar el relato de los hechos cabe añadir lo siguiente. Pescanova, S.A., la vendedora, convino una reserva de dominio en garantía del precio aplazado; el buque en cuestión disfrutaba de derechos de pesca previa transformación en palangrero, cambio que había sido pedido y obtenido por la vendedora, Pescanova, S.A. y que, parece, era presupuesto del contrato para la compradora. La compradora nada pidió en la liquidación del contrato con ocasión de su resolución o, como dice el Tribunal Supremo, mantuvo «pasividad» sobre este asunto. En fin, Pescanova, S.A. algo después de resolver el contrato empleó el buque palangrero como tal<sup>16</sup>.

En el recurso de casación, además de alegar que se vulneró el principio que proscribe el enriquecimiento sin causa, la contratista afirmó que se infringieron, por inaplicación, los artículos 375, 376, 377, 430, 431, 432, 453, 1124, 1295 y 1303 CC. El Supremo reprocha la «confusa invocación» de preceptos que, según el Tribunal, tenían más sentido en el procedimiento de reso-

<sup>13</sup> Sobre la inoportunidad (por las razones que justifican la regla) de recurrir al artículo 365 CC, paradigma de relaciones triangulares, cuando exista una relación obligatoria entre constructor y dueño de los materiales, véase BASOZABAL: *Enriquecimiento* [nota 2], pp. 323-330.

<sup>14</sup> No obstante, es una llamada vacía: el riesgo de insolvencia del contratista, que ya se ha consumado, será soportado íntegramente por el vendedor que resolvió (artículo 1145 III CC). Una de las paradojas de las sentencias sobre enriquecimiento indirecto se cifra justamente en la condena solidaria que supone que la acción de regreso obligará al comprador/comitente al pago íntegro, con lo cual se desdibuja (más allá de la función de garantía propia de la solidaridad) la razón en la que descansa la condena del vendedor enriquecido: el enriquecimiento sin causa.

<sup>15</sup> Comentada por Ana COLÁS ESCANDÓN: CCJC 55 (2001) § 1496.

<sup>16</sup> Tal vez este aprovechamiento sucesivo es el que explica la «equidad» de la solución.

lución del contrato: afirmación que cabe considerar sorprendente porque la contratista «no» fue parte de tal procedimiento. Solo le cabría hacerlo subrogándose en la condición de su contraparte en el contrato y siempre que se cumplieran los requisitos previstos en el artículo 1111 CC. De igual modo es llamativo el reproche cuando el propio Tribunal Supremo emplea distintos preceptos para justificar normativamente la existencia de un «principio» que prohíbe el enriquecimiento sin causa.

En primer lugar el Tribunal descarta la posibilidad de una condena solidaria porque los títulos en que descansa su imputación son distintos. Así dice: «es evidente que tal pretensión [de condena solidaria a vendedora y compradora-comitente] no puede prosperar por cuanto los presupuestos de esa clase de responsabilidad, establecidos en el artículo 1137 del Código civil, no se producen en este planteamiento litigioso ya que la atribución de la pretendida cualidad de deudoras a las entidades demandadas no se hace desde una sola y misma obligación –la de Comarfol, S.A. [compradora] se liga a un contrato de arrendamiento de obra que como comitente concertó con la demandante y la de Pescanova, S.A. [vendedora] se extrae de un alegado beneficio sin causa que de esa obra recibió siendo ella ajena al contrato en que se convino su realización–, obligación de la que se derivase una misma responsabilidad»<sup>17</sup>.

Después enuncia su doctrina más o menos estable sobre el enriquecimiento sin causa, en el Fundamento de Derecho Tercero y considera que también es posible la restitución en los casos de atribuciones «indirectas»: «Esa concepción, que sólo exige una correlación entre tales empobrecimiento y enriquecimiento, puede tener cabida tanto en el supuesto de una relación directa entre ambos interesados o a través de una atribución patrimonial indirecta desde la situación patrimonial de un tercero, siempre que los demás requisitos, incluido el de la subsidiariedad de la medida reparadora, concurren en el supuesto. El resultado injustificado es la esencia y núcleo del principio impeditivo del enriquecimiento.»

Y entra a rematar para justificar la «procedencia» de la condena a Pescanova, S.A. «Pero esa devolución se produce con exceso del

<sup>17</sup> Como puede verse el Tribunal en este caso hace un esfuerzo interpretativo que no se aprecia en la STS 651/1996, de 23 de julio, en lo que afecta a la condena «solidaria». El efecto es el siguiente: nacerá la obligación de pago siempre que se constate la «insolvencia» del obligado principal (la compradora, Comarfol, SA). Para establecer este efecto se recurre al argumento de que el «título» por el que ambas condenadas son deudoras es «distinto»: uno contractual y otro fundado en el enriquecimiento sin causa. Esta decisión posiblemente se funda en la calificación de la acción como «subsidiaria» en el sentido propio de las acciones rescisorias por fraude (que se acredite la insolvencia del deudor principal) y no en el más común de regla supletoria para el caso de que no exista solución legal expresa.

objeto de aquella compraventa dada la transformación que en él se realizó por la demandante recurrente a instancias de la entidad compradora y cuyo importe de la obra transformadora no se le ha abonado a quien la hizo, y es ese buque transformado para otros cometidos el que recibe Pescanova, S.A. para servirse de él en su nueva conformación, como había sido su conocido propósito anterior a la venta, sin haber respondido, en la más mínima medida, al precio de la transformación ni haber encontrado, en esa pasividad beneficiosa, obstáculo para recibir el, en realidad, nuevo buque tras obra en él realizada por importe muy superior al de su mismo valor, al no haber ejercido la recurrente, conforme al artículo 1600 del Código civil, derecho de retención ante su comitente de obra ni ante quien ve así beneficiado su dominio reservado en aquella venta. Aquel contrato de compraventa viene a terminar siendo el origen –desde la interferencia que, a través el incumplimiento en él por parte de la compradora, produce en la obra contratada y realizada en su objeto– del enriquecimiento actual de la vendedora a costa del trabajo e inversión aportados por la recurrente quien, a falta de pago del precio del arrendamiento de obra por la compradora que también es incumplidora en aquel contrato, termina empobrecida en la misma medida»<sup>18</sup>.

Concluye en un largo párrafo: «Sin embargo, la incidencia que la realización de aquellas obras transformadoras del barco ha de producir en la dinámica por la que, desde su mismo contenido, ha pasado el contrato de su venta no puede olvidar que ha generado una obligación primera, a cargo de quien concertó aquella realización, comprensiva del pago del precio del arrendamiento de obra y una obligación subsidiaria –como se pide–, cuando desde aquella de preferente cumplimiento no se logra dejar indemne al realizador de la obra, a cargo del beneficiario de dicha obra en base a la obligación que asume desde la aceptación de ese beneficio sin que puedan servirle de causa justificativa los efectos del contrato por el que vendió –ampliamente rebasados en su consecuencia última devolutiva– ni los de realización de obra a la que era ajena hasta el momento de aprovechamiento de su resultado con que indirectamente se hace al recibirlo sin reparos ni compensaciones, llevando esa situación a la estimación de este recurso con la consecuencia de casar y anular la sentencia recurrida en ese particular, de revocar en

<sup>18</sup> La mención casi episódica del derecho de retención que asiste al contratista (artículo 1600 CC) sugiere una reflexión adicional. El derecho de retención «en prenda» aun oponible frente al vendedor carece de preferencia crediticia salvo que el bien permanezca en el patrimonio del deudor (comitente) y en este caso como crédito refraccionario (artículo 1922.1.º CC «que estén en poder del deudor») y no por tratarse de un derecho de retención (excepto en Cataluña, artículos 569-3 y ss. CCC).

el mismo la sentencia de primera instancia y de estimar en parte la demanda rectora»<sup>19</sup>.

Los argumentos de la sentencia para estimar la pretensión parecen ser los siguientes: por un lado, también están proscritas las atribuciones indirectas. En segundo lugar, es determinante el resultado provechoso para el enriquecido, sin importar la razón por la que la ventaja acrece su patrimonio, lo cierto es que se enriquece «a costa de otro». En tercer lugar, el alcance de la restitución en el contrato de compraventa «no» comprende o, en otros términos, resulta «ampliamente rebasado», por la realidad de la mejora. Esto es, en la liquidación de este contrato una vez resuelto no se contempla la apropiación de mejoras tan relevantes, aunque no menciona el artículo 1122.6.<sup>a</sup> CC. Las observaciones que cabe formular son las siguientes:

(i) No se argumenta especialmente sobre las atribuciones indirectas, puesto que solo se dice que cabe «también» estimar la pretensión de enriquecimiento en tales casos, siempre que concurren los requisitos comunes. Esto es, no hay una explicación racional de por qué «también en las atribuciones indirectas».

(ii) Señala que el núcleo y esencia del principio es el «resultado injustificado» y el resultado es patente, pero, de nuevo, no se argumenta sobre su carácter injustificado. Si acaso que las obligaciones derivadas del contrato de compraventa «no comprenden» la transferencia del beneficio: debe devolverse el bien vendido en el estado en que se hallaba al tiempo de su entrega y, por tanto, las ventajas añadidas deben liquidarse «separadamente» y sin detrimento de aquel a cuya costa se hicieron.

(iii) Para el Tribunal la vendedora que resuelve debería haber hecho «reparos y compensaciones» al recibir una prestación «distinta» o al menos con un notable «exceso» y no haber mantenido su posición de «pasividad beneficiosa», aunque el ejercicio de las facultades que a cada parte corresponden se atribuya a sus respectivos titulares sin que tenga que ser el acreedor el que defienda la posición de su deudor o de los acreedores de este deudor<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Esta sentencia obliga a prevenir sus efectos al tiempo de negociar ciertos contratos, puesto que a la existencia de contingencias de todo signo en los contratos de compraventa se añade ahora la posibilidad de que el vendedor no haya pagado obras o mejoras hechas con antelación a la celebración del contrato con un tercero y el comprador se vea envuelto, con éxito, en su reclamación. También a pactar los efectos de la resolución de los contratos que se sujeta, en principio, a reglas dispositivas.

<sup>20</sup> Tal vez el argumento podría expresarse de otro modo: no le cabe al vendedor oponer frente al contratista empobrecido una defensa que no hubiera podido hacer valer frente a su contraparte, aunque, lo cierto es que el Tribunal Supremo no se pronuncia en esta sentencia sobre cómo deben liquidarse las mejoras en caso de resolución del contrato.

7. En el caso de la STS 987/2002, de 22 de octubre los defraudados contratistas que contrataron con dos promotoras se dirigen contra el que les vendiera a éstas la parcela y después resolviera el contrato de compraventa que celebró. La Audiencia condenó «solidariamente» al vendedor y a las compradoras-comitentes. Recurre el vendedor y alega como motivo de casación lo siguiente: «la violación por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTS 5 noviembre 1968 y 14 diciembre 1994, entre otras, a cuyo tenor no puede darse lugar a la acción de enriquecimiento injusto, si no concurren los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para su estimación y, entre ellos, la inexistencia de causa, por cuya razón, no puede ser aplicada esta doctrina si el supuesto enriquecimiento se produce como consecuencia de las relaciones habidas entre empobrecido y enriquecido y, concretamente, cuando se hubiere producido como consecuencia de las obras contratadas «por el arrendatario» —en este caso, los compradores— en la finca, pues, en todo caso, el enriquecimiento se habría producido en cumplimiento de un contrato de compraventa resuelto como consecuencia del incumplimiento del comprador: menos, cuando la acción se ejercita por quien no contrató con mi mandante».

En suma, alega que se vulnera el principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC). Sobre este asunto dice el Tribunal: «El motivo no debe prosperar porque no se trata de que el Sr. Ernesto sea deudor del precio de los «servicios suministrados» por las codemandadas, sino de que, al haber revertido a él la finca en que se realizaron las obras, «con una importante obra incorporada», ello dio lugar a un enriquecimiento sin causa lo que, según la Audiencia, es la base de su condena»<sup>21</sup>.

En fin, se ahorra el esfuerzo de argumentar al afirmar que el caso que resuelve y el que dio lugar a la STS 732/2000, de 12 de julio son idénticos y merecen, por ello, igual solución: «Por lo demás, no ofrece duda que el enriquecimiento obtenido por el Sr. Ernesto al recuperar «la finca con una importante obra incorporada carece de justificación alguna, pues no puede considerarse tal la relación contractual con la compradora, Conjunto Residencial San Roque, SL», que se la restituyó «con exceso del objeto de aquella compraventa» (STS 732/2000, 12 julio, dictada en un supuesto idéntico en lo esencial al presente)».

8. En el caso de la STS 439/2009, de 25 de junio, la controversia se resuelve con más finura e incluso se refiere expresamente

<sup>21</sup> Como puede apreciarse se regresa al argumento de los «títulos» distintos para la condena «solidaria» (*supra*, STS 732/2000, de 12 de julio): al comitente en razón del contrato y al vendedor que resuelve en razón del aprovechamiento sin causa de la ventaja.



a la *condictio* por inversión y en uno de sus motivos justamente se alega que se infringe la doctrina emanada de las tres sentencias ya citadas.

Aquí también el contratista insatisfecho se dirige contra los finales propietarios (por adjudicación en ejecución hipotecaria y por compraventa) que se enriquecen con las obras hechas y no pagadas. Su pretensión se desestima en todas las instancias y la razón es clara: la solución se halla en la liquidación del contrato, *contrato por cuyas vicisitudes ha de pasar el contratista*<sup>22</sup>.

Dice la sentencia: «Por otra parte, se ejercita una *condictio* por inversión, en su variante de *condictio* por expensas, figura de perfiles borrosos que ha sido definida en la doctrina como la acción que se dirige a recuperar, de quien se ha beneficiado sin causa que lo justifique, el valor de los gastos o del trabajo incorporado a una cosa ajena. Esta figura, construida por la doctrina alemana (§§ 812, 946 y 951 BGB), según ha señalado un autorizado sector doctrinal entre nosotros<sup>23</sup>, ni siquiera en dicho sistema goza de gran extensión, *pues allí se excluye cuando existe una relación contractual entre el propietario de la cosa y el autor de las expensas, caso en el que se han de aplicar las reglas que rigen esa relación*, y cuando el poseedor ha realizado gastos y se trataba de una relación en la que el poseedor reconoce el dominio de otra persona, en cuyo supuesto son de aplicación las reglas de la *condictio* de prestación, de modo que esta *condictio* por expensas *solo se aplica cuando la cosa se posee como propia*. En el Derecho español cabría ver un supuesto de este tipo de *condictio* en las reglas que rigen la liquidación de un estado posesorio, cuyo eje central se encuentra en la disposición del artículo 453 II del Código civil, que ordena restituir los gastos útiles al poseedor, pero sólo al de buena fe, por cuya razón no parece inspirada en la restitución del enriquecimiento sin causa, pues en tal caso, como ha señalado el sector doctrinal antes aludido, se restituiría el valor invertido por cualquier poseedor, *sino en la misma protección de la buena fe con que se ha actuado*. Si bien en supuestos de liquidación del estado posesorio pueden encontrarse casos que la jurisprudencia considera como aplicación de este tipo de *condictio*, con restitución del valor de las expensas realizadas, como en los de aplicación de los artículos 453, 454, 487, 488 del Código Civil (SSTS 15 noviembre 1990, 13 octubre 1995, 23 julio 1996, 12 julio 2000, 22 octu-

<sup>22</sup> La finura, no obstante, no propicia la seguridad: no podemos predecir qué ocurrirá en un supuesto semejante, puesto que no «desmiente» la jurisprudencia anterior sino que considera que se trata de un caso «distinto».

<sup>23</sup> «Sector» que no es otro que Luis Díez-PICAZO: *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1988 [nota 2].

bre 2002, citadas por la recurrente), *pero es claro que no estamos ante uno de estos supuestos*»<sup>24</sup>.

Sigue diciendo el Tribunal: «Por otra parte, a la viabilidad de la pretensión basada en la existencia de un enriquecimiento injusto se oponen, en el presente litigio, de una parte, que *la recurrente verificó las expensas cuyo valor intenta ahora recuperar en cumplimiento de un prestación a la que estaba obligado por razón del contrato de obra convenido con Cogrami, Soc. Coop. [comitente], y no como poseedor en nombre propio y en concepto de dueño, sino como servidora de la posesión, por lo que serían de aplicación, en todo caso, las reglas de la relación establecida*, por cuyas vicisitudes ha de pasar la ahora recurrente o, a lo sumo, las de la *condictio* de prestación, si las primeras no fueran aplicables, lo que en el Derecho español conduce al cobro de lo indebido, si bien puede extenderse la idea de cobro a la adquisición, como ha propuesto alguna autorizada opinión, idea que ciertamente puede rastrearse en alguna de las sentencias anteriormente citadas, como las 15 noviembre 1990, 12 julio 2000 o 22 octubre 2002, pero que la especificidad del caso que nos ocupa no permite subsumir en tal institución, *pues aquí la adquisición de la finca en la que está incorporado el valor derivado de la construcción realizada por la recurrente se produce a través de la ejecución de la hipoteca convenida entre Cogrami, Soc. Coop., comitente de las obras y Caja Asturias, que prestó el numerario para financiarla, y que además vende por precio no irrisorio, a cargo de la compradora frente a la que se reclama la restitución del supuesto enriquecimiento, la finca en la que las inversiones se contienen, como ya señalaba la Sala de instancia. De modo que la adquirente de la finca, en definitiva, adquiere una utilidad que proviene del legítimo ejercicio de un derecho atribuido por un contrato, supuesto en el que la jurisprudencia viene rechazando la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto* (SSTS 19 diciembre 1996, 12 diciembre 2000, 31 octubre 2001, 26 junio y 31 julio 2002, 8 julio 2003, 5 noviembre 2004, 30 marzo y 10 octubre 2007, etc.)»<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> La STS 15 noviembre 1990 (STS 8276/1990; Ramón López Vilas) resuelve un supuesto de enriquecimiento y cesión de remate respecto a finca en la que no constaba la edificación; la STS 870/1995, de 13 de octubre (STS 5042/1995; Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) sobre el alcance de la restitución de las mejoras en la resolución de un contrato de compraventa (*infra* 11); el resto de sentencias son las ya reseñadas (*supra* 5, 6 y 7). Como vemos la selección de supuestos recogidos por el recurso comprende los principales casos de enriquecimiento indirecto. Para el Tribunal Supremo son dos los requisitos para que se aplique la *condictio* por expensas: por un lado, que el poseedor que mejora haya poseído la cosa «como propia» y, por otro, que sea de buena fe, que es elemento que discierne la restitución y no la existencia de la mejora.

<sup>25</sup> Este último argumento remite a otras sentencias del Tribunal Supremo que, según la sentencia, justifican la retención de la utilidad, al tratarse de un efecto derivado de un

9. En el caso de la STS 728/2015, de 30 de diciembre, el constructor que ha visto impagado su crédito se dirige no solo contra el promotor/comitente (una sociedad) sino también frente a los dueños de los terrenos sobre los que se edifica y alega enriquecimiento y accesión, además de que pretenda el levantamiento del velo de la sociedad promotora, de la que es socio único el hijo de los propietarios de los terrenos.

Se condena al pago de la suma pactada pero «no» a los propietarios del terreno, que resultan absueltos en la instancia y en la apelación. El Tribunal Supremo extiende la condena a los propietarios de los terrenos donde se produjo la edificación y considera que una vez pagado deberán resolver los propietarios sus diferencias con la promotora insolvente que es la que tiene a su cargo el pago del contrato de obra.

---

contrato (es un derecho atribuido por éste) y que en su mayoría no sirven para ilustrar nuestro supuesto o para deducir criterios valiosos. Las sentencias que cita contemplan «esa declaración» pero la diversidad de sus supuestos de hecho no permite extraer ninguna conclusión provechosa para el caso decidido. En la STS 1094/1996, de 19 de diciembre (Roj: STS 7375/1996; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) la alegación del enriquecimiento concernía a un desequilibrio entre negocios coetáneos, en rigor, con la remisión al contrato, se afirma que no puede discutirse el precio cuando éste ha sido libremente pactado, aunque después se revele excesivo. En la STS 1165/2000, de 12 de diciembre (Roj: STS 9120/2000; Antonio Gullón Ballesteros) el adquirente trata de desplazar al retrayente la mayor cantidad que pagó sucesivamente al ejercicio de retracto por éste: en realidad, en el caso, la alegación de enriquecimiento carece de razón porque el que recibe el sobreprecio «no» es el retrayente sino el vendedor. Entonces el asunto se sustancia en cuál es el precio del retracto y la mención de que es el ejercicio legítimo de un derecho no deja de ser superflua. La STS 1026/2001, de 31 de octubre (Roj: STS 8493/2001; Alfonso Villagómez Rodil) se refiere a un caso en el que el prestamista reclama a los socios del prestatario el pago del crédito insatisfecho (parcialmente, puesto que en la suspensión de pagos cobró una suma) y sencillamente «no» se aprecia vinculación entre socios y prestamista que justifique tal extensión. En la STS 651/2002, de 26 de junio (Roj: 4720/2002; Jesús E. Corbal Fernández) la alegación es, de nuevo, para revisar (sin éxito) un acuerdo que se considera desequilibrado o perjudicial para una de las partes (en el caso un acuerdo liquidatorio de un contrato de ejecución de obra); la llamada del TS a la doctrina del enriquecimiento es por razones de pura congruencia pero no de fondo. En la STS 784/2002, de 31 de julio (Roj: STS 5774/2002; José Manuel Martínez-Pereda) la suministradora de una máquina defectuosa reclama la ventaja obtenida por la compradora en razón del uso; de nuevo el problema es relativo al régimen del cumplimiento del contrato o sobre la retirada de la prestación defectuosa, sin que haya razón (más allá de la congruencia procesal) para pronunciarse sobre el enriquecimiento sin causa. En la STS 681/2003, de 8 de julio (Roj: 4798/2003; Antonio Romero Lorenzo) el banco reclama el importe del crédito pendiente de la prestataria cuando después de la ejecución y adjudicación hipotecaria enajena el bien en un importe sustancialmente superior al importe de la deuda; la prestamista alega que se produce un enriquecimiento sin causa. El TS hace alguna consideración entre enriquecimientos moralmente reprochables y aquellos que carecen de causa. La STS 1034/2004, de 5 de noviembre (Roj: STS 7133/2004; Antonio Romero Lorenzo) señala que no cabe alegar el enriquecimiento cuando el supuesto desequilibrio deriva de un contrato válido de transacción (podría decirse que se alega para reajustar las prestaciones pactadas). La STS 373/2007, de 30 de marzo (Roj: STS 2238/2007; Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) incluso niega que un «principio general» pueda invocarse como motivo de casación. La STS 1026/2007, de 10 de octubre (Roj: STS 6617/2007; Encarnación Roca Trías) niega los efectos de tal principio puesto que la retribución se justifica en el contrato válido y eficaz entre las partes.

Dice la sentencia, en su Fundamento 3.º: «En el motivo segundo denuncia la infracción del principio general del enriquecimiento injusto, de los artículos 1080 y 1887, y de las reglas de la accesión contenidas en el artículo 361, todos ellos del Código Civil. Según el recurrente la conflictiva situación generada por el hecho de que la obra se levantara sobre la finca de los esposos codemandados, autorizada por ellos y en su propio beneficio, sin que exista relación contractual con la contratista, debe resolverse acudiendo al principio de prohibición del enriquecimiento injusto. El motivo se desestima.

La Audiencia Provincial negó la realidad de este enriquecimiento sin causa pues, como dice: «a) *no hay base para afirmar que los dueños del terreno hayan adquirido la propiedad de lo edificado por el solo hecho de la construcción por la actora y se hayan enriquecido con ella; la parte recurrente considera de aplicación lo dispuesto en los preceptos reguladores de la accesión artículos 361 CC-, aunque la construcción fue consentida y autorizada; pero incluso en ese caso tal adquisición del dominio no sería automática (SSTS 9 febrero 2006, 20 mayo 1977) sino fruto de una opción de la propiedad conforme a esa norma que no consta ejercitada; y b), el pretendido empobrecimiento de la parte, que solo puede afirmarse actualmente como hipotético en la medida en que no cobre el crédito que ostenta por la construcción contra quien es responsable de su pago, no guarda relación directa con ese pretendido enriquecimiento de los dueños del terreno, sino con el impago de su crédito por el deudor, que es quien debe responder prioritariamente, de manera que no puede establecerse una correlación entre uno y otro».*

Pues bien, aun dando por supuesto que la edificación en suelo ajeno que se cuestiona no está sujeta al régimen del artículo 361 del Código Civil por no ser caso de accesión aquel en que el dueño del terreno la conoce y autoriza, como ocurrió en este caso, es evidente que partiendo de que los requisitos que condicionan la viabilidad del enriquecimiento injusto o torticero son: empobrecimiento del actor, representado por un daño positivo o por un lucro frustrado; correlativo aumento del patrimonio del demandado; falta de causa que lo justifique e inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación de este principio, y teniendo en cuenta, además, como síntesis de los apuntados requisitos, que la noción «sin causa» es la primordial y definitiva en la teoría del enriquecimiento injusto, pues mediante ella se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, es decir, contrarias a la Ley (SSTS 30 marzo 1988, 6 octubre 1990 y 4 junio 1993,

entre otras), *el motivo debe ser estimado, al concurrir en el presente caso los expresados requisitos.*

En efecto, sobre la finca propiedad del matrimonio Raimundo-Sofía se construyeron tres bloques de edificios con el conocimiento de los mismos, de los que disfrutaban. La edificación de estos inmuebles se ha llevado a cabo directamente y a costa, patrimonio, recursos y actividad de la demandante. Como consecuencia, los primeros se quedan con la obra, es decir, obtienen un beneficio efectivo por el incumplimiento contractual de la sociedad codemandada, mientras que la segunda queda empobrecida, *no por el impago del crédito por Bedia Montes, SL*[la dueña de la obra y promotora], *sino por esa correlativa concurrencia de creación de riqueza sobre suelo ajeno y la dinámica sobrevenida en la mercantil promotora, vinculada familiarmente con los dueños del suelo, desaparecida del tráfico. El nexo causal entre uno y otro fenómeno parece evidente; todo ello sin causa alguna que justifique la atribución patrimonial de los esposos demandados.*

Consecuencia de lo cual es la reintegración de ese beneficio a la recurrida por el importe del principal y los intereses que la sentencia ha determinado como deuda a cargo de la sociedad codemandada con la que, en su caso, deberá resolver sus diferencias»<sup>26</sup>.

Sobre la sentencia cabe hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, la inaplicación de la doctrina del levantamiento del velo tiene una sencilla razón de ser: con ella se lograría la responsabilidad *iure proprio* del socio único (hijo de los propietarios) pero no la atribución de responsabilidad a los padres propietarios. De este modo, no se extendería el círculo de responsables a deudores solventes: los padres propietarios son, siguen siendo, titulares de las fincas edificadas, susceptibles por tanto de embargo. En segundo término, la vinculación «familiar» de la sociedad («desaparecida del tráfico») es la clave de la extensión de la responsabilidad y no tanto la cuestión del enriquecimiento. Por último, si hubiera fraude o interposición de un sujeto para evitar que recaigan sobre los finalmente beneficiados las cargas del negocio debería haberse recurrido al fraude o la simulación.

10. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por tanto, ha resuelto admitir la pretensión de enriquecimiento sin causa (salvo

---

<sup>26</sup> El «evidente» nexo causal parece referirlo a dos fenómenos: por un lado, la creación de riqueza sobre suelo ajeno (esto es, el resultado provechoso), por otro la insolvencia de la contraparte y su vínculo familiar con los beneficiados. La inutilidad probable del levantamiento del velo (solo referible al «hijo», socio único) obliga a buscar una comunicación de riesgos y provechos a partir del enriquecimiento respecto a los padres.

en el caso de la STS 439/2009, de 25 de junio) aunque, como hemos dicho, sin que exponga con claridad sus argumentos<sup>27</sup>.

Sin embargo, podemos encontrar al menos un elemento común, elemento que no nos permite aventurar cuál será su respuesta ante un caso semejante. Es el siguiente: el carácter incontrovertible de la ventaja o del resultado, que ni tiene correspectivo en el contrato que celebró el enriquecido ni tampoco en su liquidación. Podría decirse que el «resultado» convoca a buscar una solución que parece más acuciante en razón de la insolvencia del comprador comitente, insolvencia que, como hemos visto, se exige con más o menos contundencia<sup>28</sup>.

11. La solución más apropiada con los textos legales en la mano pasa, a nuestro entender, por resolver el problema a partir de las siguientes premisas:

(i) El riesgo de insolvencia de relaciones o vínculos contractuales recae en el contratante que fuere acreedor y, salvo en los casos en que se admita (y por las razones de política jurídica que lo sustentan) una acción directa, no puede desplazarse o asignarse a un tercero «extraño» al vínculo contractual (artículo 1257 CC). El título contractual es «excluyente»: esto es, no cabe recurrir a un título distinto (el enriquecimiento) cuando el empobrecimiento del contratista deriva causalmente del «impago» del contrato que celebró y no de la conducta o aprovechamiento del tercero<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> En palabras de BASOZABAL: *Estudios Miquel*, I [nota 5], p. 523: «Como suele ocurrir tantas veces, el Tribunal ha sido mucho más certero al decidir que no procedía su aplicación que al aplicarla, y no tanto porque la solución material resultara inadecuada, como porque se echa de menos un mayor esfuerzo para determinar los presupuestos que justifican el derecho a compensar ciertas mejoras realizadas en patrimonio ajeno –o en patrimonio propio que deviene ajeno–, distinguiéndolos correctamente de los que plantean las atribuciones derivadas de prestación».

<sup>28</sup> Hay otras cuestiones sobre las que esta jurisprudencia no se pronuncia. Por un lado, no hay una preocupación por fijar cuál deba ser el alcance del «enriquecimiento»: se decide en todos los casos condenar a la restitución del precio pactado en el contrato de obra. Por otro, apenas se matiza sobre la «solidaridad» entre los demandados o sobre la regla de reparto entre ellos: posiblemente si el Tribunal Supremo se enfrentara al ejercicio de un derecho de regreso (artículo 1145 III CC) tendría que examinar cuál es el patrimonio que definitivamente debe soportar la restitución y, entonces, perdería razón de ser el fundamento que justificara la condena al vendedor que resuelve (la que cabe llamar la «paradoja del regreso»). Por último, no se explica por qué debe acreditarse la insolvencia del comprador-comitente, cuestión que, al parecer, debería vincularse a la subsidiariedad de la pretensión de enriquecimiento (sobre ésta, véase la STS 387/2015, de 29 de junio [Roj: STS 3192/2015; Xavier O'Callaghan] que sintetiza la jurisprudencia anterior).

<sup>29</sup> Para VENDRELL: «Enriquecimiento», 2017 [nota 5], pp. 302-303, la clave para la respuesta de los problemas de enriquecimiento indirecto está en «reparar en las consideraciones de política jurídica implicadas en este ámbito del Derecho privado –que poco o nada tienen que ver con la equidad- y, en concreto, en los grupos de casos relativos a las relaciones triangulares» y remite a la regla del DCFR (artículo VII.2:102) que establece una excepción para el enriquecimiento si la prestación ejecutada por el tercero (que finalmente beneficia al enriquecido) ha sido ejecutada por éste en cumplimiento libre de un contrato o el enriquecimiento es efecto incidental del cumplimiento de su obligación. El

(ii) El empobrecido dispone de herramientas para remediar su situación, pero deben referirse a la posición de su contraparte y no a la del finalmente beneficiado del cumplimiento de su obligación. Tales herramientas se conectan necesariamente con el régimen de la liquidación del contrato resuelto que se sustenta en reglas distintas a las previstas para la nulidad o anulación del contrato (artículos 1303 ss. CC)<sup>30</sup>.

(iii) En la «liquidación» del contrato de compraventa resuelto, las facultades o derechos que asistan a las partes son embargables y cabe también su ejercicio por subrogación (artículos 592.2 LEC y 1111 CC)<sup>31</sup>. Es en el Derecho de contratos donde debe decidirse cómo se liquida el «exceso» del que hablan las SSTs 732/2000, de 12 de julio y 987/2002, de 22 de octubre. Cabe añadir que la mejora no forma parte del contenido de las obligaciones propias del contrato de compraventa y que se trata, para el vendedor que resuelve, de un enriquecimiento «impuesto».

---

criterio de política jurídica sería el siguiente: «cada una de las partes del contrato debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual» (p. 304). Ya antes VENDRELL: «Subcontratación», 2009 [nota 5], pp. 458-459, al reproducir el criterio sugerido por Claus Wilhelm CANARIS [«Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis», ahora en *Gesammelte Schriften*, III, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 711 ss.]: «el riesgo de insolvencia debe ser repartido de forma razonable y justa: cada una de las partes debe soportar solamente el riesgo de insolvencia de aquel que ha seleccionado como parte contractual». Y también Miguel PASQUAU LIAÑO: Comentario STS 19 febrero 1999, CCJC 50 (1999) §1376, establece varias reglas (pp. 898-9) para los casos de enriquecimientos indirectos: a) la acción de enriquecimiento no puede servir para eludir el principio de relatividad de los contratos, fuera de los casos en que el ordenamiento jurídico confiere la acción directa; «Así el suministrador de materiales y el contratista no pueden exigir el *precio pactado* (pretensión nacida del contrato) frente al adquirente de vivienda o al dueño que recupera la finca arrendada, respectivamente; en todo caso podrán aspirar a la restitución del enriquecimiento efectivamente experimentado por su patrimonio (que no tiene por qué coincidir con el precio) siempre que no haya de calificarse, sin más, como un «enriquecimiento impuesto no restituible», es decir, siempre que el destinatario del mismo estuviese obligado a indemnizar al «intermediario» (dueño de la obra en el primer caso, y arrendatario, en el segundo) por ese plusvalor» (p. 898); b) sobre todo cree que el demandante tiene que acreditar la «insolvencia» del propio deudor antes de intentar el enriquecimiento (y remite a la acción subrogatoria).

<sup>30</sup> De igual modo debe ponderarse el sentido y oponibilidad del llamado privilegio «refaccionario» (que privilegia créditos casualizados con la mejora, reparación o construcción de bienes ajenos) puesto que con éste se asegura el cobro de las ventajas realizadas sobre los bienes afectos al privilegio crediticio (artículos 1922.1.º, 1923.3.º y 5.º CC). Sobre las condiciones de su oponibilidad para los inmobiliarios (artículos 59, 92 y 94 LH, en razón de su equivalencia y conversión con el derecho de hipoteca) véase, por todos, Encarna CORDERO LOBATO: *El privilegio del crédito refaccionario*, Tecnos, Madrid, 1995. El privilegio refaccionario carece, como regla, de oponibilidad o de reipersecutoriedad, de manera que la transferencia a un tercero (distinto al deudor) del bien refaccionado impide su ejercicio. Como privilegio puede hacerse valer frente a los otros acreedores del deudor pero salvo que se inscriba (artículos 59, 92 y 94 LH), no es oponible frente a los subadquirentes del deudor.

<sup>31</sup> Aunque, como advirtiera Rafael NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, p. 184, la subrogación en el crédito se somete a las reglas concursales del deudor titular del crédito (del Derecho de quiebras señalaba él) reglas a las que es inmune la pretensión de enriquecimiento, al tratarse de una pretensión autónoma.

Desde la perspectiva del vendedor que resuelve (y que es demandado por el enriquecimiento indirecto respecto a la mejora) su posición debe ser equivalente a la que ocuparía de haber sido demandado por la contraparte de su contrato: si el contrato de compraventa o el régimen de su liquidación no le sirve para retener la mejora debe pagar el empobrecimiento sufrido por el contratista. En caso contrario, no puede ser de peor condición porque la mejora haya sido hecha por un tercero a que si hubiera sido ejecutada a costa de su contraparte. No obstante parece que la prevalencia del régimen contractual es clara.

(iv) Sean cuales fueren las reglas de la liquidación del contrato resuelto debemos recordar el carácter «dispositivo» de los efectos de la resolución: así, es válida la cláusula penal de retención del precio parcialmente pagado; la cláusula que establezca que las mejoras quedan en favor del contratante que resuelve (*v. gr.* artículo 21 I LAR) o el modo de establecer el valor del bien vendido cuando no quepa la restitución *in natura*.

Tal vez la única sede en la que el recurso al Derecho dispositivo sobre la liquidación es determinante sea en materia de condiciones generales en donde los pactos de liquidación no pueden empeorar la posición que ocuparía el contratante consumidor según lo dispuesto en el Derecho dispositivo. Derecho que no goza de una interpretación uniforme.

(v) El régimen para liquidar expensas e impensas (y deméritos o pérdidas) en el caso de resolución por incumplimiento del contrato «adolece entre nosotros de una gran oscuridad»<sup>32</sup>. No se sabe bien qué régimen o combinación de regímenes elegir (artículos 487 [¿y 453 II?], 1122.6.<sup>a</sup>, 1123 II CC) y por qué. Y entonces, si seguimos la remisión que nos indican los artículos 1123 II y 1122.6.<sup>a</sup> CC, salvo que cupiera el *iustollendi*, «no hay derecho a indemnización» para las mejoras voluntarias realizadas por el contratante que padece la resolución (artículo 487 CC y STS 870/1995, de 13 de octubre)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> En palabras de Fernando PANTALEÓN: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC (1993) IV, pp. 1719-1745, p. 1735 y nota 54, que además nos recuerda el artículo 1653 I CC. Un problema, tal vez excesivamente enturbiado por disquisiciones dogmáticas, es la cuestión de la retroactividad de la resolución y si cabe distinguir entre efectos «reales» y «obligatorios» de ésta. La explicación del régimen de gastos, deterioros, mejoras y frutos en caso de resolución no requiere vincularla a la retroactividad de los efectos de la resolución sino al efecto extintivo y liberatorio propio de aquélla, asunto que queremos abordar en un próximo trabajo sobre *Resolución y restitución*. Sí es cierto que la insatisfacción sobre este régimen convoca a ofrecer una solución oblicua, como es el enriquecimiento sin causa, tal vez menos cargado de razón si el régimen fuera menos restrictivo.

<sup>33</sup> Roj: STS 5042/1995, Gumersindo Burgos Pérez de Andrade. Sobre esta sentencia véase el excelente comentario de Joan MARSAL GUILLAMET: CCJC 40 (1996) § 1083 que desvela sus incongruencias; sentencia que comenta también M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO: RDPr 80 (1996), pp. 591-599. La STS 870/1995, de 13 de octubre da una de cal y otra de arena sobre este asunto. Así señala que en el régimen restitutorio en caso de resolución: «al



(vi) Una regla distinta a la de la propia del Derecho de contratos (cada contratante soporta el riesgo de insolvencia de aquel con quien contrató) supone consagrar, en relaciones triangulares de esta clase, una suerte de posición de garante (o fiador) del vendedor respecto a la insolvencia de su contraparte en sus relaciones con terceros, cuando el contrato celebrado le atribuya finalmente una ventaja aunque ésta pueda considerarse para él un enriquecimiento impuesto<sup>34</sup>.

Como dijera la STS 266/1988, de 30 de marzo: *«de aceptar la tesis del enriquecimiento que sostiene el recurso, se transformaría este principio general de derecho, de saludable postulado de equidad y justicia, en motivo grave de perturbación y trastorno de la seguridad de las relaciones jurídicas (...) Ha de ser un mismo hecho o circunstancia el que dé lugar a la pérdida o ganancia y no distintos hechos como aquí ocurre, en que las obras se ejecutan y ha de satisfacerse su precio por quien las ajustó o sea la arrendataria, en tanto que si quedan a beneficio de la propiedad es por virtud del contrato de arrendamiento del local, con absoluta desconexión uno y otro contrato, pues en definitiva el alegato del recurso entraña nada más y nada menos que la responsabilidad solidaria o subsidiaria del propietario del local respecto de las obras que libre y unilateralmente ajuste el arrendatario, lo que conduce al absurdo y a la imposición de una carga desconocida sorpresiva y sorprendente para el dueño, que lo hace inviable en derecho»*<sup>35</sup>.

---

deudor incumplidor no le corresponde sobre las mejoras realizadas a sus expensas, sino los derechos que le atañen al usufructuario, que no son otros que los de retirarlas si fuera posible hacerlo sin detrimento de los bienes, pero no el de ser indemnizado de su importe». Y luego admite que cabe la pretensión de enriquecimiento sin causa, que tal vez acepta porque «ha sido declarado como hecho probado, que cuatro años después de vendida la casa a la parte demandante, cuando el demandado recupera su posesión y la vuelve a vender, este segundo precio es literalmente el doble del que se convino en el contrato resuelto».

<sup>34</sup> Según Orozco: *Enriquecimiento* [nota 5], pp. 247-248 la doctrina sobre los enriquecimientos indirectos debe aplicarse «con prudencia» para evitar convertir al receptor final en garante de obligaciones asumidas por otro y, por tal razón, exige su carácter subsidiario (aduce, como ejemplos, los artículos 365 CC y 65 LCCh). Por su parte para ВЕСН en su muy extenso *Sistema de restitución* [nota 5], pp. 417 ó 432-433 la relación triangular no es un obstáculo para conceder una pretensión de enriquecimiento aunque su posición no está expresada, o a nosotros no se nos alcanza, con claridad.

<sup>35</sup> Roj: STS 2377/1988; Jaime Santos Briz.



# La doble venta

**IGNACIO FERNÁNDEZ CHACÓN**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil  
Universidad de Oviedo

## RESUMEN

*En este trabajo se analizan el régimen jurídico y los efectos derivados de la doble venta regulada en el artículo 1.473 del Código Civil. En particular se detiene en la controversia doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 1.473 a la venta de cosa ajena, en el estudio de los criterios de preferencia para determinar el comprador que adquiere en los casos de doble venta y en los mecanismos de protección del comprador no preferido. Afronta por último la distinción de la doble venta de las enajenaciones judiciales de bienes no pertenecientes al deudor ejecutado dotadas de reglas específicas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

## PALABRAS CLAVE

*Doble venta, venta de cosa ajena, criterios de preferencia, enajenaciones judiciales, transmisión de la propiedad.*

## ABSTRACT

*This paper analyzes the legal regime and the effects derived from the several sales of the same goods regulated in article 1.473 of the Civil Code. In particular, it focuses on the doctrinal and case-law controversy over the application of article 1.473 to the sale by a person other than the owner, in the study of the preference criteria to determine the buyer that acquires the property and in the protection of the non-preferred buyer. Lastly, it addresses the distinction between the several sales of the same goods and court-approved sale of attached assets not belonging to the debtor regulated in the Law of Civil Procedure.*

## KEYWORDS

*Several sales of the same goods, sale by a person other than the owner, preference criteria, court-approved sale of attached assets, transfer of ownership.*

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Segunda venta perfeccionada antes de la entrega del bien al primer comprador*.—III. *Segunda venta perfeccionada después de la entrega del bien al primer comprador*. A. Invalidez de la segunda venta. B. Caracterización de la venta de cosa ajena en los supuestos de venta múltiple.—IV. *La venta múltiple en la jurisprudencia actual*.—V. *Criterios de preferencia adquisitiva en la venta múltiple*. A. Preferencia basada en la prioridad registral. 1. La buena fe del comprador que inscribe. 2. La previa inscripción registral del vendedor. B. Preferencia basada en la prioridad posesoria y la mayor antigüedad del título. C. Venta múltiple y usucapión.—VI. *Protección del comprador preterido*.—VII. *Venta múltiple y enajenaciones judiciales*. A. Naturaleza jurídica de las enajenaciones judiciales. B. Validez del embargo de bienes no pertenecientes al deudor ejecutado. VIII. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 1473 CC regula el supuesto de confrontación de dos o más compraventas<sup>1</sup> válidas celebradas por un único vendedor con varios compradores, fijando los criterios para determinar cuál de ellos adquiere la propiedad, en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> No obstante se discute la aplicación analógica del artículo 1.473 CC a otros contratos de finalidad traslativa distintos de la compraventa, tanto a título oneroso como gratuito. Así, en la STS de 14 de junio de 2000, contrapuesta una venta en escritura pública no inscrita en el Registro de la Propiedad con un acreedor hipotecario del vendedor que posteriormente ejecutó su garantía y devino propietario del bien, el Tribunal Supremo estimó la adquisición del segundo en aplicación de los artículos 1.473 CC y 34 LH (a pesar de que el préstamo e hipoteca que traía causa de aquél se habían concertado seis años después de la venta referida). Por el contrario, la STS de 28 de mayo de 1956 consideró que la confrontación de una venta en escritura pública de un bien sujeto a opción de compra con el ejercicio por el optante el mismo día de su derecho de opción tras el otorgamiento de la escritura entre el concedente y un tercero no puede generar un caso de doble venta al que resulte de aplicación el artículo 1.473 CC. Sobre la posible aplicación del artículo 1.473 CC a contratos distintos de la compraventa *vid.*, entre otros, MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 38 y ss.; PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Signo, Barcelona, 1990, pp. 90 y ss.; RÚBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994, pp. 187 a 204; SÁNCHEZ GONZÁLEZ y MONDÉJAR PEÑA, «Comentario al artículo 1.473», en *Jurisprudencia Civil Comentada* (Dir. Miguel Pasquau Liaño), T. III, 2.ª Ed., Comares, Granada, 2009, pp. 3001 y 3002; y CLEMENTE MEORO y NIETO MONTERO, *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), T. I (Contratos de finalidad traslativa del dominio), Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2014, p. 88. Sobre la aplicación del artículo 1.473 CC a negocios a título gratuito, y en particular a las donaciones, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de actos de disposición de una misma cosa, alguno o varios de los cuales sean donaciones», *RDP*, Núm. 1, 2006, pp. 3 y ss. y «Donación mortis causa, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1.473 del Código civil: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de julio de 1996», *RDP*, Núm. 6, 1997, pp. 501 y ss.

<sup>2</sup> Sobre el requisito del vendedor único para aplicar el artículo 1.473 CC *vid.* SSTS, entre otras muchas, de 1 de junio de 1948, 8 de mayo de 1982, 13 de abril de 1993, 22 de diciembre de 2000 y 22 de junio de 2001.

Tradicionalmente se ha discutido si el artículo 1473 CC únicamente es aplicable si al momento de perfeccionarse la segunda venta el vendedor no ha entregado el bien al primer comprador o puede aplicarse también cuando al vender nuevamente el bien ya ha sido entregado al primer comprador. Fruto de esta discusión sobre el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC la jurisprudencia y la doctrina han llegado a conclusiones contradictorias con la caracterización y validez de la venta de cosa ajena y el sistema de transmisión de los derechos reales. De ahí la necesidad de analizar separadamente ambas hipótesis, determinando el régimen jurídico aplicable a cada una de ellas y las consecuencias que de ello derivan, para terminar exponiendo el actual enfoque del Tribunal Supremo en la materia, los criterios de preferencia adquisitiva aplicables en función de la naturaleza del bien enajenado así como los mecanismos de protección del comprador preterido.

Distinto es el problema de las enajenaciones judiciales dotadas de su propia normativa y caracteres, en las que no estamos en presencia de varios contratos de compraventa, no se cumple el requisito del vendedor único, ni su régimen de validez y de transmisión del dominio deriva de la aplicación del artículo 1473 CC, tal y como se tendrá ocasión de ver.

## II. SEGUNDA VENTA PERFECCIONADA ANTES DE LA ENTREGA DEL BIEN AL PRIMER COMPRADOR

Durante mucho tiempo la doctrina y la jurisprudencia dominantes han afirmado la inaplicabilidad del artículo 1473 CC si al momento de perfección de la segunda venta el bien ha sido entregado al primer comprador, calificando esta segunda venta como una venta de cosa ajena, extraña al ámbito de aplicación del artículo 1473 CC y dotada de su propio régimen jurídico<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> A favor de conceptualizar estos supuestos como una venta de cosa ajena cfr., entre otros, GARCÍA CANTERO, «Comentario a los artículos 1.445 a 1.541», en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart), T. XIX, Edersa, Madrid, 1980, p. 249; ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1978, pp. 20 y 21; MOLINA GARCÍA, ob. cit., p. 75; CARRIÓN OLMOS, «Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», *CCJC*, Núm. 29, 1992, p. 502; FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1994», *CCJC*, Núm. 35, 1994, p. 665; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. IV (Las particulares relaciones obligatorias), Thomson-Reuters, Pamplona, 2010, p. 111. En contra de la tesis mayoritaria que afirmaba la inaplicabilidad del artículo 1.473 CC a la venta de cosa ajena se posicionaban, entre otros, PETIT SEGURA, ob. cit., pp. 104 y ss.; JORDANO FRAGA, «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición a non domino y responsabilidad por evicción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988», *ADC*, Núm. 4, 1989, pp. 1349 y ss.; RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 50 y ss.; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-

Conforme a dicha construcción, el supuesto de hecho del artículo 1473 CC sería aquél en que se vende el bien a un comprador y después a otro, para a continuación hacer entrega del bien a los distintos compradores, lo que resulta posible dada la admisibilidad en el Derecho español de formas espiritualizadas de entrega.

Según los artículos 609 y 1095 CC, si el bien ha sido entregado tan sólo a uno de los compradores y no al otro no habrá conflicto adquisitivo y la propiedad tan sólo podrá corresponder al comprador al que se le entregó, revelándose superflua la exigencia de requisitos adicionales para que la trasmisión se opere<sup>4</sup>.

---

OSSORIO, *Compraventa de cosa ajena*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 104 y 105; CUENA CASAS, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 337 y ss.; y SABORIDO SÁNCHEZ, «Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996)», *ADC*, Núm. 3, 1997, pp. 1569 y ss.

La tesis que excluye del ámbito de aplicación del artículo 1.473 CC los casos en que al momento de perfección de la segunda venta el bien ha sido entregado al primer comprador se observa, entre otras, en las SSTs de 27 de diciembre de 1932, 1 de junio de 1948, 23 de junio de 1951, 23 de mayo de 1955, 12 de abril de 1957, 30 de enero de 1960, 16 de febrero de 1970, 8 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986, 30 de septiembre de 1992, 17 de noviembre de 1992, 2 de julio de 1994, 25 de noviembre de 1996, 21 de junio de 2000, 19 de diciembre de 2000, 5 de diciembre de 2002, 15 de julio de 2004, 18 de mayo de 2005, 16 de mayo de 2006 y 11 de octubre de 2006. A modo de ejemplo, en la STS de 18 de mayo de 2005 se negó la posibilidad de aplicar el artículo 1.473 CC a la venta de un buque que pese a no haber sido inscrito por el primer comprador en el Registro Mercantil (requisito exigido por los artículos 573 CCom y 147 RRM y que el Tribunal reputaba tiene un mero carácter declarativo) le había sido transmitido (*ex* artículos 609 y 1.095 CC) al haber quedado sometido a su voluntad (artículo 438 CC). Pese a que no se había producido la ocupación material del buque (sino una mera entrega espiritualizada) concurrían los requisitos de título y modo exigidos, lo que a juicio del Tribunal Supremo convertía la posterior enajenación en una venta de cosa ajena extraña al ámbito de aplicación del artículo 1.473 CC. Lo curioso del caso resulta que, aunque se hubiera aplicado el artículo 1.473 el primer comprador hubiera sido preferido igualmente, dada la ausencia de buena fe de los segundos adquirentes, que eran conocedores de la previa enajenación del buque. Cfr. RUBIO GARRIDO, «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2005», *CCJC*, Núm. 70, 2006, pp. 462 y 470.

<sup>4</sup> Cfr., entre otros, HORNERO MÉNDEZ, «Distinción entre doble venta y venta de cosa ajena en el artículo 1.473 CC. Adquisición del tercero hipotecario: Comentario a la STS de 6 mayo 2004», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Núm. 14, 2005, p. 146; VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», *ADC*, Núm. 1, 2007, p. 84; y ARCOS VIEIRA, «¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta?», en *Tratado de la Compraventa: homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz* (Dir. Ángel Carrasco Perera), T. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2013, p. 865. Esta necesidad de que el bien haya sido entregado a ambos compradores para que se suscite el conflicto adquisitivo de la venta múltiple hace incomprensible el fallo de la STS de 13 de noviembre de 2009. En dicha Sentencia se confrontaban dos compraventas, si bien la primera de ellas no había llegado a consumarse en el plano real al no haber mediado entrega real o ficta alguna al comprador, a diferencia del segundo comprador que llegó incluso a inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad. El Tribunal consideró aplicable el artículo 1.473 CC y consideró propietario al primer comprador, al denegar la preferencia adquisitiva del segundo comprador basada en la inscripción registral dada la existencia de mala fe por su parte. Sin embargo, dicha solución no se sostiene en nuestro ordenamiento, ni al amparo del artículo 1.473 CC ni del ordinario sistema de título y modo previsto en los artículos 609 y 1.095 CC, requiriéndose en ambos casos la entrega al comprador para que puede reputarse que éste tiene algún tipo de derecho real sobre el bien. Por ello, en el caso enjuiciado e independientemente de la buena o mala fe del segun-

Si el bien ha sido entregado a ambos compradores según el sistema transmisivo de título y modo el único que podría adquirir la propiedad del bien será aquél al que se le haya entregado en primer lugar, independientemente de si ha sido el primero o no en contratar. La segunda entrega a otro comprador carece de valor traditorio (STS de 13 de mayo de 2013), pese a lo cual puede resultar preferido *ex* artículo 1473 CC si se dan determinados requisitos: 1. En la venta de bienes muebles si ha sido el primero en su posesión material o su título es de fecha más antigua. 2. En la venta de inmuebles si ha sido el primero en inscribir su adquisición en el Registro, en detentar la posesión material o su título es más antiguo.

Pese a su ubicación sistemática dentro del Capítulo dedicado a las obligaciones del vendedor, la finalidad del artículo 1473 CC es la de resolver un problema de transmisión de la propiedad, atendiendo a criterios que van más allá de los requisitos de título y modo exigidos en los artículos 609 y 1095 CC<sup>5</sup>.

En la venta múltiple de bienes muebles la prioridad adquisitiva del artículo 1473.I CC no es consecuencia de nuestro sistema transmisivo, de forma que prevalece el comprador que primero consume la tradición mediante el «modo»<sup>6</sup>. Dicho «modo» no requiere que el comprador detente la posesión real y efectiva del bien, sino únicamente que la entrega haya tenido lugar en alguna de las formas previstas en los artículos 1462 a 1464 CC, entre las cuales se prevén para el caso de los bienes muebles formas espiritualizadas.

La regulación del artículo 1473 CC entronca con la admisibilidad en nuestro ordenamiento de modalidades traditorias espiritualizadas, que posibilitan que el vendedor entregue materialmente el bien después de haber hecho una entrega espiritualizada (y viceversa), o que se confronten dos entregas espiritualizadas, dando lugar a dos contratos consumados en liza cuyo cumplimiento resulta aparentemente regular<sup>7</sup>. Por ello el artículo 1473 CC exige un plus adicional y confiere la propiedad al comprador que «mejor» consume su adquisición (teoría del *iter pluscuamperfecto*), presuponiendo que ambas ventas pueden haberse o se han, de hecho, consumado. En último término, mediante el criterio de la posesión real (bienes muebles o inmuebles) o de la inscripción registral (bienes inmuebles) lo que se pretende evitar es que el vendedor pueda

---

do comprador el primer comprador no podía ser considerado propietario sino únicamente reclamar la resolución de la venta celebrada dado el incumplimiento por el vendedor de su obligación de entrega *ex* artículo 1.462.I CC.

<sup>5</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>6</sup> Se trata del planteamiento, por ejemplo, de LLAMAS POMBO (cfr. *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014, p. 363).

<sup>7</sup> Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho*, Civil, T. II, Vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1982, p. 179.

disponer nuevamente del bien, dada la ausencia en su persona de una apariencia de titularidad<sup>8</sup>.

La entrega espiritualizada de bienes muebles surtirá efecto traditorio aunque el comprador no tenga la posesión material del bien. La puesta a disposición o tenencia material es relevante a los efectos del cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor *ex* artículo 1462.I CC, no para determinar si el comprador es propietario del bien enajenado. No en balde, el vendedor puede incumplir su obligación de entrega *ex* artículo 1462.I CC pese a haber transmitido la propiedad del bien enajenado al comprador, como ocurrirá, por ejemplo, cuando el otorgamiento de la correspondiente escritura pública no va seguido del traspaso material o puesta a disposición del bien al comprador<sup>9</sup>.

Por tanto, no existe una perfecta correlación entre el criterio de preferencia dominical en la venta múltiple de bienes muebles formulado por el artículo 1473.I CC y el sistema del título y modo. El criterio de la posesión de bienes muebles únicamente se corresponde con una única forma de tradición de las distintas posibles: la real del artículo 1462.I CC<sup>10</sup>.

La desconexión entre el sistema transmisivo y el criterio de atribución del dominio *ex* artículo 1473 CC resulta más fácilmente apreciable si cabe en la venta de inmuebles. Dado que la inscripción registral carece de efectos constitutivos en nuestro ordenamiento y la transmisión del dominio se produce al margen de ella, resulta evidente el aditamento o excepción introducidos por el legislador en el artículo 1473.II CC respecto al sistema transmisivo «ordinario».

Para que la adquisición del comprador al que primero se le entrega el bien sea oponible frente a sucesivos compradores a los

<sup>8</sup> Cfr. GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978, p. 407 y «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», *ADC*, Núm. 1, 2001, p. 206; y PETIT SEGURA, ob. cit., pp. 105 a 107.

<sup>9</sup> Cfr. RDGRN de 25 de enero de 2001 y STS de 22 de diciembre de 2000. Debe tenerse en cuenta que las expresiones «puesta en poder» y «puesta en posesión» empleados en el artículo 1.462.I CC al definir la obligación de entrega resultan redundantes, a salvo la posibilidad de referir el término «poder» a los casos de entrega espiritualizada, cuyo empleo por el legislador responde a la necesidad de aclarar las situaciones de *traditiones fictae* (facilitando al comprador el goce efectivo de la cosa o *jouissance*). Cfr. MORALES MORENO, *Poseción y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código Civil español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972, p. 236; RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Boleña, 1993, p. 87; y ALONSO PÉREZ «Título y modo de adquirir en el Código Civil», en *La adquisición y la transmisión de los derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos* (Dir. Ferrán Badosa Coll y M. Carmen Gete-Alonso Calera), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 171 y 172).

<sup>10</sup> Cfr. CUENA CASAS, *Función...*, cit., p. 330.



que se les entrega igualmente deben concurrir en su persona otros requisitos adicionales, que van más allá de los exigidos para adquirir conforme al sistema de título y modo. Si se trata de una venta de un bien mueble deberá ser el primero en su posesión o tener el título más antiguo. Si nos encontramos con la venta de un bien inmueble deberá ser el primero en inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad, en detentar su posesión material o tener un título más antiguo. De ser así no hay conflicto alguno entre las reglas de preferencia del artículo 1473 CC y el sistema transmisivo de los artículos 609 y 1095 CC.

Por el contrario, si el comprador primero en la posesión, en inscribir o con el título más antiguo es el segundo a quien se le entrega el bien la excepción al modelo transmisivo ordinario resulta evidente. En tal caso el artículo 1473 CC atribuye la propiedad a dicho comprador en pro de la seguridad del tráfico jurídico y subsana la falta de titularidad del vendedor al momento de realización de la segunda entrega, en claro detrimento del principio *nemo dat quod non habet*.

### III. SEGUNDA VENTA PERFECCIONADA DESPUÉS DE LA ENTREGA DEL BIEN AL PRIMER COMPRADOR

Tradicionalmente se ha considerado que si al momento de perfección de la segunda venta el bien ha sido entregado al primer comprador el supuesto será de venta de cosa ajena y no de venta múltiple ya que, como destacaba la STS de 11 de octubre de 2006 (FJ 2.º):

«Lo determinante, al fin, para entender vendida una cosa ajena es que, al perfeccionarse el segundo o posterior contrato, el vendedor no es el dueño. Lo que puede resultar de que nunca lo hubiera sido o de que hubiera dejado de serlo por haberla enajenado antes, para lo que, en el caso de venta, sería necesario no sólo el contrato, sino también que el primer comprador hubiera recibido la posesión de la cosa (artículos 609 y 1.095 CC)».

En este caso los criterios de atribución de la propiedad del artículo 1473 CC no resultarían aplicables y la posible adquisición del segundo comprador deberá dirimirse conforme a las reglas características de la venta de cosa ajena<sup>11</sup>. Como la propia STS

<sup>11</sup> Tal y como razonaba la STS de 17 de noviembre de 1992 (FJ 2.º): «...la tipificación de la doble venta, contemplada en dicho precepto, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido ya no se da el supuesto del artículo 1.473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (SS. 30-6-1986 y 11-4-1992, entre otras)».

de 11 de octubre de 2006 precisaba, la segunda venta de cosa ajena plantea «...frente a las dueñas verdaderas una cuestión que no es de validez del contrato posterior, sino de oponibilidad de su eficacia transmisiva, unida al modo» (FJ 3.º).

La oponibilidad de la segunda venta de cosa ajena al primer comprador, *versus dominus* del bien, dependerá de si el segundo comprador reúne los requisitos exigidos por los artículos 464 CC y 32 o 34 LH, en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien.

En la venta de bienes muebles, si el primer comprador al que se le entregó el bien no tiene su posesión material y sí el segundo, este último resultará preferido en su adquisición *ex* artículo 464 CC según la interpretación germanista. Si se trata de la venta de un bien inmueble y el primer comprador no inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad y sí el segundo, será igualmente el segundo comprador quien adquirirá *ex* artículos 32 o 34 LH.

Por el contrario, si el primer comprador inscribió su adquisición en el Registro o se encuentra en posesión del bien mueble, la posterior venta y entrega de cosa ajena al segundo comprador no trascenderán al plano jurídico-real y serán inoponibles al primer adquirente (artículos 606 CC y 32 LH). En este caso el segundo comprador podrá únicamente adquirir por usucapión y estará protegido por el saneamiento eviccionario a cargo del vendedor<sup>12</sup>.

Lo curioso es que, pese a estimar inaplicable el artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena, el comprador que adquiere es el mismo: si se vende un bien mueble el comprador preferido será el primero en tomar posesión de buena fe; si se trata de un bien inmueble el primero en inscribir su adquisición de buena fe en el Registro de la Propiedad. La única diferencia para llegar a dicha conclusión será el

---

Idéntico pronunciamiento se contenía en la STS de 25 de julio de 1996, en la que se estimó inaplicable el artículo 1473 CC a la confrontación entre un comprador y el donatario al que previamente se le habían donado el piso y la plaza de garaje litigiosos (*vid.* a propósito de dicha Sentencia, ALBALADEJO GARCÍA, «Donación mortis causa...», cit., pp. 501 y ss.; y BARBER CÁRCAMO, «Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia: Doble disposición y venta de cosa ajena: Comentario a la STS de 25 de julio de 1996», *RCDI*, Núm. 645, 1998, pp. 493 y ss.).

<sup>12</sup> Como bien explica PETIT SEGURA, «Quien alcanza una adquisición cualificada por la posesión real (muebles) o la inscripción (inmuebles), vencerá porque o habrá adquirido *a non domino*, o habrá evitado que otro pueda oponerle una adquisición *a non domino* (...). En consecuencia, la doble venta y la venta de cosa ajena o adquisición *a non domino* tienen, al menos, un punto en común: existe doble venta y, por tanto, es aplicable el artículo 1473, cuando se da una subespecie de la adquisición *a non domino*, la venta por el *ex dominus*, es decir, por quien era dueño pero ya no lo es en el momento de perfeccionar o consumir (por la entrega o tradición) un contrato de compraventa, debido a que con anterioridad ya había consumado otra anterior, si bien no es forma definitiva o inatacable (seguía con la posesión material de la cosa mueble o con la titularidad registral del inmueble)». Por ello a su juicio, en el artículo 1473 CC «...se funden o conjugan elementos procedentes del sistema del título y el modo y de la adquisición *a non domino*», tal y como se observa en su evolución histórica (ob. cit., pp. 104 a 106).

precepto empleado<sup>13</sup>: el artículo 1473 CC o los artículos 464 CC y 32 o 34 LH. Esta equivalencia de resultado evidencia en buena medida el agotamiento del debate sobre el ámbito de aplicación de las reglas sobre la venta múltiple del artículo 1473 CC<sup>14</sup>.

Tanto el artículo 1.473 CC como los artículos 464 CC, 32 y 34 LH obedecen a una misma razón: suplir *ex lege* la falta de titularidad del vendedor al momento de entregar y posibilitar que la conjunción de un contrato válido seguido de entrega transmita la propiedad. De ahí que, a mi modo de ver, el problema de la ajenidad en la venta múltiple no debe referirse al momento de perfección del contrato sino al momento de la entrega del bien, ya que únicamente esta última tiene trascendencia sobre la transmisión dominical.

El artículo 1.473 CC no deja de ser una aplicación concreta a los casos de venta múltiple de las reglas de adquisición previstas en los artículos 464 CC, 32 y 34 LH, que no distinguen en su aplicación entre ventas hechas por quien nunca fue dueño del bien y por quien pese a haberlo sido ya no lo es al momento de celebrar el contrato o de entregar por haberlo enajenado previamente<sup>15</sup>.

A esta adecuación de las reglas del artículo 1.473 CC a la figura de las adquisiciones *a non domino*, particularmente en el caso de la venta de bienes inmuebles, se refería de forma expresa la STS de 21 de marzo de 1928, al poner de relieve cómo (Cdo. 1.º)

«Existen algunas instituciones jurídicas que sin cambiar de naturaleza producen diferentes efectos cuando se aplica el Derecho civil o el Derecho inmobiliario, y aunque poco a poco vienen armo-

<sup>13</sup> Cfr. GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *CCJC*, Núm. 77, 2008, p. 1441; y CUENA CASAS, «Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo», *RCDI*, Núm. 722, 2010, p. 2921.

<sup>14</sup> Llama la atención la explicación de la forma en que se produce la adquisición en los casos de venta múltiple dada por ALBALADEJO GARCÍA. A su modo de ver, en la venta de bienes muebles el comprador al que primero se le entrega el bien es el que adquiere su propiedad *ex* artículo 1473.I CC. Si el vendedor readquiere la posesión del bien mueble enajenado y se lo entrega después a otro comprador éste puede adquirir su propiedad *a non domino* cuando se den determinados requisitos, puesto que el bien ya había sido adquirido por el comprador al que primero se le entregó. Si se vende un bien inmueble de nuevo quien adquiere la propiedad es el comprador a quien primero se le entrega (artículo 1.473 III CC), pero si el vendedor recobra la posesión (que puede ser la directa que conservaba), la entrega a otro comprador y el primer comprador no inscribe su adquisición y sí el segundo, éste último adquirirá *a non domino* si cumple los requisitos del artículo 34 LH (artículo 1473 II CC) (cfr. «Pluralidad de ventas...», cit., pp. 33 y 35). Lo llamativo de dicho planteamiento es que no precisa de la aplicación del artículo 1.473 CC, ya que basta para explicar el resultado alcanzado atender a las reglas de los artículos 609 y 1.095 CC (cuando quien adquiere la propiedad es el primer comprador al que se le entregó el bien) y los artículos 464 CC y 34 LH (cuando la adquisición corresponde al comprador que recibió en segundo lugar). Así pues, pese a que dicho autor insiste reiteradamente en la inaplicabilidad del artículo 1473 CC a la venta de cosa ajena, considera que en la venta múltiple no hay confrontación entre dos adquirentes, ya que sólo uno de ellos adquiere mientras que otro únicamente puede adquirir *a non domino* cuando se dan determinadas circunstancias.

<sup>15</sup> Cfr. CRISTÓBAL MONTES, «La adquisición registral a non domino», *RGLJ*, 1966, pp. 587 y 589.

nizándose estos efectos para evitar colisiones jurídicas, en algunos casos existe una verdadera contradicción. Pero el que ha motivado el pleito, el Derecho civil, reconociendo la importancia del precepto hipotecario, se ha sometido a este último, y así dice aquél en el artículo 1473 que si una misma cosa se hubiera vendido a diferentes compradores la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuese mueble, y si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Es decir, que el Código Civil cedió sus principios al hipotecario, reflejados en el artículo 38 LH, porque todo el sistema inmobiliario vigente está basado en el principio cardinal *prior tempore, potior jure*, porque la doble venta de una misma cosa no es una acción resolutoria, ni rescisoria, ni de nulidad, y por eso es tan terminante el artículo citado cuando dice que no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiera sido inscrita. En el caso de autos se vendió la casa al demandante y recurrente, y después se volvió a vender a la recurrida; y como la primera venta no se otorgó en escritura pública ni se inscribió en el Registro, y la segunda, por el contrario, se inscribió sin condición alguna, los primeros compradores podrán ejercitar sus acciones civiles y criminales contra los vendedores, pero no pueden pedir ni obtener la nulidad y rescisión de la venta inscrita»<sup>16</sup>.

Ni en la venta de cosa ajena ni en los casos en que comprando *a domino* se entrega cosa ajena, por haberse vendido nuevamente en el lapso de tiempo que media entre la celebración del contrato y la entrega, puede el comprador adquirir según el sistema transmisivo de los artículos 609 y 1095 CC. Pero para que ello sea así y la enajenación posterior resulte inoponible al primer comprador éste debe tener la posesión del bien mueble o haber inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad cuando se trata de inmuebles<sup>17</sup>. En cualquier caso, ambas consecuencias derivan de los propios artículos 464 CC o 32 y 34 LH sin que el artículo 1473 CC suponga novedad alguna a este respecto<sup>18</sup>. La propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 corroboraba esta conclusión, al precisar que el

<sup>16</sup> A esta interrelación entre la Ley Hipotecaria y el artículo 1473 CC en los términos apuntados por la Sentencia transcrita se refieren asimismo, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA («Pluralidad de ventas...», cit., p. 28) y CASTÁN TOBEÑAS (*Derecho Civil...*, T. IV, cit., pp. 118 y 119).

<sup>17</sup> Cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *RCDI*, Núm. 78, 2002, pp. 836 a 838 y 841; y GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, T. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 82. También CHICO Y ORTIZ pone de relieve la fuerza decisiva que la inscripción en el Registro tiene para hacer inoponible la adquisición de la propiedad a terceros, apuntando la interrelación existente a este respecto entre los artículos 606 y 1473 CC (cfr. *Estudios...*, T. I, cit., pp. 309 y 310). Igualmente *vid.* GORDILLO CAÑAS, «El principio registral de inoponibilidad: corolarios», en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Coord. Francisco Javier Gómez Gállego), Vol. 2, Thomson-Reuters, Pamplona, 2008, pp. 1156 y 1157.

<sup>18</sup> Cfr. STS de 20 de marzo de 2007.

comprador que no inscriba la venta «...aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción».

Por otra parte, no puede obviarse el hecho de que la venta de cosa ajena ha sido el supuesto a partir del cual se ha generado históricamente el problema de la venta múltiple<sup>19</sup>. No en balde, las reglas de preferencia adquisitiva del artículo 1473 CC coinciden con las adoptadas en el Proyecto de Código Civil de 1851, y éstas a su vez con las del artículo 1141 *Code Civil*.

Tanto en el Derecho francés como en el Proyecto de Código Civil de 1851 el ámbito de aplicación de la venta múltiple se extendía por definición a la venta de cosa ajena, dada su adscripción al sistema de transmisión consensual. Los artículos 711, 1.138 y 1.583 *Code Civil* resultan tributarios de la práctica notarial del Derecho antiguo francés, en el que el proceso de espiritualización de la entrega se acrecienta y adquiere su máximo apogeo. Vigente la exigencia de entregar para que la transmisión pudiera darse comienza a ser habitual la incorporación a las escrituras de compraventa de una cláusula de *dessaisine-saisine*, en virtud de la cual el vendedor declaraba desapoderarse del bien para entregárselo al comprador al momento de perfección del contrato: «*le vendeur déclarait se dessaisir de la possession de la chose pour en saisir l'acheteur; l'acheteur, de son côté, s'en déclarait saisi*». Tales cláusulas de *dessaisine-saisine* terminaron convirtiéndose en cláusulas de estilo, enervando en la práctica la exigencia cumulativa de título y modo para que el traspaso dominical se operase. Continuando con dicha práctica, el legislador francés se limitó a incorporar en el artículo 1.138 *Code Civil* una presunción legal de entrega espiritualizada simultánea a la perfección del contrato, al establecer que «*L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes*»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Para un Análisis de la doble venta en el Derecho romano y de los criterios aplicables para determinar el comprador preferido en los distintos supuestos de ventas sucesivas realizadas por *non dominus*, vid. VACCA, «La doppia vendita e la rilevanza dell'afidamento nella casistica della giurisprudenza romana», en *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Cedam, Padova, 2006, pp. 77 y ss.; y TORRES PARRA, «Doble venta y venta a non domino: del Derecho romano al Derecho comunitario europeo», *RIDROM*, abril 2014, pp. 193 y ss.

<sup>20</sup> Vid. a este respecto DEMOLOBBE, *Cours de Code Napoleon*, Vol. XXIV (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), Paris, 1868, pp. 395 y ss.; CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui. Con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Cedam, Padova, 1936, p. 218; RIPERT y BOULANGER, *Traité de Droit Civil (D'après le traité de Planiol)*, T. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957, pp. 855 y 856; CUENA CASAS, *Función...*, cit., p. 92; BIANCA, «La vendita e la permuta», en *Trattato de Diritto Civile Italiano* (Dir. Filippo Vassalli), Vol. VII, T. 1, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1972, p. 72 (nota al pie 7); FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, *Compraventa de...*, cit., p. 38 (nota 66); y DEL CORRAL, «The Delivery

Esta presunción legal de realización de una entrega espiritualizada al momento de perfección del contrato en el sistema de transmisión consensual hace que la doble venta suscite siempre *a priori* un supuesto de venta de cosa ajena<sup>21</sup>. De ahí que el problema de la venta múltiple en dicho sistema transmisivo radique en determinar si el segundo comprador puede ser preferido, adquiriendo *a non domino* o al menos consolidando una posición inatacable<sup>22</sup>, tal y como se infería de la puesta en común de los artículos 982, 1396 y 1859 del Proyecto de Código Civil de 1851.

El artículo 1.396 del Proyecto remitía al artículo 982 para resolver los casos en que «...una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores». Conforme al artículo 982:

«Cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble: siendo inmueble se estará a lo dispuesto en el artículo 1.859, salvo en ambos casos al adquirente de buena fe el derecho que le corresponda, según lo dispuesto en la Sección 3, Capítulo 3 de este Título (referida al resarcimiento de daños o perjuicios y abono de intereses en materia de obligaciones contractuales)»<sup>23</sup>.

---

Requirement in So-called Consensual Transfer Systems», *European Review of Private Law*, Vol. 21, 2013, pp. 1284 y 1285.

<sup>21</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, «Ius ad rem y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1259.2 y 1124.4 del Código Civil», *ADC*, 2009, p. 1690; y HORNERO MÉNDEZ, ob. cit., p. 146. Por su parte, RUSSO explica cómo en el Derecho italiano la prevalencia del segundo adquirente en los casos de doble venta resulta explicable por la dialéctica existente entre titularidad del derecho e indicios externos de su pertenencia (publicidad), atribuyendo la ley relevancia exclusivamente a esta última situación en los casos de doble venta. Dado que el *iter* transmisivo está regido por el principio de transmisión consensual resulta difícil a la vez que contradictorio determinar la responsabilidad del vendedor que ha llevado a cabo la segunda venta prevalente. Tras la primera venta la transmisión del derecho de propiedad ya se ha verificado, convirtiendo al vendedor en un tercero y dificultando justificar su responsabilidad contractual. Por ello se ha puesto de relieve que en la doble venta inmobiliaria se da un conflicto entre el principio general del artículo 1373 *Codice Civile* y los principios relativos a la inscripción en materia de oponibilidad y protección de terceros. Lo cierto es que la afirmación de que el vendedor es un tercero depende de la concepción de la venta como mero acto de transmisión, manifestación del principio de transmisión consensual del dominio. Pero la compraventa no es tal: en conjunto se trata de un contrato que tiende a conferir al comprador una situación de pertenencia o propiedad válida *erga omnes*. Y esta situación de pertenencia viene mermada o lesionada por la propia conducta del vendedor que procede a la enajenación posterior del bien, poniendo así en marcha una vulneración del resultado contractual que debe asegurar [cfr. «Vendita e consenso traslativo (Artículo 1.470)», en *Il Codice Civile Commentato* (Dirs. Piero Schlesinger y Francesco Busnelli), Giuffrè Editore, Milán, 2010, cit., pp. 232 y 233].

<sup>22</sup> Cfr. PETIT SEGURA, ob. cit., p. 109; y CECCHINI ROSSELL, ob. cit., p. 40.

<sup>23</sup> A propósito del artículo 982 del Proyecto explicaba GARCÍA GOYENA que «Cuando no hay más que un solo comprador de la cosa mueble rige de lleno lo dispuesto en el artículo anterior [el artículo 981 conforme al cual la entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad –sistema de transmisión consensual–]. Yo compro un caballo: adquiero desde luego su propiedad sin necesidad de la entrega, y si perece sin culpa del vendedor, parece para mí que soy su dueño. Pero otro compró el mismo caballo después que yo, y le fue entregado. El segundo comprador adquiere su propiedad; y la entrega deci-

Esta regla aplicable a la venta múltiples de bienes muebles estaba tomada directamente del artículo 1141 *Code Civil*, a cuyo tenor: «*Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi*». Por su parte, el artículo 1859 del Proyecto disponía: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

La verdadera aportación original del artículo 1473 CC radica en la regla contenida en su párrafo tercero, en el que se prevé que «...cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua siempre que haya buena fe».

El artículo 1473.III CC introduce, pues, dos mecanismos adicionales de adquisición de bienes inmuebles y otro de bienes muebles, cuya aplicación se circunscribe únicamente a los casos de venta múltiple, basados en la prioridad posesoria y la mayor antigüedad del título.

Enajenado sucesivamente un mismo bien, el comprador al que se le haya entregado el bien en segundo lugar adquirirá: 1. Cuando haya sido el primero en la posesión del bien mueble enajenado o en inscribir en el Registro su adquisición si es inmueble; 2. En defecto de inscripción, si ha sido el primero en la posesión del inmueble; 3. Finalmente si su título es más antiguo (*prior tempore potior iure*), criterio éste igualmente aplicable a la venta de bienes muebles.

No existen en nuestro ordenamiento preceptos análogos al artículo 1473.III CC que prevean la posibilidad de adquirir en atención a la posesión de bienes inmuebles o la mayor antigüedad del título. Por ello, no han faltado autores en cuya opinión pretender aplicar las reglas del artículo 1473.III CC a la venta de cosa ajena resulta inadmisibles y conduciría a consecuencias absurdas, tales

---

de de ella contra lo dispuesto en el artículo anterior: esta singularidad o excepción se funda en la necesidad de mantener la libre circulación de las cosas muebles, y en la dificultad de seguirlas y reconocerlas, cuando están ya en manos de terceros. Además se evitan pleitos: en los inmuebles el comprador puede asegurarse acudiendo al registro público; en los muebles le falta este recurso. La legislación Romana y la de Partidas, por no reconocer el registro público, comprendían en la misma disposición los muebles e inmuebles: nosotros la limitamos a los primeros en que no se reconoce» (ob. cit., pp. 520 y 521).

Tales precedentes regulatorios del artículo 1.473 CC evidencian, como bien apunta LACRUZ BERDEJO, la conexión que tradicionalmente se trata de trabar entre dicho precepto y la diferenciación de los planos obligacional y real de la compraventa y la imposibilidad de abordar su estudio sin tener en cuenta la figura de las adquisiciones *a non domino* y los principios de la dinámica registral [cfr. *Elementos de Derecho Civil*, T. II (*Derecho de Obligaciones*), Vol. 3.º (*Contratos y Cuasicontratos*), José María Bosch Editor, Barcelona, 1986, p. 54].

como reconocer la adquisición *a non domino* de inmuebles a favor de quien compró al no dueño pero recibió primero la posesión, u otorgar preferencia a la adquisición del comprador del no dueño sobre la del que compró al dueño, por el hecho de tener un contrato más antiguo<sup>24</sup>.

Sin embargo, el artículo 1473 CC conduce inexorablemente a tales conclusiones con independencia de que se limite su aplicación a los casos en que al momento de perfección de la segunda venta el vendedor no ha entregado el bien al primer comprador. Si el comprador al que se le entrega el bien en segundo lugar es el primero en su posesión o tiene el título más antiguo será preferido y adquirirá *a non domino*, puesto que al momento de entregar por segunda vez el vendedor ya no es el propietario del bien (*nemo dat quod non habet*).

#### A. INVALIDEZ DE LA SEGUNDA VENTA

La adquisición del comprador que primero toma posesión del bien o lo inscribe se supedita a la previa validez del contrato celebrado, con independencia de si el conflicto adquisitivo suscitado se resuelve conforme al artículo 1473 CC o según las reglas de los artículos 464 CC y 32 o 34 LH<sup>25</sup>, ya que ninguno de tales preceptos ampara la adquisición de un comprador cuyo título carece de validez. A tenor del artículo 33 LH si la inscripción recae sobre un contrato nulo resulta vano alegar la infracción de normas civiles o hipotecarias que amparan al primer inscribiente en los casos de doble venta.

Por ello la jurisprudencia contraria a la subsunción en el artículo 1473 CC de la venta de cosa ajena abogaba tradicionalmente por la nulidad o inexistencia de la segunda venta, evitando que las consecuencias prácticas asociadas a tal exclusión resulten burladas en aplicación de los artículos 464 CC y 32 o 34 LH.

Sin embargo, una cosa es afirmar que el artículo 1.473 CC no es aplicable a la venta de cosa ajena y otra bien distinta ir más allá so pretexto de dicha premisa y negar la validez de la segunda enajena-

<sup>24</sup> Cfr. VALLET DE GOYISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, Barcelona, 1962, p. 231; ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de ventas...», cit., pp. 25 (nota 14) y 30 (nota 24); y RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, «Ius ad rem...», cit., p. 1700.

<sup>25</sup> De ahí lo llamativa que resulta la postura de CANO TELLO, en cuya opinión el gran efecto del artículo 1.473 CC radica en que la inscripción registral tiene como efecto la convalidación del segundo contrato nulo o inexistente (cfr. «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», *RGD*, Núm. 247, 1965, p. 277).



ción calificada como venta de cosa ajena<sup>26</sup>. Y es precisamente a dicho resultado al que se ha llegado en no pocas Sentencias del Tribunal Supremo, bien como *ratio decidendi* del caso o bien como mero *obiter dictum*.

La STS de 27 de diciembre de 1932 (Cdo. 4.º) estimó la falta de objeto del contrato cuando el bien no se encuentra al momento de vender dentro del patrimonio del vendedor, sino de un tercero, de acuerdo con el aforismo *nemo dat quod non habet*. En la misma línea, la STS de 1 de junio de 1948 afirmaba (Cdo. 2.º):

«El artículo 1473 CC no será aplicable a los casos en que si bien haya dos ventas, la realidad sea que la primera se realizó por quien podía hacerlo, por disponer de las fincas, que se hallaban en su patrimonio, y que en el segundo contrato la vendedora, que no fue la persona otorgante de la venta anterior y que no podía disponer de la cosa objeto de la convención, puesto que no había llegado a entrar en su patrimonio, realizó una venta que, por carecer de objeto, ha de reputarse inexistente»<sup>27</sup>.

Por su parte la STS de 23 de junio de 1951 resultaba particularmente contundente a este respecto y tras descartar la buena fe del comprador que había inscrito su adquisición en el Registro («...conociéndose por el vendedor y los compradores el hecho de estar la finca durante muchos años antes en el patrimonio ajeno») concluía (Cdo. 5.º):

«...al realizarse la venta impugnada de 1940, ya no estaba la finca vendida en poder del vendedor y no pudo transferir su propiedad, por lo que carecía de objeto ese último contrato, según doctrina de las sentencias de 27 de diciembre de 1932 y 1 de junio de 1948, ya que esa falta es de apreciar no sólo en caso de inexistencia material del objeto, sino también por la imposibilidad jurídica de ser materia del contrato en cuestión la cosa sobre la que se pretende contratar, y no puede cohonestarse esta figura de contrato con la analogía al legado de cosa ajena que se funda en la posibilidad de imponer el testador su voluntad o una condición al legatario, posición distinta de la contractual, ni por la teoría de venta de cosa ajena, pues es supuesto primordial de ésta, según los casos, o

<sup>26</sup> Solución ésta que ha sido fuertemente criticada por buena parte de la doctrina. Cfr., entre otros, MOLINA GARCÍA, ob. cit., pp. 136 y ss.; GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 80 y 81; RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pp. 66 a 68; MUÑOZ DE DIEGO, «Doble venta: Venta de cosa ajena (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994)», *ADC*, Núm. 2, 1996, pp. 937 y 938; DE PABLO CONTRERAS, «Comentario al artículo 1.473 CC», en *Código Civil Comentado* (Dir. Ana Cañizares Laso et al), Vol. IV, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, p. 147; y LLAMAS POMBO, ob. cit., pp. 359 y 360.

<sup>27</sup> No obstante, el pronunciamiento transcrito de esta STS de 1 de junio de 1948 tenía el carácter de mero *obiter dictum*. Como destaca RODRÍGUEZ MORATA, en el caso enjuiciado faltaba el requisito del vendedor único lo de por sí habría justificado la inexistencia de un caso de doble venta, pese a lo cual el Tribunal «...deslizó una afirmación censurable en sus propios fundamentos (cfr. *Venta de cosa ajena...*, cit., pp. 67 y 68).

que se ignore que sea ajena por creerla propia el vendedor o que conociendo todos los contratantes que no pertenece a aquél celebren sobre esta base el contrato y así se exprese (...)»<sup>28</sup>.

Especialmente ilustrativa resultaba la STS de 23 de mayo de 1955 cuando afirmaba taxativamente (Cdo. 8.º):

«...mientras la finca no ingresara nuevamente en el patrimonio de la Sociedad, no podía ésta venderla porque no era suya, por lo cual aprecia la Sala sentenciadora que la segunda compraventa careció de objeto, sin que pueda alegarse en este caso una posible venta de cosa ajena, pues no se vendió como tal la finca, ni ello se ha alegado en el pleito, ni tampoco es aplicable el artículo 1.473, que se refiere al caso de dos ventas de la misma cosa, pero no a ventas calificadas de inexistentes por falta de los requisitos esenciales señalados en el artículo 1261».

En el caso enjuiciado por la STS de 16 de febrero de 1970 tras venderse en documento privado unas fincas y ponerlas a disposición del comprador el vendedor volvió a enajenarlas en escritura pública, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad la segunda adquisición. El Tribunal confirmó el pronunciamiento de Instancia y declaró nulo el segundo contrato y posterior inscripción registral, al considerar (Cdo. 1.º) que «...debe estimarse que se operó, desde el momento de la suscripción del contrato inicial la tradición, y consecuentemente, que carece de valor y eficacia, la posterior venta de la finca a favor de la parte recurrente»<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Pese al tenor literal del razonamiento transcrito, la calificación como nula de la venta de cosa ajena parecía limitarse a las posteriores enajenaciones llevadas a cabo de mala fe: aquéllas en las que el comprador y el vendedor son conscientes de la ajenedad del bien y pese a ello contratan torticeramente en perjuicio del primer comprador que no inscribió. La limitación de la declaración de nulidad a los casos de enajenaciones fraudulentas explica a su vez la mención del papel que la buena fe desempeña en un supuesto que la STS de 23 de junio de 1951 consideraba análogo al enjuiciado: la venta de buena fe hecha por el heredero del depositario que ignoraba que el bien enajenado se encontraba en depósito (artículo 1778 CC).

<sup>29</sup> En el caso enjuiciado por esta STS de 16 de febrero de 1970 el vendedor hizo entrega al momento de perfección del contrato de compraventa con el primer comprador de la escritura pública de su anterior adquisición, de dos contratos de inquilinato referentes a las fincas que vendía, de dos documentos de declaración de aumento de rentas, de varios recibos de haber pagado contribuciones y de dos recibos de la Cámara Urbana. Tanto para el Tribunal Supremo como para el juzgador de Instancia la entrega de tales documentos operó como *traditio ex artículo 1464 CC*. No en balde, pese a que la tradición simbólica del artículo 1464 CC está pensada para la transmisión de la propiedad de bienes incorpóreos su aplicación ha sido extendida por la jurisprudencia a la venta de bienes corporales (SSTS, entre otras, de 16 de junio de 1956, 17 de enero de 1967 y 26 de junio de 2008). A ello se suma la circunstancia, reconocida por el Tribunal Supremo, de que son admisibles como formas de tradición actos «...de variada índole o naturaleza, que de manera contundente e inequívoca revelen que el *tradens* ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y única disposición del *accipiens* con evidente intención de ambas partes de hacerlo así (*animus transferendi et accipiendi domini*)», sin que las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1462 a 1464 CC tengan el valor de *numerus clausus* (SSTS, entre otras, de 31 de octubre de 1983 y 11 de julio de 1992). A favor de esta aplica-

En sentido claramente ambiguo y resumiendo la falta de claridad jurisprudencial en materia de doble venta la STS de 7 de abril de 1971 confirmó la tesis del Juzgador de Instancia y afirmaba que éste (Cdo. 8.º):

«...pudo entender, como entendió, siguiendo cierta corriente doctrinal y jurisprudencial, que la venta de cosa ajena –y lo mismo la doble venta-, era ineficaz por faltar en ella el elemento real del contrato, y estimar que invalida el consentimiento el error que consiste en suponer cosa propia del vendedor, la que es ajena (...); y por el contrario, podía admitir la validez de ambas ventas y que ambas desplegaban igual eficacia obligacional, siquiera una de ellas no pudiera tener cumplimiento *in natura* y dejar para ulterior litigio la determinación de cuál había de ser la que llevara aparejada la eficacia transmisora de la cosa vendida (...).»

La STS de 11 de abril de 1992, en un caso de doble venta derivada de dos procesos de ejecución sobre unas mismas viviendas, reiteraba el mismo planteamiento. La Sentencia recordaba que la caracterización de la doble venta exige que cuando se perfecciona la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía (por pago íntegro del precio y entrega), tratándose en caso contrario de una venta de cosa ajena o de inexistencia de la segunda venta por falta de objeto. Al haber tomado la primera mercantil adjudicataria del remate posesión de las viviendas embargadas, la adjudicación tres años más tarde de dichas viviendas en subasta pública al Ayuntamiento de Arcos de la Frontera fue una venta carente de objeto (dada la no pertenencia de tales viviendas al deudor ejecutado, de cuyo patrimonio habían salido años antes).

En el caso enjuiciado por esta STS de 11 de abril de 1992 no habría sido necesario reparar en la posible nulidad por falta de objeto de la segunda enajenación. El hecho de que el segundo comprador que inscribió careciese de buena fe, dado su conocimiento de la previa adjudicación de las viviendas, hacía inaplicable la preferencia adquisitiva *ex* artículo 1473.II CC<sup>30</sup>. Además, la nulidad

---

ción del artículo 1.464 CC a la venta de inmuebles se muestra partidaria ROCA TRÍAS, al menos cuando el contrato de compraventa se formaliza en escritura pública, al considerar que el derecho de propiedad que transmite el vendedor no deja de ser un derecho incorporal tal y como prevé dicho precepto (cfr. «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad, », *RCDI*, Núm. 530, 1979, p. 38). Por otra parte la jurisprudencia admite también la aplicación analógica a la venta de bienes inmuebles de las formas de tradición previstas en el artículo 1.463 CC para los bienes muebles (SSTS, entre otras, de 12 de abril de 1957, 9 de marzo de 1983, 6 de mayo de 1994 y 3 de diciembre de 1999). A este respecto *vid.* SANCINIENA ASURMENDI, «La compraventa inmobiliaria en documento privado», en *Estudios de Derecho de Obligaciones* (Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez) (Coord. Eugenio Llamas Pombo), T. II, La Ley, Madrid, 2006, p. 728.

<sup>30</sup> Por el contrario, para CARRIÓN OLMOS la referencia en esta STS de 11 de abril de 1992 a la concurrencia o no de buena fe en el segundo adquirente resultaba superflua, desde el momento en que se excluye la doble venta por tratarse de un caso de venta de cosa

de la enajenación del inmueble llevada a cabo en el procedimiento ejecutivo podría haber sido decretada *ex* artículos 1442 y 1454 LEC1881 entonces aplicables, enervando la posible adquisición *ex* artículos 1473.II CC y 32 o 34 LH aun cuando existiese una inscripción registral de buena fe (artículo 33 LH).

Por tal motivo no alcanzo a comprender el pronunciamiento recaído en la STS de 8 de marzo de 1993. También en un caso en el que la doble venta derivaba de un procedimiento ejecutivo, el Alto Tribunal partía de la posible nulidad del embargo derivada de la falta de pertenencia de los bienes al deudor ejecutado *ex* artículos 1442 y 1454 LEC1881<sup>31</sup>. No obstante, curiosamente concluía acto seguido que si la primera venta ha sido consumada la segunda es una venta carente de objeto (transcribiendo la STS de 11 de abril de 1992). Posteriormente, en la STS de 25 de marzo de 1994 la posible nulidad del procedimiento de apremio sobre el inmueble no perteneciente al sujeto ejecutado que previamente lo había vendido ni tan siquiera se planteaba, limitándose a reiterar que la segunda venta (en el transcurso de la ejecución) carecía de objeto.

---

ajena. Se trata de un planteamiento que no comparto en absoluto, máxime si se tiene en cuenta que dicho autor se muestra partidario de la solución del Tribunal de considerar la segunda venta como nula o ineficaz por falta de objeto (cfr. ob. cit., pp. 504 y 505). A mi modo de ver, mucho más correcto resulta el análisis de dicha Sentencia efectuado por RUBIO GARRIDO al poner el acento en la ausencia de buena fe del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera como determinante del fallo emitido (a la vez que incide en el hecho de que la valoración de la existencia o no de buena fe tiene en principio vedado su acceso a casación, así como en la posibilidad de que en el proceso pueda haberse dado un supuesto delictivo). En su opinión con limitarse a poner de relieve la ausencia de buena fe del Ayuntamiento hubiese bastado para zanjar el asunto. Pese a ello al Tribunal Supremo «...le puede el prurito dogmático, y, *data occasione*, intenta «dejar sentada la correcta doctrina jurisprudencial» sobre el artículo 1473 CC o doble venta que fue alegada por el recurrente», equivocándose en este *obiter dictum* de adorno. Por ello RUBIO GARRIDO critica duramente la declaración de nulidad de la segunda venta por falta de objeto y estima que ésta no deriva de la ajenidad del bien, la falta de objeto o la imposibilidad originaria de la obligación del vendedor, sino de «...la mala fe (*animus spoliandi*) que albergan las partes del contrato, redundante en la ilicitud de la causa del mismo (artículo 1.275)» [«Doble venta, venta de cosa ajena, el principio del título y modo y las adquisiciones «a non domino». Buena fe «ex» artículo 1.473 CC («Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 11 de abril de 1992)», *ADC*, Vol. 47, Núm. 3, 1994, pp. 278 a 286].

<sup>31</sup> Al poner de relieve la nulidad del título en que se funda la pretendida adquisición *a non domino* del segundo adquirente, el Tribunal traía a colación la STS de 26 de junio de 1946 (Cdo. 8.º), en la que se insistía y explicaba la nulidad del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al deudor ejecutado *ex* artículos 1.442 y 1.454 LEC1881. En virtud de dicho razonamiento la STS de 8 de marzo de 1993 concluía que esa nulidad del título priva al segundo adquirente de la protección registral dispensada por el artículo 34 LH, solución que resulta discutible. Como señala GORDILLO CAÑAS, si se pone en paralelo la subasta judicial y la compraventa voluntaria, el embargo realizado sobre bienes que no pertenecen al ejecutado vendría a corresponderse con la falta de titularidad que la fe pública registral salva *ex* artículo 34 LH. Como destaca dicho autor, además se da una discordancia del caso enjuiciado con el de la STS de 7 de diciembre de 1987 traída a colación por el Tribunal Supremo, ya que en ésta se decretó la nulidad por haberse omitido o realizado irregularmente el preceptivo requerimiento de pago al deudor (cfr. «Comentario a la STS de 8 de marzo de 1993», *CCJC*, Núm. 31, 1993, p. 273).

En la STS de 10 de junio de 2003 se entremezclaban ambos problemas. En el caso enjuiciado se trataba de la venta en escritura pública de 21 de diciembre de 1989 de una finca al matrimonio *Edwards*. Dicho matrimonio entró en posesión del inmueble sin inscribir su adquisición en el Registro de la Propiedad. El Banco Central Hispanoamericano promovió juicio ejecutivo contra el vendedor ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Figueras, que terminó con el embargo de la finca y su anotación en el Registro de la Propiedad con fecha 18 de mayo de 1992. Posteriormente y ante el mismo Juzgado se tramitó otro procedimiento ejecutivo por el Banco Español de Crédito, que terminó también con el embargo de la finca previamente adquirida por el matrimonio *Edwards*, anotándose en el Registro el 16 de abril de 1992. Fruto de este último procedimiento por Auto de 2 de junio de 1995 el inmueble fue adjudicado en subasta a D. Juan José, cancelándose las anotaciones de embargo practicadas y procediéndose a la correspondiente inscripción registral de la adquisición a favor de este último comprador. El matrimonio *Edwards* demandó al segundo comprador solicitando la nulidad de la adjudicación efectuada en su favor, así como que se declarase la plena validez y eficacia de la escritura pública de compraventa suscrita con el primitivo vendedor y su derecho de propiedad sobre la finca. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Figueras estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad de la adjudicación llevada a cabo a favor de D. Juan José, ordenando la cancelación del asiento registral correspondiente. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Provincial de Girona revocó la sentencia de Instancia.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto y confirmó la tesis del Juzgador de Instancia, al considerar falta de objeto la adjudicación judicial llevada a cabo en perjuicio del matrimonio comprador, dada la no pertenencia del inmueble al vendedor ejecutado. Consecuentemente la Sentencia decretó la nulidad del título adquisitivo del adjudicatario en subasta, negando virtualidad alguna a la inscripción registral efectuada y excluyendo la posible aplicación del artículo 34 LH (*ex* artículo 33 LH). Esta sanción de nulidad del título y consiguiente ausencia de efectos de la inscripción registral practicada derivaba de la aplicación del artículo 1442 LEC1881 y no de la nulidad de la venta de cosa ajena a la que previamente se refería el propio Tribunal<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> En el mismo sentido se manifiesta GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, quien tras compartir el criterio del Tribunal Supremo (determinado por lo demás de forma tajante en el artículo 33 LH) que supedita la aplicación y protección del artículo 34 LH a los casos en que el título de adquisición del tercer adquirente sea válido, considera que no cabe confundir «...que esa misma adquisición (siendo válida) pueda ser ineficaz, pues el Registro

En el caso de la STS de 29 de julio de 1999 se confrontaban dos enajenaciones sucesivas derivadas de sendos procedimientos ejecutivos. En la primera de ellas pese a haberse ocupado la finca no se otorgó la correspondiente escritura pública ni se inscribió la adquisición en el Registro de la Propiedad, en abierta contradicción con lo dispuesto en el antiguo artículo 1514 LEC1881<sup>33</sup>. En la segunda enajenación, instada contra los titulares registrales, se procedió a la formalización de la correspondiente escritura pública y posterior inscripción en el Registro. Dados tales antecedentes de hecho, la Audiencia Provincial consideró que el primer comprador había consumado su adquisición, decretando la nulidad de la segunda venta y del título inscrito (artículo 33 LH). El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida e inclinándose por la tesis del Juzgador de Instancia consideró otorgó preferencia al segundo comprador que había inscrito su adquisición en el Registro, pese a entender que el artículo 1473 CC no resulta aplicable cuando uno de los contratos se ha consumado y la segunda venta es de cosa ajena.

Peculiar es el caso de la STS de 11 de junio de 2004, en la que se confrontaban dos compraventas debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad: la primera derivada de un contrato de compraventa; la segunda fruto de la adjudicación de la vivienda en un procedimiento ejecutivo instado contra el vendedor (avalista de

---

actúa haciendo eficaz lo ineficaz, siendo esa precisamente la virtud «sanadora» del Registro y su actuación principal con respecto al artículo 34 LH». Fruto de ello discrepa del tenor de la Sentencia cuando «...continúa explicando que la adquisición derivada del embargo mal trabado por pertenecer los bienes embargados a persona distinta del deudor es equiparable a una venta de cosa ajena, y por lo tanto nula, y en consecuencia no se cumplen las condiciones necesarias para la protección registral». Para la autora no cabe entender que la venta de cosa ajena sea nula por falta de objeto ya que «...esa venta de cosa ajena es válida pero en todo caso ineficaz por falta de la facultad de disposición del transmitente», por lo que el tercer adquirente de buena fe que inscribe su adquisición puede ser protegido *ex* artículo 34 LH (debe tenerse en cuenta que la autora confunde el poder de disposición como requisito de eficacia de la compraventa en lugar de cómo requisito de la *traditio*, al referir la ineficacia al hecho de que no transmite el derecho de propiedad al comprador). En su opinión en el caso enjuiciado «...la venta judicial sería válida y el adjudicatario podría ser tercero del 34 LH, y por tanto, debido a la protección registral, él sería el legítimo propietario de la finca (...). Cuestión distinta sería si la adquisición derivada de un embargo mal trabado fuera nula *per se*, o porque así lo dispone la Ley; pero no por equipararse a una venta de cosa ajena. En este caso, el adjudicatario no sería tercero del 34, y los demandantes serían los verdaderos propietarios. Sólo si el embargo de bienes de persona distinta del deudor es nulo, la correspondiente subasta y adjudicación serán nulas, y el adquirente no será tercero del 34 LH» (cfr. «Fe pública registral: venta de cosa ajena, no doble venta», *RCDI*, Núm. 684, 2004, pp. 1965 a 1967).

<sup>33</sup> A tenor de dicho precepto en la subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivalía al perfeccionamiento del negocio y la escritura pública posterior era la que consumaba la enajenación al concurrir los requisitos de título y modo (STS de 1 de septiembre de 1997). A diferencia del régimen aplicable a partir de Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, tras cuya entrada en vigor el auto de aprobación del remate pasó a equivaler a la tradición simbólica del artículo 1.462.II CC sin necesidad de escritura, regla que reproduce el actual artículo 674 LEC (*vid. infra* apartado VII).

una letra de cambio impagada), habiéndose practicado en el Registro de la Propiedad anotación preventiva del embargo trabado. En tales circunstancias el Tribunal Supremo reiteraba nuevamente que el artículo 1473.II CC no aplica cuando la primera venta ha sido consumada, en cuyo caso la segunda será una venta de cosa ajena o una venta carente de objeto. Finalmente concluía que el conflicto no se planteaba en el caso analizado entre los títulos de propiedad inscritos sobre el mismo inmueble, sino entre una anotación de embargo (que posteriormente terminaría convirtiéndose en inscripción) y una inscripción del dominio, abogando por esta última dado su carácter anterior en el tiempo, puesto que, no en balde, el problema era el de una doble inmatriculación<sup>34</sup>.

Reproduciendo de nuevo el planteamiento de la STS de 11 de abril de 1992 y al margen de los casos derivados de un procedimiento ejecutivo, el razonamiento de la falta de objeto de la segunda venta cuando la primera ha sido consumada también aparecía en la STS de 3 de marzo de 1994, si bien de forma matizada. Refiriéndose únicamente a la *ineficacia, de suyo irregular y condenable* de la venta de cosa ajena (FJ 5.º), el Tribunal se centraba en la mera inexistencia de la enajenación y no de la venta como tal<sup>35</sup> (a diferencia de la STS de 11 de abril de 1992). Al mismo tiempo y erróneamente caracterizaba la venta de cosa ajena como válida pero ineficaz al confundir los efectos reales y obligaciones del contrato<sup>36</sup>. No en balde, la venta de cosa ajena es (o puede ser) ineficaz en el plano jurídico-real, pero en el ámbito obligacional resulta plenamente eficaz al desplegar los efectos propios de toda compraventa: pago del precio por el comprador y entrega y saneamiento del bien a cargo del vendedor<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Para un comentario de dicha STS de 11 de junio de 2004 *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿Adquisición de la Propiedad por el rematante? Comentario a la STS de 11 de junio de 2004», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 15, 2005, pp. 321 y ss.

<sup>35</sup> Cfr. FERNÁNDEZ ARROYO, «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1994», *cit.*, pp. 665 y 666.

<sup>36</sup> La calificación de la venta de cosa ajena como válida pero ineficaz es defendida también por algunos autores como, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos...*, T. II, Vol. 3.º, *cit.*, p. 26.

<sup>37</sup> Cfr. CAÑIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, Núm. 4, 1991, pp. 1485 y 1486; CUENA CASAS, *Función...*, *cit.*, pp. 363 a 365 y 499; y MIQUEL GONZÁLEZ, «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Estudios de derecho de obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Coord. Eugenio Llamas Pombo), Vol. II, La Ley, Madrid, 2006, p. 408. Tal y como señalaban la SSTS de 5 de mayo de 2008 (FJ 2.º) 20 de julio de 2010 (FJ 3.º) y 13 de mayo de 2013 (FJ 5.º): «...la venta de cosa ajena será ineficaz frente al verdadero propietario que podrá ejercitar acción reclamando la declaración de su ineficacia o acción declarativa de dominio o reivindicatoria sobre el objeto de aquélla. Pero entre las partes, vendedora y compradora, será eficaz».

En la STS de 2 de julio de 1994 se trataba de un caso, podría decirse, mixto. De una parte, se confrontaban dos enajenaciones sucesivas de un mismo apartamento: la primera de ellas por medio de documento privado, celebrada el 29 de julio de 1979, habiendo tomado los compradores posesión del inmueble tras la entrega de las llaves; la segunda documentada en escritura pública el 8 de noviembre de 1980 e inscrita en el Registro de la Propiedad el 8 de enero de 1981. Los vendedores iniciales habían adquirido la propiedad del apartamento por compra a la sociedad que actuó como vendedora en el segundo contrato. A su vez, uno de los dos vendedores resultó ser el comprador del apartamento en la segunda enajenación actuando en representación de la mercantil compradora, lo que evidenciaba su falta de buena fe. Posteriormente el apartamento fue objeto de embargo trabado por la Recaudación de Hacienda contra el segundo comprador. Una vez trabado el embargo, el primer comprador ejercitó la correspondiente tercería de dominio con la finalidad de hacer valer su derecho de propiedad sobre el inmueble. El Tribunal Supremo estimó inaplicable el artículo 1473 CC al considerar que la segunda venta era una venta indebida, reproduciendo la tesis jurisprudencial de que en tales casos estamos en presencia de una venta de cosa ajena o inexistente por falta de objeto o, al menos, ante una venta de suyo irregular y condenable<sup>38</sup>.

En cualquier caso el planteamiento seguido en esta STS de 2 de julio de 1994 prescindía del hecho de que la solución al conflicto planteado hubiese sido idéntica si se hubiese aplicado el artículo 1473 CC. La ausencia de buena fe del segundo comprador impedía la determinación de su preferencia adquisitiva basada en la inscripción registral. Además el artículo 1473 no resultaba aplicable, no porque la segunda enajenación fuese una venta de cosa ajena sino porque las dos ventas habían sido realizadas por sujetos diferentes: la primera por dos personas físicas y la segunda por la sociedad de la que aquéllas decían haber adquirido el apartamento<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> MUÑOZ DE DIEGO considera que en el caso enjuiciado la segunda enajenación judicial del apartamento era una venta de cosa ajena extraña al ámbito de aplicación del artículo 1473 CC. Sin embargo no comparte la tesis el Tribunal Supremo de que estamos en presencia de una venta nula por falta de objeto, puesto que el objeto existe materialmente aunque no pertenezca al vendedor y el poder de disposición no es un requisito del objeto del contrato. Termina su crítica resaltando que al supeditar la validez de la venta al poder de disposición del vendedor debe asumirse la imposibilidad de adquirir el dominio por usucapación ordinaria, lo que resulta en su opinión del todo absurdo y dejaría vacío de contenido al artículo 1953 CC (cfr. ob. cit., pp. 934 a 938).

<sup>39</sup> Por otra parte el primer comprador habría sido igualmente preferido aunque no hubiese ejercitado la pertinente tercería de dominio y en virtud del embargo trabado se hubiese adjudicado el bien a un tercer comprador, al poder aducir la nulidad del embargo basada en



## B. CARACTERIZACIÓN DE LA VENTA DE COSA AJENA EN LOS CASOS DE VENTA MÚLTIPLE

A la hora de deslindar la venta múltiple de la venta de cosa ajena la jurisprudencia diferenciaba entre contrato consumado o no consumado al momento de perfeccionarse la segunda venta. Si la primera venta se había consumado al momento de enajenar nuevamente el bien, la segunda venta se calificaba como venta de cosa ajena.

Por contrato consumado entendía el Tribunal Supremo aquél en el que ha sido íntegramente pagado el precio y entregado el bien al comprador, aun cuando el pago del precio tan solo es relevante para la consumación de la venta en su faceta obligacional y no en la real<sup>40</sup>.

A excepción de los casos en que medie un pacto resolutorio expreso *ex* artículo 1504 CC, los artículos 609 y 1095 CC no supeditan la transmisión del bien al comprador al pago efectivo del precio sino a su mera entrega y a la existencia de un título válido<sup>41</sup>. El

---

la no pertenencia del bien al segundo comprador embargado (al amparo de la LEC1881). Por el contrario, si se reputase válido el embargo y posterior ejecución llevados a cabo sobre un bien de ajena pertenencia, la falta de buena fe del segundo comprador al momento de contratar no privaría al adquirente de la protección dimanante del artículo 34 LH. La nulidad del título del segundo comprador impide la consideración del mismo como tercero hipotecario (artículo 33 LH), pero no la de los sub-adquirentes que con él contraten.

<sup>40</sup> Cfr. SSTs, entre otras, de 11 de abril de 1992, 3 de marzo de 1994, 25 de marzo de 1994 o 25 de noviembre de 1996.

<sup>41</sup> Como destaca MUÑOZ DE DIEGO, «No se comprende bien cómo, al referirse a la adquisición de la propiedad, el Tribunal Supremo y algunos autores emplean la expresión «compraventa consumada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa», pues es evidente que el pago del precio en nuestro Derecho no es un presupuesto del supuesto de hecho de transmisión de la propiedad» (ob. cit., p. 923 nota 17).

A la función del pago del precio en la doble venta se refiere específicamente PETIT SEGURA partiendo de la base de que *ser el primero en el pago del precio no es criterio para solucionar la doble venta*. No obstante considera que el pago del precio puede tener aparejadas consecuencias desde el momento en que en su defecto el vendedor puede negarse a la entrega del bien sobre la que se erigen los dos primeros criterios de preferencia establecidos en el artículo 1473 CC. Asimismo precisa que pese a haberse entregado el bien su eficacia o valor traditorio inmediato puede verse afectado por las estipulaciones de las partes, distinguiendo distintas situaciones: 1. La entrega sin tradición, por la existencia de un pacto de reserva de dominio, considerando que en tal hipótesis el primer comprador no puede oponer al segundo la entrega de la cosa por ser un mero poseedor o propietario *in fieri*. 2. La entrega con tradición sometida a resolución por impago (artículos 11 LH y 1.504 CC), de forma que producida la resolución por impago el comprador preferido *ex* artículo 1473 CC puede ser finalmente excluido en su adquisición y beneficiar al otro comprador. Apunta asimismo la posibilidad de que la resolución por impago revista un carácter tácito (al amparo del artículo 1124 CC), en cuyo caso el vendedor podrá optar por exigir el cumplimiento forzoso o por resolver el contrato, produciendo los mismos efectos de una rescisión (dada la remisión del artículo 1124 CC a los artículos 1295 y 1298 CC), dejando a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe, de forma que producida tal resolución y devuelta la cosa comprada (salvo que se halle legalmente en poder de un tercero de buena fe) se beneficiará al otro comprador (matizando tal conclusión con la previsión contenida en el artículo 1502 CC que permite al comprador que ha recibido la cosa pero aún no ha pagado íntegramente el precio suspenderlo hasta que el vendedor haga cesar la perturbación o peligro de pérdida derivada del ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria). 3. La entrega traditoria sometida a resolución a pesar del pago del

pago del precio operaba como criterio de preferencia adquisitiva en la venta múltiple en la Partidas y continúa haciéndolo en la Compilación Navarra pero no en el artículo 1473 CC<sup>42</sup>.

En el caso de las Partidas (5, 5, 50) el comprador preferido era el primero en haber pagado el precio, mientras que en el Proyecto de 1836 conforme al artículo 1.034: «Si alguno vendiese a dos personas distintas una misma cosa, será preferido el primer comprador en el caso de que hubiere entregado ya el precio y subsistirá el contrato celebrado con él, aunque la cosa se haya entregado al segundo». Por su parte, en la ley 566 de la Compilación Navarra se establece como regla preeminente en la determinación del comprador preferido la posesión, en defecto de ésta el pago del precio y si ambos pagaron el título más antiguo<sup>43</sup>.

Sin embargo, tal y como precisaba la STS de 11 de octubre de 2006 tras referirse a la relevancia del pago del precio en las Partidas y en el Proyecto de Código de 1836 para los casos de venta múltiple, hoy día «Lo determinante, al fin, para entender vendida una cosa ajena es que, al perfeccionarse el segundo o posterior contrato, el vendedor no es el dueño. Lo que puede resultar de que

---

precio, originada por la existencia de un retracto convencional o pacto de retroventa (artículo 1507 CC) o de un retracto legal. En el primer caso, la venta posterior llevada a cabo por el vendedor quedaría convalidada tácitamente tras el ejercicio del retracto. En el segundo, el retrayente que se subroga en las mismas condiciones que el comprador que ve resuelto su contrato puede excepcionar en el plazo legalmente previsto cualquiera de las compraventas existentes en un supuesto de venta múltiple. Lo que no puede hacer el retrayente, a su modo de ver, es comprar directamente el objeto sobre el que recae el derecho de retracto y hacerlo valer para ser preferido frente a otro comprador, eludiendo la aplicación del artículo 1473 CC y garantías que el proceso de retracto prevé para que el retraído pueda defenderse- (cfr. ob. cit., pp. 117 a 122). En la imposibilidad del retrayente de ejercitar directamente ese derecho directamente sobre el bien doblemente enajenado de forma fraudulenta se detiene también MOLINA GARCÍA (cfr. ob. cit., p. 306), refiriéndose a la STS de 31 de diciembre de 1969 en la que se precisaba (Cdo. 2.º) que el derecho de retracto de que es titular el arrendatario «...ha de ser ejercitado frente al comprador y en las condiciones marcadas por la Ley, sin que por tanto sea lícito hacerlo efectivo mediante una segunda compraventa, por precio inferior y sin que sea parte aquél y pueda, por tanto, oponerse a su real existencia ejercitando las oportunas excepciones».

Respecto a la resolución del contrato por impago del precio y su relación con la venta múltiple ha de tenerse presente que, *a priori*, la extinción del contrato por ejercicio de una acción resolutoria implica que el primer contrato queda extinguido, situación que imposibilita la existencia de un caso de doble venta y consiguiente aplicación del artículo 1473 CC (STS de 11 de mayo de 1992). Pese a ello, si tal resolución proviene de la existencia de una condición resolutoria por impago, *ex* artículo 1504 CC, el vendedor no puede por sí mismo resolver el contrato y enajenar nuevamente el bien a un segundo comprador, habiendo apreciado en tal caso el Tribunal Supremo un supuesto de doble venta, resolviéndose el contrato a favor del primer comprador y declarando la ineficacia de la segunda transmisión (STS de 18 de noviembre de 1967). Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ y MONDÉJAR PEÑA, «Comentario al artículo 1.473», cit., p. 3002.

<sup>42</sup> Cfr. RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., p. 49; e INIESTA DELGADO, «Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2007», *CCJC*, Núm. 77, 2008, p. 721.

<sup>43</sup> Para una comparación de la solución del régimen jurídico de la doble venta en el Derecho Navarro y la seguida en nuestro Código Civil *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de ventas...», cit., pp. 29 a 36.

nunca lo hubiera sido o de que hubiera dejado de serlo por haberla enajenado antes, para lo que, en el caso de venta, sería necesario no sólo el contrato, sino también que el primer comprador hubiera recibido la posesión de la cosa (artículos 609 y 1095 CC), con independencia del cumplimiento o no de la contraprestación a su cargo, esto es, de que fuera o no deudor del precio (...). Dejando a un lado las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de la obligación de pagar el precio pueda producir en el funcionamiento de la relación de obligación sinalagmática (...) la ejecución del contrato *ex parte emptore* carece de significación en el Código Civil a los fines de distinguir la venta de cosa ajena de la doble venta» (FJ 2.º).

También con la finalidad de deslindar los supuestos de venta múltiple de la venta de cosa ajena a partir de los años noventa la jurisprudencia introdujo otro requisito adicional no recogido en el artículo 1473 CC: la existencia de una cierta coetaneidad cronológica entre los contratos en liza<sup>44</sup>. Dicho planteamiento resultaba igualmente perturbador, ya que la consumación jurídico-real del primer contrato no depende de la coetaneidad cronológica entre las compraventas celebradas sino de si el bien ha sido entregado al comprador<sup>45</sup>. Además, tal y como destacaban las SSTs de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007 y 27 de junio de 2012, chocaba con el reconocimiento anterior de la posibilidad de incluir dentro del ámbito de aplicación del artículo 1473 CC las ventas de un mismo inmueble a diferentes compradores aunque entre ellas hubieran mediado varios años. Así, la STS de 6 de diciembre de 1962 apreció la existencia de un caso de doble venta subsumible en el artículo 1473 pese a una separación temporal de más de diez años entre las dos ventas en liza. La STS de 4 de marzo de 1988 consideró aplicable el artículo 1473 CC a la confrontación de una compraventa en documento privado del año 1981 seguida de posesión efectiva de la finca por el comprador y una compraventa en escritura pública del año 1983 inscrita en el Registro de la Propie-

<sup>44</sup> Cfr. SSTs, entre otras, de 11 de abril de 1992, 8 de marzo de 1993, 3 de marzo de 1994, 25 de marzo y 2 de julio de 1994, 21 de junio de 2000, 19 y 22 de diciembre de 2000, 6 de mayo de 2004, 11 de junio y 15 de julio de 2004.

<sup>45</sup> Cfr. CUENA CASAS, «Doble venta: los efectos...», cit., pp. 2910 y 2911. En opinión de dicha autora «...este planteamiento ya parece a simple vista contradictorio, pues lo que provoca que la segunda venta lo sea de cosa ajena no es la coetaneidad cronológica entre las dos ventas, sino la circunstancia de que la primera se haya consumado por el vendedor efectuando una tradición eficaz para transmitir el dominio, y ello ya se trate de una tradición real o instrumental. La citada jurisprudencia mezcla, pues, dos cuestiones que nada tienen que ver. Aunque haya transcurrido mucho tiempo entre la primera y la segunda venta, si la primera no se consumó, desembocando en una adquisición del dominio por parte del primer comprador, la segunda venta no será de cosa ajena». En el mismo sentido *vid.*, entre otros, SÁNCHEZ GONZÁLEZ y MONDÉJAR PEÑA, «Comentario al artículo 1473», cit., pp. 3002 y 3003; y LLAMAS POMBO, ob. cit., p. 360.

dad. La STS de 13 de abril de 1993 seguía encuadrando en el artículo 1473 CC dos enajenaciones de una misma finca aunque entre ambas hubieran transcurrido más de diez años.

#### IV. LA VENTA MÚLTIPLE EN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

La interpretación sobre el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC y las consecuencias que de él derivan ha experimentado un giro decisivo con la nueva orientación del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia plenaria de 7 de septiembre de 2007, ampliamente comentada por la doctrina<sup>46</sup>.

En el caso enjuiciado por dicha Sentencia se discutía la propiedad de una finca vendida por su titular registral a dos compradores diferentes mediante sendas escrituras públicas (entre las que transcurrieron más de cinco años) de las cuales solamente la segunda se inscribió en el Registro de la Propiedad. El objeto de las dos ventas no fue totalmente coincidente puesto que con ocasión de la primera se segregó de la finca matriz una porción de la mayor parte de su superficie que fue la que se vendió (pasando la finca matriz de 33 hectáreas a tan sólo 8), mientras que en la segunda compraventa se vendió la finca en su totalidad.

La primera venta se realizó en escritura pública en el año 1992 y el vendedor recibió antes de su otorgamiento una parte del precio, reservándose el resto la compradora para hacer efectivo el importe pendiente de un préstamo garantizado con hipoteca a favor de un Banco. Además las partes contratantes habían pactado la subrogación de la compradora en la hipoteca, asumiendo la obligación (posteriormente incumplida) de satisfacer a su vencimiento las cuotas pendientes de pago.

La segunda enajenación también tuvo lugar en escritura pública en el año 1998, constando la recepción por el vendedor de la

<sup>46</sup> Pueden mencionarse a tales efectos, entre otros muchos, los trabajos de CUENA CASAS, «Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1.473 del Código Civil: sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), Vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 479 y ss.; y «Doble venta: los efectos...», cit., pp. 2909 y ss.; CASTILLO MARTÍNEZ, «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las SSTs, Sala 1.ª, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008)», *La Ley*, Núm. 7080, 2008; INIESTA DELGADO, ob. cit., pp. 707 y ss.; MARÍN CASTÁN, «Las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Núm. 158, 2009, pp. 1257 y ss.; y RAGEL SÁNCHEZ, «La venta de cosa ajena...», cit., pp. 62 y ss.

totalidad del precio y simultáneamente en otra escritura la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble en garantía del préstamo referido. Dicha hipoteca era la constituida en su día a favor del banco mencionado en la escritura de la primera venta, el cual cedió su crédito hipotecario a otro Banco en el año 1993 que a su vez se lo cedió a un particular en el año 1996. Este particular al que se cedió el crédito hipotecario era el mismo que junto con su esposa había vendido la finca en el año 1990 al luego doble vendedor y también quien representó a este último en la segunda venta del año 1998.

La segunda compradora que había inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad demandó a la primera solicitando que se declarase: que la finca doblemente vendida le pertenecía en pleno dominio; que la demandada carecía de título que legitimara su posesión (siendo nulos e ineficaces cuantos actos y contratos hubiera realizado sobre la finca); y la obligación de la primera compradora de cesar en los actos perturbadores y de despojo, condenándola a hacer suelta y dejación de la finca y a entregársela.

El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Betanzos desestimó íntegramente la demanda, mientras que la Audiencia Provincial de La Coruña la estimó íntegramente. El Juzgado consideró que la primera compraventa no había operado transmisión alguna, dada la falta de abono por el comprador de parte del precio. Pese a ello a juicio del Juzgado no resultaba posible estimar la preferencia adquisitiva de la segunda compradora, ya que ésta carecía de buena fe, puesto que la primera compradora habitaba en la finca litigiosa, que se encontraba además segregada por un cierre metálico (como el propio representante legal de la sociedad que compró en segundo lugar reconoció expresamente). Por el contrario, para la Audiencia el caso no era de venta de cosa ajena sino de doble venta, dado que la primera venta no se había consumado por la ausencia de abono del precio en su totalidad, siendo de aplicación el artículo 1473 CC y debiendo ser preferida la segunda compradora, respecto de la cual no reputaba probada su mala fe.

El Tribunal Supremo casó la Sentencia de la Audiencia, so pretexto de la ausencia de buena fe del segundo comprador que había inscrito, dado su conocimiento de la situación en que se encontraba la finca vendida. Al margen del fallo adoptado en el caso enjuiciado, el principal interés de la STS de 7 de septiembre de 2007 radica en sus razonamientos sobre el ámbito y criterios de aplicación del artículo 1473 CC e interrelación de dicho precepto con los artículos 32 a 34 LH y debe diferenciarse de la STS de 5 de marzo

de 2007 relativa a la virtualidad traslativa de las ejecuciones sobre bienes no pertenecientes al deudor ejecutado<sup>47</sup>.

Conforme a dicha Sentencia la ejecución del contrato *ex parte emptore* carece de significación en el Código Civil a los fines de distinguir la venta de cosa ajena de la doble venta, al margen de las consecuencias jurídicas que el impago del precio pueda producir en el funcionamiento de la relación obligatoria sinalagmática y de aquellas otras que hubieran pactado los contratantes.

La falta de pago del precio por el comprador no obsta a la efectiva adquisición de la propiedad, a salvo la existencia de un pacto resolutorio expreso (artículo 1504 CC) o de una condición resolutoria cuya constancia registral afecta al tercero del artículo 34 LH. En el caso enjuiciado la ausencia de abono de la mayor parte del precio de la primera compraventa litigiosa y el incumplimiento de las condiciones para subrogarse en la hipoteca habrían podido justificar la resolución del contrato a instancia del vendedor, pero no impedir la adquisición de la propiedad de la finca por la compradora demandada.

La venta de cosa ajena se refiere a dos figuras en cierto modo diferentes: a) Una perfectamente compatible con nuestro sistema de compraventa consensual, en la que el vendedor no propietario se obliga a procurar al comprador la entrega del bien para lograr el efecto traslativo<sup>48</sup>; b) Otra anómala, que incluso puede llegar a constituir un delito de estafa impropia (artículo 251.1 CP), necesitada de reglas específicas y en la que quien era propietario enajena el bien y luego se lo vende a otro, reglas a que precisamente responde el artículo 1473 CC y cuya aplicación entronca con el artículo 34 LH.

Lo que importa para la transmisión del dominio mediante la compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato o acuer-

<sup>47</sup> Vid. infra apartado VII.

<sup>48</sup> No comparto esta afirmación de la STS de 7 de septiembre de 2007 de que en la venta de cosa ajena el vendedor se obliga a procurar la propiedad del bien o derecho enajenado al comprador. A mi modo de ver no resulta lícito preconizar la existencia en la venta de cosa ajena de la obligación de transmitir la propiedad al comprador. Y ello porque tal obligación no se encuentra por ninguna parte en el articulado del Código Civil y su inexistencia es precisamente la que da soporte al principal mecanismo de protección al comprador por la falta de transmisión: el saneamiento por evicción. Preconizar la existencia de la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en los casos de venta de cosa ajena conduce a una situación anómala: mantener un criterio equívoco y diferenciado a la hora de enjuiciar el incumplimiento en la venta de cosa ajena y de cosa propia (cfr. RODRÍGUEZ MORATA, *Venta de cosa ajena...*, cit., pp. 66 y ss.). No obstante resulta relativamente frecuente encontrar referencias a la obligación del vendedor de transmitir la propiedad en las sentencias del Tribunal Supremo que abordan la venta de cosa ajena, caso por ejemplo de las SSTs, entre otras, de 3 de julio de 1981, 31 de diciembre de 1981, 12 de abril de 1982, 27 de mayo de 1982, 5 de mayo de 1983, 1 de julio de 1987, 11 de noviembre de 1997, 31 de diciembre de 1997, 7 de septiembre de 2007 y 7 de julio de 2008.

do de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en el nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 1473 CC no altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario (por quien en principio tenía poder de disposición) ofrece una serie de soluciones, según los casos, al estricto problema de cuál de los dos o más compradores adquirirá definitivamente el dominio del bien.

En la mayoría de los casos la primera venta suele ir acompañada de tradición material mediante la entrega de la posesión y la segunda de tradición instrumental, mediante el otorgamiento de escritura pública que pese a permitir la inscripción registral adolecerá de la falta de poder de disposición del transmitente. Mucho más raro en la práctica será en cambio el puro conflicto entre títulos, previsto en el último inciso del párrafo tercero del artículo 1473 CC.

No cabe estimar, a los efectos del artículo 34 LH, que la segunda venta es nula o inexistente por falta de objeto, puesto que lo que la aplicación de dicho precepto purifica es precisamente la falta de poder de disposición del vendedor. La nulidad *ex* artículo 33 LH (por ejemplo por falta de consentimiento), cuya concurrencia desvirtúa la protección conferida por el artículo 34 LH, no resulta aplicable por el mero hecho de haber adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro comprador que no inscribió su adquisición.

El 1473 CC no se supedita su aplicación a la existencia de una cierta coetaneidad cronológica entre las dos o más ventas en conflicto. Es el propio artículo 1473 CC el que prevé que el primer comprador haya tomado posesión del bien antes que el segundo (consumándose por tanto la primera venta desde la perspectiva de las obligaciones del vendedor mediante la tradición material *ex* artículo 1462.I CC) y que sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego dicho bien mediante un contrato válido plasmado en escritura pública (tradición instrumental del artículo 1462.II CC) e inscribió su adquisición en el Registro, con lo que se adecúa el artículo 1473 CC a los artículos 606 y 608 CC y a la Ley Hipotecaria<sup>49</sup>.

Este nuevo enfoque del Tribunal Supremo en relación al ámbito de aplicación y funcionamiento del artículo 1473 CC recogido en la STS de 7 de septiembre de 2007 ha sido posteriormente ratificado en múltiples de las resoluciones que han tenido ocasión de pronun-

<sup>49</sup> A propósito de la interrelación del artículo 1473.II CC con los artículos 606 y 608 CC y 32 y 34 LH *vid. infra* apartado V.A.2.

ciarse al respecto<sup>50</sup> (SSTS, entre otras, de 20 de julio de 2010, 11 de febrero de 2011 y 11 de diciembre de 2012).

Así, por ejemplo, conforme a la STS de 20 de julio de 2010 (FJ 2.º):

«...la fe pública registral sí salva el defecto de titularidad del transmitente, aunque no las del propio título adquisitivo del tercero y añade la antes citada de 5 de mayo de 2008 que la doctrina de la Sala es que si se produce una venta, que no se inscribe en el Registro de la Propiedad y más tarde, por el titular registral que ya no es propietario, una segunda transmisión (por venta o embargo) que sí se inscribe –venta de cosa ajena– se da lugar a una adquisición *a non domino* por este segundo comprador y una pérdida de la propiedad por el primero. Puede parecer una injusticia, pero se mantiene en el Derecho en aras a la seguridad jurídica y a la confianza que debe tenerse en el Registro de la Propiedad por la presunción de exactitud registral, que en este caso es el principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 LH».

Como puede observarse, el planteamiento de la resolución transcrita es correcto aunque no menciona en ningún momento el artículo 1473 CC, dada la identidad de efectos solutorios entre dicho precepto y las previsiones de la Ley Hipotecaria cuando se trata de la enajenación de bienes inmuebles, cuya adquisición se dirime en virtud del principio de prioridad registral.

Tal doctrina aparentemente consolidada quebraba sin embargo en la STS de 13 de mayo de 2013, en la que se confrontaban dos enajenaciones realizadas por un mismo vendedor titular registral a dos adquirentes. Aunque en el caso enjuiciado faltaba en el segundo adquirente que inscribió el requisito de la buena fe,

---

<sup>50</sup> Cfr. CUENA CASAS, «Doble venta: los efectos...», cit., pp. 2931 y ss. La autora pone de relieve la quiebra en las SSTS de 5 de mayo de 2008 y 20 de noviembre de 2008 de la doctrina sentada en la STS de 7 de septiembre de 2007. No obstante, conviene notar que en dichas resoluciones se trataba de la confrontación de una compraventa al uso con una enajenación judicial, supuestos éstos cuyo ámbito de aplicación escapa a mi modo de ver al ámbito de aplicación del artículo 1473 CC (*vid.* apartado VII), debiendo regirse por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los artículos 34 LH y 464 CC a efectos de determinar la irreivindicabilidad del bien adquirido en los casos de enajenación judicial. Por ello, el pronunciamiento contenido en la STS de 5 de mayo de 2008 no tiene más que un mero valor de *obiter dictum* cuando señalaba (FJ 2.º) que «...la doble venta se da en el supuesto de que la misma cosa sea vendida por su dueño a distintos compradores, pero ninguno de ellos ha llegado a adquirir la propiedad; si uno de ellos la adquiere, se planteará el caso de venta de cosa ajena. Así, el artículo 1473 CC soluciona quien deberá ser el adquirente, si se ha vendido la cosa a varias personas y todavía ninguna de ellas la ha adquirido». Otro tanto acontece con la STS de 20 de noviembre de 2008. Distinto es el caso de la STS de 13 de noviembre de 2009, también mencionada por la autora. En dicha Sentencia, al margen de errar en la resolución del conflicto planteado entre dos enajenaciones sucesivas al aplicar el artículo 1473 CC en lugar de los artículos 609 y 1095 CC (dado que una de las compraventas no había trascendido al plano real), en cierta medida el Tribunal afirmaba que si la primera venta se hubiese consumado la primera venta la segunda confrontada habría sido una venta de cosa ajena, en la línea de la jurisprudencia anterior que excluía del ámbito de aplicación del artículo 1473 CC la venta de cosa ajena.



el Tribunal insistía nuevamente en que «El caso presente no es doble venta y no se aplica el artículo 1473, sino que cuando el Sr. T. vendió en escritura pública la finca no era de su propiedad, por más que siguiera siendo titular registral (porque se había negado a otorgar escritura pública al primer comprador). No era de su propiedad porque ya la había vendido a Don C. J. en documento privado (título) y éste había tomado posesión material de la finca (modo)».

Por tanto, si bien la polémica sobre el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC, su relación con la venta de cosa ajena y correlativa integración con lo dispuesto en los artículos 464 CC y 34 LH, ha experimentado en los últimos años un giro decisivo a partir de la STS de 7 de septiembre de 2007, el peso de la contradictoria historia jurisprudencial en torno a dicho precepto continúa y continuará dando quebraderos de cabeza, dada la incomprensible falta de acatamiento por parte del Tribunal Supremo de su propia doctrina plenaria y consiguiente inseguridad jurídica que ello genera.

## V. CRITERIOS DE PREFERENCIA ADQUISITIVA EN LA VENTA MÚLTIPLE

El artículo 1473 CC establece los criterios para resolver el conflicto adquisitivo suscitado en los casos de venta múltiple, distinguiendo a tal efecto entre la venta de bienes muebles e inmuebles.

En la enajenación de bienes inmuebles el artículo 1473 CC determina que la propiedad corresponderá al comprador: que antes haya inscrito su adquisición en el Registro de la Propiedad<sup>51</sup>; en defecto de inscripción, que de buena fe sea primero en la posesión; subsidiariamente y a modo de cierre, que de buena fe tenga el título más antiguo (*prior in tempore, potior in iure*). Por su parte, en la enajenación de bienes muebles el artículo 1473 CC prioriza la adquisición del comprador primero en la posesión y en su defecto al comprador cuyo título sea más antiguo.

Pese a la aparente sencillez de los criterios de atribución dominical del artículo 1473 CC, su formulación en aras a determinar cuál de los compradores en liza ha de ser preferido en su adquisi-

<sup>51</sup> Si bien algún autor ha apuntado la posibilidad y conveniencia de aplicar analógicamente el criterio de prioridad registral para dirimir supuestos en los que se confronten enajenaciones de bienes muebles o incluso derechos incorporales (caso de la propiedad intelectual) susceptibles de inscripción en algún registro (como, por ejemplo, el Registro Mercantil). Cfr. RUBIO GARRIDO «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2005», cit., pp. 469 y 470.

ción no resulta pacífica dada su divergente interpretación. De ahí la necesidad de analizarlos con cierto detenimiento, para concluir con el estudio de la usucapión *contra tabulas* como posible elemento disruptor de la adquisición de inmuebles basada en la prioridad registral.

## A. PREFERENCIA BASADA EN LA PRIORIDAD REGISTRAL

El artículo 1473.II CC se limita a disponer que en la venta múltiple de inmuebles «...la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro», sin mencionar requisito alguno más allá de la pura inscripción registral para que el comprador que inscribe sea preferido frente a aquél otro que no lo hizo. Concretamente dicho precepto prescinde de cualquier referencia a la necesidad de que el comprador que primero inscribe deba actuar de buena fe y adquirir de un vendedor que figure como titular registral.

Para determinar si tales requisitos resultan exigibles la interpretación del artículo 1473.II CC puede abordarse desde perspectivas diversas. De una parte cabe partir del principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos o eficacia negativa de la publicidad registral (artículos 606 CC y 32 LH). De otra cabe vincular la inscripción del primer comprador a la eficacia transmisiva *erga omnes* asociada a la fe pública registral (artículos 608 CC y 34 LH)<sup>52</sup>. Por último puede adoptarse una posición intermedia entre ambos enfoques: partir de la eficacia negativa de la publicidad registral (artículo 32 LH) y supeditar la protección *erga omnes* del comprador que inscribe a la concurrencia en su persona de los requisitos exigibles para ser amparado por la fe pública registral (artículo 34 LH) o en su defecto al transcurso del plazo de dos años desde que inmatricula *ex novo* (artículo 207 LH).

### 1. La buena fe del comprador que inscribe

Independientemente de si el artículo 1473.II CC se vincula con el principio de inoponibilidad o con la protección derivada de la fe

---

<sup>52</sup> El doble enfoque apuntado a la hora de enjuiciar si la preferencia adquisitiva *ex artículo 1473.II CC* requiere de la previa inscripción del vendedor es, a su vez, trasunto de la discusión en torno a la concepción monista o dualista del tercero en la Ley Hipotecaria (artículos 32 y 34 LH). Para una exposición sistemática de las distintas posturas a este respecto, distinguiendo las teorías de los principales autores en la materia, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 91 y ss.

pública registral, tanto la doctrina como la jurisprudencia exigen mayoritariamente que el comprador que inscriba actúe de buena fe<sup>53</sup>.

El requisito de la buena fe excluye la posibilidad de amparar al comprador inscribiente que haya sido cómplice en la actuación dolosa o fraudulenta del vendedor que vende varias veces el mismo bien o tenga conocimiento del tal circunstancia, dejando fuera de su ámbito de protección las enajenaciones concertadas con la

---

<sup>53</sup> Acerca del requisito de la buena fe para poder aplicar el artículo 1.473 CC vid., entre otros muchos, BALLARÍN MARCIAL, «El Registro de la Propiedad español», *ADC*, Núm. 2, 1949, pp. 682 y ss.; ROCA SASTRE, «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *RCDI*, Núm. 446-447, 1965, pp. 811, 812 y 824; AMORÓS GUARDIOLA, «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *RCDI*, Núm. 463, 1967, pp. 1550 y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968, p. 224 y ss.; MOLINA GARCÍA, ob. cit., pp. 283 y ss.; GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 187 y ss.; RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 55 y ss.; PETIT SEGURA, ob. cit., pp. 123 y ss.; GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», *ADC*, Núm. 1, 2001, pp. 456 y ss.; LLAMAS POMBO, ob. cit., pp. 362 y 363; y CLEMENTE MEORO y NIETO MONTERO, ob. cit., pp. 93 y 94. Para una justificación de la innecesariedad de buena fe del tercero del artículo 32 LH vid. NÚÑEZ LAGOS, «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, Núm. 251, 1949, pp. 239 y 240. En opinión de ALBALADEJO GARCÍA, «La especialidad fundamental que viene a establecer el artículo 1473 es la de exigir buena fe. Habiendo aplicado las reglas civiles generales, habría adquirido definitivamente la propiedad de la cosa vendida aquel comprador a quien primero se hubiese entregado. Pero, con el artículo 1473, realmente la entrega ya no es decisiva, pues si alguien recibe de mala fe la posesión de lo que se vendió, no por eso deviene dueño, mientras que el que, habiendo comprado de buena fe, no recibió la entrega de la cosa (sino que ésta se da a otro comprador de mala fe), tiene derecho a que se le transfiera su posesión para así convertirse en dueño de la misma» («Pluralidad de ventas...», cit., p. 28). Por su parte RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA destaca cómo pese a que la regulación española de la doble venta es divergente de la adoptada en los sistemas de transmisión abstracta y consensual del dominio, sería lógico encontrar coincidencias sobre la materia en aquellos otros ordenamientos que, como nuestro Código Civil, se rigen por el sistema romano del título y modo. Sin embargo, ni en Derecho romano, ni en los Derechos austríaco, suizo u holandés que acogen dicho sistema del título y modo, se tiene en cuenta la buena fe como criterio para resultar preferido sino que la solución a dicho problema se solventa a resultas de dicho sistema mismo: se protege al comprador que primero tome posesión del bien al margen de su buena o mala fe (cfr. «Ius ad rem...», cit., pp. 1693 a 1696).

Igualmente la jurisprudencia ha reiterado en múltiples ocasiones la necesidad del comprador de actuar de buena fe para resultar preferido *ex* artículo 1.473 CC (cfr. SSTs, entre otras muchas, de 13 de mayo de 1908, 31 de octubre de 1929, 23 de junio de 1951, 11 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 30 de noviembre de 1967, 24 de enero de 1969, 31 de diciembre de 1969, 30 de abril de 1974, 17 de diciembre de 1984, 31 de enero de 1985, 5 de julio de 1985, 30 de junio de 1986, 4 de marzo de 1988, 15 de diciembre de 1989, 24 de enero de 1990, 20 de julio de 1990, 11 de abril de 1992, 23 de diciembre de 1992, 13 de octubre de 1993, 27 de febrero de 1995, 24 de noviembre de 1995, 27 de septiembre de 1996, 25 de noviembre de 1996, 12 de mayo de 1997, 1 de junio de 2000, 14 de septiembre de 2007, 13 de noviembre de 2009, 28 de enero de 2010 y 11 de diciembre de 2012). No obstante, pese a la exigencia hoy día del requisito de la buena fe para proteger al comprador que inscribe, tal requisito no siempre fue requerido por nuestro Tribunal Supremo, tal y como se aprecia, entre otras, en las SSTs de 14 de abril de 1898, 3 de junio de 1899, 17 de febrero de 1911 o 24 de noviembre de 1914.

expresa finalidad o conocimiento de perjudicar al legítimo propietario del bien<sup>54</sup>.

Como resaltaba la STS de 31 de octubre de 1929 (Cdo. 1.º):

«...la recta interpretación del artículo 1473 CC impone la necesidad de tener en cuenta que se refiere a la obligación del comprador de entregar la cosa vendida, y la tradición en buenos principios requiere, para ser eficaz como medio para adquirir el dominio, que quien la realiza, para transmitirlo, tenga intención y derechos, *animus alicuanti* y «justa causa» de la conocida definición romana, porque mal puede conceder un derecho quien no le ostenta de un modo legítimo, y aunque en el artículo citado, por respetar la legislación hipotecaria, no se haya quebrantado formalmente dicho principio a beneficio de la solidez del crédito territorial a favor del adquirente de inmuebles que primero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, esto se debe entender subordinado al requisito de la buena fe exigido en los párrafos primero y segundo, pues sería opuesto a las leyes de la moral y diera nacimiento a que pudiera declararse la existencia de una causa ilícita, que privaría de eficiencia jurídica al respectivo contrato que se atribuyera preferencia al derecho de propiedad ostentado con el comprador que con mala fe hubiera contribuido a concertar un contrato; que, por lo que respecta al vendedor, constituye un acto punible como delito, si concurren determinadas circunstancias fijadas en la ley penal, y a la realización del mismo por un acto sin el cual no se habría podido cometer el delito habría contribuido el malicioso adquirente» (recordando acto seguido el pronunciamiento de la STS de 13 de mayo de 1908).

La buena fe exigida al comprador que inscribe, para ser amparado en su adquisición *ex* artículo 1473.II CC tiene una doble faceta negativa y positiva<sup>55</sup> (artículos 433 y 1950 CC). En sentido negativo implica la ignorancia del comprador de que el bien había sido objeto de una venta anterior<sup>56</sup>. En sentido positivo la buena fe

<sup>54</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 17 de diciembre de 1984, 11 de abril de 1992, 24 de noviembre de 1995 y 8 de febrero de 2001. A propósito de las consecuencias derivadas en los Derechos francés e italiano, en los que tradicionalmente se ha pretendido ver el corolario del principio de inoponibilidad de los derechos no inscritos, de la adquisición por parte del comprador de mala fe en los casos de doble venta *vid.* ROCA SASTRE, «El problema...», cit., pp. 811 y ss.; y MATTEI, «I Diritti Reali. La Proprietà», en *Tratato di Diritto Civile* (Dir. Rodolfo Sacco), UTET, Torino, 2001, pp. 233 a 236.

<sup>55</sup> Cfr., entre otros muchos, GARCÍA CANTERO, «Comentario a los artículos 1.445 a 1.541», cit., p. 251; y RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, «Ius ad rem y ...», ob. cit., pp. 1696 a 1700. Ambas facetas positiva y negativa de la buena fe han sido además destacadas en múltiples ocasiones por la jurisprudencia (cfr. SSTS, entre otras, de 13 de noviembre de 2009 y 11 de febrero de 2011).

<sup>56</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 11 de febrero de 1946, 27 de mayo de 1959, 18 de noviembre de 1967, 22 de febrero de 1975, 17 de diciembre de 1984, 20 de julio de 1990, 24 de noviembre de 1995, 8 de febrero de 2001 y 14 de septiembre de 2007. La STS de 17 de diciembre de 1984 (Cdo. 5.º), haciendo referencia al Derecho de Partidas, señalaba que «... la buena fe precisa en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior, desconocimiento que no podrá ser apreciado, según la expresión del derecho histórico para describir la mala fe, «si él sopiese que aquel de quien compra la cosa non avía derecho de la vender» (Partida Quinta, Título veintinueve, Ley catorce)».

supone la creencia del comprador de que el vendedor es el *verus dominus* del bien enajenado<sup>57</sup>.

En suma, como precisaba la STS de 10 de abril de 1991, «...el principio *prior in tempore potior in iure* no es suficiente cuando el conflicto de doble venta se produce entre el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad substantiva civil) que no inscribe su derecho, y el posterior adquirente que sí realiza la inscripción. En estos casos, además de la prioridad registral, ha de concurrir buena fe, y buena fe no como estado de conciencia o conducta, sino como cuestión de conocimiento de las circunstancias del caso».

## 2. La previa inscripción registral del vendedor

A diferencia del requisito de la buena fe, se discute si para que el comprador que primero inscribe sea preferido *ex artículo 1473 II CC* es necesario que el vendedor figure como titular registral del bien inmueble enajenado.

Para algunos autores el criterio de preferencia adquisitiva del artículo 1473.II CC responde al principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos, formulado en los artículos 606 CC y 32 LH<sup>58</sup>. Parten a tales efectos de la función meramente negativa

<sup>57</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 16 de febrero de 1981 y 13 de noviembre de 2009. Por lo demás, esta creencia del comprador en la titularidad del bien por parte del vendedor o faceta positiva de la buena fe se encuentra implícita en el requisito de adquirir de titular registral que figure con facultades bastantes para enajenar, caso de verse en el artículo 1.473.II CC una mera aplicación del artículo 34 LH a los supuestos de venta múltiple. Más difícil parece cohonestar tal creencia o faceta positiva con el principio de mera inoponibilidad de los derechos reales no inscritos y el artículo 32 LH, que más bien solventa el problema suscitado en base a la faceta negativa de la buena fe.

<sup>58</sup> Cfr., entre otros, BALLARÍN MARCIAL, ob. cit., p. 685; DEL HOYO, «Otra vez el concepto de tercero», *RCDI*, Núm. 256, 1949, pp. 567 y 568; VILLARES PICÓ, «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudicado la eficacia de la inscripción», *RCDI*, Núm. 453, 1966, p. 364; AMORÓS GUARDIOLA, ob. cit., pp. 1540, 1544, 1546, 1547 y 1549; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 235; GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 30 y 80 y ss.; y GORDILLO CAÑAS, «El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, Núm. 2, 2004, pp. 420 y 421. Ésta parece ser asimismo la postura de HERMIDA LINARES, aun cuando menciona de forma conjunta los artículos 32 y 34 LH (cfr. «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», *RCDI*, Núm. 457, 1966, pp. 1458 y 1495).

Por su parte, CARRETERO GARCÍA considera que la protección del artículo 32 LH en los casos de venta múltiple (artículo 1473.II CC) se asemeja y tiene su origen «...en la preferencia del propietario quiritario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex jure quiritium* (con *mancipatio*, hoy inscripción registral) de un propietario y al cual se le protege enérgicamente y sin condicionamientos frente a quien ha adquirido *ex jure gentium* (con mera *traditio*, sin publicidad, hoy sin inscripción registral). Es el renacimiento de la clásica inoponibilidad de la *actio publiciana* frente al verdadero dueño *ex jure quiritium*. Es el tercero que desaparece por pasar a dueño sin más, con el expediente simplificador de la inscripción constitutiva germánica». Considera además que el «caso clínico» por antonomasia de inoponibilidad en nuestro ordenamiento es el que el legislador debía hilar más fino es el de la venta múltiple del artículo 1473.II CC (cfr. «Retornos al Código Civil», II, *RCDI*, Núm. 440 y 441, 1965, pp. 88, 89, 119 y 120).

de la publicidad registral y el carácter voluntario de la inscripción de los derechos reales sobre bienes inmuebles.

El Registro de la Propiedad se limita a informar a los posibles compradores de la existencia de anteriores enajenaciones del bien. Sin embargo, que dichas enajenaciones no consten en el Registro no implica que no existan, sino únicamente que no han sido registradas haciéndolas públicas. Si la venta anterior no consta registralmente el ordenamiento sanciona dicha situación haciéndola inoponible a terceros adquirentes que sí inscriben su adquisición<sup>59</sup>. Pese a que la inscripción tiene carácter declarativo y no sustituye al modo o entrega se considera que opera como *quasiconstitutiva* o *conformadora* de la plena eficacia del derecho real frente a los derechos anteriores de terceros no inscritos<sup>60</sup>.

Así lo evidencia la génesis histórica del antiguo artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, antecedente de los actuales artículos 606 y 1473.II CC y 32 LH, ya que tal y como explica VILLARES PICÓ:

«Desde la Base 52 de D. Claudio Antón de Luzuriaga, aprobada por la Comisión de Códigos el 5 de diciembre de 1843, que establecía la inscripción constitutiva, hasta que la misma Base tuvo que sufrir alteración, después del acalorado debate entre el mismo Luzuriaga y D. Florencio García Goyena, muy afrancesado, y teniendo que transigir Luzuriaga hacia un sistema ecléctico, admitiéndose la inscripción constitutiva sólo en cuanto a tercero, pudiendo existir la propiedad del inmueble fuera del Registro; de manera que la Base 52 modificada se fundaba a la vez en el principio de prioridad para el tercero y en el sistema germánico en el resto de la estructuración (...); y así el mismo García Goyena decía que si bien el dominio de la cosa vendida pasa al comprador por el simple consentimiento respecto de los contrayentes, no podrá pasar en cuanto a tercero, y esto obligó a Luzuriaga a modificar la citada Base, reduciendo el principio de inscripción para tercero solamente; y por esto mismo, a continuación de la Base se agregó un párrafo, a instancia del mismo García Goyena, y que luego pasó al Anteproyecto de 1848, que decía: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes raíces a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título». Con esto ya se admitía el principio de prioridad material. Este Anteproyecto de 1848 pasó al Proyecto de Ley de 1851, sirviendo la citada Base de fundamento al artículo 23 de la Ley de 1861. Y más tarde entra en el Código Civil en los artículos 606 y 1473. y decía Luzuriaga a este respecto, en la Exposición de Motivos del

<sup>59</sup> Cfr., entre otros, LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 196; GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 64 y ss.; y GORDILLO CAÑAS, «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 394 y 395.

<sup>60</sup> Cfr., entre otros, VILLARES PICÓ, «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», *RCDI*, Núm. 252, 1949, pp. 289 y ss.; HERMIDA LINARES, ob. cit., pp. 1497 y 1498; y GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 64 y 65.

Anteproyecto de 1848, lo siguiente: «Admitido el principio de que solamente en virtud de la inscripción, y desde su data, surte efecto contra tercero la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, es consiguiente que en el Registro público no se reconozca como propietario sino al que resulte tener este carácter por la última inscripción». Este pensamiento perdura en el artículo 32 LH, que viene a decir que sólo se considere propietario al que resulte como tal por la última inscripción y que los títulos de dominio y demás derechos reales no inscritos no perjudican al que resulta dueño por la última inscripción, que es el tercero hipotecario(...). La preferencia que confiere el artículo 1.473 a la compraventa inscrita no es más que la resultante de la evolución de la Base 52 reformada, desde la inscripción constitutiva respecto a todos hasta la inscripción constitutiva sólo respecto a tercero. Este alcance que establece el Anteproyecto de 1848 pasó al Proyecto del Código Civil de 1851 (artículos 1858 y 1859). El Proyecto de Ley de Bases de 1857 restablecía nuevamente la Base 52 de 1843; pero luego el Proyecto de Ley Hipotecaria de 4 de junio de 1860 vuelve a recoger la Base 52, reformada en el Anteproyecto de 1848; y en este sentido pasa al artículo 23, al 24, al 34, al 36 de la Ley de 1861, y después a los artículos 606 y 1473 CC, reforzados por el 1537 del mismo. Así nuestro sistema, por el principio de inscripción respecto de tercero, determina la preferencia a favor del adquirente que inscribe basándose solamente en el principio de prioridad»<sup>61</sup>.

La propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 corroboraba asimismo esta interpretación del artículo 1473.II CC desde el prisma del principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos:

«Según el sistema de la comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos ó traspasados, en cuanto conste su inscripción en el registro, quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho antiguo. Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción»<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> VILLARES PICÓ, «La polémica...», cit., pp. 367 a 370. *Vid.* asimismo a este respecto GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 56 y ss.

<sup>62</sup> Para GORDILLO CAÑAS, la filosofía que se deriva de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 «...consiste en premiar la diligencia del primer comprador que inscribe, atribuyéndole el dominio de la cosa comprada por haberla inscrito, aunque no haya sido él el primero en haber consumado el proceso adquisitivo ordinario, apto, de suyo, para convertirle en dueño» («El principio de inoponibilidad...», cit., p. 412 y «La inscripción...», cit., pp. 194 y ss.).

Como puede observarse la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 configuraba el derecho de propiedad sobre inmuebles no inscrito con una especie de carácter *inter partes* o relativo. El comprador que no inscribe adquiere la propiedad del bien enajenado, pero tal adquisición resulta inoponible a terceros y particularmente frente al derecho del comprador que inscribe, independientemente de si el vendedor figuraba o no como titular registral<sup>63</sup>. Consecuentemente la interpretación del artículo 1473 II CC desde la óptica del principio de inoponibilidad se traduce en la innecesariedad de la previa inscripción del vendedor<sup>64</sup>.

Por el contrario quienes ven en el artículo 1473.II CC una manifestación del principio hipotecario de la fe pública registral parten de la eficacia positiva de ésta: el ordenamiento protege *erga omnes* al adquirente que contrata con quien figura en el Registro como titular del bien, siempre que dicho adquirente desconozca la existencia de derechos preexistentes<sup>65</sup>.

Esta constancia registral de la titularidad del vendedor es la que ampara la creencia del comprador sobre la pertenencia del bien a aquél y justifica a su vez la preferencia del comprador que inscribe frente al que no lo hizo. El artículo 1473.II CC sería una concreta manifestación del artículo 34 LH en los casos de venta múltiple, por lo que su aplicación no resultaría posible en defecto de inscripción del bien a favor del vendedor<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> De ahí la polémica sobre si el comprador preferido que primero inscribe adquiere *a domino* o *a non domino*. Vid. a este respecto con opiniones diversas, entre otros, AMORÓS GUARDIOLA, ob. cit., p. 1540; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 258; ...; y GORDILLO CAÑAS, «La inscripción...», cit., pp. 451 y ss.

<sup>64</sup> Cfr., entre otros, ALONSO FERNÁNDEZ, «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», *RCDI*, Núm. 204, 1945, pp. 315; DEL HOYO, ob. cit., pp. 567 y 567; AMORÓS GUARDIOLA, ob. cit., pp. 1544 y 1545; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 215; CUENA CASAS, *Función...*, cit., p. 335; GARCÍA GARCÍA, ob. cit., p. 175; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 8.ª Ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 286; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta...», cit., pp. 871 y 872; y GORDILLO CAÑAS, «La inscripción...», cit., pp. 196 y 197 y «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 420 y 484 y ss.

Por su parte, CANO TELLO se limita a poner de relieve la innecesariedad del requisito de la previa inscripción registral del vendedor, contraponiendo el régimen del artículo 1.473.II CC con el del artículo 34 LH, pero sin mencionar en ningún caso el artículo 32 LH y el principio de inoponibilidad (cfr. ob. cit., p. 278).

<sup>65</sup> Cfr. LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 196.

<sup>66</sup> Así, por ejemplo, ROCA SASTRE considera que la previa inscripción del vendedor para que el comprador que inscribe sea preferido frente aquél que no lo hizo «...resulta del artículo 69 de la propia Ley Hipotecaria, y de la propia lógica del requisito de la buena fe del tercero, en cuanto éste ha de adquirir, para ello confiado en el contenido del Registro, de suerte que cuando este contenido sea negativo no podrá en rigor actuar la fe pública registral» («El problema...», cit., pp. 824 y 826). Por su parte PETIT SEGURA concluye tajantemente que «...por la vía del artículo 1473.II no es correcto establecer una excepción al artículo 34 LH en cuanto al requisito de la previa constancia del vendedor o transmitente como titular registral, origen de la apariencia jurídica que producirá, en su caso, la adquisición *a non domino*» (ob. cit., p. 147). También supeditan la aplicación del artículo 1473 II CC a la previa inscripción del vendedor en consonancia con el artículo 34 LH,



El requisito de la previa inscripción del vendedor e interpretación del artículo 1473.II CC en coherencia con el principio de fe pública registral del artículo 34 LH encuentra un argumento capital a su favor en el artículo 207 LH, a cuyo tenor las inmatriculaciones *ex novo* practicadas conforme al artículo 205 LH por quienes no adquieren de titular registral «...no surtirán efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha». No obstante, la virtualidad e incidencia de dicho precepto en la venta múltiple ha sido objeto de interpretaciones diversas.

Los partidarios de analizar el artículo 1473.II CC a la luz del principio de mera inoponibilidad de los derechos reales no inscritos consideran que el artículo 207 LH no resulta aplicable en los casos de venta múltiple. Estiman por ello que el comprador que primero inscribió resulta protegido frente al que no lo hizo desde el momento de la inscripción, sin necesidad de que transcurran dos años<sup>67</sup>.

En sentido diametralmente opuesto, parte de la doctrina y de la jurisprudencia se muestran contrarios a que el comprador que inscribe sin adquirir de titular registral pueda ser protegido por el artículo 207 LH incluso transcurridos dos años desde la inmatriculación, limitando la protección dispensada por dicho precepto a los

---

entre otros, VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción...», cit., pp. 234 y 235; ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de ventas...», cit., p. 28; MOLINA GARCÍA, ob. cit., pp. 236 a 241 y 265 y 266; JORDANO FRAGA, «Doble venta...», cit., pp. 1360 y 1361; RUBIO GARRIDO, con apoyo en las SSTs de 22 de marzo de 1930 (Cdo. 1.º y 5.º) y 6 de diciembre de 1962 (cfr. *La doble venta...*, cit., pp. 94 a 96); y ARCOS VIEIRA, ob. cit., p. 867.

<sup>67</sup> Cfr., entre otros, ALONSO FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 315 y 316; VILLARES PICÓ, «La inscripción...», cit., pp. 295 y 296; LACRUZ BERDEJO, *Derecho inmobiliario...*, cit., p. 247; y GARCÍA GARCÍA, ob. cit., pp. 426 a 428. El razonamiento en aras a excluir la aplicación del artículo 207 LH a los casos de venta múltiple es nítidamente expuesto por GORDILLO CAÑAS, en cuya opinión «Tampoco impide entender la adquisición del comprador que primero inscribe como una adquisición *a non domino* la limitación de efectos impuesta a la inmatriculación en determinados casos por el artículo 207 LH. Simplemente, porque dicha limitación, explicada en razón de la menor solidez de la primera inscripción en tales casos, se refiere y circunscribe al campo de la fe pública registral, con la que nada tiene que ver el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito, inspirador del artículo 1.473.II (y del 32 LH) y ajeno en todo a la ratio de aquella limitación. Los efectos en cuanto a terceros que por obra del artículo 207 LH quedan en suspenso son, desde luego, los que, *ex fide publica*, la inscripción podría provocar a favor de los causahabientes del inmatriculante, y del inmatriculante mismo frente al *verus dominus* para suplir el defecto de titularidad o poder dispositivo de su *causam dans*, anterior y por causa distinta a los actos desencadenantes de la hipótesis de la doble venta: no, en cambio, los que, en aplicación de los principios de prioridad e inoponibilidad, se sustanciarían en hacer prevalecer, frente a cualquier otra, la adquisición que primero llega al registro; precisamente y solamente por razón de haber llegado primero» («La inscripción...», cit., p. 201). La misma idea reiteraba dicho autor en «El principio de inoponibilidad...», cit., pp. 422 y 423. Aun cuando pretenda verse en el artículo 1.473.2 CC una concreta aplicación del criterio de inoponibilidad de los derechos no inscritos formulado en el artículo 32 LH, el principal problema de esta tesis estriba en que dicho principio de inoponibilidad ha de conjugarse con el artículo 207 LH, cuya introducción en la legislación hipotecaria tuvo lugar en el año 1909 alterando el originario esquema de la Ley Hipotecaria de 1861 (cfr. DEL HOYO, ob. cit., p. 568)

adquirentes de dicho comprador, sub-adquirentes a su vez del doble vendedor originario<sup>68</sup>.

Algunos autores profundizan aún más en el tema y advierten que el plazo de dos años no aplica en las disputas originadas en los casos de doble venta llevados a cabo por el inmatriculante no protegido por el artículo 207 LH. Con independencia de los derechos del verdadero propietario del bien (primer comprador) frente al inmatriculante (que no decaen aunque hayan transcurrido los dos años) y frente a los sub-adquirentes (dentro de los dos primeros años, pero no después), si la disputa se suscita entre dos adquirentes del inmatriculante uno solo de los cuales inscribe su derecho el plazo del artículo 207 LH no aplica y será preferido el que inscribe su adquisición frente al que no, dado que se trata de derechos nacidos con posterioridad a la inmatriculación (no, previos como los del *verus dominus*)<sup>69</sup>.

La falta de protección del comprador que inscribe sin adquirir de titular registral ha sido destacada en varias ocasiones por la jurisprudencia, caso de las SSTs, entre otras, de 21 de enero de 1992, 18 de abril de 2000, 15 de enero de 2001, 13 de noviembre de 2008 y 22 de enero de 2010. Particularmente clara sobre la negación de la condición de tercero hipotecario de quien inmatricula según el mecanismo de los artículos 205 y 206 LH resultaba la STS de 21 de enero de 1992, a cuyo tenor (FJ 7.º):

«...técnicamente los inmatriculantes no quedan protegidos ni antes ni después de los dos años desde la fecha del asiento de presentación; lo que quiere decir el artículo 207 LH es que el adquirente del inmatriculante, al amparo del artículo 205 LH, no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues, así cabe hacerlo de acuerdo con la doctrina científica y por interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico (...).»

<sup>68</sup> Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, «El problema...», cit., p. 826; RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 94 a 96; y DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al artículo 207 LH», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. Andrés Domínguez Luelmo), Thomson-Reuters/Lex Nova, Pamplona-Valladolid, 2013, pp. 1117 a 1122.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS consideran que «...el artículo 207 LH priva de los efectos de la fe pública registral durante dos años a la inscripción inmatriculadora, pero en relación con los sucesivos adquirentes del inmatriculante, que aquí sería el comprador». A su modo de ver la limitación del artículo 207 LH juega en relación a los adquirentes del segundo comprador (inmatriculante *ex novo* que resulta preferido) pero no respecto del propio inmatriculante. De ello se infiere además que el requisito de que el segundo comprador preferido adquiera de quien figura como titular del bien con poder de disposición no aplica en los casos de doble venta, apartándose en este punto de la regulación de las adquisiciones *a non domino*, del artículo 34 LH, resultando aplicable la protección dispensada por el artículo 1.473.II CC más generosa que su homónimo hipotecario (cfr. ob. cit., p. 286).

<sup>69</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «Comentario al...», cit., p. 1120, adhiriéndose a la tesis de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (cfr. ob. cit., pp. 533 y ss.).

A medio camino entre los dos planteamientos anteriores, la solución más plausible a mi modo de ver es aquélla que limita la plena protección del comprador que primero inscribe al transcurso de dos años desde que éste inmatricula *ex novo*<sup>70</sup>.

En su condición de *verus dominus*, el comprador que no inscribió podrá impugnar antes de dos años la adquisición del comprador que inscribió. En tal caso el comprador que inscribió tras la entrega del bien al otro comprador podrá reclamar del vendedor el correspondiente saneamiento por evicción. No en balde, en el articulado de la Ley Hipotecaria de 1861 no existía un precepto análogo al artículo 207 LH, cuya introducción tuvo lugar en por medio de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, modificando con ello el funcionamiento originario del principio de inoponibilidad<sup>71</sup>.

Esta tesis «intermedia» es la dominante en la jurisprudencia<sup>72</sup>. Particularmente ilustrativa resultaba a este respecto la STS de 6 de diciembre de 1962, conforme a la cual (Cdo. 6.º):

«...se combate la sentencia recurrida (...) alegando la interpretación errónea del artículo 1.473 CC y la aplicación indebida del 34 LH, por entender el recurrente que tratándose de una doble venta le corresponden los bienes por ser quien primero inscribió en el Registro de la Propiedad, y si bien se trata en efecto de una doble venta no cabe olvidar que las fincas no estaban inscritas en el Registro y fue el propio recurrente quien logró su inmatriculación por medio de un acta de notoriedad, que conforme a lo dispuesto en el artículo 207 LH no surte efectos registrales hasta transcurridos dos años desde la inmatriculación, por lo que impugnada antes de pasado dicho plazo ni el señor J. E. tiene el carácter de tercero hipotecario, ni el de propietario inscrito; por todo lo cual debe resolverse la cuestión, como hace la sentencia impugnada a favor de los recurridos como poseedores de buena fe de los bienes y con título dominical más antiguo (...)»<sup>73</sup>.

Por su parte, la STS de 5 de noviembre de 1973 precisaba igualmente que (Cdo. 5.º) «...la virtualidad otorgada por el párrafo 2.º del citado artículo 1473 a la inscripción en el Registro no queda enervada por el hecho de que se haya hecho al amparo del artículo 205, por lo que goza de prioridad el adquirente que antes haya

<sup>70</sup> Cfr., entre otros, DEL HOYO, ob. cit., p. 568; AMORÓS GUARDIOLA, ob. cit., p. 1545; PETIT SEGURA, ob. cit., pp. 146 a 148; y LLAMAS POMBO, ob. cit., p. 367.

<sup>71</sup> Cfr. DEL HOYO, ob. cit., p. 568.

<sup>72</sup> El propio LACRUZ BERDEJO, pese estimar innecesario para aplicar los artículos 32 LH y 1.473.II CC que el vendedor figure como titular registral, reconoce que la jurisprudencia no resulta favorable a dicha interpretación o cuando menos conecta dicha innecesariedad con la suspensión de efectos de la inscripción durante dos años del artículo 207 LH, (cfr. *Derecho inmobiliario...*, cit., pp. 218 y 219).

<sup>73</sup> La misma orientación, reiterando la suspensión de efectos durante dos años de las inmatriculaciones practicadas *ex novo*, se apreciaba en la STS de 22 de noviembre de 1963.

inscrita (...)), aunque tan solo una vez transcurren los dos años a que se refiere el artículo 207 LH<sup>74</sup>.

La necesaria conciliación de la suspensión de efectos frente a terceros durante dos años de la inmatriculación *ex novo* del comprador que inscribe frente al que pudiendo hacerlo no lo hizo, ha sido por lo demás expresamente ratificada por la STS de 7 de septiembre de 2007 de unificación de doctrina en materia de venta múltiple, al considerar que de esta forma «(...) se logra la concordancia del artículo 1473 CC tanto con los artículos 606 y 608 CC como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34 (si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición) y con su artículo 32 (si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 LH; (...) de esta forma se acomoda también la interpretación del artículo 1473 CC al antecedente legislativo representado por la Ley Hipotecaria de 1861 y su artículo 23, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 32 del vigente texto refundido de 1946».

## B. PREFERENCIA BASADA EN LA PRIORIDAD POSESORIA Y LA MAYOR ANTIGÜEDAD DEL TÍTULO

En la venta de bienes muebles el artículo 1473.I CC establece la preferencia adquisitiva del comprador que «...primero haya tomado posesión con buena fe», buena fe que *a priori* y *ex artículo* 434 CC se presume a favor del poseedor del bien (STS de 22 de marzo de 1930, Cdo. 5.º).

La preferencia basada en la prioridad posesoria se extiende igualmente en defecto de inscripción en el Registro a la venta de inmuebles (artículo 1473.III CC) y plantea el problema de determinar si se refiere a una posesión real y efectiva o basta con la mera posesión mediata o instrumental, particularmente la que puede adquirirse en la venta de inmuebles mediante el otorgamiento de escritura pública<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Sin embargo GARCÍA GARCÍA cita esta Sentencia en apoyo de la inaplicabilidad del artículo 207 LH a los casos de venta múltiple (cfr. ob. cit., p. 428).

<sup>75</sup> A favor de entender que el criterio de preferencia basado en la prioridad posesoria abarca también la posesión mediata o instrumental adquirida mediante escritura pública se inclinan, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, «Pluralidad de ventas...», cit., pp. 25 y 26; LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, T. II, Vol. 3.º, cit., p. 55; RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 106 a 108; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «La doble venta...», cit., p. 868; RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, «Ius ad rem ...», cit., pp. 1699 y 1700 (en cuya opinión la buena fe del artículo 1473.III CC consiste, a diferencia del artículo 1473.I CC, únicamente en el desconocimiento de la existencia de una compraventa anterior siquiera no consumada y con trascendencia únicamente obligacional); y CLEMENTE MEORO y NIETO MONTERO, ob. cit., pp. 94 y 95.

Dicha controversia entronca directamente con la interpretación que, en términos generales, se confiera al artículo 1462.II CC y a la

Por su parte, MANRESA Y NAVARRO considera conveniente operar un cambio legislativo en este punto y modificar la redacción del artículo 1473 CC, si bien reconoce que el criterio de la jurisprudencia otorga preferencia a la tradición real sobre la fingida. Se apoya para ello en la STS de 24 de noviembre de 1894, en la que vendida una finca mediante escritura pública, se estimó que la venta posterior a otro sujeto que toma posesión real de la misma no le confiere a este último la propiedad, toda vez que el carece el vendedor al momento de llevar a cabo ese segundo contrato de la necesaria facultad de disposición. Considera que la posesión material puede revestir virtualidad práctica en cuestiones posesorias, *ex artículo 445 CC*, pero no en cuestiones de propiedad, de las cuales se ocupa, precisamente el artículo 1473 CC. Por ello termina concluyendo: «La posesión es sólo una de las formas de tradición, es la entrega real o material del objeto, y a esa tradición, como prueba y signo evidente de la entrega, es a la que parece aludir el artículo. La última parte del mismo confirma plenamente esta idea, aunque habla en general de título y no de escritura: título de fecha más antigua, sea el que sea, esto es, primero la posesión, después el título, aunque se trate de una escritura, luego si ésta envuelve tradición, la ley deliberadamente establece una gradación entre las diversas formas de tradición admitidas, dando la preferencia a la entrega real sobre la entrega fingida y colocando por encima del derecho de propiedad la grosera materialidad de la posesión» (*Comentarios...*, cit., T. X, Vol. I, 1969, pp. 264 y 265).

A la tesis en torno a la relación entre los artículos 445 y 1473 CC de MANRESA Y NAVARRO se adhiere asimismo PETIT SEGURA (cfr. *ob. cit.*, pp. 132 a 137) y siguiendo a VALLET DE GOYTISOLO (cfr. «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», en *Estudios sobre Derechos de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 109), considera además que «...la única relación que guarda el artículo 445 CC con el artículo 1473 CC es que habrá que acudir aquél en el supuesto en que surja contienda sobre el hecho de la posesión, o sea, para decidir la preferencia entre dos o más tradiciones reales, pero no para decidir la preferencia entre tradiciones de distinto signo», por lo que el problema radicaría en determinar si el artículo 1473 CC «...establece una gradación de tradiciones o una tradición única con igual prioridad», o lo que es lo mismo ¿Prevalece la tradición real sobre la ficticia? A su juicio, la respuesta correcta es que no en la venta de inmuebles y sí en la de bienes muebles, ya que en el caso de los muebles el mantenimiento de la cosa en posesión del vendedor constituye el punto de partida para que posteriormente pueda tener lugar un supuesto de adquisición *a non domino* *ex artículo 464 CC* en el ínterin de una venta múltiple, de forma que «...no resultará infrecuente que en una doble venta de cosa mueble acabe prevaleciendo la tradición real (incluso posterior) sobre la tradición instrumental». Por el contrario, entiende que «...en materia de inmuebles prevalece siempre el comprador primero en la tradición, real o instrumental. En este tipo de bienes la publicidad posesoria no es suficiente para producir una adquisición *a non domino*, pero sí para enervarla: Si después de una primera venta seguida de tradición real, el vendedor *ex dominus* y aún titular registral perfecciona una segunda venta, mediante escritura pública con valor de tradición instrumental, con un pretendido tercer adquirente, éste no llegará a adquirir *a non domino* por carecer del requisito de la buena fe, desvirtuado por los actos posesorios del primer comprador. Sólo cuando no exista la evidencia de la posesión en el primer comprador, al perfeccionar el contrato mediante escritura pública con el segundo comprador, podrá tener lugar una adquisición *a non domino* del bien inmueble por este último». Para PETIT SEGURA si bien la tradición instrumental no es una presunción *iuris tantum* de que ha tenido lugar la entrega (rebatible por cualquier medio de prueba en Derecho) sino que equivale a la entrega o tradición real, en los casos en que el vendedor no tenía al momento de escriturar la posesión de hecho o inmediata de la cosa vendida puede deducirse la falta de valor traditorio de la escritura (en el sentido conferido por el artículo 1.462 II CC).

Consideran que el artículo 1473 CC se refiere a la posesión real, entre otros, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., T. X, Vol. I, 1969, pp. 264 y 265; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil...*, T. IV, cit., pp. 120 y 121; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., T. II, Vol. 2.º, 1982, p. 180; MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 216 a 228; GARCÍA CANTERO, «Comentario al artículo 1473», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 932; GONZÁLEZ POVEDA «Comentario al artículo 1473», en *Comentario del Código Civil* (Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Vol. 7, Bosch, Barcelona, 2000, p. 384; GORDILLO CAÑAS, «La inscripción en el Registro...», cit., pp. 205 y 206; LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, pp. 368 y 369.

tradición espiritualizada como modo de adquisición del dominio. A tales efectos, se plantea si para que la transmisión opere es necesario que el vendedor sea poseedor del bien enajenado y éste no se halle en manos de una tercera persona, o si dicha circunstancia resulta irrelevante<sup>76</sup>.

El Tribunal Supremo ha señalado en múltiples ocasiones que la entrega instrumental por escritura pública, *ex* artículo 1462.II CC, opera como mera presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario. Por ello acreditada la ausencia de entrega real, por el hecho de encontrarse el bien en poder de un tercero o del propio vendedor, se considera que prevalece la posesión real sobre la espiritualizada<sup>77</sup>. «Si bien el artículo 1462 CC estima como tradición ficta de la cosa vendida el otorgamiento de la escritura pública, dispone además que esa tradición no existe cuando de la misma escritura resultare o se dedujera claramente lo contrario (...), de donde se sigue que no habiéndose justificado la entrega (...), no existe la tradición (...)» (STS de 18 de enero de 1929 Cdo. 1.º). «Los vendedores no poseían las fincas que vendían, sino que las poseía su propietario (...), por lo que no pudo haber entrega de la cosa, tradición, ni transmisión del dominio de las fincas, refiriéndose a las comprendidas en la escritura (...)» (STS de 30 de enero de 1960 Cdo. 5.º). «La tradición fingida que supone la escritura pública de compraventa o el auto de adjudicación de bienes a la cual se refiere el número segundo del artículo 1462 CC puede equipararse a la entrega real de la cosa vendida o adjudicada, cuando de una u otro no resultare lo contrario, es decir, esa equivalencia está buscada en una presunción legal *iuris tantum*, que, como tal, puede ser destruida» (STS de 2 de noviembre de 1974 Cdo 2.º). «Como ha aclarado la jurisprudencia, la tradición instrumental, admitida en dicho precepto [artículo 1462 CC], es una presunción *iuris tantum* que no implica necesariamente el transferimiento de la posesión, combatible cuando no concuerda con la realidad (...)»<sup>78</sup> (STS de 19 de noviembre de 1975 Cdo. 7.º). «El sofisma está pues, en pretender la preva-

<sup>76</sup> Para una exposición en detalle de las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto, si bien no referida al caso concreto de la venta múltiple, *vid.*, por todos, BERCOVITZ ÁLVAREZ, *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 120 y ss. y 147 y ss.

<sup>77</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 18 de enero de 1929, 22 de marzo y 25 de abril de 1930, 10 de septiembre de 1931, 25 de abril de 1949, 19 de febrero de 1951, 9 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 2 de noviembre de 1974, 19 de noviembre de 1975, 20 de octubre de 1990, 17 de noviembre de 1992, 13 de mayo y 1 de julio de 1995, 10 de diciembre de 1996 y 9 de octubre de 1997.

<sup>78</sup> Pese al pronunciamiento transcrito, ALBALADEJO GARCÍA estima que en dicha Sentencia se presupone la plena equivalencia entre la tradición instrumental y la real, sin dar prioridad, a efectos del artículo 1.473 CC, a la posesión real sobre la *ficta* o mediata adquirida a través del otorgamiento de la escritura pública, «...pues de lo contrario le habría bastado (considerando 7.º) rechazar la alegación del recurso, diciendo que la tradi-

lencia de la ficción o tradición instrumental sobre la propia realidad, en querer convertir la presunción *iuris tantum* en *iuris et de iure*, cuando las propias escrituras públicas de compraventa (...), se deduce claramente que no hubo con anterioridad entrega real (...) y que, por tanto, tampoco pudo entrar en juego la entrega instrumental (...)» (STS de 20 de octubre de 1990 FJ 2.º). «Para que la *traditio* instrumental opere es necesario, según doctrina de esta Sala (...), que se den los supuestos siguientes: a) que la compraventa se hubiera celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez; b) que de dicha escritura no resultare o se deduzca claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica, y c) que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de *tradens*» (STS de 9 de octubre de 1997 FJ 4.º).

Correlato de dicha tesis se estima que en caso de confrontación entre dos entregas instrumentales la preferencia corresponderá al comprador que tiene además la posesión real (STS de 9 de junio de 1955<sup>79</sup>), así como que inscrita una venta sin tradición (porque la escritura no valió como tradición instrumental) la propiedad no pertenece al comprador que inscribió (STS de 10 de febrero de 1909<sup>80</sup>).

Conforme a dicha construcción, la falta de equivalencia de la escritura pública a la entrega que el propio artículo 1462.II CC prevé («...si de la misma escritura no resultare o se dedujere clara-

---

ción instrumental no constituye entrega de posesión a los efectos del artículo 1473» [«Pluralidad de ventas...», cit., p. 26 (y nota 17)].

<sup>79</sup> No obstante, ha de tenerse presente que en el caso enjuiciado por dicha Sentencia la posesión real a favor de la cual se decantaba el Tribunal Supremo lo era a efectos de la consolidación por uno de los compradores de una adquisición por usucapión ordinaria decenal.

<sup>80</sup> Así, en el Fundamento de Derecho tercero de la STS de 10 de febrero de 1909 se afirmaba: «...para que el otorgamiento de la escritura pública equivalga a la tradición de la cosa vendida, según el artículo 1462 CC (...) es preciso que el vendedor posea la cosa o se halle en condición de verificar la entrega». Por ello el Tribunal Supremo consideró que la regla de prioridad de la inscripción del artículo 1473 CC carecía de aplicación al caso enjuiciado. ALBALADEJO GARCÍA, citando esta STS de 10 de febrero de 1909, afirma que «...no es la inscripción en el Registro de la Propiedad en sí la que hace adquirir la propiedad al primer comprador que inscribe, sino en cuanto tal inscripción presupone la tradición o entrega de la posesión de lo vendido». La referencia a dicha STS de 10 de febrero de 1909 no deja de resultar llamativa, ya que es precisamente él uno de los autores más críticos con la doctrina y jurisprudencia que exigen para que la tradición instrumental del artículo 1462.II CC despliegue virtualidad práctica el vendedor tenga la posesión de la cosa vendida o se halle en condiciones de poder entregarla. Si bien dicha crítica la efectúa a propósito de analizar el criterio de la prioridad en la posesión para dirimir los conflictos de doble venta, y no a resultas de comentar la preferencia basa en la inscripción registral, no parece que haya fundamento alguno para fijar los requisitos que la escritura pública de compraventa, sea para inscribir en el Registro de la Propiedad o para ser el primero en la posesión –en cuyo caso, parece, debiera enjuiciarse con mayor rigor–, ha de reunir (cfr. «Pluralidad de ventas...», cit., pp. 24 y 25).

mente lo contrario») tendrá lugar, además de cuando la voluntad de las partes haya sido la de excluir el valor traditorio de la escritura<sup>81</sup>, si se demuestra la detentación material del bien por otro sujeto. De ahí que la jurisprudencia reconozca la posibilidad de desvirtuar la presunción posesoria no sólo dado el tenor de la propia escritura sino también empleando otros medios de prueba<sup>82</sup>. «La *traditio ficta* no significa radicalmente la tradición real del bien objeto de la venta. Puede suceder que un tercero esté en la posesión del mismo, atribuyéndose su titularidad dominical de tal manera que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la posible discordancia entre la tradición instrumental de matiz legalista con la realidad jurídica material existente o bien cuando de la misma escritura resulte claramente lo contrario (...)» (SSTS de 10 de diciembre de 1991 FJ 1.º y 15 de julio de 2004 FJ 4.º). «La tradición instrumental que establece el párrafo 2.º del artículo 1462 CC (...), requiere, por un lado, que el vendedor se halle en la posesión del bien que se dice comprado (...), y, por otro lado, la expresada tradición instrumental entraña una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida no sólo por lo que conste en la propia escritura, sino también por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica (...)» (STS de 1 de julio de 1995 FJ 5.º).

A mi modo de ver el *quid* de la cuestión a la hora de clarificar el alcance y virtualidad que ha de conferirse a la entrega por escritura pública radica en el sentido que se dé a la exclusión que el propio artículo 1462.II CC prevé en los casos en que de ésta «resultare o se dedujere claramente» la ausencia de efecto traslativo.

Del tenor literal del artículo 1462.II CC se deduce claramente que la prueba en contrario que provoca la exclusión del efecto traditorio de la escritura pública únicamente puede derivar de la propia escritura y no de cualesquiera otros medios de prueba admitidos en Derecho<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> Exclusión por las partes contratantes del valor traditorio de la escritura que podrá haberse realizado expresamente o deducirse de su propio tenor y circunstancias.

<sup>82</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 22 de marzo de 1930, 25 de abril de 1949, 10 de diciembre de 1991, 1 de julio de 1995, 15 de julio de 2004 o 13 de mayo de 2013.

<sup>83</sup> Cfr. SSTS, entre otras de 22 de marzo de 1952, 4 de mayo de 1965, 7 de febrero de 1985, 25 de marzo de 1994 y 24 de junio de 2003. En el caso de la STS de 8 de mayo de 1982 el Tribunal adoptó una posición ambigua, haciendo referencia tanto a la tesis que entiende que el artículo 1462.II CC debe entenderse como presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, refiriéndose tanto a la jurisprudencia que admite la destrucción de la misma por cualquier medio de prueba válido en Derecho (SSTS de 25 de abril de 1930, 10 de septiembre de 1931 y 25 de abril de 1949) como a aquélla que considera que pese a tratarse de una presunción no es rebatible por cualquier medio (STS de 22 de marzo de 1952) sino únicamente cuando de la escritura resulte claramente lo contrario al estimar (Cdo. 3.º) que «...la tradición documental o ficta posee la misma eficacia que la ocupación material» (STS de 16 de febrero de 1970). No obstante, dicho pronunciamiento tenía el carácter de mero *obiter dictum*, dado que el asunto se resolvió descartando la aplicación del artículo 1473 CC por la falta de concurrencia del requisito del vendedor único.



Esta opción interpretativa del artículo 1462.II CC es hacia la que parece orientarse la jurisprudencia dominante, al considerar que la tradición instrumental no supone una presunción *iuris tantum* de entrega sino que es en sí misma una forma de entrega<sup>84</sup> (la instrumental), que opera como *traditio* con independencia de la tenencia material del bien salvo que las partes hayan excluido en la propia escritura tal efecto<sup>85</sup>.

---

En la doctrina particularmente contundente se muestra a este respecto ALBALADEJO GARCÍA, en cuya opinión «El artículo 1462 CC no dice que el otorgamiento de la escritura equivalga a entrega, salvo que de la escritura resulte que se entrega efectivamente, sino que dice que equivale a la entrega salvo que de la escritura resulte o se deduzca lo contrario. O sea lo que debe deducirse de la escritura para que su otorgamiento no constituya tradición instrumental (...), es, no que la cosa no se entregó realmente sino que la voluntad de las partes en contraria a que el otorgamiento sea traditorio (...). Lo cual es perfectamente cosa aparte de que de la escritura se deduzca que no hubo entrega efectiva. Pues con independencia de que ésta no se haya producido, las partes pueden querer (mejor dicho, pueden no hacer constar en la escritura que no quieren) que el otorgamiento de la escritura sea traditorio instrumental. De modo que entonces valdrá como tradición, siendo sin embargo seguro —porque se deduce de la escritura— que no hubo entrega real» (*Derecho Civil*, Vol. III, cit., pp. 141 a 145). De la misma opinión es LACRUZ BERDEJO, para quien la tradición instrumental del artículo 1.462.II CC «... no confiere necesariamente la posesión de la cosa, y sí solo el dominio o derecho real limitado, por lo que no se identifica con la obligación fundamental del vendedor de facilitar el *habere licere* de la cosa, de forma que el otorgamiento de la escritura no hace innecesaria la entrega (...). Considera además que «...el artículo 1462.II CC no exige, para el efecto transmisivo del dominio, que el *tradens* sea poseedor de la cosa vendida, de modo que, siéndolo, habrá transmisión del dominio y de la posesión; y no siendo poseedor el *tradens*, solo del dominio: en este segundo caso la escritura pública tiene el mismo valor transmisivo de la propiedad que la tradición, pero bien se que no es una forma de tradición, sino un equivalente jurídico de ésta». Por ello critica la doctrina y jurisprudencia que exigen que el vendedor posea efectivamente para que se produzca la transmisión del dominio y tras justificar su posición en distintos preceptos del Código Civil (tales como los artículos 1463, 1464 o 1473.III CC) termina concluyendo que «...puede haber transmisión sin tradición en sentido estricto, es decir, producirse el efecto traslativo sin adquirir la posesión. Con la diferencia, que pone de relieve PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, de que «si no hay transmisión de la posesión (supuestos de transmisión de la acción reivindicatoria o de derechos reales no poseedores), no parece que el acto de entrega, en principio, pueda surtir efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad con los artículos 1218 y 1227 (cfr. artículo 1526CC)» [*Elementos de Derecho Civil*, T. III, Vol. 1.º (Posesión y Propiedad), 3.ª Ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1990, pp. 231 a 234]. Esta «plena» equivalencia de la escritura pública a la entrega es fuertemente criticada por RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA. En su opinión la solución a dicho problema viene dado por el empleo de los conceptos de posesión mediata e inmediata y la regulación de las formas de su adquisición de los artículos 438 y 439 CC, considerando además que la disociación de la transmisión dominical de la posesión en concepto de dueño desliza injustificadamente nuestro modelo transmisivo hacia el puramente consensual [cfr. «La equivalencia de la escritura a la entrega y el valor instrumental de la tradición», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Coord. Luis Díez-Picazo), Vol. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2014, pp. 2824 y 2825].

<sup>84</sup> A esta misma conclusión llega CHICO Y ORTIZ tras repasar las distintas teorías sobre la relación entre tradición e inscripción, reputando como dominante a nivel jurisprudencial la tesis mantenida por ALBALADEJO GARCÍA y LACRUZ BERDEJO (cfr. *Estudios...*, T. I, cit., pp. 165 a 168).

<sup>85</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 31 de octubre de 1951, 22 de marzo de 1952, 23 de mayo de 1955, 30 de septiembre de 1964, 4 de mayo de 1965, 28 de febrero de 1968, 5 de noviembre de 1973, 8 de julio de 1983, 17 de diciembre de 1984, 29 de mayo de 1997 y 31 de enero de 2013.

En la STS de 31 de octubre de 1951 los recurrentes en casación alegaban, entre otras cuestiones, que no resultaba de aplicación el artículo 1462 CC, al quedar desvirtuada la escritura de venta por el hecho de haber continuado el vendedor en posesión de parte de lo vendido, siendo la única finalidad del otorgamiento de la escritura poder inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición. Frente a dicho alegato el Tribunal Supremo precisaba (Cdo. 3.º).

«...esta tesis no puede prosperar, porque la tradición o entrega instrumental está equiparada por el artículo citado a la posesión real si de la misma escritura de compraventa no resultare o se dedujera claramente lo contrario, y es lo cierto que ni de la escritura ni de ningún otro elemento de juicio resulta destruida ni enervada la presunción legal de que por la tradición simbólica derivada del otorgamiento de escritura pública se entiende efectuada la entrega de la cosa vendida, ni se está tampoco, en supuestos como los contemplados por múltiples sentencias de esta Sala, en que la posesión ficta cede ante el hecho de estar poseyendo lo vendido un tercero y no el vendedor, pues si es éste quien posee la presunción se mantiene viva en los términos del artículo 1.462, en concordancia con el número segundo del 460 del Código Civil, vigorizados en cuanto al dominio inscrito por el artículo 41 LH».

Igualmente la STS de 4 de mayo de 1965 (Cdo. 4.º) afirmaba con toda rotundidad que

«...el apartado segundo del artículo 1462 no establece una presunción *juris tantum* rebatible por cualquier medio, sino que a su disposición de que en las ventas hechas en escritura pública, su otorgamiento equivale a la entrega de la cosa vendida, sólo puede oponerse que de la misma escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario (...)

Por su parte, la STS de 8 de julio de 1983 reputó irrelevante la prueba testifical en orden a excluir el valor traditorio de la escritura pública otorgada. Según la STS de 29 de mayo de 1997 (FJ 3.º) «... es criterio aceptado por la moderna doctrina y la más reciente jurisprudencia el de que la tradición instrumental tiene lugar aunque el vendedor no tenga la posesión material o de hecho de la finca vendida, por entender que, en tales casos, el efecto traslativo sólo puede quedar desvirtuado por lo que resulte o se deduzca claramente de la misma escritura, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1462.II del Código Civil».

Dicha orientación se aprecia asimismo en las Resoluciones que sobre el particular ha tenido la ocasión de dictar la Dirección Gene-

ral de los Registros y del Notariado. Así, la RDGRN de 25 de enero de 2001 aclaraba (FJ 2.º):

«Cuando el párrafo segundo del artículo 1462 CC exceptúa de la tradición instrumental el pacto en contrario, no se refiere al pacto excluyente del traspaso posesorio material de la cosa, sino al acuerdo impeditivo del hecho traditorio, pues la escritura pública puede equivaler a la entrega a los efectos de tener por realizada la tradición dominical, aun cuando no provoque igualmente el traspaso posesorio (...)»<sup>86</sup>.

Destaca por su claridad, en el sentido de no requerir la efectiva transmisión de la posesión al comprador para que la escritura pública surta efecto traditorio, negando el carácter de presunción *iuris tantum* del artículo 1462.II CC y precisando que dicho efecto únicamente queda enervado por el tenor de la propia escritura, la STS de 22 de diciembre de 2000, a cuyo tenor (FJ 2.º):

«...hasta el otorgamiento de la escritura, que medió en el supuesto examinado y la presunción que el precepto establece, no tiene el carácter de todas las presunciones *iuris tantum* sino que según precisó la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (...) sólo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario; siendo consiguientemente irrelevante lo que digan unos testigos o se manifieste al absolver posiciones por la viuda del comprador respecto a si hubo o no entrega. El hecho (...) de que el propietario embargado no hubiese hecho entrega de las llaves del inmueble no permite afirmar (...) que los adjudicatarios en la subasta de dicho bien y posteriormente los adquirentes por compra, los actores-recurridos, no hubiesen adquirido el dominio de la finca al concurrir el título y la tradición instrumental, al no constar ni deducirse de la escritura pública de compraventa (...)»<sup>87</sup>.

Por tanto la tradición instrumental *ex* artículo 1.462.II CC no opera como una presunción *iuris tantum*. La escritura pública posee valor traditorio independientemente del hecho de que se transfiera al comprador la posesión material del bien, quedando esta última reconducida a un problema de cumplimiento o incumplimiento por parte del vendedor de su obligación de entrega, planteamiento que las SSTS de 23 de mayo de 1955, 30 de enero de 1960, 5 de noviembre de 1973, 25 de marzo de 1994, 15 de julio de 2004 y 18 de mayo de 2005 expresamente extrapolaban a los

<sup>86</sup> El mismo planteamiento se reiteraba en las RRDGRN de 30 y 31 de marzo de 2001, 11 de junio de 2004 y 8 de septiembre de 2005.

<sup>87</sup> La misma orientación se observa en las SSTS de 4 de abril de 2002 y 23 de noviembre de 2012.

casos de venta múltiple. Como precisaba la ya referida RDGRN de 25 de enero de 2001 (FJ 2.º):

«...a pesar de la transmisión del dominio, puede no estar completamente cumplida la obligación de entrega, mas tal hecho deberá valorarse como la regulación del modo en que ha de cumplirse la obligación de entregar una cosa ya ajena al vendedor, y no como exclusión inequívoca (tal como exige el párrafo 2.º del artículo 1462) de tal efecto traditorio inherente a la escritura pública».

Particular es el caso enjuiciado por la STS de 16 de febrero de 1970, en la que el vendedor había enajenado unas fincas a dos compradores diferentes: al primero de ellos mediante documento privado, haciéndole entrega de los títulos de pertenencia de las fincas y los contratos de arrendamiento sobre ellas; al segundo mediante escritura pública que dicho comprador procedió a inscribir en el Registro de la Propiedad, ignorando la previa enajenación y habiéndose archivado las diligencias penales incoadas por el primero. Al igual que el Juzgador de Instancia, el Tribunal Supremo estimó que la entrega de los documentos de propiedad y arrendamiento había operado la tradición de las fincas confiriéndole al primer comprador su inmediato disfrute<sup>88</sup>. La Sentencia en ningún momento mencionaba los artículos 1473 CC o 34 LH y ratificó la sanción de nulidad de la segunda venta en lugar de limitarse a adjudicar la propiedad al primer comprador, reproduciendo la tesis sobre el artículo 1462.II CC mantenida en las SSTs de 25 de octubre de 1924 y 24 de diciembre de 1929<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> En lo que parecía una clara aplicación a la venta de bienes inmuebles, aunque sin mencionarlo, del artículo 1.464 CC.

<sup>89</sup> Ha de tenerse en cuenta en relación al caso enjuiciado por esta Sentencia de 16 de febrero de 1970 que: 1. El contrato privado no transmite *per se* la propiedad de los inmuebles si no va seguida de su entrega; 2. A tenor del artículo 1464 CC, la entrega de los títulos de pertenencia de un bien incorporal provoca, sumada al contrato de compraventa, su tradición; 3. El efecto traditorio del artículo 1464 CC no aplica a la venta de inmuebles. Por lo tanto la solución ofrecida por el Tribunal Supremo «hace aguas», se mire por donde se mire ya que: 1. *Stricto sensu* la situación del primer contrato no trascendió al plano jurídico-real, limitándose a desplegar efectos puramente obligacionales; 2. Consecuentemente, la segunda venta no fue en puridad una venta de cosa ajena, sino de cosa propia; 3. Aun cuando se estimase válida la tesis del Alto Tribunal y se reputase el segundo contrato como una venta de cosa ajena, presupuesta la buena fe del segundo comprador que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad el problema debería solventarse conforme al criterio de la prioridad en la inscripción del artículo 1473 CC o a resultados de las disposiciones contenidas al efecto en la legislación hipotecaria (artículo 34 LH). Aunque la Sentencia comentada se refería a su vez a la STS de 25 de octubre de 1924, el problema abordado por esta última no era el de si ha de prevalecer la posesión real de los demandados o la instrumental del comprador sino que la razón del fallo radicaba en la consideración del contrato de compraventa como nulo, por lo que el pronunciamiento sobre el artículo 1462.II CC tenía el carácter de mero *obiter dictum*. Por su parte, la STS de 24 de diciembre de 1929, también mencionada, razonaba (Cdo. 3.º): «...aunque los documentos privados, si en ellos no consta la entrega, no justifiquen la transmisión material, se han tenido en

Así pues, conforme a la STS de 16 de febrero de 1970 el acuerdo de las partes plasmado en el documento privado de venta basta para reputar efectuada la *traditio*. Dicho planteamiento ha sido reiterado por el Tribunal Supremo en las SSTs, entre otras, de 20 de octubre de 1989 y 10 y 18 de julio de 1997 e implica reconocer la posibilidad de extender las formas legales de tradición espiritualizada de los artículos 1463 y 1464 CC a la venta de inmuebles, al menos cuando éstos no pueden trasladarse a poder del comprador: bien por encontrarse ya en su poder (*traditio brevi manu*) o bien por estar en manos de un tercero o del propio vendedor (*constitutum possessorium*)<sup>90</sup>.

Lo que interesa destacar es que a tenor de esta línea jurisprudencial el problema de la posesión real en la venta múltiple no se plantea solo en los casos en que media escritura pública sino también cuando el comprador adquiere la posesión mediata por contra-

---

cuenta para hacer la declaración de otras pruebas, y el artículo 1462 del repetido Código no implica que para la tradición se necesite precisamente escritura pública de venta, pues aun siendo privada puede justificarse la entrega y, por tanto, el dominio; por toda otra clase de pruebas de las admitidas en derecho, que es lo que ha ocurrido en el presente caso, en que tampoco se ha opuesto título alguno preferente al de los actores».

<sup>90</sup> Cfr. SANCIÑENA ASURMENDI, «La compraventa...», cit., pp. 732 a 734. A mi modo de ver el juego de los artículos 1463 y 1464 CC es diferente a la hora de operar la transmisión dominical en la venta de inmuebles por documento privado (al menos a los efectos que aquí interesan). En el artículo 1.463 CC el mero acuerdo de las partes plasmado en el contrato privado transfiere la propiedad al comprador cuando *la cosa vendida no puede trasladarse a su poder en el instante de la venta* (por estar en manos de un tercero o del propio vendedor –*constitutum possessorium*– o cuando ésta se halla *ya en su poder por algún otro motivo* (por ejemplo por ser su arrendatario –*traditio brevi manu*–). En la primera hipótesis del artículo 1463 CC (imposibilidad de traslado) es necesario el acuerdo de las partes para que la transmisión se opere (*animus transferendi et accipiendi domini*), bien sea de forma expresa (como en la STS de 20 de octubre de 1989 mencionada) o bien derivado implícitamente de los términos del contrato privado concertado. En la segunda hipótesis del artículo 1463 CC el bien ya se encuentra en poder del comprador al momento de celebración del contrato (*traditio brevi manu*), lo que impide al vendedor llevar a término una entrega real (artículo 1462.I CC), siendo en tal caso el contrato privado, *per se*, la exteriorización de la voluntad de transmisión, por lo que en estas hipótesis puede concluirse que la transmisión dominical se opera por la sola celebración del contrato –si bien tal conclusión no es en modo alguno pacífica (*vid.* en este sentido SANCIÑENA ASURMENDI, «La compraventa...», cit., p. 734).

Por el contrario, en el supuesto del artículo 1464 CC el bien enajenado no se encuentra en poder del comprador y la entrega real o efectuada mediante escritura pública (artículo 1462.II CC) se suple por la entrega al *accipiens* de los títulos de pertenencia del inmueble o por su uso consentido (o facultades dominicales aparejadas a él) y tolerado por el vendedor. En esta hipótesis del artículo 1464 CC la virtualidad traslativa del contrato no se supedita, sin embargo, a la imposibilidad de traslado del bien a manos del comprador o al hecho de encontrarse en su poder (como acontece en el artículo 1463 CC), diferencia que contribuye a diluir la posible similitud entre la transmisión operada por el mero contrato y aquella otra derivada de la puesta en poder de los títulos de pertenencia o uso consentido del artículo 1464 CC. No obstante, esta distinción entre los artículos 1463 y 1464 CC no resulta absoluta, como se observaba en el caso enjuiciado en la referida STS de 16 de febrero de 1970.

to privado seguido de alguna de las formas espiritualizadas de tradición de los artículos 1463 y 1464 CC<sup>91</sup>.

En cualquier caso, medie escritura pública o contrato privado seguido de tradición espiritualizada tanto en la venta de bienes muebles como inmuebles el criterio instaurado en el artículo 1473 CC es en mi opinión el de la posesión real. Dicha solución deriva de contraponer la admisibilidad en términos generales de la entrega espiritualizada como modo de adquisición de la propiedad con el particular régimen de preferencia instaurado para la venta múltiple en el artículo 1473 CC. Así parecía estimarse siquiera como mero *obiter dictum* en la STS de 11 de febrero de 2011, a cuyo tenor (FJ 3.º):

«...es discutible que el artículo 1473 incluya esta entrega de la posesión, ficta, como tal posesión, pero lo que no es discutible es que tal tradición instrumental sea considerada como tal posesión, cuando de la escritura o de los propios hechos probados se desprenda que no hubo transmisión posesoria (...).»<sup>92</sup>.

A mi modo de ver la equiparación entre la posesión adquirida por entrega instrumental o espiritualizada y la adquirida de manera real a los efectos del artículo 1473 CC suscita la innecesariedad y redundancia de los criterios de dicho precepto para dirimir el problema de la venta múltiple frente las reglas de transmisión del dominio por título y modo<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> No obstante esta línea jurisprudencial no se encuentra exenta de excepciones, como se observa, por ejemplo, en la STS de 20 de febrero de 1999, en la que se consideró insuficiente la aportación del contrato privado de compraventa para estimar la tercera de dominio de un comprador sobre los bienes objeto de apremio, dada la falta de transmisión dominical derivada de la falta de entrega o puesta en poder y posesión de tales bienes.

<sup>92</sup> El problema de esta STS de 11 de febrero de 2011 es que admitía la destrucción de la virtualidad traslativa de la escritura no sólo por la voluntad de las partes sino también en función de los hechos probados, a modo de presunción *iuris tantum*. En cualquier caso, tal razonamiento no fue decisivo del fallo, dado que el comprador que había inscrito en el Registro de la Propiedad su adquisición no había obrado de buena fe.

<sup>93</sup> ESPÍN CÁNOVAS considera innecesario el requisito de la posesión de buena fe para dirimir el conflicto en la venta de bienes inmuebles formulado por el artículo 1473 CC respecto al sistema general de título y modo del artículo 609 CC. En su opinión –contraria en todo caso a la aquí defendida– el artículo 1473 CC constituye una excepción al sistema del título y modo no porque se trate de un supuesto asimilable al artículo 464 CC y la regla *possession vaut titre* sino porque confrontada una primera venta no consumada en el plano real (con alcance puramente obligacional) con otra ya consumada en segundo lugar por la concurrencia en el comprador de título válido y entrega real, el efecto transmisivo de esta segunda queda supeditado a la concurrencia de buena fe en el adquirente [cfr. «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, Vol. III (Posesión-Propiedad-Propiedad Intelectual), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1655 a 1660]. A mi modo de ver esta tesis resulta tentadora en aras a justificar el requisito de la adquisición de la posesión material de buena fe del artículo 1473 CC, pero supone confrontar un derecho puramente obligacional (el del primer comprador al que no le fue entregado el bien) con un derecho real (el del segundo comprador que adquirió por título y modo), sin que el primero sea oponible frente a terceros a salvo determinados casos particulares como puede ser una opción de compra debidamente inscrita.

Con carácter general la entrega espiritualizada resulta plenamente válida a efectos de transmitir la propiedad al comprador, con independencia de que vaya o no acompañada de la correspondiente entrega real y de que el vendedor se encuentre o no en posesión del bien al momento de entregar<sup>94</sup>. Por el contrario en los casos de venta múltiple la posesión mediata adquirida por una entrega espiritualizada resulta insuficiente para dirimir el conflicto suscitado entre los compradores en liza. El esquema general que admite que la transmisión derive de la concurrencia de alguna de las formas de entrega espiritualizada permanece incólume pero el legislador opta por el criterio de la posesión efectiva de buena fe como criterio principal o subsidiario (en función de la naturaleza mueble o inmueble del bien enajenado) para atribuir el dominio a uno u otro comprador. Con ello se persigue dotar al iter transmisivo de una adicional publicidad o inoponibilidad merecedora de una mejor tutela<sup>95</sup>.

La consideración de la posesión real de los bienes como modo de adquirir dotado de una mayor publicidad que la hace merecedora de una mejor tutela frente a las adquisiciones derivadas de entregas espiritualizadas se aprecia claramente en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, a cuyo tenor:

«Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos reales en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende a dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquél que tomó de ella posesión. Los romanos, a pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto esterno público, y que se pudiera apreciar por todos, debía señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio domó también en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se exceptúa el reino de Aragón, en el que basta la reducción de un contrato de enajenación de inmuebles a escritura pública, para que el dominio o el derecho real quede en el adquirente. Contra el principio romano se ha elevado otro en los tiempos modernos que mereció ser adoptado en el Código civil francés. Separándose este del derecho antiguo y de las reformas saludables introducidas por la ley de Brumario del año VII, buscó un principio más espiritualista, más filosófico sin duda, pero mas espuesto también á graves incon-

<sup>94</sup> Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, «La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español», en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, Vol. III (Posesión-Propiedad-Propiedad Intelectual), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1603 y 1604.

<sup>95</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral...», cit., p. 85.

venientes: el de que la propiedad se transmitiera, tanto respecto á los contrayentes como á un tercero, por el mero consentimiento. No corresponde á la comisión apreciar este principio cuando se limita á los mismos contrayentes; no toca á la Ley de Hipotecas, al menos bajo el punto de vista del proyecto, entrar en su examen: lo que de lleno cae bajo su dominio es desecharlo cuando se trata del interés de terceros que no han sido parte en el contrato, porque no se aviene bien con la lealtad y el orden de las transacciones, da lugar á que los acreedores sean defraudados, y produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento».

En defecto de posesión efectiva el artículo 1473.II CC atribuye la propiedad al comprador cuyo título sea más antiguo tanto en la venta de bienes muebles como inmuebles<sup>96</sup>. Dicho criterio presupone que la entrega ha tenido lugar en forma espiritualizada a ambos compradores<sup>97</sup> y priva de efecto traditorio a la entrega hecha al comprador con un título de fecha posterior aunque dicha entrega haya sido la primera realizada por el vendedor. En suma el artículo 1473.III CC lo que dirime es qué comprador resultará preferido cuando se confrontan dos o más entregas espiritualizadas o instrumentales en defecto de inscripción registral y de posesión real.

Nótese que el título o contrato no puede operar traspaso dominical alguno, dado nuestro modelo de transmisión de los derechos reales, requiriéndose en todo caso de la realización de la correspondiente entrega al comprador. No cabe pues considerar que el artículo 1473.III CC base la preferencia adquisitiva en el título como tal sino en la suma de contrato más antiguo y entrega espiritualizada<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Cfr. ARCOS VIEIRA, ob. cit., pp. 867 a 869.

<sup>97</sup> Cfr. GÓMEZ GÓMEZ, «Inscripción y tradición», *RCDI*, Núm. 358, 1958, p. 246.

<sup>98</sup> Tal y como señala ALBALADEJO GARCÍA, «Como quiera que en nuestro Derecho los contratos no son transmisivos, sino que se requiere la entrega de lo vendido para adquirir su propiedad, creo que el espíritu de este párrafo hay que entenderlo en el sentido, no de que, aunque la cosa no haya sido entregada, ya adquiere su propiedad el comprador que presente título de fecha más antigua, sino en el de que la adquirirá cuando se le entregue, es decir, de que es él el que debe convertirse en dueño mediante la entrega, siendo ineficaz al efecto de transferir el dominio, la entrega que se haga al comprador con título más moderno». A lo que añade que en su opinión «Podría, quizás, pensarse que el artículo 1473.III.º, tiene realmente su sentido literal y que, en él, el comprador con título más antiguo, deviene —cuando ninguno inscribió la cosa en el Registro ni recibió su posesión— dueño sin más. Ahora bien, esta interpretación, aunque no fuese susceptible de otras objeciones, supondría una excepción a los principios de que parte nuestro Ordenamiento (cfr. artículos 1095, 609 CC y equivalentes forales) demasiado importante para ser admitida sin haber sido establecida claramente. El interés práctico del punto controvertido se halla en que según se entienda que el dominio pasa al comprador en un momento o en otro, pueden resultar diversas consecuencias» («Pluralidad de ventas...», cit., p. 190). A mi modo de ver con esta tesis el autor desdibuja su teoría de que la prioridad posesoria empleada como criterio de preferencia en defecto de inscripción puede venir dada por una entrega instrumental, puesto que de ser así el criterio de la antigüedad del título nunca entraría en juego.



Si alguno de los compradores ha tomado posesión real del bien enajenado, el criterio de atribución será el basado en la prioridad posesoria, lo que, por otra parte, no hace sino corroborar la opción interpretativa defendida en torno a la forma en que ha de interpretarse la expresión «primero en la posesión» empleada por nuestro Código Civil. De lo contrario, si se estima que por prioridad posesoria cabe entender también la adquirida a resultas de una entrega espiritualizada, el criterio basado en la antigüedad del título nunca entraría en juego.

### C. VENTA MÚLTIPLE Y USUCAPIÓN

Se plantea en la venta múltiple el problema de si el comprador que de buena fe toma posesión del bien con anterioridad a que el otro comprador inscriba su derecho en el Registro puede ser preferido en su adquisición frente a este último<sup>99</sup>, no *ex* artículo 1473.II CC (que prioriza la inscripción frente a la posesión) sino fruto de la usucapión *contra tabulas* en los términos previstos en el artículo 36 LH<sup>100</sup>.

Según al artículo 36 LH el comprador que tenga la posesión material del bien en concepto de dueño y de buena fe durante un plazo de diez años, prevalece frente al comprador que inscribe, siempre y cuando este último sea un tercero hipotecario (*ex* artículo 34 LH) y: a) conociera o tuviera medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; b) no habiendo conocido ni podido conocer tal posesión de hecho la consienta expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a su adquisición<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> El comprador que inscribe puede ser el primero o segundo en contratar con el vendedor, siendo indiferente a tales efectos que la entrega por medio de escritura pública (necesaria en todo caso para el correspondiente acceso de su derecho al Registro de la Propiedad) haya tenido lugar con anterioridad a la toma de posesión efectiva por parte del otro comprador, al menos siempre que este último desconozca la existencia de la compraventa previa a la entrega en forma real efectuada.

<sup>100</sup> *Vid.* a este respecto SÁNCHEZ CEBRIÁN, *Doble venta inmobiliaria y publicidad registral*, Universidad Autónoma de Madrid, 2006, pp. 397 y ss.; y SANCIÑENA ASURMENDI, *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 277 a 279.

<sup>101</sup> BALLARÍN MARCIAL considera en relación a la buena fe y conocimiento del comprador que inscribe de la pertenencia del bien a otro comprador que previamente adquirió el bien y pese a no inscribirlo se encuentra en posesión del bien, que si el primer comprador ha tomado posesión del bien inmueble «...el que ha inscrito no tiene derecho a desconocer la inexactitud registral» (ob. cit., p. 685). De la misma opinión es VALLET DE GOYTISOLO (cfr. «La buena fe, la inscripción...», cit., pp. 235 y 236). Por el contrario DE LA RICA Y ARENAL reconoce con ocasión de analizar la buena fe del titular inscrito y la posibilidad de otro adquirente no inscrito de adquirir el bien por usucapión *contra tabulas* que si bien el titular inscrito pudo conocer tal situación posesoria, dicha posibilidad resulta igualmente predicable del titular no inscrito (cfr. «La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*,

Conviene destacar que la jurisprudencia en torno a la usucapión *contra tabulas* en supuestos de venta múltiple resulta de escasa utilidad. En los casos en que dicha posibilidad se ha planteado falla siempre alguno de los requisitos requeridos: bien porque no se trata de un supuesto de venta múltiple, bien porque no se dan los requisitos para que opere la usucapión<sup>102</sup>. Pese a ello merece la pena examinar algunas de las Sentencias del Alto Tribunal en esta materia, con la finalidad de perfilar los requisitos necesarios para que dicha usucapión *contra tabulas* del comprador que no inscribe pueda darse.

En la STS de 30 de mayo de 2013 se trataba de la compra en documento privado el 19 de agosto de 1987 de un apartamento por parte de una sociedad a un particular. El vendedor había adquirido dicho apartamento mediante documento privado, de fecha 9 de octubre de 1986, de un matrimonio que figuraba en el Registro de la Propiedad como titular dominical del inmueble. La sociedad compradora asumió en el mismo contrato de compraventa la deuda que el vendedor tenía pendiente con dicho matrimonio, del que éste había a su vez adquirido. El 23 de febrero de 1995 el matrimonio (primitivos propietarios del apartamento) y la sociedad compradora otorgaron escritura pública de transmisión del bien, sin que dicha escritura fuera objeto de inscripción Registral. La sociedad compradora detentaba la posesión pública, pacífica e ininterrumpida del bien desde su compra en 1987. El apartamento fue adjudicado por auto de 2 de noviembre de 2004 a otra sociedad mercantil, ejecutante frente a una entidad avalada por el marido, primitivo propietario del bien y entonces titular registral, haciendo constar dicha sociedad en el Registro su derecho de propiedad sobre el inmueble adquirido en virtud de la adjudicación judicial referida.

Pese a haber transcurrido el plazo necesario para que la sociedad compradora adquiriese por usucapión ordinaria decenal discutiblemente, el Tribunal estimó que no concurrían los requisitos exigidos en el artículo 36 LH para que operase la usucapión *contra tabulas* ya que: 1. La mercantil beneficiaria de la adjudicación judicial no conoció ni pudo conocer, ni durante el proceso ejecutivo, ni en el momento de obtener la adjudicación judicial, ni tampoco cuando inscribió su derecho dominical en el Registro de la Pro-

---

Núm. 256, 1949, pp. 556 a 558). No obstante, dicho planteamiento resulta a mi modo de ver cierto cuando el poseedor no inscrito adquiere su derecho con posterioridad al titular inscrito, pero no al revés.

<sup>102</sup> Excepción hecha de la STS de 8 de octubre de 1997, en la que, pese a ser la más adecuada al caso analizado, el Tribunal no entró a valorar el fondo del asunto, dado el hecho de no proceder al levantamiento del velo de la sociedad en cuyo favor se había operado la usucapión.

piedad, que la otra sociedad en liza poseía la finca a título de dueña; 2. Tampoco consintió expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición la posesión de hecho y a título de dueño de la finca por persona distinta de su transmitente, dada la imposibilidad de consentir aquello que no se puede conocer. El problema que suscita esta interpretación radica en la limitada operatividad que confiere al artículo 36 LH, particularmente en lo atinente a la posibilidad de que el consentimiento del titular inscrito tenga lugar de forma tácita.

La misma orientación se observa en la STS de 21 de julio de 2006 y a la que expresamente se refería la Sentencia de unificación de doctrina en materia de doble venta de 5 de marzo de 2007. En el caso enjuiciado por dicha Sentencia se confrontaba una venta en documento privado, celebrada en el año 1977, con una enajenación judicial derivada de embargo trabado contra el primitivo propietario, que seguía constando como titular registral, habiéndose anotado dicho embargo en el Registro de la Propiedad el 8 de octubre de 1987 y siendo ejecutado el 9 de abril de 1991 (transcurrido pues el plazo para que se operase la correspondiente usucapión). En tales circunstancias el Tribunal reiteraba (FJ 6.º):

«Tal como ha dicho esta Sala en la reciente sentencia de 10 de julio de 2006 «sobre el que participa en la subasta judicial de un piso no puede recaer la carga de comprobar si lo publicado en el Registro coincide exactamente con la realidad, cuando aquél figura inscrito a nombre de una sociedad, en que por definición, por su carácter de persona jurídica, no ejerce la posesión de hecho. No se puede exigir que averigüe la relación que tiene la persona física que la ejerce con la sociedad propietaria registral ni que examine todo el historial para conocer si la posesión es a título de dueño o en otro concepto». Por tanto, la usucapión del demandante se enfrenta a la adquisición por el demandado que tiene el concepto de tercero hipotecario: tercero de buena fe, como se ha dicho, que adquiere por cesión de remate tras una subasta judicial de quien aparecía como titular registral cuando se produjo el embargo y se celebró la subasta (el embargado), que y, tras la escritura pública judicial de compraventa, inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad. Frente a este tercero hipotecario no prevalece la usucapión *contra tabulas*: como se ha indicado, no conoció ni tuvo medios racionales de conocer el derecho del actor, por lo que conforme al artículo 36 a) y b) de la Ley Hipotecaria la usucapión no le alcanza».

Por su parte la STS de 14 de julio de 2004 estimó la adquisición por usucapión del primer adquirente en documento privado frente al posterior que inscribió en el Registro de la Propiedad. Sin embargo el segundo adquirente lo fue a título gratuito, por lo que no con-

taba con la protección del artículo 36 LH al carecer de la condición de tercero hipotecario. En cualquier caso, el Tribunal Supremo descartó la aplicabilidad para dirimir el conflicto suscitado de la regla de la prioridad registral establecida en el artículo 1473.II CC, en contra del parecer de la Audiencia.

La operatividad de la usucapición *contra tabulas* se extiende igualmente a los casos de doble inmatriculación, dada la cesación en sus efectos de ambas inscripciones y la necesidad de solventar el conflicto conforme a los normas de Derecho civil puro (artículo 313 RH). En estos supuestos deberá atenderse al criterio de la prioridad en la inscripción, de la posesión efectiva o la mayor antigüedad del título, frente a los cuales prima no obstante en todo caso el titular registral que haya usucapido *ex* artículo 36 LH<sup>103</sup>.

Llama la atención el razonamiento seguido en la STS de 19 de julio de 1999, en la que se abordaba un caso de doble venta en el que además se daba una doble inmatriculación. Sin perjuicio de que en el caso enjuiciado ninguno de los compradores había adquirido por usucapición, el Tribunal Supremo consideró que debido a la doble inmatriculación los principios hipotecarios debían ceder en pro del Derecho civil puro, por lo que decretó la preferencia del primer inmatriculante<sup>104</sup> (*ex* artículo 1473.II CC) y la imposibilidad del otro comprador de adquirir por usucapición ordinaria, debido al inicio del cómputo del tiempo a tal efecto desde el momento en que se procedió a la segunda inscripción en el año 1992 (artículo 1949 CC).

Esta apreciación de que el cómputo del plazo de posesión a efectos de poder adquirir por usucapición ordinaria *contra tabulas* debe efectuarse desde la inmatriculación del segundo título *ex* artículo 1.949 CC carece de soporte legal. El artículo 1949 CC fue derogado por el artículo 36 LH que no exige que el usucapiente cuente a su favor con inscripción registral (a diferencia de cuanto acontecía en el antiguo artículo 35 LH 1861), por lo que el cómputo para usucapir deberá realizarse desde el momento en que se inició la posesión efectiva<sup>105</sup>. Dicha solución se aplica igualmente en

<sup>103</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 22 de enero de 1969 y 20 de diciembre de 1989. A este respecto *vid.* SANCIÑENA ASURMENDI, *La usucapición...*, cit., pp. 273 a 276 y 279.

<sup>104</sup> RUBIO GARRIDO manifiesta su disconformidad con el fallo adoptado por la STS de 19 de julio de 1999 dada la mala fe del primer comprador, decretada por el Juzgador de Instancia y no analizada ni refutada por el Alto Tribunal en momento alguno (cfr. «Comentario a la STS de 19 de julio de 1999», *CCJC*, Núm. 52, 2000, p. 67).

<sup>105</sup> Cfr. RUBIO GARRIDO, «Comentario a la STS de 19 de julio de 1999», cit., pp. 271 a 274; SANCIÑENA ASURMENDI, *La usucapición...*, cit., pp. 269 y ss.; y FENOY PICÓN, «La usucapición ordinaria contra tabulas y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1.949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 3.771 y ss. El problema de la derogación del artículo 1.949 CC por el actual artículo 36 LH ha sido recientemente abordado por

los casos de doble inmatriculación, dada la cesación en sus efectos de ambos títulos y la necesidad –referida por la propia STS de 19 de julio de 1999- de solventar el conflicto conforme a las normas de Derecho civil puro, si bien deberán tenerse en cuenta los requisitos exigidos por el artículo 36 LH para que el adquirente inscrito que tiene la condición de tercero hipotecario pueda decaer en su derecho frente al usucapiente.

## VI. PROTECCIÓN DEL COMPRADOR NO PREFERIDO

El artículo 1475 CC requiere para que el vendedor se encuentre obligado a sanear que la privación del bien al comprador sea fruto de un derecho anterior a la compra, lo que se antoja especialmente problemático en los casos de venta múltiple cuando el comprador que primero adquirió por título y modo se ve posteriormente despojado de él por el «mejor derecho» de otro adquirente sucesivo.

Si el vendedor cumple con su obligación de entrega habrá tenido lugar un cumplimiento parcial o aparente, que se revelará insuficiente *a posteriori* cuando el comprador, anterior o posterior, ejercite las correspondientes acciones en defensa de su derecho dominical sobre el bien doblemente enajenado. En este caso, si el comprador preferido *ex* artículo 1473 CC fue el primero en contratar el segundo comprador podrá solicitar el correspondiente saneamiento por evicción al vendedor una vez se vea privado del bien<sup>106</sup>.

Por el contrario, si el comprador que adquiere *ex* artículo 1473 CC es el segundo en contratar la situación del primer comprador despojado al que se le ha entregado el bien resulta más controvertida. Se discute si éste tiene derecho al saneamiento por evicción, dado el carácter posterior al contrato del derecho del comprador preferido.

---

la STS de unificación de doctrina dictada por el Pleno de 21 de enero de 2014 en sentido afirmativo. Para un comentario de dicha STS de 21 de enero de 2014 *vid.* VÁZQUEZ GARCÍA, «Usucapición *contra tabulas*. La vigencia del artículo 1949 del Código Civil o su derogación tácita por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria», *Diario La Ley*, Núm. 8303; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Definitiva derogación del artículo 1.949 del Código Civil: la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapición «*contra tabulas*»», *RCDI*, Núm. 744, 2014, pp. 1943 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Improcedencia de la prescripción adquisitiva ordinaria de bien inmueble. Requisitos de la «prescripción *contra tabulas*» en perjuicio de tercer adquirente: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014 (237/2014)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada), Vol. 6, 2016, pp. 777 y ss.

<sup>106</sup> Cf. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *La doble venta. Una situación de pendencia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 81.

Tanto el Derecho francés como el italiano regulan expresamente la hipótesis de evicción por hecho propio del vendedor. En ambos ordenamientos se sanciona como nulo el pacto que excluye la obligación de sanear por evicción cuando el despojo del bien al comprador obedece a actos llevados a cabo por el propio vendedor<sup>107</sup> (artículos 1628 *Code Civil* y 1487.2 *Codice Civile*).

A diferencia de los ordenamientos francés e italiano, nuestro Código Civil no prevé en su articulado la evicción por hecho propio del vendedor y suscita la duda de si el legislador quiso expresamente eliminar cualquier referencia al saneamiento en tales hipótesis, dada la similitud con el modelo español de la solución ofrecida en dichos países para el caso de existencia de vicios jurídicos en el bien enajenado<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> Cfr. LUZZATO, *La compraventa según el nuevo Código civil italiano* (Trad. de la primera edición italiana con notas sobre el derecho civil español por Francisco Bonet Ramón), Reus, Madrid, 1953, pp. 237 y 238. Y también en los preceptos dedicados a la donación (artículo 797, 2.º). A propósito del régimen italiano DEGNI, tras señalar que con carácter general la causa de la evicción debe ser anterior al contrato de compraventa, admite, poniendo como ejemplo un supuesto de doble venta, que excepcionalmente la causa de evicción puede ser posterior a la venta, ya que si bien es verdad que el primer comprador preterido «...habría podido ser más diligente, y proceder a la transcripción de su título, también es verdad que se encuentra despojado de la cosa por un hecho suyo, sí, pero que es accesorio (y puede ser también inculpable) frente al hecho principal de su vendedor, evidentemente de mala fe, y ésta no merece defensa. Es opinión ahora común del Tribunal de Casación que el primer comprador puede ejercitar la acción pauliana en los límites del daño que sufre, puesto que no puede dudarse que debe estimarse acreedor de su vendedor» [*La compraventa* (traducción y notas de derecho español por Francisco Bonet Ramón), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 314 a 316]. La *actio pauliana*, o de rescisión por fraude de acreedores, contemplada en el artículo 1111 CC sería una opción a tener en cuenta conjuntamente con la posibilidad de acudir a la resolución del contrato prevista en el artículo 1124 CC.

No parece, sin embargo, que la *actio publiciana* sea un cauce procesal adecuado hoy día para instrumentar la solución al conflicto que al primer adquirente se le plantea tras ser preterido en pro del segundo que inscribió su adquisición. Y ello porque tal acción tenía toda su razón de ser en el Derecho romano pretorio, en el que se protegía al adquirente de buena fe que no había llegado a consumir aún la correspondiente *usucapio* sobre la cosa –único modo de adquisición por un *non dominus*–, subsanando la falta de protección dispensada en tales casos por el *ius civile*, tutelando la posesión *in bonis habere* conferida al comprador. Hoy día, y a diferencia del contexto socio-jurídico propio del Derecho romano, el ordenamiento español prevé mecanismos adquisitivos que operan, *ex lege*, la adquisición del dominio al margen de la usucapión, cuales son los previstos en los artículos 464 y 1473 CC, 34 LH y 85 CCom. Cfr. RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 14 a 28, 116 y 132).

Para un estudio prolijo y crítico del saneamiento por evicción por hecho propio, con abundantes referencias de Derecho comparado y expresa referencia al ordenamiento español, así como a los mecanismos resarcitorios existentes en Derecho romano *vid.*, por todos, RICCA-BARBERIS, *Tratato della garanzia per evizione*, Giappichelli, Torino, 1958, pp. 123 a 172; así como, del mismo autor, «La evicción por hecho personal o propio de quien ha donado o vendido», *RDP*, mayo de 1957, pp. 485 y ss.

<sup>108</sup> Cfr. ESPÍN CÁNOVAS, «La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta», en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, Vol. II (Sucesiones-Obligaciones), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 1328.

La evicción por hecho propio estaba expresamente prevista en el Proyecto de Código Civil de 1836 al prescindir en los preceptos dedicados al saneamiento (artículos 1071 y ss.) de cualquier referencia al carácter anterior al contrato del derecho que origina la evicción<sup>109</sup>. A semejanza de los Derechos francés e italiano, el artículo 1078 del Proyecto, con particular referencia a los casos de doble venta, establecía que «Resultando la responsabilidad de un hecho personal al vendedor, como, por ejemplo, si hubiese dado la cosa a un tercero después de vendida, siempre estará obligado al saneamiento, y lo que se estipule en contrario será nulo».

Sin embargo el Proyecto de Código Civil de 1851 desechó la regla del artículo 1078 del Proyecto de 1836, al estimar difícil la verificación en la práctica de la evicción por hecho propio. Pese a la supresión de cualquier referencia en el artículo 1398 del Proyecto de Código Civil de 1851 de la evicción por hecho, García Goyena no descartaba esta modalidad eviccional sino que él mismo la reconocía *a sensu contrario* en su comentario a dicho precepto, al precisar que «...éste no responde de la evicción por causa anterior al contrato, si no procede de hecho suyo, caso difícil hoy de verificarse por lo dispuesto en el artículo 981 (en el cual se instauraba un sistema de transmisión consensual del dominio)»<sup>110</sup>.

Pese a que la doctrina se encuentra muy lejos del consenso o unanimidad a este respecto, parece razonable concluir que en los casos de doble venta no se dan los requisitos cumulativos de derecho anterior a la compra y resolución judicial firme que lo declare necesarios para que el vendedor deba sanear<sup>111</sup>. En el caso enjuici-

<sup>109</sup> Cfr. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Vol. II, Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), Madrid, 1970, pp. 215 y 216.

<sup>110</sup> Cfr. GARCÍA GOYENA ob. cit., p. 745.

<sup>111</sup> A favor de reconocer la aplicabilidad del saneamiento por evicción en los casos de doble venta se posicionan, entre otros, BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1952, p. 125; RODRÍGUEZ MORATA, «Venta de cosa ajena...», ob. cit., pp. 202 y 203 y también en «Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988», *CCJC*, Núm. 16, 1988, pp. 174 y ss.; RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 130 a 132; ESPÍN CÁNOVAS, «La garantía por evicción a causa...», cit., pp. 1336 y 1337; y JORDANO FRAGA, «Doble venta...», cit., pp. 1364 y 1365. En contra y a favor de conceptualizar la evicción por hecho propio como un incumplimiento de sus obligaciones por el vendedor se manifiestan entre otros, BONET RAMÓN en LUZZATO, *La compraventa...*, cit., p. 237 (nota al pie 250); GARCÍA CANTERO, con remisión en el sentido por el propuesto a los pronunciamientos recaídos en las SSTs de 25 de noviembre de 1965 y 11 de octubre de 1976 («Comentario a los artículos 1445 a 1541», cit., pp. 258 y 286); PETIT SEGURA, «La doble venta...», cit., pp. 159 y 160; GONZÁLEZ POVEDA, ob. cit., p. 384: «Situación del comprador no preferido. Podrá ejercitar frente al vendedor la acción resolutoria del contrato por incumplimiento del artículo 1.124 con petición de indemnización al no poder cumplir *in natura*»; DURÁN RIVACOBA, *Evicción y Saneamiento*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 153 y 154; VÁZQUEZ DE CASTRO, «Comentario a los artículos 1474 y 1475 CC», en *Código Civil Comentado* (Dirs. Ana Cañizares Laso *et al*), Vol. IV, Civitas, Madrid, 2011, pp. 154 y 163; y LLAMAS POMBO, ob. cit., pp. 453 y 454.

ciado por la STS de 23 de mayo de 2000 la recurrente en casación alegaba que el artículo 1475 CC «...se refiere a la evicción y añade que aunque el Código contempla a terceras personas como causantes del evento, estima que debe incluirse en la prohibición a quienes primero venden y después vuelven a hacerlo, frustrando así la eficacia y finalidad del primer comprador». El Tribunal Supremo desestimó dicha alegación afirmando que (FJ 10.º)

«En modo alguno puede acogerse el motivo, porque según su propio apoyo legal, el artículo 1475 del Código Civil, la evicción tiene lugar cuando se priva al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada y aquí, ni se ha producido la sentencia firme, ni la privación proviene de un derecho anterior al contrato, sino derivado del mismo».

---

MARTÍNEZ MARTÍNEZ pese a reputar técnicamente inviable la posibilidad del saneamiento por evicción cuando el comprador privado del bien es aquél que ostenta un título más antiguo estima posible indemnizarle *ex* artículo 1902 CC. La autora propugna la aplicación analógica de la solución adoptada en la STS de 30 de mayo de 1974 en la que constituida hipoteca por el vendedor tras la consumación de la venta se condenó a este último a responder extracontractualmente de los daños ocasionados (cfr. *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil español*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 103 y 104). Por su parte, LLAMAS POMBO adopta una posición más heterogénea y reconoce múltiples posibilidades de actuación del comprador preterido frente al vendedor, afirmando que: «En cuanto al comprador o compradores que finalmente no resulten preferidos conforme a las reglas del artículo 1473 CC, es evidente que ello no implica que queden desprotegidos, pues de manera evidente resultan víctimas de una incumplimiento contractual definitivo por parte del vendedor que, finalmente, no entrega la posesión legal y pacífica de la cosa vendida conforme al artículo 1474 CC, por haber devenido absolutamente imposible dicha prestación. Ese incumplimiento contractual abre, a disposición del comprador frustrado, todo el abanico de remedios que brinda el ordenamiento jurídico al acreedor en los supuestos de incumplimiento definitivo de la obligación. En algunos casos, procederán las acciones propias del saneamiento por evicción de los artículos 1475 y siguientes del Código Civil. En otros, podrá instarse la resolución del contrato con arreglo a la facultad del artículo 1124 CC, como remedio propio de los contratos sinalagmáticos, lo que determinará la devolución del precio que hubiere pagado con sus intereses, y en todo caso (en realidad sólo cuando así se invoque con acreditación y cuantificación de los perjuicios) el percibo de la oportuna indemnización de daños y perjuicios. Dicha indemnización puede ser reclamada, también, dentro del proceso penal cuando la doble venta, y la correspondiente frustración del comprador, sea constitutiva de delito de estafa, con arreglo al artículo 110 y concordantes del Código Penal. E incluso, por último, podrá ser procedente, con idéntico resultado restitutorio del precio y sus intereses, una acción de nulidad o anulabilidad del contrato conforme al artículo 1303 CC» (ob. cit., pp. 370 y 371).

Para CANO MARTÍNEZ DE VELASCO «... no es descabellado plantearse, como lo hace la doctrina, la ejercitabilidad de la acción de saneamiento. Sin embargo, hay que excluir parcialmente este planteamiento y concluir en que aquí no es siempre posible la acción de evicción. La razón de esta exclusión parcial es muy simple: consiste en advertir el requisito de que, pata que se trate de evicción, el derecho del tercero vencedor debe ser «anterior» (artículo 1475) a la compra. Dado que es perfectamente posible que el comprador posterior venza al anterior, por aplicación del artículo 1473, no cabe en el caso analizado el ejercicio de la acción de saneamiento. Sin embargo, si el comprador anterior vence al posterior, es posible la acción de evicción. El comprador no adquirente podrá, en este caso, optar entra esta acción y la de resolución». En todo caso, entiende que el primer comprador, caso de no ser preferido en su adquisición, podrá solicitar la resolución del contrato de compraventa concertado, rigiéndose por las normas generales existentes en la materia (artículo 1124 CC), dada la ausencia de una solución específica por parte del Código (cfr. ob. cit., pp. 80, 81 y 116 a 118.)



Por ello resulta necesario instrumentar otros mecanismos resarcitorios *ad hoc* que permitan solventar el problema e indemnizar al primer comprador que, habiendo celebrado un contrato válido, incluso habiendo tomado posesión del bien, se ve desposeído por el «mejor derecho» de un segundo comprador *ex* artículo 1473 CC<sup>112</sup>.

La solución del incumplimiento contractual como mecanismo de protección del comprador preterido se contemplaba específicamente en el Proyecto de Código Civil de 1851, fruto de la conjunción de los artículos 1396 y 982, de forma que

«si una misma cosa hubiese sido vendida a dos diferentes compradores, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble; siendo inmueble, al adquirente que haya inscrito antes su título, sin perjuicio en ambos casos del derecho de resarcimiento que en caso de incumplimiento tiene el adquirente de buena fe».

Esta última parte del artículo 1396 del Proyecto de Código Civil de 1851 referida al incumplimiento contractual desapareció en el artículo 1500 del Anteproyecto de Libros III y IV de 1885-1888 (cuyo tenor era idéntico al de nuestro actual artículo 1.473 CC), contribuyendo a la incertidumbre sobre la solución compensatoria en los casos de venta múltiple: saneamiento *vs* incumplimiento.

El problema de descartar la posibilidad del primer comprador desplazado de acudir al saneamiento eviccionario y conceptualizar la situación originada como un supuesto de incumplimiento que le permita resolver el contrato radica en la necesidad de perfilar con mayor detalle la causa o fundamento de dicho incumplimiento. La STS de 11 de mayo de 2010 (FJ 2.º) subrayaba que aunque la garantía por evicción respecto de derechos anteriores a la venta

<sup>112</sup> Una solución posible es la de conceptualizar la situación que se origina al comprador privado del bien como un caso de incumplimiento. Tal es el parecer de DURÁN RIVACOPA, quien califica el problema relativo a la protección que ha de dispensarse al primer comprador como una *secuela jurídica del incumplimiento*, criticando la posición favorable al reconocimiento del saneamiento por evicción por hecho propio del vendedor en las SSTs de 5 de octubre de 1863, 17 de diciembre de 1873 y 2 de diciembre de 1876 (cfr., *Evicción y...*, cit., pp. 153 y 154). Y ello aunque el montante indemnizatorio sea coincidente, independientemente de que se conceptualice como un caso de incumplimiento o de saneamiento por evicción, aplicando analógicamente el artículo 1478 CC. No en balde, como explica BONET RAMÓN en sus anotaciones a LUZZATO, «No establece el Código civil español una regla correlativa a del apartado 2.º del artículo 1487 del Código civil italiano. En el supuesto del texto de venta de un mismo inmueble a diferentes compradores, a cuya hipótesis alude el artículo 1473... no existe legalmente un caso de evicción, pero ello no obstaculiza que al vendedor se le pueda exigir por su conducta deshonesta las responsabilidades procedentes sin que veamos inconveniente para aplicar por analogía el artículo 1478 en cuanto fija la extensión de la obligación de sanear, con lo que prácticamente se llega a la misma conclusión del texto [esto es, al mismo resultado que si se aplicase el régimen del saneamiento eviccionario]» (ob. cit., p. 238 nota al pie 251).

opera en los rigurosos términos de los artículos 1471 y ss. del Código Civil:

«...ello no quiere decir que entregada la cosa y cumplida la principal obligación, ésta se extingue y que cualquier obligación respecto de hechos y derechos posteriores al contrato se configure en nuestro Código Civil de forma similar a la que un tercero tiene de respetar los derechos y propiedades ajenas, cuyo incumplimiento da lugar a la llamada responsabilidad extracontractual, que se garantiza a través de la norma que se contiene en el artículo 1.902 CC, por la violación del deber genérico de no dañar los derechos, propiedades y situaciones ajenas (*alterum non laedere*) (...). La conducta del enajenante que vende dos o más veces la misma finca y, que impide al comprador exigir el saneamiento por evicción, no obstante haberle privado de la cosa que constituyó el objeto de la compraventa, para trasladarla a un nuevo comprador que, por su condición de tercero hipotecario, es protegido en su adquisición por la fe pública registral, no solo infringe la obligación contractual que le impide hacerlo, sino que vulnera el deber de respeto a la propiedad de la persona con la que se vinculó a través de un contrato anterior, del que trae causa el daño ocasionado por la venta posterior, para cuya reparación el Código Civil ofrece al perjudicado no solo las acciones específicas con la que satisfacer el interés defraudado, sino la que le proporciona el artículo 1101 CC de exigir el resarcimiento del daño que resulta de incumplimiento contractual, que de otra forma no se hubiera producido, consistente en la privación de la cosa que constituyó su objeto, con plazo de prescripción de quince años, según el artículo 1964 CC, cuyo *dies a quo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 1969, no será el de la fecha del contrato formalizado con el actor, sino aquel en que se formaliza el contrato posterior, como acto obstativo a partir del cual se origina el perjuicio».

Como puede observarse, tras descartar la posibilidad del comprador preterido de hacer uso de la obligación de saneamiento por evicción, esta STS de 11 de mayo de 2010 fundamentaba el resarcimiento debido por el vendedor al primer comprador en el «genérico» «...deber de respeto a la propiedad de la persona con la que se vinculó a través de un contrato anterior».

Más acertada parece, sin embargo, la «imprecisa» referencia a la infracción por el doble vendedor de una «obligación contractual» que le impide disponer nuevamente del bien previamente enajenado. Obligación que cabría reconducir a la obligación de entrega, dado el deber de procurar la puesta en poder y posesión al comprador cuya realización deviene impracticable dada la pertenencia del bien a un tercero.

A mi modo de ver los inconvenientes para dispensar un adecuado resarcimiento al primer comprador preterido en los casos de venta múltiple pueden superarse por medio del uso de los mecanismos de

tutela al *verus dominus* (primer comprador) previstos por el ordenamiento en materia de adquisiciones *a non domino*, dada su estrecha interrelación con el sistema adquisitivo del artículo 1473 CC.

La aplicación analógica a la venta múltiple del artículo 37.4 LH puede ser una opción en buena medida satisfactoria, particularmente en el caso de enajenación de inmuebles. Dicho precepto excluye la posibilidad de ejercicio frente al tercero que inscribió su adquisición, en la forma prevenida en la propia Ley Hipotecaria, de las acciones resolutoria, revocatoria o rescisoria, a la vez que reconoce la subsistencia de las acciones personales que pudieran corresponder al propietario despojado del bien (primer comprador) frente al causante del despojo (doble vendedor).

Pese a que el artículo 37 LH está pensado para los casos en que existe un contrato que debe rescindirse, la jurisprudencia extiende su aplicación a los supuestos de adquisiciones *a non domino* de bienes inmuebles, permitiendo al antiguo propietario reclamar «...por los perjuicios derivados de la aplicación del artículo 34 LH frente a quien vendió indebidamente» (STS de 23 de abril de 2010 FJ 3.º), solución ésta que resulta, a mi entender, perfectamente extrapolable a los casos de venta múltiple y por medio de la cual cabe dispensar una óptima tutela al primer comprador preterido.

En el caso de la venta de bienes muebles, no existe en nuestro ordenamiento una norma semejante al artículo 37 LH. Pese a ello, el genérico principio del enriquecimiento sin causa y consiguiente indemnización al comprador despojado puede ofrecer una solución satisfactoria, extrapolable no sólo a la venta de tales bienes muebles sino también de inmuebles<sup>113</sup>.

Por lo demás, el carácter posterior del derecho, so pretexto del cual el comprador se ve despojado del bien enajenado y su posible compatibilidad con el saneamiento eviccionario *ex* artículo 1475 CC, se da también cuando la privación tiene su origen en la prescripción ganada por un tercero tras la celebración del contrato<sup>114</sup>. Se trata de otro supuesto igualmente relacionado con el pro-

<sup>113</sup> Cfr. SSTS de 3 de julio de 1981, 20 de febrero de 2004 y 23 de abril de 2010.

<sup>114</sup> En contra de la responsabilidad por evicción del vendedor en tal caso se muestran GARCÍA CANTERO, «Comentario a los artículos 1445 a 1541», cit., pp. 287 y 288; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 95. A favor se posicionan MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., T. X, Vol. I, 1969, p. 285 (descartando el límite de encontrarse próxima la consumación del derecho al momento de celebrarse el contrato); y DURÁN RIVACOBBA, ob. cit., pp. 326 y 327 (si bien con matices).

A medio camino, MUCIUS SCAEVOLA se limita a señalar que se trata de una cuestión de puro hecho a enjuiciar en cada caso concreto (dada la dificultad de formular soluciones generales), reconociendo que en tal caso el derecho del tercero ha nacido bajo la tenencia del bien por el comprador lo que plantea la necesidad de determinar si resulta suficiente o no a efectos encajarlo en el requisito del derecho anterior a la compra a que se refiere el

blema de la evicción por hecho propio<sup>115</sup>. No obstante, este caso se diferencia de la venta múltiple en la posibilidad del comprador de interrumpir civilmente el cómputo del plazo de prescripción<sup>116</sup>. Aun así debe atenderse igualmente al cumplimiento por el vendedor de su obligación de entrega en los del artículo 1462.I CC y la advertencia al comprador del riesgo de usucapación existente y su proximidad en el tiempo<sup>117</sup>.

artículo 1475 CC [cfr. *Código Civil (Comentado y concordado expresamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos)*, 2.ª Ed., T. XXIII, Vol. 2.º, Reus, Madrid, 1970, pp. 137 a 139].

Por otra parte, el supuesto apuntado ha de diferenciarse de la posible usucapación ganada por el propio vendedor o comprador y su posible alegación frente al ejercicio de las correspondientes acciones reales ejercitadas por el *verus dominus* so pretexto de cuyo éxito puede operarse el despojo al comprador del bien enajenado. En tal caso estima DURÁN RIVACOBÁ que, partiendo de la posibilidad de que la usucapación ganada por el comprador o vendedor puede ser alegada por cualquiera de ambos (artículo 1937 CC) hay que distinguir en función de: a) Si la usucapación ha sido consumada a favor del vendedor antes de realizarse la entrega –lo que por lo demás pone en evidencia la transmisión por su parte de cosa ajena (de buena o de mala fe según los casos)– considera que deberá ser éste quien pruebe tal hecho y defienda al comprador, de forma que si finalmente la cosa se pierde por su desidia a tal fin deberá responder el virtud del saneamiento por evicción a su cargo –todo ello sin perjuicio de la posibilidad que el comprador tiene, según se ha advertido de alegar por sí mismo la usucapación ganada por su transmitente–. b) Más problemático se le antoja el supuesto en que la usucapación se consuma con posterioridad a la entrega del bien, en cuyo caso quien adquiere a través de tal mecanismo es directamente el comprador (a diferencia del supuesto anterior en que adquiere derivativamente), estimando que se trata de un supuesto en que habitualmente se dará una culpa compartida entre comprador y vendedor, cuya solución debiera instrumentarse por medio del incumplimiento –al margen de las reglas del saneamiento por evicción– o del enriquecimiento sin causa (cfr. ob. cit. pp. 324 a 326).

<sup>115</sup> DURÁN RIVACOBÁ conecta la pérdida del bien en virtud de la usucapación iniciada bajo el dominio del vendedor con la evicción por hecho propio. En su opinión, «*A priori* esta hipótesis reúne las características de un derecho posterior a la transmisión, pues en esa época tardía se consuma, luego difícilmente da lugar al saneamiento eviccionario. En esta misma línea, se aduce que tampoco mediará de ordinario sentencia firme, al alegarse la *usucapio* mediante una excepción a modo de defensa contra las iniciativas legales del adquirente, aun cuando, con arreglo al ordenamiento jurídico español, cabe ser apreciada de oficio por los tribunales. En todo caso, además, estaríamos en presencia de la llamada evicción invertida, pues el efectivo ejercicio de las facultades sobre la cosa se detenta por el tercero y me imagino que la iniciativa en la reclamación correrá de cargo del comprador para recuperarla, sin éxito que le acompañe. La concreta solución jurídica al asunto no parece sencilla, en la medida que puede concurrir igualmente cierto grado de culpa por el comprador, que consiente la tenencia del tercero al menos durante cierto tiempo (...).» Añadiendo que la tesis mayoritaria opta por dilucidar el problema al margen del saneamiento por evicción e instrumentar la tutela al comprador por medio de la indemnización de daños y perjuicios, derivada de la negligencia del transmitente que ha lesionado los derechos del comprador a través de la pérdida sobrevenida del bien, al menos siempre que el comprador no haya podido interrumpir la prescripción adquisitiva en curso (cfr. ob. cit., p. 155).

<sup>116</sup> Cfr. MANRESA y NAVARRO, ob. cit., T. X, Vol. I, 1969, p. 285; y DURÁN RIVACOBÁ, ob. cit., p. 327.

<sup>117</sup> En opinión de DURÁN RIVACOBÁ si la usucapación se consuma dentro del año posterior a la entrega del bien deberá responder el vendedor por evicción (aplicando análogicamente el artículo 36 LH). Si pese a ello el vendedor advirtió al comprador de la inminente consumación de la usucapación su responsabilidad se verá aminorada pero no completamente excluida, debiendo reconducirse a una genérica indemnización por daños y perjuicios, en el sentido propuesto por MUCIUS SCAEVOLA (cfr. ob. cit., p. 138), aunque sin precisar su concreto fundamento (cfr. ob. cit., pp. 326 y 327).

## VII. VENTA MÚLTIPLE Y ENAJENACIONES JUDICIALES

Las enajenaciones judiciales revisten un doble interés en materia de venta múltiple. Por un lado, buena parte de las Sentencias del Tribunal Supremo que califican como nula la segunda venta realizada tras la entrega del bien al primer comprador evidencian la frecuencia con que tales pronunciamientos se producen en el transcurso de supuestos en los que alguna de las enajenaciones confrontadas trae causa de un procedimiento ejecutivo. De ahí la necesidad de analizar el problema relativo al régimen jurídico de validez o invalidez de los embargos trabados sobre bienes no pertenecientes al sujeto ejecutado.

Por otro lado, el requisito del vendedor único en cuanto presupuesto de aplicación del artículo 1473 CC ha sido obviado por la jurisprudencia cuando se confrontan diversas enajenaciones judiciales sobre un mismo bien<sup>118</sup> o una enajenación judicial con una compraventa previa tras el fallecimiento del vendedor ejecutado (al considerar que se produce una sustitución o subrogación *ex lege* de dicho vendedor<sup>119</sup>).

---

<sup>118</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 5 de enero de 1970, 29 de julio de 1991, 4 de abril de 2002 y 4 de octubre de 2006. A favor de la posibilidad de prescindir del requisito del vendedor único para que la aplicación del artículo 1473 CC sea factible se posiciona DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, cuando, a propósito de especificar los presupuestos de aplicación del artículo 1473 CC, señala que «La primera circunstancia es la que se puede denominar como «vendedor único», que algunos autores consideran como requisito implícito en el precepto. No hay dificultad en que se haya actuado personalmente o por medio de mandatarios o de representantes, y que éste sea una persona física o una persona jurídica, pero parece que se trata de doble venta procedente de un único vendedor, que sería el que comete, por decirlo así, la tropelía. Sin embargo, con independencia del espíritu que pueda haber presidido los precedentes históricos del precepto, éste utiliza una expresión impersonal que parece presentar alguna justificación. Dice simplemente «una misma cosa se hubiere vendido a diferentes compradores», sin exigir las ventas como procedentes todas ellas de un único y mismo vendedor. El problema puede contemplarse también desde el punto de vista de la facilidad que se pretende, pues bastará que haya colisión de títulos de compraventa, para que haya que resolver el problema de la traslación de la propiedad o de quién es preferido en la propiedad con independencia de los comportamientos resultantes de la situación. En este sentido, se recuerdan algunas sentencias, como la de 5 de enero de 1970, en la que se aplicó el precepto en un caso de dos ventas, dimanantes de procedimientos judiciales originados por actuaciones de acreedores diferentes y llevadas a cabo en diferentes juzgados» (ob. cit., p. 110). A esta tesis se adhiere expresamente LLAMAS POMBO, ob. cit., pp. 357 y 358. En sentido favorable a interpretar de forma laxa el requisito del vendedor único también se posicionan RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., p. 21; y MUÑOZ DE DIEGO, ob. cit., pp. 920 y 921.

<sup>119</sup> Conforme a la STS de 13 de abril de 1993: «La escasa jurisprudencia que sobre la misma existe y la no siempre coincidente doctrina científica parten, con la mirada puesta en dicho artículo 1473 CC, de un presupuesto personal ineludible tanto si se trata de compraventa de bienes muebles como inmuebles: el de la unicidad de la persona del vendedor, lo que motiva que cuando dicho requisito no concorra no pueda hablarse de doble venta. Ello, podría dar lugar, a que en el presente supuesto quebrara la tesis contenida tanto en la Sentencia de Primera como en la de Segunda Instancia, toda vez que de acuerdo con los supuestos de hecho (...), la primera venta de la finca cuestionada se efectuó por el difunto señor M. P. Al actor y hoy recurrente señor M. G. el 3-3-1977, mientras que la

No obstante la aplicación de los criterios de preferencia en la atribución del dominio del artículo 1473 CC requiere de la confluencia de dos requisitos básicos, cuales son: la existencia de dos o más contratos de compraventa; y, la previa validez de los negocios contrapuestos. Tales requisitos no se dan en el caso de las enajenaciones judiciales, ya que ni son un contrato de compraventa propiamente dicho ni la validez del proceso ejecutivo se dirime conforme las reglas del Código Civil sino de la normativa procesal<sup>120</sup>.

## A. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENAJENACIONES JUDICIALES

La jurisprudencia, particularmente administrativa, ha ido decantándose progresivamente hacia una concepción *iuspublicista*

segunda, causa precisamente de este proceso, la efectúa el órgano judicial competente para tramitar el procedimiento de apremio que concluye con la venta en pública subasta del referido inmueble. Mas ello no tiene lugar por una muy sencilla a la vez que jurídico-sustantiva y también procesal consideración; la derivada de la naturaleza jurídica de esa figura que suele constituir la culminación de los procedimientos de apremio y es la pública subasta, ya que tratándose como se trata de una enajenación forzosa operada a través del mecanismo arbitrado en la LECiv, en dichos procedimientos (artículos 1503 y ss. LEC y 131 núm. 17 LH), lo que se produce en estos casos no es más que una subrogación o una sustitución ex lege de la persona del deudor embargado, titular del bien subastado, por el órgano judicial competente que actúa por tanto en estos casos a título meramente instrumental, interpretación que puede verse argumentalmente descrita en la S. 5-1-1970, referida al supuesto de ventas realizadas en pública subasta por la Autoridad judicial, siendo asimismo de poner de relieve, pues aun cuando no constituyó doctrina jurisprudencial sí es interesante una RDGRN 2-12-1982, que referida a un supuesto de ejecución por el procedimiento judicial sumario, estima que la venta resultante puede hacerse en nombre del deudor, aunque éste hubiere fallecido».

<sup>120</sup> Como bien apunta DOMÍNGUEZ LUELMO, en las enajenaciones judiciales «... no puede decirse que estemos ante una venta sino ante un acto procesal por el que el Tribunal transmite a un tercero un bien, previamente embargado al deudor ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del ejecutante. Tampoco nos encontramos ante un contrato, sino ante un acto del proceso de ejecución, y su base no es un negocio jurídico entre juez y adquirente, sino el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Estamos ante una transferencia coactiva de derechos *inter vivos*, onerosa, que se practica sin atender al titular del derecho, e incluso en contra del mismo, y que se realiza unilateralmente por el órgano jurisdiccional, aunque esté condicionada por la existencia de otro acto unilateral, como es la declaración de voluntad del adquirente. Por este motivo, teniendo en cuenta la naturaleza procesal de la realización forzosa, la explicación de la misma no se puede hacer sobre la base de conceptos procedentes del Derecho civil, que a lo sumo podrán utilizarse a título de simple afinidad o analogía. Se trata de un supuesto de adquisición por ministerio de la Ley a los que se refieren con carácter general el artículo 609 CC. En este precepto la mención de la ley como medio de adquisición y transmisión de la propiedad y demás derechos reales engloba de manera genérica todos los posibles supuestos en que la adquisición no depende de la voluntad de los interesados o del adquirente» [«Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: El problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft* (Coord. María del Carmen Gómez Laplaza), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 18 y 19].

de las enajenaciones judiciales, negando su asimilación a la compraventa pese a la aplicación a tales enajenaciones de las disposiciones relativas al saneamiento por evicción y por cargas o gravámenes ocultos<sup>121</sup>. Como subrayaba la STS (Sala 3.ª) de 15 de julio de 1991 (FFJJ 2.º y 3.º):

«La Sala Primera del Tribunal Supremo entendió tradicionalmente que los efectos consumativos de una enajenación forzosa judicial, que nunca pueden conceder una ventaja superior a las de una venta privada, se producen cuando se otorga la escritura pública. Sin embargo, frente al criterio contractualista y *iusprivatista* anterior, la propia Sala Primera se decanta por un enfoque *iuspublicista* y procesal de la enajenación forzosa judicial estableciendo que «es suficiente la presentación del testimonio del acta de remate que tuvo lugar en el procedimiento judicial de ejecución para justificar el título dominical, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral». El acto de adjudicación del inmueble en subasta pública judicial es suficiente para justificar el título dominical (...). Es imposible conceptuar la enajenación forzosa como un contrato de compraventa en que concurre un consentimiento libre y espontáneo del sujeto transmitente y propietario del bien enajenado, pues tal falta de consentimiento, que aparece evidente en el momento de la aprobación del remate, se reitera en el instante de la supuesta tradición, instrumental o ficta, que la Ley Procesal exige para que se consume la venta. Frente a la tesis *iusprivatista*, la tesis procesalista que se acepta por la Sala convierte al acto judicial de la aprobación del remate en el eje central de todo el mecanismo procedimental conducente a la enajenación, de modo que el embargo, la tasación y subasta, por un lado, y el pago del precio,

---

<sup>121</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de la Sala 3.ª de 15 de julio de 1991, 26 de noviembre de 1994, 21 de julio de 1995, 13 de marzo de 1997 y 6 de septiembre de 2001. A la imposibilidad de «...asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil» se refería igualmente la STS, Sala 1.ª, de 29 de julio de 1999 (FJ 3.º). Sobre la aplicación analógica de las reglas sobre saneamiento por evicción y por cargas o gravámenes ocultos a las enajenaciones judiciales cfr. STS de 12 de febrero de 1985 y RDGRN de 5 de noviembre de 1993, planteándose notables problemas en aras a determinar quién es el sujeto obligado a sanear en tales casos: ejecutante, ejecutado o ambos (*vid.* a este respecto MORAL MORO, *ob. cit.*, p. 87).

Partidarios de la asimilación –tesis *iusprivatista*– de las enajenaciones judiciales a la compraventa se muestran, entre otros, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., T. II, Vol. 2.º, 1956, p. 132; MANRESA Y NAVARRO, *Comentario del Código Civil Español*, T. X, Vol. I, Madrid, 1969, p. 109; y MOLINA GARCÍA, *ob. cit.*, p. 90. A favor de la tesis *iuspublicista* se posiciona, al entender que se trata de un puro acto procesal que debe ser enjuiciado como tal, entre otros, DOMÍNGUEZ LUELMO, «Transmisión y adquisición...», cit., pp. 14 a 19. Para una exposición en detalle de las concepciones contractualistas *vs.* publicistas de la enajenación judicial *vid.* MORAL MORO, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 63 a 90; y MONDÉJAR PEÑA, *Las subastas judiciales forzosas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 230 y ss.

la liquidación o asunción de cargos y la entrega de bienes, por otro, son más bien presupuestos o condiciones de ese acto de resolución que condicionan como tales la validez o eficacia del mismo. El otorgamiento de la escritura constituye una condición de eficacia del estricto acto procesal de enajenación forzosa; condición que no es resolutive, pues en tal caso, la tercería de dominio no sería admisible después del remate mismo, sino suspensiva».

En el caso de los bienes inmuebles la aprobación del remate (artículo 670 LEC) y la expedición del decreto de adjudicación (artículo 674 LEC) equivalen respectivamente a los dos elementos que en el plano *iusprivatista* integran el título y modo de adquisición<sup>122</sup> (STS de 4 de octubre de 2006<sup>123</sup>). De ahí que en un caso de doble enajenación judicial y a la vez doble inmatriculación resulte preferido el adjudicatario a favor del cual se expida primeramente el decreto de adjudicación o testimonio del auto de aprobación

<sup>122</sup> El decreto de adjudicación es título bastante para proceder a la correspondiente inscripción registral (artículos 674 LEC y 133 y 134 LH), a diferencia del régimen anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en que era necesario el otorgamiento de la correspondiente escritura pública para que el adjudicatario pudiese proceder a la inscripción de su adquisición en el Registro, siendo por tanto irrelevante hoy día tal otorgamiento en orden a determinar el momento en que se produce la adquisición dominical por el adjudicatario (tal y como se razonaba en la STS de 14 de octubre de 2002). Por su parte VELA SÁNCHEZ formula una tesis que él mismo denomina como ecléctica, a caballo entre la visión clásica de la jurisprudencia en la materia y el actual enfoque expuesto, al estimar que la adquisición de la propiedad puede producirse en determinados casos antes de la expedición del decreto de adjudicación o testimonio del auto de aprobación del remate por el Secretario judicial (cfr. «La controversia jurisprudencial sobre la concurrencia de título y modo en las ventas judiciales: ¿Cuál es su trascendencia práctica?», *RCDI*, Núm. 703, 2007, pp. 2207 a 2209).

A propósito de la adquisición de la propiedad en los procesos de ejecución de bienes muebles señala DOMÍNGUEZ LUELMO que en tales casos, una vez se consigne el precio (sin el cual no puede haber transmisión de la propiedad *ex* artículo 653.1 LEC), debe ponerse al rematante en posesión de éstos para que el traspaso dominical se opere. Pese a que la normativa procesal no especifica la concreta forma en que ha de realizarse dicha entrega, debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 626 y 627 LEC cuando el bien esté depositado judicialmente, efectuándose la entrega por el depositario judicial al rematante por medio de cualquiera de las formas de entrega previstas en el Código Civil, solución que se aplica igualmente cuando el bien se encuentre en poder del acreedor ejecutante (cfr. «Transmisión y adquisición...», cit., pp. 20 a 22).

<sup>123</sup> A propósito del régimen aplicable según la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 10/1992 la STS de 4 de octubre de 2006 precisaba que «La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así, pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate plasmándose en el documento público una compraventa ya perfeccionada con anterioridad. El mismo criterio se reiteraba en la Sentencia de 4 de abril de 2002 –que a su vez recoge el mantenido en las de fecha 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999–, al precisar que la subasta supone una oferta en «venta» de la finca embargada que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública –en el sistema procesal anterior a la reforma operada por la Ley 10/1992–, y ahora el testimonio del Auto, como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio».



del remate, dada la inoperatividad de los principios hipotecarios y consiguiente prioridad registral (STS de 2 de diciembre de 2009<sup>124</sup>).

## B. VALIDEZ DEL EMBARGO DE BIENES NO PERTENECIENTES AL DEUDOR EJECUTADO

El problema de la validez del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al deudor ejecutado se solventa expresamente en el artículo 594 LEC<sup>125</sup>. La ineficacia del embargo requiere de la interposición por el legítimo titular del bien (adquirente antes de la traba del embargo) de la correspondiente tercería de dominio (artículos 595 y ss. LEC). Esta posibilidad de paralizar el procedimiento ejecutivo mediante la tercería de dominio obedece a la ausencia de efectos de la traba del embargo sobre los actos dispositivos anteriores, aunque éstos no se encuentren debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad<sup>126</sup>.

La tercería puede ejercitarse desde que se produce el embargo del bien aun preventivamente (artículo 596.1 LEC) y en todo caso antes de la adquisición de la propiedad por el rematante (artículo 596.2 LEC). El artículo 596.2 LEC tiene una redacción un tanto confusa al remitir a la legislación civil para determinar el momento en que el rematante adquiere la propiedad del bien ejecutado y a partir del cual precluye la posibilidad de ejercitar la correspondien-

<sup>124</sup> RUBIO GARRIDO manifiesta su disconformidad con esta STS de 2 de diciembre de 2009. Tras criticar severamente la asimilación conceptual entre las enajenaciones judiciales y la compraventa propiamente dicha (propugnando el enjuiciamiento de tal problema conforme a las correspondientes normas procesales, en el sentido apuntado), considera que la transmisión de la propiedad en las enajenaciones judiciales se produce con el Auto de aprobación del remate una vez alcanza carácter firme y no en el testimonio del remate. Por lo demás, con carácter previo disiente severamente de las expresiones empleadas por el Tribunal Supremo refiriéndose a la aplicación de las normas de Derecho civil puro en los casos de doble inmatriculación, dentro de las cuales opina deben incluirse igualmente las normas hipotecarias (cfr. «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 2009», *CCJC*, Núm. 84, 2010, pp. 1573 y ss.). En todo caso, el desplazamiento de las normas hipotecarias aducida en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo dejaba a salvo la posible atribución dominical basada en la prioridad registral *ex* artículo 1473 CC (en su condición de norma de Derecho civil «puro»).

<sup>125</sup> El artículo 594 LEC (Posterior transmisión de bienes embargados no pertenecientes al ejecutado) establece que «1. El embargo trabado sobre bienes que no pertenecían al ejecutado será, no obstante, eficaz. Si el verdadero titular no hiciera valer sus derechos por medio de la tercería de dominio, no podrá impugnar la enajenación de los bienes embargados, si el rematante o adjudicatario los hubiera adquirido de modo irrevindicable, conforme a lo establecido en la legislación sustantiva. 2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de las acciones de resarcimiento o enriquecimiento injusto o de nulidad de la enajenación». Para una exposición en detalle del régimen de validez/invalidez de las adquisiciones derivadas del embargo y ejecución de bienes no pertenecientes al deudor ejecutado, *vid.* MONDÉJAR PEÑA, *ob. cit.*, pp. 331 y ss.

<sup>126</sup> Cfr. STS de 4 de noviembre de 2005.

te tercería. En la ejecución de bienes muebles la adquisición de la propiedad tiene lugar con la entrega al rematante en alguna de las formas de los artículos 1462 a 1464 CC. En el caso de inmuebles el momento preclusivo para la interposición de la tercería de dominio viene dado por la expedición del decreto de adjudicación por el Secretario Judicial (artículo 673 LEC), sustituto de la antigua exigencia de otorgamiento de escritura pública a que se refería el artículo 1533 LEC1881.<sup>127</sup>

La falta de ejercicio en tiempo por el *versus dominus* de la tercería de dominio conlleva la validez de la enajenación judicial llevada a cabo y le impide reivindicarlos posteriormente del rematante o adjudicatario que los «...hubiera adquirido de modo irreivindicable conforme a lo establecido en la legislación sustantiva» (artículo 594.1 LEC).

La remisión del artículo 594 LEC a la legislación sustantiva para determinar la irreivindicabilidad del bien ejecutado ha de entenderse referida a las previsiones contenidas al efecto en la legislación hipotecaria (particularmente con la figura del tercero hipotecario del artículo 34 LH) y la modalidad de adquisición *a non domino* de bienes muebles prevista en el artículo 464 CC<sup>128</sup> (a salvo la posible adquisición originaria del bien por usucapión).

La concurrencia en el adjudicatario del bien embargado de los requisitos exigidos por los artículos 34 LH o 464 CC convierte en firme su adquisición<sup>129</sup>, sin perjuicio de las acciones de resarci-

<sup>127</sup> Cfr. CORDÓN MORENO, «Comentario al artículo 594», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Coords. Faustino Cordón Moreno et al)*, Vol. II, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 302 a 304; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Transmisión y adquisición...», cit., pp. 29 a 32. Por su parte, CACHÓN CADENAS estima que aunque no se haya producido la entrega material o espiritualizada del bien embargado, ello no implica necesariamente la admisibilidad del ejercicio de la tercería de dominio, particularmente en aquellos casos en que el adjudicatario o adquirente del bien ha entregado el precio del remate o la suma correspondiente a la adquisición del bien y el ejecutante ya ha recibido en pago de su crédito dicha suma [cfr. «Comentario a los artículos 594 y 596», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Dir. Antonio María Lorca Navarrete), T. III, 2.ª Ed., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2972 y 2973].

<sup>128</sup> Cfr., entre otros, CACHÓN CADENAS, ob. cit., p. 2956; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «Fe pública registral...», cit., pp. 1967 y 1968; DOMÍNGUEZ LUELMO, «Transmisión y adquisición...», cit., p. 34; y RAGEL SÁNCHEZ, «La venta de cosa ajena...», cit., p. 75.

<sup>129</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA concede particular importancia a la buena fe del adjudicatario (artículo 34 LH), concretamente a su compatibilidad con la posesión a título de dueño del bien por persona distinta del ejecutado –que en su caso pudiera ser el legítimo propietario– (cfr. «La buena fe requerida por el adquirente en remate a *debitore non domino*: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Núm. 19, 2007, pp. 409 y ss.). En torno a esta problemática se manifiesta asimismo LÓPEZ FRÍAS (con prolijas referencias doctrinales y jurisprudenciales al respecto), en cuya opinión la protección dispensada por el artículo 34 LH no cede automáticamente por el hecho de que el bien embargado esté siendo poseído por un tercero, al menos siempre que no existan otros indicios que permitan inferir al adjudicatario el carácter indebido del embargo trabado (cfr. «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad

miento o enriquecimiento injusto que pueda hacer valer el verdadero propietario frente a los terceros concededores de la ajénidad del bien ejecutado<sup>130</sup> (artículo 594.2 LEC), a cuyos efectos revisten particular importancia las disposiciones contenidas en los artículos 589 a 591 LEC.

Pese a la dicción del artículo 594.2 LEC (cuando se refiere a la posible nulidad de la enajenación), no resulta factible invocar la nulidad del título basada en la no pertenencia del bien al deudor ejecutado para enervar los efectos derivados de la fe pública registral<sup>131</sup> (artículo 33 LH). Así lo ha precisado la jurisprudencia a lo largo de los últimos años tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, en contraposición a cuanto acontecía bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>132</sup>.

registral: supuestos y consecuencias», *RCDI*, Núm. 721, 2010, pp. 2088 a 2091). Especialmente interesante en relación a esta exigencia de buena fe del adjudicatario se presenta el problema relativo al momento en que ha de ser apreciada, tal y como se observa en la STS de 14 de octubre de 2002. En el caso enjuiciado por dicha Sentencia el adjudicatario tuvo conocimiento con posterioridad a su adquisición de la inexactitud registral que dio lugar al embargo, pero antes de inscribirse en el Registro de la Propiedad, pese a lo cual el Tribunal consideró que tenía la condición de tercero hipotecario amparado por el artículo 34 LH. Para un comentario de dicha sentencia *vid.* VELA SÁNCHEZ, «Comentario a la STS de 14 de octubre de 2002», *CCJC*, Núm. 61, 2003, pp. 185 y ss. No obstante, han de tenerse en cuenta ciertas particularidades cuando el adjudicatario del bien es la entidad financiera ejecutante o persona que actúa por su cuenta, variando su situación dominical y posesoria en función de la normativa aplicable y el caso concreto: Código de Buenas Prácticas Bancarias (Real Decreto Ley/2012 de 9 de marzo); el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre caso de que el bien ejecutado sea la vivienda habitual de colectivos vulnerables; ejecución de vivienda habitual hipotecada y remate insuficiente para lograr la completa satisfacción del ejecutante. Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La transmisión de la propiedad en las ventas judiciales», en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (Dir. Ángel Carrasco Perera), T. II, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1238 y 1239.

<sup>130</sup> Cfr. CACHÓN CADENAS, *ob. cit.*, p. 2956; LÓPEZ Y LÓPEZ, «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en caso de ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (Coords. J.M. González Porras y F. P. Méndez González), T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 2863; y DOMÍNGUEZ LUELMO, «Transmisión y adquisición...», *cit.*, p. 34.

<sup>131</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de la fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias (Estudio jurisprudencial y doctrinal)*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2009, pp. 189 y ss.; y ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, pp. 264 y 265.

<sup>132</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 30 de diciembre de 2005, 10 y 21 de julio de 2006, 10 de octubre de 2007, 5 de mayo de 2008, 14 de mayo de 2008, 3 de noviembre de 2008, 20 de noviembre de 2008, 18 de diciembre de 2008 y 6 de marzo de 2009. Bajo la vigencia de la LEC1881 se consideraba nulo el procedimiento de ejecución realizado sobre bienes no pertenecientes al deudor ejecutado pese no existir previsión específica al respecto en la Ley, haciendo uso a tales efectos de los ya referidos artículos 1.442 y 1.454 (*vid.* supra apartado III.A), impidiendo la posibilidad de reputar al adjudicatario del bien como tercero protegido por la fe pública registral *ex* artículo 33 LH (SSTS, entre otras muchas, de 16 de marzo de 1893, 23 de mayo de 1989, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994, 10 y 16 de junio de 2003 y 25 de mayo de 2006). A este respecto *vid.* ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La tercería de dominio...*, *cit.*, pp. 260 a 263.

Particularmente clara a este respecto resultaba la STS de unificación de doctrina de 5 de marzo de 2007, objeto de amplios comentarios tanto a favor como en contra<sup>133</sup>. En el caso enjuiciado se discutía la propiedad de una finca transmitida sucesivamente por su titular registral a dos personas jurídicas diferentes: en 1994 a una entidad bancaria por dación en pago (adjudicación en pleno dominio en pago de deudas de otra sociedad, con subrogación de la transmitente en todos los derechos del Banco contra la sociedad deudora), documentada en escritura pública que no llegó a inscribirse en el Registro de la Propiedad; y en 1997 a una sociedad anónima por compraventa a consecuencia de un procedimiento administrativo de apremio seguido contra dicha titular registral, compraventa documentada en escritura pública que sí se inscribió en el Registro de la Propiedad.

La entidad bancaria demandó a la mercantil adjudicataria del bien en el procedimiento de apremio, a la Agencia Tributaria y al propio ejecutado-vendedor y solicitó que se declarase: la nulidad de la adjudicación llevada a cabo en el procedimiento ejecutivo; y la titularidad a su favor de la finca en cuestión así como la cancelación de las correspondientes inscripciones registrales de ello derivadas. El Juzgado de 1.ª Instancia de Valladolid desestimó íntegramente la demanda, solución que fue revocada por la Audiencia Provincial de Valladolid, acogiendo ésta la totalidad de pretensiones solicitadas por la entidad bancaria demandante. Por su parte, el Tribunal Supremo confirmó íntegramente el fallo del Juzgado, esti-

<sup>133</sup> Para un comentario de dicha STS de 5 de marzo de 2007 *vid.*, entre otros, ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La buena fe...», cit., pp. 393 y ss.; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», *RJN*, Núm. 64, 2007, pp. 78 y ss.; CUENA CASAS, «Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral: sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007» en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), Vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 351 y ss.; BUSTOS PUECHE, «Un intento del Tribunal Supremo por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH (comentario a la STS de 5 de marzo de 2007)», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Coord. Francisco Javier Gómez Gállego), Vol. II, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 1071 y ss.; CASTILLO MARTÍNEZ, «Protección registral del tercer adquirente inscrito (artículo 34 LH) y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias (artículo 1.473, párr. 2.º, del CC): a propósito de la STS de 5 de marzo de 2007», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Núm. 149, 2008, pp. 2007 y ss.; GORDILLO CAÑAS, «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», cit., pp. 1393 y ss.; MARÍN CASTÁN, ob. cit., pp. 1257 y ss.; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate: (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», *RCDI*, Núm. 721, 2010, pp. 2045 y ss. (en sentido particularmente contrario y prolijo al fallo e interpretación seguida por dicha Sentencia de 5 de marzo de 2007); RAGEL SÁNCHEZ, «La venta de cosa ajena...», cit., pp. 62 y ss.; y MURGA FERNÁNDEZ, «Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, Núm. 28, 2012, pp. 365 y ss. y «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», *RCDI*, Núm. 732, 2012, pp. 1969 y ss.

mando como propietaria del bien a la sociedad adjudicataria en el procedimiento de apremio. La Sentencia abordaba expresamente la interrelación entre los artículos 594 LEC, 33 y 34 LH en los siguientes términos (FJ 8.º):

«...la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro (...). Tal situación es una consecuencia necesaria de nuestro sistema registral y (...) su remedio habrá de buscarse, en la etapa inicial, en las garantías normativas y contractuales de las cantidades entregadas a cuenta del precio; en su etapa intermedia, en la tercería de dominio; y en su etapa final, en la demostración de la ausencia de buena fe del tercero o, incluso, en la tercería de mejor derecho sobre el producto de la venta judicial o administrativa, y desde luego siempre sin perjuicio de las acciones personales, e incluso penales, que procedan contra el vendedor o, en su caso, de los derechos cuyo reconocimiento proceda obtener (...).»<sup>134</sup>.

Por tanto, conforme a dicha Sentencia plenaria de 5 de marzo de 2007 la nulidad del embargo únicamente podrá fundarse en la existencia de omisiones esenciales requeridas en el transcurso del procedimiento ejecutivo<sup>135</sup>. Cuando una irregularidad de tal enjundia se dé y la tercería de dominio no haya sido ejercitada en tiempo y forma por el *verus dominus* o haya sido desestimada podrá solicitarse la correspondiente nulidad de actuaciones<sup>136</sup> (artículos 225 y ss. LEC).

En defecto de ejercicio en plazo de la tercería de dominio o su desestimación y siempre que haya habido omisiones procedimentales esenciales y el adjudicatario del remate no haya adquirido irrevindicablemente el bien, el artículo 594 LEC posibilita al propietario del bien acudir al correspondiente procedimiento declara-

<sup>134</sup> Razonamiento reproducido a su vez en la STS de 16 de marzo de 2007.

<sup>135</sup> Cfr. SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 1987 y 22 de junio del 2001 y 5 de marzo de 2007. En este sentido *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 2864; ESPEJO LERDO DE TEJADA, «La buena fe...», *cit.*, pp. 407 y 408; y CUENA CASAS, «Alcance del artículo 34...», *cit.*, p. 379.

<sup>136</sup> Para que la nulidad de actuaciones resulte procedente deberá tratarse de omisiones que, en último término, hayan provocado algún tipo de indefensión, proscrita *ex artículo 24 CE*, al *verus dominus*, tales como la omisión de los trámites de publicidad de la subasta del bien inmueble (artículos 645 y 667 LEC) o de la comunicación del procedimiento de apremio a los ocupantes del inmueble distintos del sujeto ejecutado cuando existan indicios de la existencia de tales sujetos (artículo 661 LEC).

tivo para impugnar la enajenación judicial llevada a cabo<sup>137</sup>, dada la ausencia de efectos de cosa juzgada de la tercería de dominio<sup>138</sup> (artículo 603 LEC).

Sea como fuere, la solución a la adquisición de la propiedad y su oponibilidad a terceros en los supuestos de confrontación entre varias ejecuciones judiciales o entre una ejecución judicial y una venta al uso no se encuentra en el artículo 1473 CC<sup>139</sup>, sino en las disposiciones contenidas al efecto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y las propias de las adquisiciones *a non domino* de los artículos 464 CC y 34 LH, sin perjuicio de que el resultado a que conducen ambos regímenes pueda ser el mismo<sup>140</sup>.

<sup>137</sup> Para CACHÓN CADENAS «...dado que la transmisión de los bienes origina efectos que afectan al adjudicatario, al ejecutante y al ejecutado, la acción correspondiente habrá de ir dirigida contra todos ellos. Asimismo, si el adjudicatario es de buena fe, el tercero al que pertenecía el bien mueble enajenado en la ejecución no podrá obtener la restitución del mismo sin reembolsar al adjudicatario el precio del remate (artículo 464.2.º CC). Por otra parte, la posibilidad de que el tercero pueda impugnar la transmisión forzosa no excluye el ejercicio, en vía principal o subsidiaria según los casos, de las acciones de responsabilidad civil y enriquecimiento injusto previstas en el artículo 594.2 LEC» ob. cit., pp. 2956 y 2957).

<sup>138</sup> Cfr. CACHÓN CADENAS, ob. cit., p. 2957; y DOMÍNGUEZ LUELMO, «Transmisión y adquisición...», cit., pp. 32 y 33. Señala CORDÓN MORENO, a propósito de analizar el artículo 594 LEC, cómo la desestimación de la tercería no impide el planteamiento posterior del juicio declarativo sobre la propiedad (salvo que el bien haya devenido irrevindicable), a diferencia de lo que ocurría con la LEC 1881, bajo cuya vigencia «...el Tribunal Supremo cerraba esta vía a quienes conociendo el embargo del bien no plantearon la correspondiente tercería, ya que supeditaba el juicio declarativo posterior al desconocimiento por el tercero del embargo trabado y, por lo tanto, a la imposibilidad de plantear la correspondiente tercería de dominio» —citando las SSTs de 25 de febrero de 1992 y 8 de marzo de 1993— (ob. cit., p. 290). En el mismo sentido se manifiesta CACHÓN CADENAS, analizando las distintas posibilidades de actuación de que dispone el *versus dominus* para proteger su derecho de propiedad sobre el bien ejecutado (cfr. ob. cit., pp. 2957 a 2959).

<sup>139</sup> Pese a que en la STS de 5 de marzo de 2007 el Tribunal realizaba un detenido repaso por los distintos estadios evolutivos de la jurisprudencia en relación con la validez del embargo trabado sobre bienes no pertenecientes al deudor y el ámbito de aplicación del artículo 1473 CC, la *ratio decidendi* del fallo de la Sentencia se fundó en el empleo e interpretación de los artículos 33 y 34 LH y 594 LEC, no en el artículo 1473 CC, no citado como infringido en el recurso y respecto del cual el propio Tribunal resaltaba la improcedencia en el caso enjuiciado de analizar sus criterios de interpretación. Cfr. CUENA CASAS, «Alcance del artículo 34...», cit., pp. 356 y 357.

En contra, y manteniendo la aplicación a la confrontación de diversas enajenaciones judiciales del artículo 1473 CC se posicionan, pese a negar la perfecta asimilación entre las enajenaciones judiciales y la compraventa propiamente dicha *vid.*, entre otros, RUBIO GARRIDO, *La doble venta...*, cit., pp. 190 y 191; CASTILLA BAREA, «Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2005», *CCJC*, Núm. 72, 2006, p. 1503; y VELA SÁNCHEZ, «La fe pública registral...», cit., p. 87.

<sup>140</sup> De ahí la mención conjunta del artículo 1473 CC y los antiguos artículos 36 y 38 LH en la STS de 26 de diciembre de 1910, concediendo la preferencia dominical al primer adquirente que inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad frente al segundo adquirente en procedimiento de ejecución judicial. En el caso enjuiciado la anotación preventiva de embargo se había practicado el 6 de julio de 1880 y la adjudicación en venta judicial el 8 de abril de 1882, con anterioridad pues a la adquisición de la finca por el adquirente preferido que la inscribió en el Registro el 23 de marzo de 1883. En todo caso la Sentencia matizaba que el hecho que de la anotación de embargo existiese con anterioridad a la adquisición del adquirente preferido no imposibilita la enajenación o gravamen del inmueble sobre el que pesa aquella anotación, tal y como autoriza el artículo 71 LH: «... sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación».

De igual modo, la inaplicabilidad del artículo 1473 CC a las enajenaciones judiciales permite zanjar la polémica en torno a la posibilidad de aplicar dicho precepto en los casos en que no se da el requisito del vendedor único, del que la jurisprudencia ha prescindido, precisamente, en supuestos de confrontación de enajenaciones judiciales.

Consecuentemente la irreivindicabilidad del bien adjudicado a resultas de una enajenación judicial no podrá fundarse en los otros dos criterios de atribución dominical previstos en defecto de inscripción o posesión material por el artículo 1473 CC: la prioridad posesoria sobre bienes inmuebles y la mayor antigüedad del título. Estos dos criterios de preferencia no resultan aplicables a la confrontación de una enajenación judicial con una venta al uso o de diversas enajenaciones judiciales. Y ello porque la remisión que a la legislación sustantiva efectúa el artículo 594 LEC para determinar la irreivindicabilidad del bien no perteneciente al deudor ejecutado no puede entenderse referida al artículo 1473 CC.

## VIII. CONCLUSIONES

El funcionamiento del esquema ordinario de transmisión de la propiedad al comprador se ve alterado en los supuestos de venta múltiple regulados en el artículo 1473 CC. La admisibilidad de formas espiritualizadas de entrega posibilita que el vendedor enajene y entregue sucesivamente el mismo bien a distintos compradores, tan sólo uno de los cuales adquirirá derivativamente la propiedad: aquél al que primero se le haya entregado. La segunda entrega carecerá de efectos traslativos, dada la falta de pertenencia del bien al vendedor al momento de realizarla. Sin embargo, la falta de titularidad es subsanada en pro de la seguridad del tráfico jurídico por el legislador si concurren en el segundo comprador en recibir determinados requisitos.

Presupuesta la entrega a ambos compradores, si se trata de la venta de bienes muebles la propiedad corresponderá al primero que tome posesión material del bien (artículo 1473.1 CC). En defecto de posesión material por ninguno de los compradores en liza la preferencia corresponderá a aquél cuyo título sea de fecha más antigua (artículo 1473.3 CC).

En la venta de bienes inmuebles el comprador preferido será el que primero inscriba su adquisición en el Registro de la Propiedad, debiendo distinguirse a tal efecto en función de si el vendedor figuraba a su vez inscrito como titular registral del bien. Si el vendedor no figuraba como titular registral el comprador que primero inscri-

be será preferido igualmente, en aplicación del principio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (artículo 32 LH). Pese a ello, su adquisición no resultará oponible frente al comprador que primeramente adquirió por título y modo durante un plazo de dos años, dada la suspensión de efectos frente a terceros de las inmatriculaciones practicadas *ex novo* (artículo 207 LH). Si el vendedor aparecía como titular registral el comprador que primero inscribe gozará de la condición de tercero hipotecario y su adquisición será oponible *erga omnes* (artículo 34 LH).

En definitiva, el particular régimen adquisitivo del artículo 1473 CC es una mera aplicación concreta a los casos de venta múltiple de los artículos 464 CC y 32 o 34 LH (que no distinguen en su aplicación si el vendedor no ha sido nunca propietario del bien o dejó de serlo por haberlo enajenado previamente) y plantea el problema de clarificar los mecanismos de protección de que dispone el comprador que se ve privado del bien.

Nuestro Código Civil no regula la denominada evicción por hecho propio, que resulta a priori incompatible con el carácter anterior del derecho del tercero que determina la privación del bien que el artículo 1473 CC exige para que el vendedor esté obligado a sanear. Esta laguna legal se antoja especialmente problemática en los casos de venta múltiple. El saneamiento es incompatible con la evicción padecida por el comprador despojado como consecuencia del mejor derecho de otro adquirente sucesivo. La tutela al comprador preterido en estos casos deberá instrumentarse aplicando analógicamente el artículo 37.4 LH en la venta de inmuebles o el principio del enriquecimiento sin causa en el caso de bienes muebles.

Finalmente, ha de tenerse presente que si el conflicto adquisitivo no se suscita entre dos enajenaciones voluntarias sino entre un contrato de compraventa al uso y una enajenación judicial o entre dos enajenaciones judiciales, no resulta aplicable el artículo 1473 CC sino el artículo 594 LEC y legislación sustantiva a que éste remite. La enajenación de bienes no pertenecientes al deudor ejecutado es válida en nuestro ordenamiento, a diferencia de cuanto acontecía bajo la vigencia de la anterior LEC1881. El propietario del bien podrá interponer la correspondiente tercería de dominio, a efectos de paralizar la ejecución y hacer valer su derecho dominical, antes de que el adjudicatario adquiera por título y modo. En caso contrario, el adjudicatario podrá adquirir irrevindicablemente el bien, si reúne los requisitos exigidos en los artículos 464 CC y 34 LH, a salvo la posibilidad del *versus dominus* de solicitar la nulidad de la ejecución so pretexto de la existencia de omisiones esenciales en su tramitación.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor Batlle Vázquez*, Editorial Revista de Derecho Financiero, Madrid, 1978, pp. 11 a 37.
- «Donación mortis causa, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1.473 del Código civil: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de julio de 1996», *RDJ*, núm. 6, 1997, pp. 486 a 510.
- «Pluralidad de actos de disposición de una misma cosa, alguno o varios de los cuales sean donaciones», *RDJ*, núm. 1, 2006, pp. 3 a 8.
- ALONSO FERNÁNDEZ, J.: «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», *RCDI*, núm. 204, 1945, pp. 305 a 317.
- ALONSO PÉREZ, M.: «Título y modo de adquirir en el Código Civil», en *La adquisición y la transmisión de los derechos reales. Estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos* (Dir. Ferrán Badosa Coll y M. Carmen Gete-Alonso Calera), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 141 a 193.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: «Los límites a la eficacia de la inscripción del remate: (crítica de la doctrina jurisprudencial iniciada por la STS de 5 de marzo de 2007)», *RCDI*, Núm. 721, 2010, p. 2.045 a 2.077.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «La buena fe en la interpretación de los problemas hipotecarios», *RCDI*, núm. 463, 1967, pp. 1.523 a 1.586.
- ARCOS VIEIRA: «¿Importa la diferencia entre compraventa de cosa ajena y doble venta?», en *Tratado de la Compraventa: homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz* (Dir. Ángel Carrasco Perera), T. I, Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 863 a 869.
- BALLARÍN MARCIAL, A.: «El Registro de la Propiedad español», *ADC*, núm. 2, 1949, pp. 676 a 686.
- BARBER CÁRCAMO, R.: «Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia: Doble disposición y venta de cosa ajena: Comentario a la STS de 25 de julio de 1996», *RCDI*, núm. 645, 1998, pp. 493 a 522.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: *Tradición instrumental y posesión*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- BIANCA, C. M.: «La vendita e la permuta», en *Trattato de Diritto Civile Italiano* (Dir. Filippo Vassalli), vol. VII, T. 1, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1972.
- BONET RAMÓN, F.: en LUZZATO, *La compraventa según el nuevo Código civil italiano* (Trad. de la primera edición italiana con notas sobre el derecho civil español por Francisco Bonet Ramón), Reus, Madrid, 1953.
- BORREL Y SOLER, A.: *El contrato de compraventa según el Código Civil Español*, Bosch, Barcelona, 1952.
- BUSTOS PUECHE, J. E.: «Un intento del Tribunal Supremo por fijar la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 34 LH (comentario a la STS de 5 de marzo de 2007)», en *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Coord. Francisco Javier Gómez Gállego), Vol. II, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, pp. 1.071 a 1.87.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «Imprudencia de la prescripción adquisitiva ordinaria de bien inmueble. Requisitos de la «prescripción contra tabulas» en perjuicio de tercer adquirente: Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2014 (237/2014)», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. por Mariano Yzquierdo Tolsada), vol. 6, 2016, pp. 777 a 790.

- CACHÓN CADENAS, M. J.: «Comentario a los artículos 594 y 596», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Dir. Antonio María Lorca Navarrete), T. III, 2.<sup>a</sup> Ed., Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2.954 a 2.975.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La doble venta. Una situación de pendencia*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.
- CANO TELLO, C.: «El artículo 1.473 del Código Civil y la inscripción registral», *RGD*, Núm. 247, 1965, pp. 274 a 280.
- CAÑIZARES LASO, A.: «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, Núm. 4, 1991, pp. 1.453 a 1.528.
- CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi sul patrimonio altrui. Con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Cedam, Padova, 1936.
- CARRETERO GARCÍA, T.: «Retornos al Código Civil», II, *RCDI*, núm. 440 y 441, 1965, pp. 75 a 138.
- CARRIÓN OLMOS, S.: «Comentario a la STS de 11 de abril de 1992», *CCJC*, Núm. 29, 1992, pp. 493 a 506.
- CASTÁN TOBENAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*, T. IV, 10.<sup>a</sup> Ed., Reus, Madrid, 1986.
- CASTILLA BAREA, M.: «Comentario a la STS de 4 de noviembre de 2005», *CCJC*, Núm. 72, 2006, pp. 558 a 572.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.: «Protección registral del tercer adquirente inscrito (artículo 34 LH) y criterio de preferencia adquisitiva en los conflictos de adquisiciones inmobiliarias (artículo 1.473, párr. 2.º, del CC): a propósito de la STS de 5 de marzo de 2007», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 149, 2008, pp. 2.007 a 2.017.
- «El nuevo planteamiento jurisprudencial de los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria (revisión crítica de las SSTS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 5 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 7 de septiembre de 2007 y 5 de mayo de 2008)», *La Ley*, Núm. 7080, 2008.
- CECCHINI ROSSELL, X.: *La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- CHICO Y ORTIZ, J. M.: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- CLEMENTE MEORO, M. E. Y NIETO MONTERO, J. J.: *Contratos Civiles, Mercantiles, Públicos, Laborales e Internacionales, con sus implicaciones tributarias* (Dir. Mariano Yzquierdo Tolsada), T. I (Contratos de finalidad traslativa del dominio), Vol. I, Thomson-Reuters, Pamplona, 2014.
- CORDÓN MORENO, F.: «Comentario al artículo 594», en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords. Faustino Cordón Moreno et al), vol. II, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 289 y 290.
- CRISTÓBAL MONTES, A.: «La adquisición registral a non domino», *RGLJ*, 1966, pp. 587 a 618.
- CUENA CASAS, M.: *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1996.
- «Doble venta y venta de cosa ajena. Alcance del artículo 1.473 del Código Civil: sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007», en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 493 a 515.
- «Alcance del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con la venta de cosa ajena llevada a cabo por titular registral: sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007» en *Comentarios a las sentencias de unificación*

- de doctrina: civil y mercantil* (Coord. Mariano Yzquierdo Tolsada), vol. 1, Dykinson, Madrid, 2008, 351 a 382.
- «Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo», *RCDI*, núm. 722, 2010, pp. 2.909 a 2.948.
- DEGNI, F.: *La compraventa* (traducción y notas de derecho español por Francisco Bonet Ramón), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- DE LA RICA Y ARENAL, R.: «La buena fe y la publicidad del Registro», *RCDI*, núm. 256, 1949, pp. 537 a 562.
- DE PABLO CONTRERAS, P. V.: «Comentario al artículo 1.473 CC», en *Código Civil Comentado* (Dir. Ana Cañizares Laso *et al*), vol. IV, Thomson-Reuters, Pamplona, 2011, pp. 143 a 150.
- DEL CORRAL, S.: «The Delivery Requirement in So-called Consensual Transfer Systems», *European Review of Private Law*, vol. 21, 2013, pp. 1.277 a 1.297.
- DEL HOYO: «Otra vez el concepto de tercero», *RCDI*, núm. 256, 1949, pp. 563 a 574.
- DEMOLOMBE, J. C.: *Cours de Code Napoléon*, vol. XXIV (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), Paris, 1868.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV (Las particulares relaciones obligatorias), Thomson-Reuters, Pamplona, 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. *SISTEMA DE DERECHO CIVIL*, VOL. II, 8.ª Ed., TECNOS, MADRID, 2000.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Transmisión y adquisición de la propiedad en la compraventa: El problema de la adquisición en los procesos de ejecución», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft* (Coord. María del Carmen Gómez Laplaza), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 13 a 43.
- «La transmisión de la propiedad en las ventas judiciales», en *Tratado de la compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz* (Dir. Ángel Carrasco Perera), T. II, Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 1.231 a 1.239.
- «Comentario al artículo 207 LH», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (Dir. Andrés Domínguez Luelmo), Thomson-Reuters/Lex Nova, Pamplona-Valladolid, 2013, pp. 1.127 a 1.122.
- DURÁN RIVACOBBA, R.: *Evicción y Saneamiento*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: «Remate de un inmueble transmitido anteriormente a un tercero por el deudor ejecutado: ¿Adquisición de la Propiedad por el rematante? Comentario a la STS de 11 de junio de 2004», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pp. 321 a 333.
- «La buena fe requerida por el adquirente en remate *a debitore non domino*: comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 19, 2007.
- *La tercería de dominio y la transmisión de inmuebles. La defensa de los derechos reales en la ejecución singular*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, pp. 393 a 414.
- ESPÍN CÁNOVAS, D.: «La transmisión de los derechos reales en el Código Civil español», en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, vol. III (Posesión-Propiedad-Propiedad Intelectual), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1.641 a 1.660.
- «La adquisición de la posesión inmaterial en el Derecho español», en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, vol. III (Posesión-Propiedad-Propiedad Intelectual), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1.541 a 1.629.

- «La garantía por evicción a causa de actos del vendedor posteriores a la venta», en *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Cánovas (1942-1996)*, vol. II (Sucesiones-Obligaciones), Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 1.327 a 1.357.
- FENOY PICÓN, N.: «La usucapión ordinaria contra tabulas y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil», en *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. III, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 3.771 a 3.828.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M.: «Comentario a la STS de 3 de marzo de 1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, pp. 647 a 666.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C.: *Compraventa de cosa ajena*, Bosch, Barcelona, 1994.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: «La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles», *RJN*, núm. 64, 2007, pp. 59 a 112.
- GARCÍA CANTERO, G.: «Comentario a los artículos 1.445 a 1.541», en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones Forales* (Dir. Manuel Albaladejo García y Silvia Díaz Alabart), T. XIX, Edersa, Madrid, 1980.
- «Comentario al artículo 1473», en *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 930 a 933.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, T. II, Civitas, Madrid, 1993.
- GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ GÓMEZ, M. M.: «Inscripción y tradición», *RCDI*, núm. 358, 1958, pp. 237 a 247.
- GONZÁLEZ POVEDA P.: «Comentario al artículo 1.473», en *Comentario del Código Civil* (Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 7, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 383 a 391.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Fe pública registral: venta de cosa ajena, no doble venta», *RCDI*, núm. 684, 2004, pp. 1.964 a 1.969.
- «Definitiva derogación del artículo 1949 del Código Civil: la aplicación de la regulación hipotecaria en la usucapión «contra tabulas»», *RCDI*, núm. 744, 2014, pp. 1.943 a 1.960.
- GORDILLO CAÑAS, A.: *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.
- «La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica)», *ADC*, núm. 1, 2001, pp. 5 a 256.
- «El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *ADC*, núm. 2, 2004, pp. 381 a 547.
- «El principio registral de inoponibilidad: corolarios», en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Coord. Francisco Javier Gómez Gállego), vol. 2, Thomson-Reuters, Pamplona, 2008, pp. 1.151 a 1.160.
- «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 713 a 729.
- HERMIDA LINARES, M.: «La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles», *RCDI*, núm. 457, 1966, pp. 1401 a 1507.

- HORNERO MÉNDEZ, C.: «Distinción entre doble venta y venta de cosa ajena en el artículo 1473 CC. Adquisición del tercero hipotecario: Comentario a la STS de 6 mayo 2004», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 14, 2005, pp. 139 a 148.
- INIESTA DELGADO, J. J.: «Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 707 a 732.
- JORDANO FRAGA, J.: «Doble venta, venta de cosa ajena, adquisición *a non domino* y responsabilidad por evicción. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1988», *ADC*, núm. 4, 1989, pp. 1349 a 1365.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1968.
- *Elementos de Derecho Civil*, T. II (Derecho de Obligaciones), vol. 3.º (Contratos y Cuasicontratos), José María Bosch Editor, Barcelona, 1986.
- *Elementos de Derecho Civil*, T. III, vol. 1.º (Posesión y Propiedad), 3.ª Ed., José María Bosch Editor, Barcelona, 1990.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: «La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», *RCDI*, núm. 78, 2002, pp. 3937 a 3977.
- LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación Española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, vol. II, Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), Madrid, 1970.
- LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.
- LÓPEZ FRÍAS, A.: «Embargo de inmuebles, transmisión del dominio y publicidad registral: supuestos y consecuencias», *RCDI*, núm. 721, 2010, pp. 2079 a 2125.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, M.: «El efecto traslativo de la adjudicación en la subasta en caso de ejecución dineraria tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (Coords. J.M. González Porras y F. P. Méndez González), T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2859 a 2865.
- LUZZATO, R.: *La compraventa según el nuevo Código civil italiano* (Trad. de la primera edición italiana con notas sobre el derecho civil español por Francisco Bonet Ramón), Reus, Madrid, 1953.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil Español*, 6.ª Ed. (revisada por José M. Bloch), T. X, vol. I, Reus, Madrid, 1969.
- MARÍN CASTÁN, F.: «Las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo y 7 de septiembre de 2007», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 158, 2009, pp. 1257 a 1294.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. T.: *Evicción parcial en la compraventa en el Código Civil español*, Dykinson, Madrid, 2004.
- MATTEI, U.: «I Diritti Reali. La Proprietà», en *Tratato di Diritto Civile* (Dir. Rodolfo Sacco), UTET, Torino, 2001.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Aspectos de la responsabilidad del vendedor por defectos jurídicos», en *Estudios de derecho de obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Coord. Eugenio Llamas Pombo), vol. II, La Ley, Madrid, 2006, pp. 401 a 428.
- MOLINA GARCÍA, A.: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Montecorvo, Madrid, 1975.
- MONDÉJAR PEÑA, I.: *Las subastas judiciales forzosas*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- MORAL MORO, M. J.: *La subasta judicial de bienes inmuebles*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.

- MORALES MORENO, A. M.: *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código Civil español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q.: *Código Civil (Comentado y concordado expresamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos)*, 2.ª Ed., T. XXIII, vol. 2.º, Reus, Madrid, 1970.
- MUÑOZ DE DIEGO, E.: «Doble venta: Venta de cosa ajena (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994)», *ADC*, núm. 2, 1996, pp. 907 a 941.
- MURGA FERNÁNDEZ, J. P.: «Operatividad del principio de fe pública registral en el ámbito de la venta judicial de cosa ajena: acogimiento jurisprudencial de la doctrina uniforme sentada sobre la materia de 2007», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 28, 2012, pp. 365 a 385.
- «La doble venta judicial y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria: recepción de la doctrina uniforme sentada en 2007», *RCDI*, núm. 732, 2012, pp. 1969 a 2044.
- MUÑOZ LAGOS, R.: «El Registro de la Propiedad español», *RCDI*, núm. 251, 1949, pp. 217 a 257.
- PETIT SEGURA, M. A.: *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Signo, Barcelona, 1990.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho*, Civil, T. II, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1982.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «La venta de cosa ajena: distinción de supuestos», en *Cuestiones sobre la compraventa en el Código civil: principios europeos y draft* (Coord. María del Carmen Gómez Laplaza), Dykinson, Madrid, 2012, pp. 45 a 87.
- RICCA-BARBERIS, A.: «La evicción por hecho personal o propio de quien ha donado o vendido», *RDP*, mayo, 1957, pp. 485 a 507.
- *Tratato della garanzia per evizione*, Giappichelli, Torino, 1958.
- RIPERT, G. Y BOULANGER, J.: *Traité de Droit Civil (D'après le traité de Planiol)*, T. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1957.
- ROCA SASTRE, R. M.: «El problema de la relación que respecto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria guarda el artículo 32 de la misma», *RCDI*, núm. 446-447, 1965, pp. 781 a 829.
- ROCA TRÍAS, E.: «Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad», *RCDI*, núm. 530, 1979, pp. 9 a 71.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario a la STS de 4 de marzo de 1988», *CCJC*, núm. 16, 1988, pp. 163 a 178.
- *Venta de cosa ajena y evicción*, Bosch, Barcelona, 1990.
- RODRÍGUEZ-ROSADO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA, B.: «Ius ad rem y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1259.2 y 1124.4 del Código Civil», *ADC*, núm. 4, 2009, pp. 1687 a 1723.
- «La equivalencia de la escritura a la entrega y el valor instrumental de la tradición», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (Coord. Luis Díez-Picazo), vol. II, Thomson-Reuters, Pamplona, 2014, pp. 2813 a 2831.
- RUBIO GARRIDO, T.: *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993.
- *La doble venta y la doble disposición*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1994.
- «Comentario a la STS de 19 de julio de 1999», *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 59 a 72.

- «Comentario a la STS de 18 de mayo de 2005», *CCJC*, núm. 70, 2006, pp. 457 a 480.
- «Comentario a la STS de 2 de diciembre de 2009», *CCJC*, núm. 84, 2010, pp. 1569 a 1586.
- RUSO, E.: «Venta e consenso traslativo (Artículo 1470)», en *Il Codice Civile Commentato* (Dir. Piero Schlesinger y Francesco Busnelli), Giuffrè Editore, Milano, 2010.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P.: «Diferenciación entre doble venta y venta de cosa ajena. Protección al tercero hipotecario (Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996)», *ADC*, núm. 3, 1997, pp. 1561 a 1574.
- SÁNCHEZ CEBRIÁN, J.: *Doble venta inmobiliaria y publicidad registral*, Universidad Autónoma de Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ Y MONDÉJAR PEÑA: «Comentario al artículo 1.473», en *Jurisprudencia Civil Comentada* (Dir. Miguel Pasquau Liaño), T. III, 2.ª Ed., Comares, Granada, 2009, pp. 3000 a 3007.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C.: «La compraventa inmobiliaria en documento privado», en *Estudios de Derecho de Obligaciones* (Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez) (Coord. Eugenio Llamas Pombo), T. II, La Ley, Madrid, 2006, pp. 719 a 740.
- *La usucapión inmobiliaria*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- TORRES PARRA, M. J.: «Doble venta y venta a non domino: del Derecho romano al Derecho comunitario europeo», *RIDROM*, abril 2014, pp. 193 a 227.
- VACCA, L.: «La doppia vendita e la rilevanza dell'afidamento nella casistica della giurisprudenza romana», en *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianeí*, Cedam, Padova, 2006, pp. 601 a 617.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales*, Colección Nereo, Barcelona, 1962, pp. 185 a 242.
- «La concurrencia de varias posesiones sobre una misma cosa inmueble», en *Estudios sobre Derechos de cosas*, Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 15 a 113.
- VÁZQUEZ GARCÍA, D.: «Usucapión *contra tabulas*. La vigencia del artículo 1.949 del Código Civil o su derogación tácita por el artículo 36 de la Ley Hipotecaria», *Diario La Ley*, núm. 8303.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: «Comentario a los artículos 1474 y 1475 CC», en *Código Civil Comentado* (Dir. Ana Cañizares Laso *et al*), vol. IV, Civitas, Madrid, 2011, pp. 151 a 164.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Comentario a la STS de 14 de octubre de 2002», *CCJC*, núm. 61, 2003, pp. 185 a 196.
- «La fe pública registral en las ventas judiciales derivadas de embargos inmobiliarios», *ADC*, núm. 1, 2007.
- *Adquisición de la propiedad y aplicación del principio de la fe pública registral en las ventas judiciales inmobiliarias* (Estudio jurisprudencial y doctrinal), Thomson-Reuters, Pamplona, 2009.
- VILLARES PICÓ, M.: «La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero», *RCDI*, núm. 252, 1949, pp. 289 a 317.
- «La polémica entre hipotecaristas sobre la tesis dualista o monista del tercero hipotecario perjudicado la eficacia de la inscripción», *RCDI*, núm. 453, 1966, pp. 363 a 378.

**JURISPRUDENCIA****SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, CIVIL**

1. STS de 5 de octubre de 1863 (Tirant Online –TOL- 5.095.128, Pte. Joaquín de Palma y Vinuesa).
2. STS de 17 de diciembre de 1873 (Colección Legislativa de España –CLE-, T. XXVIII, 2.º semestre de 1873, Pte. José Fermín de Muro).
3. STS de 2 de diciembre de 1876 (TOL5.086.837, Pte. Alejandro Benito y Ávila).
4. STS de 14 de abril de 1898 (TOL5.066.871, Pte. Pedro Lavin).
5. STS de 3 de junio de 1899 (TOL5.066.297, Pte. Ricardo Molina).
6. STS de 13 de mayo de 1908 (TOL5.056.892, Pte. Camilo María Gullón).
7. STS de 10 de febrero de 1909 (TOL5.055.323, Pte. Antonio Alonso Casaña).
8. STS de 26 de diciembre de 1910 (TOL5.054.494, Pte. Juan Francisco Ruiz Andrés).
9. STS de 17 de febrero de 1911 (TOL5.053.280, Pte. Ramón Barroeta).
10. STS de 24 de noviembre de 1914 (TOL5.051.169, Pte. Manuel Pérez Vellido).
11. STS de 25 de octubre de 1924 (TOL5.041.225, Pte. Diego Medina García).
12. STS de 21 de marzo de 1928 (TOL5.035.994, Pte. Mariano Avellón).
13. STS de 18 de enero de 1929 (TOL5.035.164, Pte. Fulgencio de la Vega).
14. STS de 31 de octubre de 1929 (CLE, T. 4.º de 1929, Pte. Diego Medina).
15. STS de 24 de diciembre de 1929 (CLE, T. 5.º de 1929, Pte. Saturnino Bajo).
16. STS de 22 de marzo de 1930 (TOL5.031.121, Pte. Fulgencio de la Vega).
17. STS de 25 de abril de 1930 (CLE, T. 3.º de 1930, Pte. Santiago de la Escalera).
18. STS de 10 de septiembre de 1931 (TOL5.033.605, Pte. José Fernández Orbeta).
19. STS de 27 de diciembre de 1932 (TOL5.027.982, Pte. Miguel García, Cdo. 4.º).
20. STS de 11 de febrero de 1946 (TOL4.455.733, Pte. Saturnino López Peces).
21. STS de 26 de junio de 1946 (TOL4.455.829, Pte. Enrique Mariscal de Gante).
22. STS de 1 de junio de 1948 (TOL4.457.306, Pte. Saturnino López Peces).
23. STS de 25 de abril de 1949 (TOL4.461.463, Pte. Mariano Miguel y Rodríguez).
24. STS de 19 de febrero de 1951 (TOL4.449.591, Pte. Mariano Miguel y Rodríguez).
25. STS de 23 de junio de 1951 (TOL4.453.842, Pte. Acacio Charrín y Martín Veña).
26. STS de 31 de octubre de 1951 (TOL4.449.802, Pte. Celestino Valledor y Suárez Otero).
27. STS de 22 de marzo de 1952 (TOL4.448.391, Pte. Acacio Charrín y Martín Veña).
28. STS de 9 de junio de 1954 (TOL4.385.149, Pte. Vicente Marín Garrido).
29. STS de 11 de junio de 1954 (TOL4.385.207, Pte. Saturnino López Peces).
30. STS de 23 de mayo de 1955 (TOL4.381.493, Pte. Salvador Minguijón Adrián).
31. STS de 9 de junio de 1955 (TOL4.381.521, Pte. Luis Vacas Andino).
32. STS de 28 de mayo de 1956 (TOL4.379.811, Pte. Joaquín Domínguez de Molina).
33. STS de 16 de junio de 1956 (CLE, T. L de junio, Pte. Pablo Murga Castro).
34. STS de 12 de abril de 1957 (TOL4.377.645, Pte. Saturnino López Peces).
35. STS de 30 de enero de 1960 (TOL4.339.938, Pte. Obdulio Siboni Cuenca).
36. STS de 6 de diciembre de 1962 (TOL4.333.643, Pte. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu).



37. STS de 22 de noviembre de 1963 (TOL4.329.573, Pte. Federico Rodríguez Solano y Espín).
38. STS de 30 de septiembre de 1964 (TOL4.324.360, Pte. Manuel Taboada Roca).
39. STS de 4 de mayo de 1965 (TOL4.307.877, Pte. Francisco Bonet Ramón).
40. STS de 17 de enero de 1967 (TOL4.300.858, Pte. Federico Rodríguez Solano y Espín).
41. STS de 18 de noviembre de 1967 (TOL4.301.273, Pte. Manuel Taboada Roca).
42. STS de 30 de noviembre de 1967 (TOL4.301.308, Antonio Cantos Guerrero).
43. STS de 28 de febrero de 1968 (TOL4.292.533, Pte. Andrés Gallardo Ros).
44. 22 de enero de 1969 (CLE, T. 1.º enero-febrero de 1969, Pte. Federico Rodríguez Solano y Espín).
45. STS de 24 de enero de 1969 (CLE, T. 1.º enero-febrero de 1969, Pte. Antonio Caro Ramos).
46. STS de 31 de diciembre de 1969 (TOL4.275.218, Pte. Andrés Gallardo Ros).
47. STS de 5 de enero de 1970 (TOL4.273.240, Pte. Antonio Peral García).
48. STS de 16 de febrero de 1970 (TOL4.273.293, Pte. Jacinto García Monge y Martín).
49. STS de 7 de abril de 1971 (TOL4.268.331, Pte. Manuel Taboada Roca).
50. STS de 5 de noviembre de 1973 (TOL4.258.212, Tomás Ogallar y Ayllón).
51. STS de 30 de abril de 1974 (TOL4.253.518, Pte. José Beltrán de Heredia y Castaño).
52. STS de 30 de mayo de 1974 (TOL4.253.493, Pte. Manuel González Alegre Bernardo).
53. STS de 2 de noviembre de 1974 (TOL4.253.560, Pte. Manuel Prieto Delgado).
54. STS de 22 de febrero de 1975 (TOL4.250.921, Pte. Antonio Cantos Guerrero).
55. STS de 19 de noviembre de 1975 (TOL4.251.186, Pte. Manuel Taboada Roca Conde de Borrajeiros).
56. STS de 16 de febrero de 1981 (TOL1.740.151, Pte. José Beltrán de Heredia y Castaño).
57. STS de 3 de julio de 1981 (TOL1.739.575, Pte. Antonio Fernández Rodríguez).
58. STS de 31 de diciembre de 1981 (TOL1.739.933, Pte. Carlos de la Vega Benayas).
59. STS de 12 de abril de 1982 (TOL1.739.082, Pte. Antonio Sánchez Jauregui).
60. STS de 8 de mayo de 1982 (TOL1.739.428, Pte. Carlos de la Vega Benayas).
61. STS de 27 de mayo de 1982 (TOL1.739.466, Pte. Antonio Fernández Rodríguez).
62. STS de 9 de marzo de 1983 (TOL1.738.773, Pte. Carlos de la Vega Benayas).
63. STS de 5 de mayo de 1983 (TOL1.738.488, Pte. Carlos de la Vega Benayas).
64. STS de 8 de julio de 1983 (Repertorio Jurídico Aranzadi 1983\4122, Pte. José Beltrán de Heredia y Castaño).
65. STS de 31 de octubre de 1983 (RJ 1983\5852, Pte. Mariano Martín-Granizo Fernández).
66. STS de 17 de diciembre de 1984 (RJ 1984\6286, Pte. Jaime De Castro García).
67. STS de 31 de enero de 1985 (RJ 1985\224, Pte. Rafael Casares Córdoba).
68. STS de 7 de febrero de 1985 (RJ 1985\538, Pte. José Luis Albácar López).
69. STS de 12 de febrero de 1985 (RJ 1985\546, Pte. José Beltrán de Heredia y Castaño).
70. STS de 5 de julio de 1985 (RJ 1985\3642, Pte. Jaime Santos Briz).
71. STS de 30 de junio de 1986 (RJ 1986\4403, Pte. Ramón López Vilas).
72. STS de 1 de julio de 1987 (RJ 1987\5044, Pte. Adolfo Carretero Pérez).
73. STS de 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9280, Pte. Antonio Sánchez Jáuregui).
74. STS de 4 de marzo de 1988 (RJ 1988\1554, Pte. Matías Malpica González-Elipe).

75. STS de 20 de octubre de 1989 (RJ 1989\6945, Pte. Francisco Morales Morales).
76. STS de 15 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8836, Pte. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
77. STS de 20 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8854, Pte. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).
78. STS de 24 de enero de 1990 (RJ 1990\20, Pte. Jaime Santos Briz).
79. STS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990\6122, Pte. Francisco Morales Morales).
80. STS de 20 de octubre de 1990 (RJ 1990\8029, Pte. Eduardo Fernández-Cid de Temes).
81. STS de 29 de julio de 1991 (RJ 1991\5423, Pte. Rafael Casares Córdoba).
82. STS de 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991\8928, Pte. Alfonso Villagómez Rodil).
83. STS de 21 de enero de 1992 (RJ 1992\196, Pte. Matías Malpica González-Elipe).
84. STS de 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1549, Pte. Antonio Gullón Ballesteros).
85. STS de 11 de abril de 1992 (RJ 1992\3096, Pte. Francisco Morales Morales).
86. STS de 11 de mayo de 1992 (RJ 1992\3895, Pte. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).
87. STS de 11 de julio de 1992 (RJ 1992\6280, Pte. Francisco Morales Morales).
88. STS de 30 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7414, Pte. Teófilo Ortega Torres).
89. STS de 17 de noviembre de 1992 (RJ 1992\9234, Pte. Teófilo Ortega Torres).
90. STS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992\10685, Pte. Matías Malpica González-Elipe).
91. STS de 8 de marzo de 1993 (RJ 1993\2052, Pte. Pedro González Poveda).
92. STS de 13 de abril de 1993 (RJ 1993\2999, Pte. Mariano Martín-Granizo Fernández).
93. STS de 13 de octubre de 1993 (RJ 1993\7516, Pte. José Almagro Nosete).
94. STS de 3 de marzo de 1994 (RJ 1994\1647, Pte. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).
95. STS de 25 de marzo de 1994 (RJ 1994\2535, Pte. Jaime Santos Briz).
96. STS de 6 de mayo de 1994 (RJ 1994\3717, Pte. Eduardo Fernández-Cid de Temes).
97. STS de 2 de julio de 1994 (RJ 1994\6423, Pte. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).
98. STS de 27 de febrero de 1995 (RJ 1995\1650, Pte. Alfonso Villagómez Rodil).
99. STS de 13 de mayo de 1995 (RJ 1995\4233, Pte. Antonio Gullón Ballesteros).
100. STS de 1 de julio de 1995 (RJ 1995\5421, Pte. Francisco Morales Morales).
101. STS de 24 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8715, Pte. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).
102. STS de 25 de julio de 1996 (RJ 1996\5572, Pte. Francisco Morales Morales).
103. STS de 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6645, Pte. Pedro González Poveda).
104. STS de 25 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8559, Pte. Román García Varela).
105. STS de 10 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9191, Pte. Jesús Marina Martínez-Pardo).
106. STS de 12 de mayo de 1997 (RJ 1997\3836, Pte. Alfonso Villagómez Rodil).
107. STS de 29 de mayo de 1997 (RJ 1997\4327, Pte. José Luis Albácar López).
108. STS de 10 de julio de 1997 (RJ 1997\5464, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
109. STS de 18 de julio de 1997 (RJ 1997\5516, Pte. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
110. STS de 8 de octubre de 1997 (RJ 1997\7104, Pte. Francisco Hernández Gil).
111. STS de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997\7065, Pte. Francisco Hernández Gil).
112. STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7872, Pte. Antonio Gullón Ballesteros).

113. STS de 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9407, Pte. Jesús Marina Martínez-Pardo).
114. STS de 20 de febrero de 1999 (RJ 1999\1346, Pte. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).
115. STS de 19 de julio de 1999 (RJ 1999\5052, Pte. José Menéndez Hernández).
116. STS de 29 de julio de 1999 (RJ 1999\5909, Pte. José Almagro Nosete).
117. STS de 3 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8974, Pte. Luis Martínez-Calce-rada y Gómez).
118. STS de 18 de abril de 2000 (RJ 2000\2975, Pte. Francisco Morales Morales).
119. STS de 23 de mayo de 2000 (RJ 2000\3917, Pte. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).
120. STS de 1 de junio de 2000 (RJ 2000\4398, Pte. José Almagro Nosete).
121. STS de 14 de junio de 2000 (RJ 2000\4413, Pte. José Ramón Vázquez Sandes).
122. STS de 21 de junio de 2000 (RJ 2000\5736, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
123. STS de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10399, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
124. STS de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10136, Pte. Pedro González Poveda).
125. STS de 15 de enero de 2001 (RJ 2001\1311, Pte. José Almagro Nosete).
126. STS de 8 de febrero de 2001 (RJ 2001\1166, Pte. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).
127. STS de 22 de junio de 2001 (RJ 2001\5071, Pte. Francisco Marín Castán).
128. STS de 4 de abril de 2002 (RJ 2002\3285, Pte. Jesús Corbal Fernández).
129. STS de 5 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10429, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
130. STS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003\4598, Pte. Alfonso Villagómez Rodil).
131. STS de 24 de junio de 2003 (RJ 2003\4258, Pte. Jesús Corbal Fernández).
132. STS de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004\2061, Pte. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
133. STS de 6 de mayo de 2004 (RJ 2004\3569, Pte. Román García Varela).
134. STS de 11 de junio de 2004 (RJ 2004\4427, Pte. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
135. STS de 14 de julio de 2004 (RJ 2004\5176, Pte. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
136. STS de 15 de julio de 2004 (RJ 2004\4866, Pte. Clemente Auger Liñán).
137. STS de 18 de mayo de 2005 (RJ 2005\4233, Pte. José Ramón Ferrándiz Gabriel).
138. STS de 30 de diciembre de 2005 (RJ 2006\4286, Pte. Juan Antonio Xiol Ríos).
139. STS de 16 de mayo de 2006 (RJ 2006\5940, Pte. Vicente Luis Montés Penadés).
140. STS de 10 de julio de 2006 (RJ 2006\6066, Pte. Antonio Gullón Ballesteros).
141. STS de 21 de julio de 2006 (RJ 2006\5595, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
142. STS de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006\8709, Pte. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
143. STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006\6693, Pte. José Ramón Ferrándiz Gabriel).
144. STS de 5 de marzo de 2007 (RJ 2007\723, Pte. Francisco Marín Castán).
145. STS de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007\1849, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
146. STS de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5303, Pte. Francisco Marín Castán).
147. STS de 14 de septiembre de 2007 (RJ 2007\5443, Pte. Antonio Salas Carceller).
148. STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007\6812, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
149. STS de 5 de mayo de 2008 (RJ 2008\5502, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
150. STS de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\3347, Pte. Juan Antonio Xiol Ríos).
151. STS de 26 de mayo de 2008 (RJ 2008\3301, Pte. Román García Varela).
152. STS de 7 de julio de 2008 (RJ 2008\4474, Pte. Antonio Salas Carceller).

153. STS de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5885, Pte. Antonio Gullón Ballesteros).
154. STS de 13 de noviembre de 2008 (RJ 2008\5916, Pte. Antonio Salas Carceller).
155. STS de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6933, Pte. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).
156. STS de 18 de diciembre de 2008 (RJ 2009\532, Pte. Encarnación Roca Trías).
157. STS de 6 de marzo de 2009 (RJ 2009\1635, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
158. STS de 13 de noviembre de 2009 (RJ 2010\104, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
159. STS de 2 de diciembre de 2009 (RJ 2010\265, Pte. Francisco Marín Castán).
160. STS de 22 de enero de 2010 (RJ 2010\160, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
161. STS de 28 de enero de 2010 (RJ 2010\12, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
162. STS de 23 de abril de 2010 (RJ 2010\3548, Pte. Encarnación Roca Trías).
163. STS de 11 de mayo de 2010 (RJ 2010\5027, Pte. José Antonio Seijas Quintana).
164. STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010\6561, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
165. STS de 11 de febrero de 2011 (RJ 2011\2350, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
166. STS de 27 de junio de 2012 (RJ 2012\7419, Pte. Antonio Salas Carceller).
167. STS de 23 de noviembre de 2012 (RJ 2013\183, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
168. STS de 11 de diciembre de 2012 (RJ 2013\4350, Pte. Francisco Javier Orduña Moreno).
169. STS de 31 de enero de 2013 (RJ 2013\1838, Pte. Francisco Marín Castán).
170. STS de 13 de mayo de 2013 (RJ 2013\3699, Pte. Xavier O'Callaghan Muñoz).
171. STS de 30 de mayo de 2013 (RJ 2013\4622, Pte. Juan Antonio Xiol Ríos).
172. STS de 21 de enero de 2014 (RJ 2014\531, Pte. Antonio Salas Carceller).

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA 3.<sup>a</sup>, CON- TENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. STS de 15 de julio de 1991 (RJ 1991\5596, Pte. Jaime Rouanet Moscardó).
2. STS de 26 de noviembre de 1994 (RJ 1994\9114, Pte. Jaime Rouanet Moscardó).
3. STS de 21 de julio de 1995 (RJ 1995\6055, Pte. Jaime Rouanet Moscardó).
4. STS de 13 de marzo de 1997 (RJ 1997\1802, Pte. Jaime Rouanet Moscardó).
5. STS de 6 de septiembre de 2001 (RJ 2001\8268, Pte. Alfonso Gota Losada).

### RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

1. RDGRN de 5 de noviembre de 1993 (RJ 1993\9113).
2. RDGRN de 25 de enero de 2001 (RJ 2002\2142).
3. RDGRN de 30 de marzo de 2001 (RJ 2002\2194).
4. RDGRN de 31 de marzo de 2001 (RJ 2002\2195).
5. RDGRN de 11 de junio de 2004 (RJ 2004\5481).
6. RDGRN de 8 de septiembre de 2005 (RJ2005\6938).

# El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015: estudio comparado con el *common law*

**DAVINIA CADENAS OSUNA**

Doctora en Derecho

por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

## RESUMEN

*En el presente artículo nos proponemos estudiar detenida y detalladamente el régimen jurídico aplicable en España al menor de edad en lo que a la prestación del consentimiento informado y el rechazo al tratamiento o intervención médico-sanitaria se refiere, realizando una comparativa entre la regulación sobre el particular antes y tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que confiere una nueva redacción al artículo 9 de 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. La abordada en el presente trabajo constituye una de las cuestiones más problemáticas de las que plantea en la práctica la obtención del consentimiento informado por los profesionales sanitarios. Por esta razón, consideramos necesaria la exposición del régimen jurídico vigente en España y su comparación con el tratamiento conferido a dicho asunto en el common law inglés, con el fin de poder inferir de tal visión comparativa unas conclusiones que nos permitan mejorar el tratamiento jurídico que en nuestro país se confiere a la problemática examinada.*

## PALABRAS CLAVE

*Consentimiento informado, menor de edad, menor maduro, consentimiento por representación.*

## ABSTRACT

*In this paper, our purpose is studying thorough and in detail the regulation of the informed consent and the refusal given by the minor in Spain,*

*comparing the regulation before and after the Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, which gives a new wording to the section 9 of the 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. It is one of the most problematic questions posed when obtaining the informed consent by doctors in practice. For this reason, we consider necessary the explanation of the regulation in Spain and its comparison with the treatment of this topic by English common law, in order to arrive to some conclusions that let us improve our treatment of the question.*

## KEYWORDS

*Informed consent, refusal, minor competent, Gillick competence.*

SUMARIO: 1. *Introducción.*—2. *Prestación del consentimiento por el menor de edad en España.* 2.1 Minoría de edad y capacidad de obrar. 2.2 Derechos de la personalidad y menor de edad. 2.3 Menor en el ámbito sanitario. a) Menores de edad no emancipados y por debajo de los dieciséis años. b) Menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos. 2.4 Conclusiones.—3. *Consentimiento por el menor de edad en Inglaterra.* 3.1 Sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*. 3.2 *Gillick case*: el punto álgido en el impulso de la autonomía del menor. 3.3 Evolución posterior a *Gillick*. 3.4 Conclusiones.—4. *Comparativa.*—5. *Jurisprudencia citada.* 5.1 España. 5.2 Inglaterra.—6. *Bibliografía citada.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo nos proponemos estudiar con detalle el régimen jurídico aplicable a los supuestos en que un paciente menor de edad pretende adoptar una decisión relativa a su salud, sea en el sentido de aceptar el procedimiento propuesto o de rechazarlo. Dicho estudio lo abordamos desde una doble perspectiva comparatista: de un lado, comparamos la regulación vigente en España antes y después de la reforma operada en 2015, a fin de poner de relieve los cambios producidos y la senda que parece seguir el legislador en lo que a la regulación del consentimiento por el menor de edad se refiere; de otro, comparamos el régimen jurídico vigente en España y en Inglaterra con el fin de poder mejorar nuestra propia regulación sobre el particular con las distintas y preferibles soluciones que, en su caso, podamos encontrar en el *common law* inglés.

La abordada constituye una de las cuestiones más problemáticas que se plantean en sede de consentimiento informado, no solo

en España (donde dicha problematicidad quizás se deba en gran medida a la confusa literalidad de la Ley), sino también en otros países de nuestro entorno geográfico, como Inglaterra, donde se observa una evidente evolución en la jurisprudencia hasta llegar a una serie de principios hoy asentados en esta materia. Nos parece interesante la comparación de los regímenes jurídicos aplicables en España e Inglaterra debido a que, entre ellos, se observan algunas semejanzas (como la distinción de tratamientos legales diferentes dependiendo de la edad del paciente), pero, también, importantes desigualdades, entre las que podemos destacar el hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, ni la Ley ni la jurisprudencia españolas establecen regímenes distintos para el consentimiento y el rechazo al tratamiento, si bien se exige, por lo general, un mayor nivel de capacidad al paciente si lo que pretende es rechazar el tratamiento, habida cuenta de que las consecuencias del rechazo a un procedimiento propuesto por los profesionales sanitarios son normalmente más graves que las de consentir el mismo<sup>1</sup>.

A continuación procedemos al estudio del régimen legal que el ordenamiento jurídico español establece para la prestación del consentimiento informado por el menor de edad y la interpretación que la jurisprudencia hace del mismo para, en los epígrafes siguientes, estudiar el tratamiento de la cuestión en Inglaterra y llegar a una serie de conclusiones comparativas entre ambos regímenes, intentando colegir del inglés aquéllos aspectos que puedan resultar de utilidad para mejorar el tratamiento de la cuestión contemplado en el ordenamiento jurídico español.

## **2. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO POR EL MENOR DE EDAD EN ESPAÑA**

Antes de adentrarnos en el estudio del régimen específico previsto para la prestación del consentimiento informado por el menor

---

<sup>1</sup> Más adelante en nuestra exposición veremos que la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864) (en lo que sucede, Circular 1/2012), hace referencia expresa al régimen aplicable al rechazo al tratamiento por el menor de edad. No obstante, nuestra legislación, ni antes ni después de la reforma introducida en 2015, establece un régimen específico para el rechazo al tratamiento, con lo que los artículos 9.3.c) y 9.4 de 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 (BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002) (en adelante, LAP) se aplican al menor de edad con independencia de si su voluntad es de consentir o de rechazar el procedimiento propuesto.

de edad en el ámbito sanitario, reputamos ineludible la exposición preliminar de una sarta de nociones básicas de Derecho civil sobre la capacidad de obrar de los menores de edad.

## 2.1 MINORÍA DE EDAD Y CAPACIDAD DE OBRAR

Este apartado hemos de comenzar con una afirmación que al lector, muy probablemente, le parecerá de Perogrullo: menor de edad es todo aquél que no ha alcanzado la mayoría de edad. Este aserto, que en principio puede parecer que peca de absurdo por su obviedad, no es en absoluto baladí. Y es que, ni la CE ni nuestro CC esclarecen cuándo finaliza la minoría de edad, siendo el enfoque justamente el inverso; en otros términos, la CE y el CC nos ilustran la edad de inicio de la mayoría de edad, de modo que «[l]a minoría de edad se define formalmente por contraposición a la mayoría de edad»<sup>2</sup>. De esta suerte, el examen de la minoría de edad debe comenzar, imperiosamente, abordando la mayoría de edad.

La mayoría de edad (igual que la minoría) es un estado civil que implica para el sujeto el tránsito de un estatus caracterizado por su sometimiento a la patria potestad (o tutela) de sus responsables parentales (o tutor), y la consiguiente limitación de su capacidad de obrar, al reconocimiento de su plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico. Cuándo se llega a la mayoría de edad es una cuestión que no encuentra una respuesta unitaria en los distintos ordenamientos jurídicos, existiendo países en los que se alcanza a los dieciséis (v.g., Escocia), a los dieciocho (v.g., España<sup>3</sup>) e, incluso, a los veintiún años (v.g., Irlanda), y todo ello sin salir del continente europeo. Y es que, si bien es cierto que la edad legal para alcanzar la mayoría se pretende determinar en atención al desarrollo físico e intelectual del sujeto, finalmente son los propios legisladores estatales los que, conforme a su arbitrio (que no arbitrariedad ni capricho) fijan tal edad. ¿Por qué en España los dieciocho años? ¿Todos los sujetos maduran en España a dicha edad? ¿Por qué en

<sup>2</sup> PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles y ARENAS GARCÍA, Rafael, «Minoría de edad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, I, GETE-ALONSO CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 583.

<sup>3</sup> El artículo 1 de la Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre fijación de la mayoría de edad civil (BOE núm. 349, de 15 de diciembre de 1943) decía como sigue: «A los efectos civiles, la mayoría de edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos». No obstante, nuestro texto constitucional reduce la mayoría de edad a los dieciocho años y, posteriormente, en aras de adaptar nuestra legislación a las previsiones constitucionales, la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981) modifica el artículo 315 CC, cuyo primer párrafo pasa a tener la siguiente literalidad: «La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos».



Escocia los dieciséis años? ¿Maduran antes las personas en Escocia que en España? Parece evidente que no...

Como hemos señalado, la mayoría de edad en España se alcanza al cumplir los dieciocho años, tal y como declaran los artículos 12 CE y 315 CC<sup>4</sup>. No obstante, nuestro ordenamiento jurídico establece diversos supuestos en los que un sujeto, pese a no haber cumplido aún la edad legal para alcanzar la mayoría, puede realizar ciertos actos con eficacia jurídica<sup>5</sup>. A título meramente ejemplificativo, podemos citar el artículo 663.1.º CC<sup>6</sup> o el 9.4 LAP<sup>7</sup>.

Haciendo una interpretación *a contrario* de lo hasta ahora expuesto, podemos colegir que el menor de edad es aquel sujeto que no ha cumplido aún los dieciocho años y, por consiguiente, si bien goza de plena capacidad jurídica desde su nacimiento, esto es, de «aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones», por constituir ésta «una cualidad esencial de la persona que ostenta por el mero hecho de serlo»<sup>8</sup>, no tiene reconocida por nuestro ordenamiento jurídico una capacidad de obrar plena, entendida ésta como «la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos»<sup>9</sup>. No queremos con ello ni siquiera insinuar que el menor

<sup>4</sup> La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1, señala que «[p]ara los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». De esta suerte, se excluye del ámbito de la aplicación del convenio a quienes, aunque no hayan cumplido aún los dieciocho años, sean considerados mayores de edad por sus respectivas leyes nacionales.

<sup>5</sup> Estas situaciones son denominadas con cierta frecuencia, sin excesivo rigor técnico, «mayorías de edad especiales». No obstante, a diferencia de lo que ocurre cuando el sujeto cumple los dieciocho años, no se produce en tales supuestos «especiales» la extinción de la patria potestad o tutela a la que estuviera sometido el menor, ni se le reconoce una plena capacidad de obrar en el ámbito jurídico, sino que únicamente (aunque no es baladí) se le presume *iuris tantum* la capacidad para realizar ciertos actos jurídicos, consecuencia ésta que se deriva también cuando el sujeto cumple la edad fijada en los artículos 12 CE y 315 CC, si bien en este último caso la presunción *iuris tantum* de capacidad se extiende a la realización de cualquier acto jurídico.

<sup>6</sup> Conforme a este precepto, no tienen capacidad para testar los menores de catorce años. *A sensu contrario*, podemos interpretar que los mayores de catorce años tienen capacidad de obrar para otorgar testamento, evidentemente, siempre que los mismos tengan capacidad natural suficiente para ello (art. 663.2.º CC), capacidad natural que, sin embargo, se les presume *iuris tantum*. A lo dicho hay que oponer una excepción, a saber, el testamento ológráfico, para cuyo otorgamiento se exige la mayoría de edad (art. 688.1.º CC).

<sup>7</sup> Este precepto fija los dieciséis años como edad a partir de la cual se presume *iuris tantum* la madurez del menor para consentir toda actuación a realizar en el ámbito de su salud, excepto aquéllas que comporten grave riesgo para la vida o salud del menor –*vid. infra*, apartado 2.3.b)–, razón por la que se afirma que dicho precepto establece una suerte de «mayoría de edad sanitaria» (GALÁN CORTÉS, Julio César, «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre de 2009, p. 14).

<sup>8</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio et al. (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 956.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 956.

de edad carece por completo de capacidad de obrar. Nada más lejos de la realidad. Simplemente, que no tiene una capacidad de obrar plena o, en otros términos, que tiene una capacidad de obrar limitada, que se irá ampliando de modo gradual (se trata, por tanto, de una capacidad dinámica). De esta suerte, las limitaciones a la capacidad de obrar del menor de edad se irán removiendo progresivamente en atención a alguno de los criterios que siguen.

En primer lugar, un criterio cronológico basado exclusivamente en la edad del menor, conforme al cual se establecen ciertas etapas en su desarrollo biológico, ampliándose su capacidad de obrar al cumplir las diferentes edades de referencia. Como podemos comprobar, este modelo permite llegar a soluciones estandarizadas, aplicables a todos los menores con independencia de su desarrollo psicológico, respondiendo con ello a las exigencias de la seguridad jurídica.

En segundo lugar, un criterio basado en la madurez o discernimiento del menor, que pretende la adopción de decisiones personalizadas y, en consecuencia, más adecuadas desde la perspectiva de la Justicia material.

Por último, un criterio «mixto», fruto de la combinación de las dos formulaciones «extremas» anteriores. Ésta parece ser la pauta seguida en nuestro ordenamiento jurídico, pues, si bien para ciertos actos tanto el CC como diversas leyes especiales fijan edades concretas a partir de las cuáles se presume *iuris tantum* al menor la madurez suficiente para su realización («escala legal de edades»<sup>10</sup>), respecto de otros actos se ha de valorar *ad hoc* si el menor ostenta el grado de madurez necesario para realizarlos (v.g., los actos relativos a los derechos de la personalidad, *ex art.* 162.1.º CC), todo ello teniendo como telón de fondo los dieciocho años por entrañar el inicio de la mayoría de edad.

En definitiva, no se puede exponer la discusión «mayoría de edad-minoría de edad» en términos dicotómicos de «plena capacidad de obrar-incapacidad de obrar». El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada<sup>11</sup>, depen-

<sup>10</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, v. 45, núm. 4, 1992, p. 1422.

<sup>11</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 174; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *La protección...*, *op. cit.*, p. 1433; SANTOS MORÓN, María José, «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Año XXIII, núm. 5675, 2002, p. 3; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, El Valor de la Autonomía del Paciente en la Ley 41/2002, del 14 de Noviembre, Reguladora de los Derechos y Deberes de los Pacientes, en AA. VV., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 121.

diendo la extensión de dichas limitaciones de su edad biológica, madurez y del concreto acto que se propone realizar<sup>12</sup>. Como podemos comprobar, no es posible el establecimiento de un régimen jurídico unitario aplicable a todo menor de edad (con independencia de su edad biológica y de su madurez) en lo que a la eficacia jurídica de sus actos se refiere, pues, tomando en préstamo las palabras de RIVERO HERNÁNDEZ, «[n]o hay [...] *menor* sino *menores*»<sup>13</sup>.

## 2.2 DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y MENOR DE EDAD

Como hemos señalado en el apartado precedente, toda persona tiene, desde su nacimiento, capacidad jurídica; esto se traduce en que todo menor de edad tiene aptitud para ser sujeto de derechos. No constituyen una excepción los derechos de la personalidad, puesto que, al proteger éstos los «atributos de la persona que constituyan parte integrante de su esencia»<sup>14</sup> (*id est*, los bienes de la personalidad), su titularidad no deriva de la edad del sujeto, sino de la dignidad intrínseca a su propia condición de persona<sup>15</sup>. Ahora

---

<sup>12</sup> Estas limitaciones, por exigencia de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) (en adelante, Ley Orgánica 1/1996), deben interpretarse restrictivamente, al afirmar su artículo 2 lo que sigue: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en interés superior del menor».

<sup>13</sup> Estas palabras las escribe RIVERO HERNÁNDEZ como conclusión a un razonamiento que, por su claridad expositiva, reputamos oportuno transcribir íntegramente: «[...] no debe olvidarse que dentro de la minoría de edad quedan comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma. En el primero (incluso hasta los ocho o diez años) está poco desarrollada la razón, el ámbito de lo inteligible, y mucho más en cambio el de los sentimientos, que requieren especial atención. En el adolescente se va desarrollando el conocimiento (del mundo y de la vida, que importan aquí más que el de las matemáticas) y el entendimiento; el terreno de los sentimientos cede protagonismo ante el racional, no ya en importancia (que conserva), sino en el orden decisorio; el adolescente conoce más y mejor; por ello puede y debe intervenir en todo aquello que le interesa, opinando (audiencia) o decidiendo directamente. No hay, pues, *menor* sino *menores*» (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-177). En la misma línea, afirman PARRA LUCÁN y ARENAS GARCÍA que «[n]o hay una situación del «menor de edad», sino que hay «pluralidad de menores». Todo ello tiene su lógica si pensamos que, legalmente, son menores de edad un recién nacido, un niño de tres años y uno diecisiete [*sic*], y parece razonable que no reciban el mismo trato» (PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles y ARENAS GARCÍA, Rafael, *Minoría de...*, *op. cit.*, p. 596).

<sup>14</sup> BUSTOS PUECHE, José Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2.ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 18.

<sup>15</sup> MORENO ANTÓN, María, «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, DÍAZ MAROTO, Julio y RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, núm. 15, 2011, p. 97. Los derechos de la personalidad pueden ser definidos, en palabras de Díez GARCÍA, como «todos aquéllos que pretenden garantizar a la persona el goce y respeto de su propia

bien, habida cuenta de que el menor de edad tiene limitada su capacidad de obrar, nos preguntamos si el mismo puede ejercer con eficacia jurídica sus derechos de la personalidad<sup>16</sup>.

El estudio de esta cuestión debe partir del tenor literal del artículo 162.1.º CC, que, en su primer inciso, excluye de la representación legal que los padres ejercen sobre sus hijos menores no emancipados sujetos a patria potestad «[l]os actos relativos a derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo»<sup>17-18</sup>, exclusión cuyo alcance ha de

---

entidad e integridad en todas las manifestaciones físicas y espirituales» –DÍEZ GARCÍA, Helena, «Artículo 162», en AA. VV., *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, edición digital, p. 430–. Sostiene DE LAMA AYMÁ que todos los derechos de la personalidad comparten la naturaleza de fundamentales, por derivar de la dignidad intrínseca a toda persona, con independencia de que vengan reconocidos expresamente en nuestro texto constitucional como tales. De esta manera, «deberán incardinarse los derechos de la personalidad no reconocidos expresamente como fundamentales en otros derechos que sí lo estén. Es decir, deberá buscarse la fórmula para incardinar el derecho de la personalidad no recogido como derecho fundamental en otro derecho que sí esté reconocido como tal mediante la búsqueda de un elemento conexo que permita hacer del derecho fundamental en cuestión una interpretación amplia e inclusiva del derecho de la personalidad no recogido expresamente como derecho fundamental» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 33). En esta línea, tanto el TS como el TC reconocen al consentimiento informado en el ámbito sanitario la naturaleza de derecho fundamental, por derivación de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Por todas, SSTs de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3), 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197) y 19 de junio de 2007 (RJ 2007/5572), y la STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37). No obstante, no ha de olvidarse que el derecho al nombre, innegable derecho de la personalidad, es desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico por ley ordinaria, fundamentalmente la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011), «con lo que parece que al menos para el legislador no se trata de un derecho fundamental» –GARCÍA RUBIO, María Paz, «Los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, II, GETE-ALONSO CALERA, M.ª del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 605).

<sup>16</sup> Esta cuestión nos resulta de gran relevancia debido a que el derecho a prestar el consentimiento informado se incardina entre los derechos de la personalidad de todo sujeto, y, evidentemente, también del menor de edad, pues, como afirma ALVENTOSA DEL RÍO, «[l]as decisiones sobre su estado de salud [del menor] serían decisiones que afectarían a su integridad física y a su vida y, por tanto, serían actos relativos a derechos de la personalidad» –ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «El derecho a la autonomía de los pacientes», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, p. 197.

<sup>17</sup> En sede de tutela, afirma el artículo 267 CC lo que sigue: «El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación». A nuestro entender, pese a que el precepto transcrito no contiene referencia alguna a la madurez del menor como presupuesto para la ejecución personal de las actuaciones que le incumben, los actos relativos a los derechos de la personalidad del menor sujeto a tutela puede realizarlos éste personalmente (es decir, con exclusión de la representación legal que entraña la tutela) cuando, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitarlos *per se*, pues, en dichos supuestos, existe una ley que habilita al menor para realizar tales actos (cumpliéndose, por consiguiente, la exigencia del artículo 267 CC), a saber, el artículo 162.1.º CC, cuya aplicación analógica al caso presente entendemos plausible.

<sup>18</sup> El homólogo al artículo 162.1.º CC en la derogada Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia de Cataluña (BOE núm. 198, de 28 de septiembre de 1998) lo encontramos en el artículo 155.2.a), que exceptuaba de la representación legal atri-

ser interpretado de forma prudente en aras de no vaciar de contenido la representación legal que los padres ostentan respecto de sus hijos sujetos a patria potestad<sup>19</sup>. Observamos cómo es la madurez del menor el presupuesto que lo habilita para realizar personalmente los actos relativos a derechos de la personalidad, con exclusión de la representación legal ejercida por sus responsables parentales; dicho de otro modo, los menores sujetos a patria potestad pueden realizar aquellos actos relativos a derechos de la personalidad (como prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario) cuando tengan madurez suficiente para ello<sup>20</sup>, prevaleciendo, aun-

---

buida al padre y a la madre «[e]ls actes relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin ho disposin altrament». Como podemos comprobar, existían dos diferencias fundamentales entre el precepto catalán y el patrio. De un lado, el Código de Familia no hacía referencia a la madurez como condición para el ejercicio por el menor de sus derechos de la personalidad. De otro, el precepto catalán permitía la representación legal de los hijos sujetos a patria potestad por sus padres en el ámbito de los derechos de la personalidad cuando así lo posibilitara la Ley. Interpretando conjuntamente ambas conclusiones, coincidimos con DE LAMA AYMÁ en que del precepto autonómico «parece deducirse que, salvo que una ley la prevea de forma excepcional, la representación queda excluida en el ámbito de los derechos de la personalidad exista o no madurez suficiente del menor de edad» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 71). No obstante, la ley catalana de 1998 es derogada por la vigente Ley 25/2010, de 29 de julio, del Código Civil de Cataluña (Libro Segundo – Persona y Familia) (DOGC núm. 5686, de 5.8.2010; BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010), cuyo artículo 211-5.a) declara: «El menor puede hacer por sí solo, según su edad y capacidad natural, los siguientes actos: a) Los relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa». De este modo, el nuevo precepto autonómico, con una literalidad que se asemeja en lo sustancial al artículo 162.1.º CC, establece un «modelo intermedio o ecléctico», que «si bien parte de la tesis de la madurez, no renuncia a la oportunidad de prever, para actos de especial trascendencia –tanto personal como patrimonial–, ciertos límites objetivos expresamente predefinidos por la norma, fundamentados en el simple *factum* de que se haya o no alcanzado una edad previamente estipulada. En otras palabras, tan solo se reconocerá, o mejor dicho se presumirá, la capacidad natural a partir de un específico momento cronológico, que oscilará en atención a la naturaleza de los hechos ante los que nos encontremos» –RAVELLAT BALLESTÉ, Isaac, «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipado a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (arts. 211-3 y 211-5)», *InDret*, núm. 3, 2017, p. 8–.

<sup>19</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ advierte de los peligros que una interpretación «magnánima» del primer párrafo del artículo 162 CC entrañaría: «Qué duda cabe que cualquier contrato cuyo contenido consista en una prestación personal, de una u otra forma implica en su cumplimiento a alguno de estos derechos [de la personalidad], máxime cuando la formulación de los mismos, que escapan a cualquier enumeración taxativa, abarcan todos los aspectos de la personalidad humana; por lo que parece que una magnánima interpretación del primer apartado del artículo 162, vaciaría de contenido al último párrafo del mismo, así como dejaría bastante obsoleta la representación legal, en perjuicio, incluso, del propio hijo» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Separata. El trabajo del menor de edad», en *La tutela de los derechos del menor. 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pp. 426-427).

<sup>20</sup> Se habla en estos supuestos de «menor maduro», cuya base teórica «se halla en el principio de que los derechos de la personalidad y otros derechos civiles pueden ser ejercitados por el individuo desde el mismo momento en que éste es capaz de disfrutarlos, lo que puede suceder, y seguramente sucede con gran frecuencia, bastante antes de los 18 años» –GRACIA GUILLÉN, Diego *et al.*, «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, GRACIA GUILLÉN, Diego y JÚDEZ GUTIÉRREZ, Francisco Javier (eds.), Triacastela, Madrid, 2004, p. 133–.

que parezca contravenir la seguridad jurídica, «el criterio casuístico frente al cronológico»<sup>21</sup>.

Madurez es equivalente, por lo general, a capacidad natural, si bien el primero de los términos se reserva para los menores de edad mientras que, por su parte, la locución capacidad natural se suele utilizar en relación con los adultos<sup>22</sup>. Ambas nociones hacen referencia a la capacidad cognitiva, intelectual y volitiva de la persona en general y, en lo que a nosotros nos interesa a los efectos del presente trabajo, del menor de edad. Así, en palabras de ALVENTOSA DEL RÍO, «el suficiente grado de madurez implica el conocimiento del contenido de los derechos que se ejercitan y de los efectos y consecuencias de este ejercicio»<sup>23</sup>. Sin embargo, el criterio de la madurez, pese a ser el utilizado por el artículo 162.1.º CC con relación al ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor de edad, conlleva un problema esencial, a saber, la dificultad de determinar en la práctica cuándo el menor cumple las condiciones de madurez necesarias para el ejercicio de un cierto derecho de la personalidad. Un adecuado abordaje de la cuestión planteada exige, inexcusablemente, escapar a la tentación de proponer respuestas abstractas, absolutas y pretendidamente válidas para todos los supuestos. La realidad es mucho más compleja, pues la madurez que se exige al menor de edad para ejercitar sus derechos de la personalidad depende del concreto derecho de que se trate y del espe-

<sup>21</sup> SANTOS MORÓN, María José, «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, DÍAZ MAROTO, Julio y RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, p. 64.

<sup>22</sup> La identificación «madurez-capacidad natural» es predicable en la generalidad de los supuestos. Sin embargo, hay situaciones en las que el paciente sufre una enfermedad que le provoca una merma cognitiva (v.g., anorexia nerviosa), en cuyo caso el sujeto, aun pudiendo ser en principio maduro, puede no reunir las condiciones de capacidad natural suficientes para prestar el consentimiento informado a una determinada actuación sanitaria (v.g., la alimentación artificial). En tales supuestos se impone la distinción entre inmadurez e incapacidad y, en todo caso, «[s]e deberá valorar [...] en qué momento se encuentra el desarrollo cognitivo y emocional del paciente y si está influido o no por la enfermedad» (VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 5, 2007, pp. 50-51).

<sup>23</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *El derecho...*, op. cit., p. 198. A nivel normativo, el Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, en su artículo 2.f), define la madurez psicológica como el «[d]esarrollo suficiente de la capacidad intelectual y volitiva de la personalidad, que le permite la toma de decisiones con un conocimiento apropiado de su fundamento, una previsión razonable de sus consecuencias y una asunción lógica de las mismas, de forma adecuada al contexto». En sentido similar, la Observación General núm. 12 del Comité de Derechos del Niño, sobre «El derecho del niño a ser escuchado» (CRC/C/CG/12, 20.7.2009), disponible en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en) (última consulta el 12.9.2018), define en su párrafo 30 la «madurez» como «la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado».

cífico acto que pretenda realizar. Así, con relación al derecho a prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario, no se le exige al menor el mismo grado de madurez para consentir una auscultación médica que una intervención quirúrgica de apendicectomía. En suma, es necesaria una valoración *ad hoc* de la madurez del menor para el ejercicio de sus derechos de la personalidad<sup>24</sup>.

Ahora bien, la excepcional relevancia que exhibe la madurez del menor como presupuesto que lo habilita para el ejercicio de los derechos de la personalidad contrasta con la ingente dificultad que entraña en la práctica la valoración de su capacidad debido a la ausencia en nuestro país de un protocolo estandarizado y validado para la evaluación objetiva de la madurez del menor<sup>25</sup>. En el ámbito sanitario, pese a que el artículo 9.3.c) LAP (regulador del consentimiento por representación en el concreto supuesto de los

---

<sup>24</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, pp. 181-182; MORENO ANTÓN, María, *La libertad...*, *op. cit.*, p. 97; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 960; SANTOS MORÓN, María José, *Menores y...*, *op. cit.*, p. 64. Sobre la problemática abordada en las líneas presentes se pronuncia con elevada lucidez la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 3 de marzo de 1989 (RU 1989/2380), que transcribimos parcialmente: «No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (*vid.* art. 162-1.º del Código Civil); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (*vid.* arts. 46, 443, 662, 992, 1246 y 1263 del Código Civil, y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad». Este razonamiento es reproducido por el mencionado organismo en su resolución de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631), con cita de la precedente de 3 de marzo de 1989. En sentido similar se pronuncia la Fiscalía General del Estado en Instrucción de 15 de marzo de 2006 (JUR 2006/94040), que dice como sigue: «el Código Civil (LEG 1889, 27) no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate».

<sup>25</sup> SIMÓN LORDA, Pablo y BARRIO CANTALEJO, Inés, «La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico», *Revista Española de Pediatría* vol. 53, núm. 2, 1997, pp. 107-118; DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, «El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas», *Información psicológica*, n. extra 100, septiembre-diciembre de 2010, p. 66.

menores de edad) no dilucida quién ha de valorar la madurez del menor para prestar el consentimiento informado, de la interpretación sistemática de la LAP y, esencialmente, de sus artículos 5.3 y 9.3, se deduce que es el médico responsable de la asistencia al que corresponde realizar dicho juicio de capacidad<sup>26</sup>. Sin embargo, el facultativo no cuenta para realizar una labor de tan ingente relevancia con protocolo alguno que le ilustre, con mayor o menor detalle, sobre cómo realizar tal juicio de capacidad, lo que le genera una gran sensación de desasosiego e inseguridad. Habida cuenta de que muchos profesionales sanitarios no tienen formación especializada que les permita realizar dicha tarea con una destreza suficiente, lo idóneo es acudir a especialistas en psicología infantil, profesionales que pueden adentrarse en la psique del menor de edad en aras de aprehender su capacidad para entender la información asistencial y para adoptar una decisión inteligente sobre el curso de acción sanitaria a seguir. No obstante, pese a no ser especialistas en la materia, no nos resistimos a sugerir, con absoluta cautela, una reflexión que nos parece evidente: la madurez del menor no está necesariamente anudada a su edad biológica. Obviamente, un sujeto con dieciocho años cumplidos, en la generalidad de los casos, presenta mayor grado de madurez que un menor que recién ha cumplido los catorce años y, ni que decir tiene, que aquél de solo tres meses de edad. Sin embargo, la madurez de las personas no se conecta de modo inmediato y directo con su edad biológica, sino con su «edad mental o desarrollo psíquico, que no guarda rigurosa equivalencia con aquélla»<sup>27</sup>, sino, más bien, con sus experiencias vitales<sup>28</sup>. Las personas se desarrollan en patrones de socialización; de esta suerte, el menor adquiere la madurez de

<sup>26</sup> NIETO ALONSO, Antonia, «El recurso a la autonomía de la voluntad como instrumento idóneo para asegurar la protección y el bienestar de la persona», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz (coord.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 634-635; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La autonomía... op. cit.*, p. 39; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 270.

<sup>27</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés... op. cit.*, 297.

<sup>28</sup> Desde nuestra perspectiva, la Ley Orgánica 1/1996 se inspira en este concepto de madurez, como capacidad natural conectada directamente, no con la edad del sujeto, sino con su desarrollo psicológico, haciendo un uso implícito del criterio del discernimiento para evaluar el grado de madurez ostentado por el menor de edad. Así, no debe extrañar, pese a la sorpresa reconocida por JUNQUERA DE ESTÉFANI, «que la ley, tras haber declarado en la exposición de motivos que su capacidad de obrar es evolutiva, en el transcurso del articulado solo mencione al *menor* en general y no diferenciando etapas en su desarrollo» —JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael, «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 480—, siempre que se tenga bien claro que la Ley Orgánica 1/1996 no vincula el desarrollo evolutivo de la madurez a la edad biológica del menor, sino a su desarrollo psicológico.



modo progresivo o evolutivo<sup>29</sup>, a medida que participa en diversos escenarios de socialización, contribuyendo a su mayor o menor capacitación para formarse una opinión razonable e independiente, más allá del elemento meramente cronológico de su edad biológica, «la información, el nivel educativo, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el grado de apoyo»<sup>30</sup>. Así, una menor con trece años que ha vivido desde muy niña largas temporadas en un hospital, siendo sometida a dolorosos tratamientos contra el cáncer, puede tener madurez suficiente para adoptar decisiones en el ámbito de su salud<sup>31-32</sup>, mientras que un menor con diecisiete años cumplidos (o, por qué no, un mayor de edad), bien porque no haya experimentado vivencias en la esfera sanitaria que le hayan permitido madurar o bien porque sus padres y/o la comunidad médica no le hayan permitido la participación en dicho concreto escenario de socialización, puede no poseer el grado de madurez suficiente para adoptar tales decisiones. Del mismo modo, es posible que la menor de trece años del ejemplo anterior pueda tener madurez para adoptar decisiones en el ámbito de su salud, pero, por el contrario, no la tenga para contraer matrimonio. Con lo cual, podemos concluir que el menor de edad no es maduro o inmaduro, sino que es maduro o inmaduro «para hacer algo», siendo esencial, en aras de promover el desarrollo de su personalidad y capacidades cognitivas, intelectivas y volitivas en cualquier ámbito de su vida (incluyendo la esfera sanitaria), su integración en el proceso de adopción de aquellas decisiones que le incumben, debiendo siempre ser escuchada su opinión.

En definitiva, de la lectura del artículo 162.1.º CC en su inciso primero, se deduce que el menor de edad puede realizar por sí mismo los actos relativos a sus derechos de la personalidad (incluyendo, evidentemente, la prestación del consentimiento informado en el ámbito sanitario) cuando tenga madurez suficiente para ello.

---

<sup>29</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 957; MORENO ANTÓN, María, *La libertad...*, *op. cit.*, p. 97; COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN, *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, disponible en <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad>, p. 4 (última consulta el 12.9.2018).

<sup>30</sup> RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, *La capacidad...*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>31</sup> Coincidimos con SIMÓN LORDA y BARRIO CANTALEJO en que «[l]a tradicional afirmación de que los menores son, por definición, incapaces para tomar decisiones sanitarias en cuestiones que les afecten, carece actualmente de base ética y jurídica» (SIMÓN LORDA, Pablo y BARRIO CANTALEJO, Inés, *La capacidad...*, *op. cit.*, p. 117).

<sup>32</sup> En esta línea, las autoridades sanitarias británicas respaldaron la madurez de la menor Hannah Jones, de trece años de edad, para rechazar una intervención quirúrgica necesaria a fin de corregir una lesión coronaria, pese a que la negativa a la operación entrañaría muy probablemente su óbito en un período aproximado de seis meses. *Vid. infra*, apartado 3.3.

Pese al tenor del mencionado precepto, que deja lugar a escasa duda, un importante y autorizado sector de nuestra doctrina defiende la posibilidad de que los responsables parentales puedan limitar el ejercicio por el menor maduro de sus derechos de la personalidad, limitaciones que encontrarían su fundamento en el ejercicio de la patria potestad de la que son titulares aquéllos *ex* artículo 154 CC y, concretamente, en el ejercicio del deber de velar por los hijos que les impone el citado precepto<sup>33</sup>. Este sector doctrinal parece encontrar un argumento en defensa de su postura en el segundo inciso que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>34</sup> (en adelante, Ley 26/2015) añade al artículo 162.1.º CC, conforme al cual «los responsables parentales intervendrán en estos casos [cuando el menor sea suficientemente maduro] en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia»<sup>35</sup>. Se trata de una intervención obligatoria por parte de los responsables parentales, con fundamento en sus deberes de cuidado y asistencia al menor derivados de la patria potestad. Ahora bien, el precepto, como puede comprobarse con su mera lectura, presenta una redacción excesivamente abstracta, que no resuelve dos cuestiones esenciales.

En primer lugar, no especifica cómo han de intervenir los responsables parentales; esto es, si tienen que intentar convencer al menor de que ejercite sus derechos de la personalidad en un determinado sentido, si pueden imponerles coactivamente ciertas decisiones, o si lo que deben hacer es acudir al juez para que sea éste quien decida. Bajo nuestro punto de vista, fallando la vía del diálogo con el menor, a la que ya podían acceder los progenitores antes de la modificación de 2015, el último recurso que les resta es acudir ante el juez en ejercicio de la facultad que les atribuye el artículo 158 CC (tradicionalmente en su apartado cuarto y, tras la Ley 26/2015, en el sexto<sup>36</sup>) y del que, igualmente, ya disponían antes de la citada reforma.

---

<sup>33</sup> Díez GARCÍA, Helena, *Artículo 162*, *op. cit.*, p. 428; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, *La protección...*, *op. cit.*, p. 1440.

<sup>34</sup> BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

<sup>35</sup> En tal sentido, sostiene Díez GARCÍA que no puede admitirse «que los representantes legales lleven a cabo un acto relativo a la esfera de los derechos de la personalidad de su representado contra su voluntad o sin su consentimiento si éste ostenta aptitud natural, porque este ámbito está excluido *ex lege* de su poder de representación. Cuestión distinta será que, en su interés *ex* artículo 2 LO 1/96, resulten los progenitores autorizados a intervenir aun en esta hipótesis en cumplimiento de su deber de vela *ex* artículo 154. Y, éste es el sentido que hoy cabe atribuir al párrafo segundo del punto primero de este artículo 162» (Díez GARCÍA, Helena, *Artículo 162*, *op. cit.*, p. 431).

<sup>36</sup> Conforme al artículo 158.6 CC, en su primer inciso, el Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, debe dictar «[e]n general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por

En segundo lugar, no dilucida de manera indubitada el nuevo inciso incorporado al artículo 162.1.º CC en qué condición deben intervenir los responsables parentales, es decir, si su intervención es a título de representantes legales o como titulares de la patria potestad que tienen el deber de velar por sus hijos. A nuestro juicio, cuando el menor tiene suficiente madurez para ejercitar un cierto derecho de la personalidad, los responsables parentales no pueden intervenir como representantes legales, pues el artículo 162.1.º CC excluye la representación legal en dicho supuesto<sup>37</sup>. Sin embargo, aun cuando el menor carezca de madurez suficiente para ejercitar por sí mismo un determinado derecho de la personalidad, la representación legal por parte de los responsables parentales debe ser excluida, habida cuenta de que no cabe tal representación en el ámbito de los derechos de la personalidad<sup>38</sup>. En ambos supuestos, a saber, estemos o no ante menores maduros, la intervención de los responsables parentales ha de ser para protegerlos, para prestarle su asistencia o asesoramiento, y no para representarlos<sup>39</sup>. Por tanto, coincidimos con Ruiz-Rico Ruiz-Morón en que la incorporación

---

el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses». Estas mismas medidas puede acordarlas el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en los supuestos de tutela o guarda (de hecho o de derecho) de menores e incapaces, cuando así lo requiera su interés, *ex* artículo 216 CC.

<sup>37</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, pp. 301-302; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>38</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, p. 187; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 77; DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 74. Afirma esta última autora que «[p]arte de la doctrina ha puesto de manifiesto que, si negamos la posibilidad de actuación de la representación en los derechos de la personalidad cuando el menor no puede actuar por sí mismo, los intereses de los hijos podrían quedar lesionados. Sin embargo, creemos que al impedir la representación en el ámbito de la personalidad, precisamente lo que se persigue es la protección de los intereses del menor pues, si bien en la esfera patrimonial la representación es una garantía de la tutela de los intereses del hijo, en la esfera de la personalidad la protección pasa por renunciar, como regla general, a la representación porque solo así se respeta al menor como persona lo cual no significa que no existan otros medios para evitar que el menor sufra perjuicios o que la representación legal no pueda actuar de forma excepcional» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 67).

<sup>39</sup> En este sentido, sostiene O'CALLAGHAN MUÑOZ que el párrafo segundo del artículo 162.1.º CC «tiene un carácter tan general que realmente queda inmerso en la norma del artículo 154» (O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.ª edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 267). Por su parte, se postula VALPUESTA FERNÁNDEZ, ya con anterioridad a la introducción por la Ley 26/2015 del segundo inciso al artículo 162.1.º CC, en favor de una intervención parental de «asistencia o asesoramiento» al menor en el ejercicio de actos relativos a los derechos de la personalidad, intervención que, a nuestro parecer, encuentra perfecto encaje en el artículo 154 CC: «más que como una norma habilitante de actuación exclusiva del menor, se configura [el artículo 162.1.º CC] como una delimitación de una parcela de intereses cuya gestión no pueden asumir los padres por representación, es decir sustituyendo plenamente la posibilidad de decisión de los hijos, sino que ha de quedar reservada a estos últimos. Excepción a la representación legal que no implica necesariamente que el menor tenga que asumir por sí solo, si tiene suficiente juicio, la realización de estos actos, sin ningún tipo de asistencia o asesoramiento, siempre que la misma no implique privarle del núcleo de decisión» (VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, *Separata. El trabajo...*, *op. cit.*, p. 426).

por la Ley 26/2015 del segundo inciso en el artículo 162.1.º CC constituye

«una forma de dejar constancia, tal y como se venía subrayando en la doctrina, de que cuando los padres decidan y actúen en el marco de los derechos de la personalidad del hijo, ya sea por no gozar éste de suficiente madurez o teniéndola cuando se trate de evitarles un perjuicio, o en los supuestos en que las leyes reguladoras de tales derechos les legitimen para ello, lo harán, y lo deberán hacer, no en representación del hijo –son derechos personalísimos– sino en cumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia que integran la función de protección de la persona del hijo»<sup>40</sup>.

En las líneas precedentes hemos planteado la problemática del ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor de edad desde la perspectiva de una norma general como es nuestro CC. A continuación, nos vamos a centrar en el tratamiento de dicha cuestión en el específico ámbito sanitario y, más concretamente, en las posibilidades atribuidas por la LAP –arts. 9.3.c) y 9.4– al menor de edad para la prestación del consentimiento informado a una actuación relativa a su salud, pudiendo comprobar cómo la imprecisa redacción de los citados preceptos genera una ingente problematización en su aplicación práctica. Debido a que la regulación contenida en la LAP «no puede presentarse como una regulación autónoma, dictada al margen del conjunto del Ordenamiento Jurídico»<sup>41</sup>, en el apartado que sigue conjugamos la regulación contenida en la LAP (específicamente prevista para el ámbito sanitario) con la regulación tradicional recogida en el CC, con el fin de encontrar las soluciones más coherentes y respetuosas con los derechos y protección del menor de edad.

### 2.3 MENOR EN EL ÁMBITO SANITARIO

Como ya sabemos, el consentimiento informado en el ámbito sanitario comparte la naturaleza jurídica de los derechos de la per-

---

<sup>40</sup> RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2016, p. 56.

<sup>41</sup> DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón, «El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, p. 207. Se trata de una afirmación referida por el autor a la presunción de madurez del menor con dieciséis años de edad en el ámbito sanitario prevista en el artículo 9.3.c) LAP (art. 9.4 tras la modificación operada por la Ley 26/2015); sin embargo, no encontramos óbice alguno a la aplicación extensiva de tal afirmación al conjunto de la LAP.

sonalidad<sup>42</sup>, correspondiendo su ejercicio, como regla general, al paciente titular del mismo. No obstante, el artículo 9.3 LAP contempla una serie de supuestos en los que, pese a que el paciente conserva la titularidad del derecho a consentir, es una persona distinta la que *de facto* otorga el «consentimiento por representación»: 1) cuando el paciente no tiene suficiente capacidad de hecho o natural para prestar el consentimiento; 2) cuando el paciente tiene modificada su capacidad judicialmente, y 3) cuando el paciente es un menor de edad sin madurez suficiente para decidir (con los matices que exponemos en los apartados que siguen). A los efectos del presente trabajo, nos interesa solo el último de los referidos supuestos de consentimiento por representación, a saber, cuando el paciente es menor de edad.

Esta cuestión viene regulada en los artículos 9.3.c)<sup>43</sup> y 9.4<sup>44</sup> LAP<sup>45</sup>, preceptos cuya redacción adolece de una preocupante falta

<sup>42</sup> ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, *El derecho...*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>43</sup> Dice el precepto: «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

<sup>44</sup> Establece el aludido precepto: «Cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo».

<sup>45</sup> Pese a la gran relevancia de la cuestión objeto de estudio, es en la LAP, de 2002, cuando por primera vez el legislador aborda expresamente su regulación. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986) establecía, en su artículo 10.6 (derogado por la LAP), los casos en que el médico podía intervenir sin contar con el previo consentimiento escrito del usuario, entre los que podíamos encontrar, en la letra b), el que sigue: «Cuando [el usuario] no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas». Pese a que el precepto no incluía referencia alguna a los menores, en la práctica se reputaba la minoría de edad como uno de los supuestos de incapacidad para la adopción de decisiones y, en consecuencia, «la posición del menor [quedaba] enmarcada dentro de las excepciones al principio general de libre elección del tratamiento y sometido al consentimiento por representación» –DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, p. 290–. En este mismo sentido, esto es, como sujeto incapaz de consentir que, en consecuencia, queda sometido a la decisión de la persona legalmente habilitada para ello, nos presenta el *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) al menor de edad en su artículo IV. C.-8:108 (3) (a), en virtud del cual: «(3) In so far as the patient is incapable of giving consent, the treatment provider must not carry out treatment unless: (a) informed consent has been obtained from a person or institution legally entitled to take decisions regarding the treatment on behalf of the patient». Cierto es que el precepto no incluye referencia alguna al menor de edad; sin embargo, los comentarios al mismo nos permiten concluir que el concepto de *incapable* utilizado por el artículo IV. C.-8:108 (3) abarca tanto a incapaces naturales como a sujetos con la capacidad modificada judicialmente e, incluso, a menores de edad. Literalmente, dicen los comentarios: «The rule also deals with circumstances where the patient is not able to express consent [paragraph (3)]; in such a case, a third party entitled to decide on behalf of the patient may give consent to

de claridad y que plantean una ingente problemática en su aplicación práctica<sup>46</sup>, lo que explica que nos encontremos ante una de las cuestiones más controvertidas cuando del consentimiento informado hablamos. En el presente apartado nos proponemos explicar la regulación contenida en sendos preceptos con la mayor claridad que nos permita la confusión que alberga su propia literalidad.

a) **Menores de edad no emancipados y por debajo de los dieciséis años**

Conforme al artículo 9.3.c) LAP, cuando el paciente menor de edad no tiene capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo otorga su representante legal tras escuchar su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 Ley Orgánica 1/1996. Por tanto, si el menor tiene capacidad intelectual y emocional para entender el alcance de la intervención, es él quien debe prestar el consentimiento informado, mientras que, si no satisface el juicio de capacidad, es su representante legal el que otorga el consentimiento por representación tras escuchar al menor, teniendo su opinión tanto más en cuenta cuanto mayor sea su edad y grado de madurez, tal y como prevé el artículo 9.1 Ley Orgánica 1/1996.

Esta regulación, fruto del tenor del artículo 9.3.c) LAP introducido por la Ley 26/2015, resulta mucho más respetuosa con el derecho a la autonomía del paciente menor de edad que la que deriva de la redacción previa a la mencionada reforma. Antes de 2015, el artículo 9.3.c) LAP establecía que, cuando el paciente menor de edad no fuera capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el

---

the treatment. Depending upon the legal system concerned, this third party may be the parent of a minor, a guardian, a family counsellor or an administrative or judicial body» – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992–. No obstante, los comentarios oficiales admiten la posibilidad de que un menor de edad pueda entender la información relativa a su salud, conclusión que parece deducirse del siguiente ejemplo aportado por los propios comentaristas: «A 12-year old child has an illness that can be treated by surgery. There are some risks involved, but also substantial benefits. Under the relevant national law it is up to the child's parents to give consent, but at this age the child already can understand the question and decide» – STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN y CLIVE, ERIC (eds.), Sellier, Munich, 2009, Artículo IV. C.-8:108, Comentario A (*General idea*), p. 1992–.

<sup>46</sup> Si bien la interpretación de los mencionados preceptos no resulta en modo alguno pacífica, no podemos ocultar que, como vemos en los apartados que siguen, algunas de las dudas que planteaba la redacción originaria de la LAP son resueltas con la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015.

alcance de la intervención, el consentimiento lo daría su representante legal, después de haber escuchado su opinión si éste tenía doce años cumplidos. La referencia contenida en el precepto a los doce años hacía necesaria la distinción entre dos grupos de edad a los que la normativa atribuía un tratamiento distinto –y a los que había que añadir el grupo de los menores emancipados o que hubieran cumplido dieciséis años, cuya regulación se contenía en el artículo 9.3.c) *in fine* LAP–: los menores entre doce y dieciséis años, de un lado, y los menores por debajo de los doce años, de otro. Si el menor incapaz (en el sentido de inmaduro) había cumplido los doce años, el consentimiento habría de prestarlo su representante legal tras escuchar su opinión; por el contrario, si el menor incapaz no había llegado aún a dicha edad, el consentimiento lo prestaría igualmente su representante legal, pero sin exigir la ley que la opinión del menor fuera ni siquiera escuchada. El tratamiento legal de los menores por debajo de los doce años planteaba, antes de la Ley 26/2015, diversos interrogantes, que podemos resumir en dos fundamentales.

En primer lugar, surgía la duda de si el menor por debajo de los doce años con capacidad intelectual y emocional para entender el alcance de la intervención, podía o no prestar el consentimiento informado a la misma. La doctrina mayoritaria respondía a dicha cuestión en sentido negativo, sosteniendo que, en el caso de que el paciente no hubiera cumplido aún los doce años, el consentimiento habría de ser prestado por su representante legal, no siendo su opinión vinculante con independencia de su mayor o menor capacidad natural o madurez<sup>47</sup>. Nuestra postura, sin embargo, se opone a la opinión mayoritaria, pues consideramos que, conforme a la redacción del artículo 9.3.c) LAP anterior a la reforma de 2015, cualquier menor por debajo de los dieciséis años podía prestar su consentimiento si superaba el juicio de capacidad que había de realizar el médico, al margen de la edad que tuviese (es decir, ya hubiera el paciente cumplido o no los doce años), si bien mientras más joven fuera el paciente más complicado sería que en la práctica el profesional sanitario pudiera reputar cubierto el mínimo de madurez exigido para consentir o rechazar un tratamiento o intervención<sup>48</sup>. La principal apoyatura de nuestro posicionamiento la constituye la propia lite-

<sup>47</sup> DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen, *El consentimiento...*, *op. cit.*, p. 65. En el mismo sentido, COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN, *Guía de Consentimiento Informado*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-consentimiento-informado>, p. 17 (última consulta el 12.9.2018). También, COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA, *Recomendaciones del Comité de Bioética de Cataluña ante el rechazo de los enfermos al tratamiento*, abril de 2010, <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/2010/cbrechazotr.pdf>, p. 6 (última consulta el 2 de octubre de 2017).

<sup>48</sup> DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 342.

ralidad del artículo 9.3.c) LAP antes de la modificación de 2015, puesto que, en ningún momento, el precepto excluía la decisión del menor por debajo de los doce años si el mismo era reputado maduro por el médico responsable de su asistencia. Cosa distinta, reiteramos, es la dificultad que en la práctica representa para un menor que aún no ha cumplido los doce años de edad superar dicho juicio de capacidad, habida cuenta de, como regla general, sus escasos (prácticamente nulos en la generalidad de los supuestos) conocimientos en materia sanitaria, su limitada capacidad de raciocinio y su reducida experiencia vital, todo ello debido a su corta edad. No obstante, y aun a riesgo de resultar reiterativos, si en un caso concreto el paciente menor de doce años fuera juzgado capaz intelectual y emocionalmente de entender el alcance de la intervención, no encontramos en la redacción del artículo 9.3.c) LAP anterior a 2015 óbice a la prestación del consentimiento personalmente por el paciente<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Ésta parece ser la postura sostenida por el Tribunal Constitucional en un polémico y mediatizado caso ocurrido en España en la década de 1990. Marcos A. V., menor de trece años que profesa la religión de los Testigos de Jehová, es diagnosticado el 8 de septiembre de 1994 de un grave riesgo hemorrágico días después de sufrir una caída en bicicleta. El personal sanitario de la Policlínica de Fraga (Huesca) prescribe la realización de una transfusión sanguínea con el fin de neutralizar el riesgo de sangrado. En ese momento, los padres se oponen a la transfusión prescrita, manifestando, educadamente, que su religión (ambos son, al igual que su hijo, testigos de Jehová) se opone a las transfusiones sanguíneas, rogando que se aplique un tratamiento alternativo, a lo que el personal sanitario responde que no conocen ningún otro tratamiento que pueda resultar eficaz para el fin terapéutico perseguido. Ante esta situación, los padres solicitan el alta voluntaria de Marcos para trasladarlo a otro centro hospitalario donde se le pueda aplicar un tratamiento distinto. Esta solicitud no es atendida por la policlínica, sino todo lo contrario: considerando que la vida del menor corre peligro, a las cuatro y media de la mañana del día 9 de septiembre de 1994, el personal del hospital solicita al Juzgado de Guardia autorización para poder aplicar la transfusión al menor aun en contra de su voluntad y la de sus padres, autorización concedida por el Juzgado a las cinco de la mañana únicamente para el caso de que la transfusión sea necesaria para salvar la vida de Marcos. Los médicos consideran que se cumple tal requisito, puesto que la transfusión es necesaria para evitar el riesgo hemorrágico y no existe tratamiento alternativo alguno, con lo que deciden transfundir al menor. Al comunicarle esta decisión a los padres, éstos no se oponen ni intervienen en el curso posterior de los acontecimientos, asumiendo lo dicho por los médicos como una voluntad que les viene impuesta. Sin embargo, al informar de tal situación al menor reacciona con terror, pues considera que su religión le prohíbe recibir transfusiones sanguíneas. Los médicos lo intentan convencer en reiteradas ocasiones, sin éxito, de que se someta a la transfusión. Tras varios intentos fallidos, solicitan a los padres que intenten persuadir a su hijo ellos mismos, a lo que se niegan por contravenir sus creencias religiosas. En este contexto, los médicos consultan con el Juez de Guardia la posibilidad de aplicar algún tipo de anestésico al menor para poder transfundirlo, pero, finalmente, no hacen uso de dicha técnica, considerándola inapropiada ética y médicamente por los riesgos que comporta. Durante la mañana de ese mismo día 9 de septiembre, el personal sanitario del hospital concede al menor el alta voluntaria, previamente demandada por sus padres, si bien éstos solicitan que se permita a su hijo permanecer en el centro hasta que puedan encontrar otro donde se le aplique un tratamiento alternativo, a lo que el hospital Arnau de Llérida se niega por causas que se ignoran, aunque probablemente sea por considerar que, una vez obtenido el alta voluntaria y sin que se pueda aplicar la transfusión al menor, no tiene sentido que siga en el centro. Por ello, es trasladado a su domicilio en la tarde de ese mismo día. Los padres continúan en la búsqueda de un nuevo especialista que aplique a su hijo un tratamiento alternativo, llevando al menor tanto al Hospital Universitario Materno-Infantil del Vall



d'Hebrón de Barcelona como al Hospital General de Cataluña. Desde ambos centros se comunica a los padres que no disponen de un tratamiento alternativo a la transfusión que sea eficaz en el caso de Marcos. No conociendo ningún otro centro donde trasladar al menor, los padres vuelven a casa con su hijo. La situación de Marcos empeora y, finalmente, el Juez de Fraga dicta el 14 de septiembre un auto por el que autoriza la transfusión al menor. Ese mismo día se presenta una comisión judicial en el domicilio de Marcos para trasladarlo al Hospital de Barbastro con el fin de aplicarle la transfusión. Los padres vuelven a manifestar que dicho proceder es contrario a sus creencias religiosas, pero no se oponen a la orden judicial. Al centro hospitalario llega el niño en coma profundo y, tras practicársele la transfusión sanguínea, es trasladado, por orden médica, al Hospital Miguel Servet de Zaragoza, donde llega sobre las veintitrés horas y treinta minutos del día 14 de septiembre con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las veintiuna horas y treinta minutos del día 15 de septiembre. Se inicia, con estos antecedentes de hecho, un proceso penal en el que se acusa a los padres de Marcos de ser autores de un delito de homicidio en comisión por omisión. El periplo judicial de este caso finaliza con la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 18 de julio de 2002, donde sostiene que «la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias». A la exculpación de los progenitores sentenciada por el Tribunal Constitucional se opone BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO al entender que la vida y salud son bienes primarios de toda persona, con inclusión, obviamente, del menor de edad, incumbiendo a sus representantes legales el deber de hacer todo lo posible para contribuir a su protección, sin que dicho deber pueda quedar condicionado por creencias religiosas «manifiestamente contrarias a las decisiones razonables, menos aún a las indiscutibles, desde un punto de vista médico» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2002, pp. 1986-1987). Quien escribe, sin embargo, coincide con SANTOS MORÓN en que, si bien la solución a la que arriba el Tribunal Constitucional (la absolución de los padres) es absolutamente acertada, no lo es la fundamentación jurídica aducida (a saber, la libertad religiosa de los progenitores), puesto que, llevada al extremo, podría conducir a la inaceptable conclusión de que, en caso de conflicto, el derecho a la libertad religiosa de los padres prevalece sobre los deberes que para ellos se derivan de la patria potestad. En puridad, la decisión del Tribunal debía haberse basado en la capacidad del menor para rechazar la transfusión sanguínea, capacidad que, en caso de concurrir, hubiera fundamentado la exculpación de los progenitores ante la imposibilidad de exigirles una conducta contraria a la voluntad de su hijo (SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ, *Sobre la...*, *op. cit.*, pp. 4-5). No obstante, es el pronunciamiento *obiter dicta* del Tribunal Constitucional sobre el derecho del menor de edad a consentir una intervención o tratamiento en el ámbito de su salud el que más relevancia manifiesta a los efectos del presente trabajo, destacando las siguientes dos conclusiones extraídas de propia sentencia. En primer lugar, los menores son titulares plenos del derecho a la integridad física y a la libertad religiosa, siendo estos derechos los que ejercita el menor Marcos cuando se opone a ser transfundido. En segundo, la madurez exigida al menor para adoptar una determinada decisión sobre su salud depende de la irreparabilidad de las consecuencias que se deriven de la misma. Por tanto, la madurez exigida al menor para rechazar un tratamiento vital es la más amplia posible, habida cuenta del carácter definitivo e irreparable de las consecuencias de una decisión que conllevará, con seguridad o con una probabilidad rayana la certeza, su muerte. Como podemos observar, en esta sentencia el Tribunal Constitucional conecta la posibilidad para el menor de ejercitar su derecho al consentimiento informado con su madurez, sin que, en ningún caso, establezca distinción alguna en función de si el paciente menor ha cumplido o no los doce años de edad. Con relación al supuesto enjuiciado, el Tribunal Constitucional no entra a valorar si el menor Marcos tenía madurez suficiente para rechazar la transfusión sanguínea médicamente recomendada, reconociendo que no dispone de suficiente información para resolver al respecto; además, la cuestión sometida a su consideración versa sobre la posible responsabilidad penal de los padres de Marcos, y no sobre la capacidad de este último para autodeterminarse.

El segundo interrogante derivado de la redacción originaria del artículo 9.3.c) LAP se planteaba en los supuestos en que el menor por debajo de los doce años no superase el juicio de capacidad (que sería, por otra parte, lo más frecuente en la práctica) y, por tanto, no pudiera prestar su consentimiento al procedimiento propuesto. Para estos casos, la LAP contenía una solución insólita: el consentimiento sería prestado por la persona que ejerciera la patria potestad o tutela del menor de edad sin que, aparentemente, aquél tuviera ni siquiera que escuchar la opinión de éste, ya que el precepto únicamente exigía escuchar la opinión del menor si tenía doce años cumplidos. A nuestro entender, dicha previsión carecía de sentido alguno. Lo más idóneo hubiera sido que el precepto estableciera la necesidad de escuchar la opinión del menor en todo caso, con independencia de la edad que tuviera, si bien teniéndose en cuenta dicha opinión tanto más cuanto mayor fuera la madurez del menor<sup>50-51</sup>. En todo caso, estimamos, compartiendo plenamente el parecer de Oliva Blázquez<sup>52</sup> y pese al tenor del artículo 9.3.c) LAP anterior a la reforma introducida por la Ley 26/2015, que resultaba plausible la defensa de la necesidad de escuchar al menor por debajo de los doce años a lo largo del proceso de toma de decisiones, con base en el artículo 9.5 LAP (actual artículo 9.7 LAP tras la modificación introducida por la Ley 26/2015<sup>53</sup>), amén de en los

---

<sup>50</sup> Ésta es la postura sostenida por el artículo 6.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999) (en adelante, Convenio de Oviedo).

<sup>51</sup> Coincidimos con RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN en que «[e]scuchar es algo más que oír», pues exige tomar en consideración la opinión del menor respecto de los asuntos que le afectan. «[s]i bien la toma en consideración de la opinión del menor sí estará en función de la edad y madurez del mismo» (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, *Últimas reformas...*, *op. cit.*, p. 52).

<sup>52</sup> Afirma OLIVA BLÁZQUEZ que «[a]unque el artículo 9.3 c) LBAP es muy claro en este aspecto, desde mi punto de vista el menor de edad deberá ser oído siempre y cuando sea capaz de entender la información que le va a ser suministrada, aun cuando no haya cumplido los doce años de edad. Y sostengo esta opinión en base tanto al artículo 6.2 del Convenio de Oviedo, que señala que «la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez», como en el artículo 9.5 LBAP, el cual aclara que, en caso de prestación del consentimiento por representación, «el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario». La interpretación sistemática de ambos preceptos nos permite deducir que, si la madurez concreta y real de un menor que aún no ha cumplido los doce años de edad le permite comprender la trascendencia del acto médico propuesto, entonces deberá ser oído (...). Evidentemente, esto será algo a determinar caso a caso, mientras que a partir de los doce años rige una presunción *iuris et de iure* de que el menor ha alcanzado una capacidad suficiente y, por lo tanto, su opinión tiene que ser inexcusablemente oída» (OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON*, núm. 41, 2014, pp. 41-42).

<sup>53</sup> Dice el artículo 9.7 LAP, introducido por la Ley 26/2015, como sigue: «La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respecto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de

artículos 9.1 Ley Orgánica 1/1996<sup>54</sup> y 6.2 *in fine* del Convenio de Oviedo<sup>55</sup>.

La redacción del artículo 9.3.c) LAP introducida por la Ley 26/2015 viene a respaldar nuestra postura en relación con las dos anteriores cuestiones, pues ahora el precepto prevé un tratamiento homogéneo para todos los menores de dieciséis años, estableciendo que el consentimiento ha de prestarse por representación cuando el menor no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, debiendo previamente ser escuchada su opinión. De este modo, desde el 2015, los menores de dieciséis años (incluyendo a los que aún no han cumplido los doce) pueden consentir personalmente si superan el juicio de capacidad, salvando los supuestos en que el consentimiento se debe prestar para una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor a juicio del facultativo, en cuyo caso resulta aplicable la previsión contenida en el artículo 9.4 *in fine* LAP<sup>56</sup>; por su parte, en caso de no superar el menor el juicio de capacidad, el consentimiento debe otorgarse por su representante legal tras escuchar la opinión del menor (también cuando no ha cumplido aún los doce años), según lo previsto en el artículo 9 Ley Orgánica 1/1996.

En conclusión, dejando a un lado los supuestos en que el consentimiento se ha de prestar para una actuación que, según el médico, comporta un grave riesgo para la vida o salud del menor (cuyo régimen lo estudiamos en el apartado siguiente), podemos comprobar cómo la regulación prevista en el artículo 9.3 LAP es, en principio, coherente con las previsiones del artículo 162.1.º CC, legitimando ambos preceptos al menor de edad sujeto a patria potestad que aún no ha cumplido dieciséis años para prestar personalmente su consentimiento informado en el ámbito sanitario, siempre que goce de la madurez suficiente para ello. Ahora bien, la regulación contenida en la LAP debe completarse con la referencia introduci-

---

decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento».

<sup>54</sup> A tenor del precepto: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias».

<sup>55</sup> Establece el precepto: «La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez».

<sup>56</sup> *Vid. infra*, apartado 2.3.b.2.

da por la Ley 26/2015<sup>57</sup>; de esta suerte, cuando los responsables parentales consideren que la decisión adoptada por el menor es contraria a su interés superior, deben intervenir, si bien no como representantes legales<sup>58</sup>, sino con fundamento en el deber de velar por los hijos que les impone el artículo 154 CC como titulares de la patria potestad.

## b) Menores de edad emancipados o con dieciséis años cumplidos

### b.1 REGLA GENERAL

El artículo 9.4 LAP establece que no se otorga el consentimiento por representación cuando el paciente es un menor emancipado o mayor de dieciséis años, siempre que no sea incapaz o tenga la capacidad modificada judicialmente (en estos dos últimos casos se aplica el artículo 9.3 apartados a y b LAP, respectivamente). En la práctica, este artículo se traduce en que la regla a aplicar a los menores emancipados y mayores de dieciséis años es la misma que la que se aplica a los mayores de edad, a saber, que se presume *iuris tantum* su capacidad para prestar el consentimiento informado, debiendo acreditarse su falta de capacidad natural o la modificación judicial de su capacidad para que se preste el consentimiento por representación. Es por esta razón que se afirma que la mayoría de edad se alcanza a los dieciséis años en el ámbito sanitario<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Recordemos: «No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia».

<sup>58</sup> Los responsables parentales no pueden actuar en el ámbito de los derechos de la personalidad de sus hijos sujetos a patria potestad como representantes legales, con independencia de que tengan o no los menores suficiente madurez para ejercitarlos por sí mismos (DE LAMA AYMÁ, Alejandra; *La protección...*, *op. cit.*, p. 74).

<sup>59</sup> Antes de continuar, consideramos necesario realizar una observación. Como acabamos de afirmar, a los menores emancipados se les presume *iuris tantum* la capacidad para prestar el consentimiento informado. En muchos casos, cuando hablamos de emancipación pensamos inmediatamente en los dieciséis años como edad mínima a la que un menor de edad puede emanciparse, probablemente por las reiteradas referencias a dicha edad contenidas en los artículos 317, 319 y 320 CC al establecer el régimen jurídico de la emancipación. Sin embargo, antes de las modificaciones introducidas en el CC por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015) (en adelante, Ley 15/2015) dicha afirmación no era correcta. Como sabemos, una de las causas de emancipación, *ex* artículo 314 CC, es el matrimonio del menor, no pudiendo contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46 CC). Ahora bien, el artículo 48 párrafo 2.º CC permitía al Juez de Primera Instancia que pudiera dispensar, con justa causa y a instancia de parte, el impedimento de edad a partir de los catorce años, debiendo ser oídos el menor y sus padres o guardadores en el expediente de dispensa. De este modo, cabía la posibilidad de que un menor con catorce años contrajera matrimonio, obteniendo con ello la emancipación y, por tanto, presumiéndosele la capacidad necesaria para prestar el consentimiento en el ámbito sanitario. Realizando una interpretación sistemática del CC, resultaba sorprendente que en el ámbito patrimonial exijan los artículos 323 y 324 CC al menor un complemento de capacidad para realizar determinados actos de índole patrimonial y que, por el contrario, para la adopción de decisiones sanitarias por el

Es posible, sin embargo, acreditar que el menor no tiene madurez suficiente para decidir, en cuyo caso decae la presunción *iuris tantum* de capacidad establecida en el artículo 9.4 LAP, planteándose la cuestión de quién ha de prestar el consentimiento por representación. A nuestro parecer, son los representantes legales del menor los que deben otorgar el consentimiento y, en caso de no estar el menor sujeto a representación legal, sus progenitores<sup>60</sup>.

En suma, si el paciente es menor emancipado o con dieciséis años cumplidos, la prestación del consentimiento corresponde al propio menor, habiéndose de prestar el consentimiento por representación solo cuando se rebata la presunción *iuris tantum* de capacidad que sobre el mismo recae *ex* artículo 9.4 LAP. Ésta es la regla general en lo que a la prestación del consentimiento informado por el menor emancipado o con dieciséis años cumplidos se refiere. El apartado que sigue lo dedicamos al estudio de un supuesto excepcional regulado en el inciso segundo del mencionado precepto.

## b.2 SUPUESTO EXCEPCIONAL

El artículo 9.4 *in fine* LAP establece que, cuando a criterio del facultativo se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, el consentimiento lo debe otorgar su representante legal tras oír y tener en cuenta su opinión. La aplicación de esta excepción en la práctica plantea una serie de interrogantes que son, fundamentalmente, los que exponemos a continuación.

### b.2.1 ¿A quién se aplica?

La primera cuestión que plantea la excepción estudiada es a quién resulta la misma de aplicación; esto es, ¿se aplica a todos los menores de edad o solo a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos? Hay que partir de la base de que esta excepción está

---

menor con catorce años no fuera necesario ni siquiera acreditar su capacidad, sino lo inverso, es decir, la inmadurez del mismo, pues su capacidad se presume *iuris tantum* (DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel, *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 717). No obstante, la Ley 15/2015 elimina la dispensa matrimonial de edad, con lo que, desde ese año, la edad mínima a la que un menor puede emanciparse son los dieciséis años.

<sup>60</sup> Se ha de tener en cuenta que el menor emancipado no está bajo la patria potestad de sus progenitores (por ser la emancipación una de las causas de extinción de la patria potestad *ex* art. 169.2 CC) ni sujeto a tutela (*ex* art. 222.1 CC). Por tanto, nos podemos preguntar, en los supuestos en que el paciente es un menor emancipado (no sujeto a representación legal, en consecuencia) sin madurez suficiente para adoptar sus decisiones sanitarias, quién debe prestar el consentimiento informado. Quien escribe, tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 9.3 y 9.4 LAP, estima que la decisión debe corresponder a los vinculados al paciente menor de edad por razones familiares o de hecho, teniendo prioridad, por razones obvias, sus progenitores.

prevista, como hemos señalado, en el artículo 9.4 LAP, dirigido a la regulación del consentimiento informado por el menor emancipado o mayor de dieciséis años, previéndose en un apartado distinto (a saber, el apartado tercero del artículo 9 LAP) el régimen del consentimiento por el menor no emancipado que no ha cumplido aún los dieciséis años de edad. Antes de la modificación introducida por la Ley 26/2015 en el artículo 9.4 LAP, la excepción estudiada se regulaba en el artículo 9.3.c) LAP, que decía como sigue:

«Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.»

Continuaba el precepto *en un párrafo distinto*, aunque dentro del mismo apartado c), afirmando:

«Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.»

Con este tenor literal, se planteaba la duda de si la excepción aplicable a las actuaciones de grave riesgo se preveía únicamente para los menores emancipados o mayores de dieciséis años o, por el contrario, para todos menores de edad. La primera de las posturas, que puede apoyarse en que la excepción se regulaba en el párrafo que establecía el régimen jurídico de los menores emancipados o mayores de dieciséis años, parece ser la postulada en diversos textos legales, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y se crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad<sup>61</sup>, concretamente en su artículo 6 apartados segundo y tercero. En este texto parece sostenerse que la excepción se aplica únicamente en los casos en que el menor esté emancipado o sea mayor de dieciséis años, al contemplarse dentro del apartado dirigido específicamente a la regulación del consentimiento informado cuando se otorga por este «grupo» de menores de edad (a saber, el apartado tercero del artículo 6), estableciéndose

<sup>61</sup> BOJA núm. 244, de 16. de diciembre de 2005.

se el régimen aplicable al resto de pacientes menores de edad (los no emancipados que no hubieran cumplido aún los dieciséis años) en el apartado segundo del mismo precepto<sup>62</sup>. Nuestra postura, sin embargo, se opone a dicha interpretación, pues consideramos que la única solución lógica que puede adoptarse es sostener que la excepción se aplica a todos los menores de edad, habida cuenta de que lo contrario daría lugar en la práctica a consecuencias absurdas, como que un menor maduro con quince años pudiera otorgar su consentimiento informado a una intervención de grave riesgo, mientras que un menor maduro emancipado que llevara una vida independiente de sus padres no podría hacerlo.

Con la nueva redacción del artículo 9.4 LAP, tras la modificación de 2015, parecen en principio aclaradas las dudas que existían sobre el destinatario de la excepción, aunque la opción elegida sea la peor de las posibles... Tras la Ley 26/2015, la excepción se contiene en el apartado cuarto del artículo 9 LAP, dedicado específicamente a la regulación del régimen de los menores emancipados o mayores de dieciséis años, lo que parece indicar que dicha excepción se aplica únicamente a este grupo de menores de edad. Como hemos puesto de relieve anteriormente, la interpretación estrictamente literal del precepto daría lugar a consecuencias absurdas e inaceptables en la práctica. De esta suerte, se impone la solución opuesta, *id est*, la aplicación de la excepción a todos los menores de edad sobre la base del argumento interpretativo *a minori ad maius*, consistente en la aplicación del argumento *a fortiori* a las situaciones o sujetos que se encuentran en una situación más desventajosa que aquella para la que expresamente se prevé la norma<sup>63</sup>. Este argumento interpretativo resulta aplicable al presente supuesto, pues, si el legislador considera que los menores de edad con dieciséis años cumplidos o emancipados no pueden decidir si consienten o rechazan la realización sobre su cuerpo de una actuación de grave riesgo para su vida o salud, correspondiendo dicha decisión a sus representantes legales, con mayor razón debe aplicarse esta limita-

---

<sup>62</sup> En el mismo sentido, artículo 51 apartados 1.º y 2.º de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra (BOE núm. 315, de 28 de diciembre de 2010) o artículo 20 apartados 1.º y 2.º de la Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla La-Mancha (BOE núm. 248, de 13 de octubre de 2010).

<sup>63</sup> El argumento *a minori ad maius* resulta aplicable cuando una norma atribuye una determinada cualificación jurídica a un sujeto o a una situación, pero no a otra que, con mayor razón, la amerita; así, este argumento interpretativo permite extender la cualificación jurídica prevista por la norma a sujetos o situaciones que presentan mayores méritos para su atribución, aunque la norma no se las otorgue. Como podemos observar, se trata de un argumento que se basa, no en la semejanza entre los sujetos o situaciones (que sería la base del argumento analógico), sino en la *ratio* de la norma (TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 356-357).

ción a la autonomía de la voluntad cuando el paciente es un menor no emancipado que aún no ha cumplido los dieciséis años, ya que, en la generalidad de los casos, estos últimos presentan un menor grado de madurez para adoptar una decisión inteligente.

Pero, además, esta interpretación resulta reforzada por el argumento *ab absurdo*, conforme al cual debe ser excluida aquella exégesis de la norma que dé lugar a un resultado absurdo. No cabe duda de que considerar aplicable la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP únicamente a los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos nos haría llegar a la conclusión absurda de que tal limitación a la autonomía del paciente no se aplicaría a sujetos para los que la misma estaría justificada con mayor razón; en otras palabras, se llegaría a la conclusión de que los menores emancipados o con dieciséis años no tendrían derecho a decidir sobre su sometimiento a actuaciones de grave riesgo para su vida o salud (con independencia de que tuvieran o no capacidad natural para ello) mientras que los menores no emancipados que aún no hubieran cumplido dicha edad sí que podrían decidir personalmente, siempre que reunieran las condiciones suficientes de madurez. Un sinsentido.

#### b.2.2 ¿A qué actuaciones se aplica la excepción?

La idea esencial que se ha de inferir de la lectura del artículo 9.4 *in fine* LAP es que la excepción en él recogida no puede dejar de ser precisamente eso, una excepción. Con esto queremos decir que no pueden resguardarse bajo el paraguas protector de esta excepción actitudes paternalistas de médicos que, con el propósito de eludir futuribles juicios por responsabilidad, soliciten el consentimiento de los representantes legales para la realización de actuaciones que no pueden reputarse cabalmente como de grave riesgo, en lugar de obtener el consentimiento de los propios pacientes menores cuando sean suficientemente maduros. En definitiva, la excepción prevista en el artículo 9.4 *in fine* LAP se ha de interpretar de forma taxativa, como restricción a la capacidad de obrar de los menores que entraña (art. 2.1 *in fine* Ley Orgánica 1/1996), reservándose su aplicación a las actuaciones de grave riesgo para la vida o integridad del menor<sup>64</sup>.

Ahora bien, «actuación de grave riesgo para la vida o integridad del menor» es un concepto indeterminado, debiendo concretarse *ad hoc* qué actuación debe considerarse de grave riesgo y cuál no. La dificultad más aguda consiste en decidir si se debe considerar que la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP abarca únicamente las

<sup>64</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento...*, *op. cit.*, p. 14.



actuaciones cuya realización conlleva un riesgo grave para la vida o integridad del menor o, también, aquellas intervenciones cuya realización no conlleva un grave riesgo para la vida o integridad del menor, pero cuyo rechazo u omisión sí que puede generar tal riesgo. Dicho de un modo más directo, ¿se incluye en la excepción estudiada el rechazo, por ejemplo, a una transfusión sanguínea vital y, por tanto, corresponde la decisión en tal caso a los representantes legales del menor? La Fiscalía General del Estado, en la ya citada Circular 1/2012, responde afirmativamente a este interrogante al aplicar la excepción a aquellos casos en los que el menor rechaza una transfusión sanguínea vital. Nuestro parecer, sin embargo, se opone a este posicionamiento porque, como hemos señalado, esta excepción debe ser interpretada restrictivamente, no debiendo abarcar aquellos supuestos en los que el grave riesgo para la vida o integridad del menor no se deriva de la propia intervención, sino del rechazo a la misma (es decir, de su omisión o no realización). Así, sería aplicable la excepción a un supuesto en el que el menor de edad tuviera que decidir sobre su sometimiento a una intervención «a corazón abierto» (ya sea su voluntad de consentir o rechazar la misma); no obstante, no se aplicaría si el procedimiento propuesto es una transfusión sanguínea porque ésta no conlleva grave riesgo para el menor. En este último caso, si el menor pretendiera consentir la transfusión, al no tratarse de una actuación de grave riesgo, no se plantearía ni siquiera la posibilidad de aplicar la excepción; entonces, ¿por qué habría de plantearse dicha posibilidad si el menor desea rechazar la transfusión cuando el procedimiento es el mismo (una transfusión sanguínea) y éste no implica graves riesgos para la vida o integridad del paciente? En este supuesto, lo que conlleva el riesgo no es la intervención en sí, sino la no realización de la misma, no siendo éste el presupuesto de la excepción prevista en el artículo 9.4 LAP, cuya exégesis, reiteramos, debe realizarse en términos taxativos por exigencia del artículo 2.1 *in fine* Ley Orgánica 1/1996.

En conclusión, pese a que la finalidad pretendida por la norma es la de evitar, con base en su interés superior, el peligro al que se expone el menor y a que, con amparo en dicha finalidad, haya quien extienda su aplicación al rechazo de tratamientos aparentemente fútiles, estimamos que, para resultar aplicable la excepción, el grave riesgo debe predicarse de la intervención médicamente indicada, sin tener en cuenta las consecuencias que podrían derivarse de su rechazo, pues dichas consecuencias no se derivan de la intervención propiamente dicha, sino de su omisión.

### b.2.3 ¿Quién ha de prestar el consentimiento?

En el presente apartado nos referimos a una cuestión que, si bien se ha resuelto en la redacción del artículo 9.4 LAP adoptada en 2015, planteaba muchos problemas en la práctica antes de la reforma operada por la Ley 26/2015 debido al tenor confuso que presentaba el artículo 9.3.c) *in fine* LAP, según el cual en caso de actuación de grave riesgo conforme al criterio del facultativo, «los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente». *A priori*, son tres las soluciones cabales que pueden darse a la cuestión planteada, a saber, que la decisión corresponda al profesional sanitario, a los padres o al propio menor<sup>65</sup>.

La primera de las opciones debe descartarse de inmediato, debido a que la adopción de las decisiones sanitarias del menor por el facultativo que le asiste entrañaría una manifestación inaceptable y encubierta (o, más bien, absolutamente abierta...) del paternalismo médico.

La segunda opción tampoco resultaría admisible por dos motivos esenciales. De un lado, porque está absolutamente injustificada la prestación del consentimiento por los progenitores cuando el menor tiene capacidad intelectual y volitiva suficiente para decidir por sí mismo y, de otro lado, porque el artículo 9.3.c) *in fine* LAP (en su redacción anterior a la Ley 26/2015) afirmaba que los padres tenían que ser informados y que su opinión debía tenerse en cuenta a la hora de decidir, pero no que fueran éstos quienes hubieran de adoptar la decisión correspondiente.

La última de las posibles soluciones consiste en la prestación del consentimiento informado por el propio menor de edad. Ésta es la solución más respetuosa con la autonomía del menor al dejar en sus manos la adopción de sus decisiones sanitarias, si bien teniendo que escuchar a sus padres y debiendo tener en cuenta su opinión en el proceso decisorio<sup>66</sup>. Resulta evidente que la terminología empleada por el legislador no es la más idónea, habida cuenta de que no se puede imponer al menor que, a la hora de decidir, «tenga en cuenta» la opinión de sus padres. Coincidimos con OLIVA BLÁZQUEZ en que lo que pretende el legislador es que el menor pueda formarse un jui-

<sup>65</sup> Por su parte, postula DE LAMA AYMÁ que la exigencia del artículo 9.3.c) *in fine* de la Ley de Autonomía del Paciente implica la toma consensuada de decisiones entre el paciente menor de edad, los padres y el facultativo (DE LAMA AYMÁ, Alejandra; *La protección...*, *op. cit.*, p. 314). Quien escribe, sin embargo, estima que esta postura «mixta» resulta inadmisibles, fundamentalmente, porque no responde a la propia literalidad del precepto y porque su encaje en el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad se muestra, cuando menos, harto complicada.

<sup>66</sup> No obstante, si el paciente es un menor maduro, la información a sus progenitores sin su consentimiento vulnera sus derechos a la intimidad y confidencialidad. En este sentido, SANTOS MORÓN, María José, *Menores y...*, *op. cit.*, p. 84.

cio completo, considerando importante para ello que escuche la opinión de sus padres<sup>67</sup>. No obstante, el legislador puede exigir al menor que oiga a sus progenitores, pero no que los escuche y valore su opinión en el proceso decisorio<sup>68</sup>, aunque sí que es cierto que, incluso inconscientemente, alguna influencia ejerce, en la generalidad de los casos, la opinión de los padres en la decisión adoptada por sus hijos.

La situación se ha clarificado en la nueva redacción del artículo 9.4 LAP otorgada por la Ley 26/2015, dejando ésta meridiano que corresponde a los representantes legales del menor la prestación del consentimiento informado, una vez oída y tenida en cuenta su opinión. Sin embargo, esta nueva redacción plantea un interrogante, a saber, quién debe otorgar el consentimiento informado en los supuestos en que el menor esté emancipado. Como sabemos, la emancipación es una de las causas de extinción de la patria potestad y de la tutela, razón por la cual el emancipado no va a estar sujeto a representación legal alguna. En tales casos postulamos, tras realizar una interpretación sistemática de los artículos 9.3 y 9.4 LAP, que la decisión debe corresponder a los vinculados al paciente menor de edad por razones familiares o de hecho, teniendo prioridad, por razones obvias, sus padres. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que el paciente emancipado haya contraído matrimonio, entendemos que debe ser su cónyuge quien otorgue el consentimiento por representación<sup>69</sup>.

#### b.2.4 *Excepción... ¿justificada?*

Nos planteamos en las líneas presentes si la excepción estudiada vulnera algún derecho del menor y, en caso afirmativo, si dicha violación está jurídicamente justificada, siendo ineludible la referencia a la mencionada Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, que establece una serie de pautas para la interpretación de la normativa aplicable a los supuestos en que se ha de realizar una intervención de grave riesgo sobre un menor de edad cuando, bien el menor, bien sus padres o bien ambos, se nieguen a ello. Con la

<sup>67</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *El menor...*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>68</sup> Coincidimos con RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN cuando afirma que «[e]scuchar es algo más que oír», pues exige tomar en consideración la opinión del menor respecto de los asuntos que le afectan (RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, *Últimas reformas...*, *op. cit.*, p. 52).

<sup>69</sup> DE LAMA AYMÁ sostenía, antes de la reforma operada en los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP por la Ley 26/2015, que «en el supuesto del menor emancipado por matrimonio no debería informarse a los padres sino al cónyuge cuando éste fuera mayor de edad» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 314). Desde 2015, habida cuenta de que el artículo 9.4 LAP no exige la información a los representantes legales, sino la prestación de su consentimiento por representación, dicho razonamiento debe ser adaptado a las actuales exigencias de la LAP, lo que se traduce en la prestación del consentimiento por el cónyuge mayor de edad del paciente emancipado.

Circular, la Fiscalía General del Estado pretende aportar cierta seguridad jurídica (esencialmente a los profesionales de la Medicina) con relación a la forma de proceder en estas hipótesis. Esta Circular presenta una ingente relevancia, pues, a nuestro entender, constituye el germen de la reforma operada en los artículos 9 LAP y 162 CC por la Ley 26/2015.

Las principales conclusiones que se pueden colegir de la Circular 1/2012 son las que siguen. La Fiscalía parte de la distinción entre los supuestos en que el paciente es un menor maduro y aquellos en los que es un menor de edad que no reúne las condiciones de madurez suficientes para poder adoptar una determinada decisión sobre su salud. En este último caso, obviamente, afirma la Fiscalía que no puede el menor ser quien decida, sino sus representantes legales. En la hipótesis de que éstos no consientan una intervención cuya omisión entrañe un riesgo grave para la vida o salud del menor, es necesario el planteamiento del conflicto ante el Juzgado de Guardia. No obstante, si nos hallamos ante una situación de urgencia, el profesional sanitario puede realizar la intervención aun sin contar con el consentimiento de los representantes legales del menor, concurriendo las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por su parte, si estamos ante un menor maduro, nos podemos encontrar con tres supuestos. En primer lugar, que sea el menor el que rechace la intervención médica de grave riesgo para su vida o salud en contra del parecer de sus representantes legales. En este caso, afirma la Fiscalía General del Estado que, por aplicación del artículo 9.3.c) LAP, el profesional sanitario puede practicar la intervención, aun en contra de la voluntad del menor, sin necesidad de tener que acudir ni siquiera al Juzgado de Guardia. No obstante, resulta recomendable (aunque no preceptivo), a entender de la Fiscalía, que cuando no concurra una situación de urgencia, se acuda al Juez de Guardia para plantearle el conflicto, por ser la solución más respetuosa con la autonomía del menor.

Segundo, si tanto el menor maduro como sus padres rechazan la intervención de grave riesgo sobre la vida o salud de aquél, el conflicto debe ser elevado al Juez de Guardia, salvo que nos hallemos en una situación de urgencia. En este último caso, el profesional sanitario puede realizar la intervención aun sin contar con el consentimiento del menor ni de sus representantes legales, quedando amparada su actuación bajo las causas de justificación de cumplimiento de un deber y estado de necesidad.

Por último, si el menor capaz consiente su sometimiento a la intervención de grave riesgo aun en contra del parecer de sus repre-

sentantes legales, el profesional sanitario debe respetar la capacidad de autodeterminación que la ley reconoce al menor maduro. De este modo, el profesional sanitario ha de realizar la intervención aunque los representantes legales del menor se opongan a la misma.

En definitiva, la conclusión esencial que inferimos de la Circular 1/2012 en lo que al menor maduro se refiere es que su voluntad debe ser respetada únicamente en los supuestos en que el mismo decida consentir la intervención de grave riesgo para su vida o salud, pero no cuando su decisión sea de rechazo. La Fiscalía justifica su postura afirmando que, «[p]uesto que los menores de edad están en proceso de formación y hasta los 18 años no alcanzan la plena capacidad, se encuentran teóricamente bajo la protección del Estado, por lo que no puede darse relevancia a decisiones propias o de sus representantes legales cuyos resultados sean la muerte u otros de carácter gravemente dañino e irreversible para la salud del menor interesado. Solo así pueden preservarse las condiciones del futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto». Esto es, no puede darse valor a la decisión de un menor de edad de rechazar una intervención de grave riesgo por hallarse el mismo bajo la protección del Estado y reputar éste (el Estado) que el mejor interés del menor se identifica con la protección de su vida biológica. Al respecto, coincidimos con Oliva Blázquez<sup>70</sup> en que la identificación «mejor interés del menor-vida biológica», no es correcta o, al menos, no lo es en todos los supuestos. La Fiscalía General del Estado pretende la protección de la vida o salud del menor, pero a costa de su autonomía «presente», ya que ignora, con el fin de proteger su vida, la voluntad de un menor que reúne las condiciones de madurez para decidir si consiente o no una intervención sobre su cuerpo. La Fiscalía justifica su postura afirmando que únicamente de ese modo pueden preservarse las condiciones del «futuro ejercicio de la plena autonomía del sujeto»<sup>71</sup>. No obstante, nos pregunta-

---

<sup>70</sup> Afirma OLIVA BLÁZQUEZ que «no puede identificarse –como se hace– el interés superior del menor con el simple hecho de vivir desde un punto de vista biológico» (OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *El menor...*, *op. cit.*, p. 47).

<sup>71</sup> En sentido similar se pronuncia GALÁN CORTÉS al afirmar que «cuando se da un conflicto de intereses entre el poder de autodisposición del menor sobre su cuerpo y la vida, debe primar este segundo, con lo cual podrá autorizarse que la actuación médica se lleve a cabo negando eficacia al consentimiento prestado por el menor que se opone a ella, por cuanto su interés superior ha de ser el de preservar su vida para que pueda ejercer con plenitud todos los demás derechos cuando alcance la mayoría de edad» (GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 5.ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 793). Además, este mismo autor aporta un argumento distinto para negar el poder de autodisposición del menor de edad cuando esté en peligro su vida, al señalar: «El artículo 156 del Código Penal establece tres supuestos concretos (trasplantes de órganos, esterilización y cirugía transexual) en los que el menor no podrá prestar su consentimiento, aunque reúna condiciones de madurez suficiente, pues se precisa, entre otros requisitos, que el sujeto sea mayor de edad. Parece evidente que si los menores maduros no pueden consentir en estos actos, con

mos: ¿está justificado que se ignore la decisión de un menor de edad con capacidad suficiente por el hecho de que, debido a su minoría de edad, no tenga plena autonomía? Desde nuestra perspectiva, esta postura está completamente injustificada, habida cuenta de que, si bien un menor de edad no tiene plena autonomía, pues la misma se le reconoce progresivamente en función de su edad y condiciones de madurez hasta llegar a la mayoría de edad (momento en que adquiere la plena capacidad de obrar), se deben respetar las decisiones que adopte en el ámbito de su salud cuando reúna las condiciones de madurez suficientes para ello, más aún teniendo en cuenta que el menor es el único titular del derecho al consentimiento informado y que solo cabe el consentimiento por representación cuando aquél no sea suficientemente maduro para decidir. Ésta es la única lectura del artículo 9 LAP compatible con el respeto a la autonomía del menor de edad. En puridad, lo que la Fiscalía General del Estado hace en la Circular examinada es sustituir el derecho del paciente menor de edad al consentimiento informado por su derecho al consentimiento «siempre y cuando» su decisión sea compatible con la tutela que el Estado está obligado a conferirle y, más concretamente, siempre y cuando la decisión del menor no vaya en contra de su vida o salud. En otros términos, de la Circular 1/2012 se colige que la pauta determinante para decidir qué intervenciones pueden realizarse y cuáles no es la protección del menor por el Estado, y no su consentimiento, de modo que no puede rechazar éste una intervención o tratamiento sobre su cuerpo (pese a que tenga madurez suficiente para ello) cuando el Estado considere que tal negativa pone en peligro la vida o salud que el mismo (el Estado) está obligado a proteger<sup>72</sup>. A nuestro modo de

---

mayor razón no podrán hacerlo en aquellos casos en que se ponga o pueda ponerse en peligro su salud o su vida. Por lo tanto, no resulta válida ni atendible la posición del menor contraria a someterse a un tratamiento médico necesario, si con ello se lesiona su salud o su integridad física» (GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 799).

<sup>72</sup> Coincidimos plenamente con OLIVA BLÁZQUEZ cuando dice que «[l]a gravedad de estas conclusiones [las extraídas de la Circular 1/2012], en la que se resume a la perfección el sentir de la institución, es patente: desmonta por completo el derecho fundamental al consentimiento informado (de acuerdo con lo expresado por la STC 37/2011), que se sustituye por una genérica sumisión del menor a «la protección del Estado» (ex art. 39 CE) a través del facultativo, que indica qué es bueno o malo para el paciente (paternalismo); tolera que se lleguen a imponer tratamientos coercitivos, violando el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y, en su caso, a la libertad religiosa e ideológica del menor maduro (art. 16 CE); ignora, como hemos visto, la teleología e incluso la literalidad de la legislación vigente en materia de autonomía del paciente así como el régimen jurídico contemporáneo aplicable a la minoría de edad; desconoce por completo la legislación sobre dignidad en el proceso de la muerte que rige en determinadas Comunidades Autónomas y que, con carácter general, considera que los menores emancipados o con dieciséis años pueden rechazar un tratamiento «aunque ello pueda poner en peligro su vida»; por último, vacía de contenido a las instituciones mediante las que se ejercita la representación legal en estas situaciones límite» (OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, *El menor...*, op. cit., p. 47).

entender, el trasfondo de la Circular de la Fiscalía General del Estado es meridiano: se desconfía de la capacidad del paciente menor de edad cuando su decisión es de rechazo al procedimiento médicamente indicado, vacilación que no se observa cuando el paciente menor de edad consiente la actuación médica. Frente a esta realidad reacciona Katz con la pregunta que sigue: «¿Por qué una respuesta afirmativa [no parece] tan sospechosa como una respuesta negativa?»<sup>73</sup>. En esta línea argumental, refrendamos por completo las palabras de Gracia Guillén *et. al.* cuando sostienen que no se puede juzgar inmaduro a todo aquel sujeto que presente un sistema de valores distinto al del profesional que evalúa su capacidad<sup>74</sup>; en otros términos, no puede hacerse depender la evaluación de la madurez del menor para decidir del contenido de su declaración de voluntad<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> KATZ, JAY, *El médico y el paciente: su mundo silencioso*, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1989, p. 311. Esta cuestión se la plantea KATZ a los pediatras que atienden a una adolescente de quince años que rechaza someterse a una intervención cardíaca sin la cual moriría, casi con toda seguridad, en un plazo de cinco a diez años. La menor se niega a someterse a dicha operación, no por los altos riesgos que conlleva (decisión que los médicos estarían dispuestos a aceptar), sino por el temor a sufrir dolores postquirúrgicos «intolerables». Los pediatras consultan a KATZ sobre qué hacer, a lo que éste responde preguntándoles por qué están dispuestos a admitir el consentimiento a una intervención que conlleva unos riesgos elevados, pero, sin embargo, no están preparados para una respuesta negativa debido al riesgo de mortalidad existente en caso de no practicarse la intervención.

<sup>74</sup> Defienden GRACIA GUILLÉN *et al.* que «la madurez de una persona, sea ésta mayor o menor de edad, debe medirse por sus capacidades formales de juzgar y valorar las situaciones, no por el contenido de los valores que asuma o maneje. El error clásico ha estado en considerar inmaduro o incapaz a todo el que tenía un sistema de valores distinto del nuestro. Éste fue el gran error del paternalismo. Las personas son respetables por su carácter de personas, no por los valores que defienden, al menos cuando éstos se hallen dentro de unos límites considerados razonables» (GRACIA GUILLÉN, Diego *et al.*, *Toma de...*, *op. cit.*, p. 142).

<sup>75</sup> Contraria conclusión parece extraerse de la lectura de la cita de ATAZ LÓPEZ que transcribimos de seguido: «En principio parece que debe ser el médico quien valorando las circunstancias emita un juicio acerca de la madurez del menor, y decida por tanto en un sentido u otro; ya que si la madurez del menor debiera ser apreciada por los propios padres, el artículo 162 sería inútil en estos casos: en el momento en que el hijo no estuviera de acuerdo con los padres, éstos podrían alegar que su hijo no reúne las condiciones de madurez suficientes, con lo que en definitiva se haría siempre la voluntad de los padres. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el médico no tiene medio de conocer dicha madurez, ya que quien mejor puede apreciarla es quien convive con el menor, y no el médico; por ello el facultativo debe inclinarse en estos casos por la opinión que sea favorable a la protección de la salud del enfermo» (ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985). Consiguientemente, la madurez del menor habrá de ser negada en aquellos casos en los que su decisión perjudique su salud, lo que ocurrirá, *v.g.*, cuando el menor rechace una transfusión sanguínea vital por motivos religiosos. A la misma conclusión parece llegar DE LAMA AYMÁ, conforme a la cual «la posibilidad de renuncia del tratamiento con riesgo para la propia vida queda necesariamente condicionada a la existencia efectiva de madurez suficiente para decidir sobre una cuestión existencial de tal calibre. Y ésta, creemos, no se da en un menor de edad que se niega a recibir un tratamiento que tiene posibilidades de mejorar el estado de su salud» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 320).

En el plano dogmático, un importante sector de nuestra doctrina más autorizada encuentra en el ejercicio por los responsables parentales del deber de actuar en beneficio de los hijos y de velar por ellos (deber que les impone el artículo 154 CC en ejercicio de la patria potestad) una justificación a la limitación del derecho del paciente menor de edad a decidir en el ámbito sanitario; en otros términos, sostienen la prevalencia del interés del menor sobre su autonomía, incluso aunque el mismo tenga madurez suficiente prestar personalmente su consentimiento<sup>76</sup>. Efectivamente, el artículo 154 CC afirma, de modo incontestable, que la patria potestad «se ejercerá siempre en interés de los hijos»; ahora bien, no encontramos fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico para sustentar una identificación absoluta y en todo caso «interés del menor-vida del menor», identificación de la que parte de la doctrina se hace eco, de modo más o menos expreso<sup>77</sup>, y que inspira la solución adoptada por la Fiscalía General del Estado en la comentada Circular 1/2012. Además, esta justificación únicamente sería alegable cuando el menor de edad estuviera sujeto a patria potestad (o tutela), esto es, cuando no estuviera emancipado, pues, en caso contrario, no resultarían aplicables los artículos 154 y 162 CC (o sus homólogos en sede de tutela, a saber, los artículos 216 y 267 CC).

El artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>78</sup> (en adelante, Ley Orgánica 8/2015), establece, en su apartado segundo, una lista ejemplificativa de criterios generales para la interpretación y aplicación *ad hoc* del interés superior del menor. Entre tales criterios se establecen, en el mismo nivel (*id est*, sin relación de

<sup>76</sup> En este sentido se pronuncia SÁNCHEZ HERNÁNDEZ: «el hecho de que al menor de edad se le reconozca capacidad para consentir, siendo consciente de las consecuencias que de cara al futuro puede tener el acto derivado del ejercicio de los derechos a él reconocidos, no quiere decir que una vez valorado el consentimiento prestado se le otorgue plena validez, en la medida en que frente al juicio libremente emitido por el menor está su propio interés. [...] cuando al menor de edad se le niega la capacidad para consentir no podemos pensar exclusivamente que no tiene capacidad natural suficiente, sino que, aun ostentándola, es posible que su ejercicio no redunde en su beneficio, en cuyo caso el consentimiento cede ante el interés. Por lo tanto, ante el conflicto capacidad natural-interés del menor prima este último» (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, *Capacidad natural...*, *op. cit.*, p. 966). En la misma línea, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>77</sup> Esta identidad «interés superior del menor-vida del menor» la reconoce sin tapujos Díez RODRÍGUEZ, según el cual «El artículo 2.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, establece que: «*primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés jurídico que pudiera concurrir*», nos conduce necesariamente a la regla de la proporcionalidad de derechos, y entre la vida del menor y su libertad religiosa o su incolumidad corporal, estimo que, por tratarse de una decisión de consecuencias irreversibles, debe prevalecer el primero de ellos, por lo menos, hasta que este alcance su mayoría de edad» (DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón, *El paciente...*, *op. cit.*, p. 207).

<sup>78</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.



jerarquía), la protección del derecho a la vida del menor y la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones. Por su parte, el apartado tercero del mencionado precepto, igualmente tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2015, establece los elementos generales que deben considerarse para ponderar los distintos criterios cuando varios de ellos pudieran entrar en conflicto en un mismo supuesto. Entre estos elementos podemos destacar la edad y madurez del menor. Como podemos comprobar, la Ley Orgánica 1/1996, en su redacción vigente, hace uso, para definir el interés del menor, de la técnica legislativa de la concreción normativa (por contraposición a la técnica de la cláusula general), «congruente con la idea de que cuantos más elementos de juicio y concreción aporte la norma general más fácil será la determinación futura de sus efectos y menos riesgos habrá de equivocación en su aplicación»<sup>79</sup>. Ahora bien, lo que no puede deducirse del artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, por no existir apoyatura para ello, es la identificación categórica «interés superior del menor-vida del menor».

A nuestro entender, si el menor tiene madurez suficiente para adoptar una decisión en el ámbito de su salud, le corresponde al mismo la definición de lo que es su mejor interés; en otros términos, es la propia autonomía del menor maduro la que debe determinar su mejor interés, planteamiento que resulta coherente con las previsiones del artículo 154 CC, conforme al cual «[l]a patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos», y continúa, «de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», de lo que resulta que la actuación tuitiva de los responsables parentales en la esfera personal del menor no es ilimitada, debiendo respetarse su personalidad, de la que es manifestación la voluntad libremente expresada por el menor maduro<sup>80</sup>.

En conclusión, entendemos que el supuesto excepcional regulado en el artículo 9.4 *in fine* LAP vulnera los derechos del paciente menor de edad maduro al consentimiento informado, a la integridad física o psíquica (art. 15 CE)<sup>81</sup>, a la libertad religio-

<sup>79</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, p. 106.

<sup>80</sup> Suscribimos plenamente las palabras de DE LAMA AYMÁ cuando afirma que «[n]o estamos, ante un menoscabo de la personalidad cuando el menor toma una decisión vital o existencial por relevancia que ésta tenga y por muy contraria que sea a la opinión de los padres sino que nos encontramos ante una manifestación más de la propia personalidad del menor con suficiente autogobierno» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 106). Dicho de otro modo, «cuando el menor tiene capacidad de autogobierno, los límites a su actuación no solo no protegen sino que vulneran el libre desarrollo de su personalidad y ello es especialmente patente en el ámbito de los derechos fundamentales» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 310).

<sup>81</sup> El derecho del paciente a la integridad física o psíquica resulta vulnerado cuando su voluntad es de rechazo a la actuación de grave riesgo sobre su cuerpo y, sin embargo, ésta se lleva a cabo por haberla consentido sus representantes legales o la autoridad judicial.

sa (art. 16 CE)<sup>82</sup> y a la intimidad y confidencialidad (art. 18 CE)<sup>83</sup>. Ciertamente es que ninguno de los derechos de los que es titular una persona (ni siquiera los derechos fundamentales) son absolutos, pudiendo los mismos ser limitados cuando entran en conflicto con otros derechos y se reputa, tras realizarse un juicio de proporcionalidad, que unos deben ceder ante otros. Sin embargo, estimamos que la violación de los derechos del paciente menor de edad que entraña la excepción contemplada en el artículo 9.4 *in fine* LAP no encuentra justificación jurídica alguna. Si un menor de edad (tenga la edad que tenga y esté emancipado o no) supera el juicio de capacidad al que ha de someterlo el facultativo que le asiste, debe ser él quien preste su consentimiento informado al procedimiento propuesto, con independencia de que se trate de una actuación de grave riesgo o, por el contrario, inocua. Por razones obvias, cuanto mayor es el riesgo que conlleva la actuación a practicar sobre el menor de edad, mayor es el grado de madurez que se exige a éste para que supere el juicio de capacidad. Por tanto, resulta más que evidente que no se exigen las mismas condiciones de madurez a un menor para consentir una extracción de sangre que para rechazar una transfusión sanguínea vital, siendo mayor el grado de madurez exigido al menor de edad cuanto mayor sea la gravedad e irreversibilidad de las consecuencias de su decisión<sup>84</sup>. No obstante, si aun adoptándose este juicio

<sup>82</sup> Se vulnera la libertad religiosa del paciente menor de edad cuando rechaza su sometimiento a una actuación de grave riesgo, por ser contraria a los principios de la religión que profesa, y, pese a ello, la intervención se lleva a cabo por haber sido consentida por sus representantes legales o la autoridad judicial.

<sup>83</sup> Se vulnera este derecho cuando se proporciona a los representantes legales del paciente menor de edad su información sanitaria aun reuniendo aquél la capacidad suficiente para entenderla, pese a que el artículo 5.1 LAP establece que el titular del derecho a la información es el paciente y que las personas vinculadas al mismo por razones familiares o de hecho pueden ser también informadas, pero en la medida en que el paciente lo permita de forma expresa o tácita. Coincidimos por completo con DE LAMA AYMÁ cuando afirma que «si negamos al menor, que tiene capacidad natural para decidir sobre la intervención o tratamiento, la posibilidad de prestar por sí mismo su consentimiento, le estamos condenando a que sus representantes legales conozcan determinados datos de su vida privada que, quizás, el menor no quiera revelar y a que exista una injerencia en su intimidad que el menor capaz debe poder controlar» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 310).

<sup>84</sup> En la misma línea, entendemos que se exige al menor de edad también un mayor grado de madurez para autodeterminarse cuando la actuación médico-sanitaria que pretende consentir se incardina en la conocida como medicina voluntaria o satisfactiva, al no venir exigida para el mantenimiento o restitución de la salud física del menor, si bien su éxito puede desplegar una sobresaliente influencia en la salud psíquica del paciente cuando sufra algún complejo por razón del defecto físico o estético que se pretende corregir con la actuación médica. Quedan exceptuadas, sin embargo, las intervenciones de trasplante de órganos, esterilización y cirugía transexual, que, por imperativo del artículo 156 CP, no pueden ser consentidas válidamente ni por el menor de edad (con independencia de su madurez) ni por sus representantes legales. A nuestro juicio, la única explicación que *a priori* encontramos a la prohibición de consentir válidamente que el artículo 156 CP impone al menor de edad es la convicción del legislador de que el menor en ningún caso ostenta la madurez suficiente para entender las consecuencias absolutamente irreversibles del tras-

de capacidad «cualificado» el menor lo supera, debe ser él quien otorgue personalmente su consentimiento, no encontrando justificación alguna la excepción analizada.

## 2.4 CONCLUSIONES

Tras estudiar detenidamente la regulación contenida en los artículos 154 y 162 CC y 9.3.c) y 9.4 LAP, creemos firmemente que la problematidad que conlleva su aplicación en la práctica se debe a un desenfocado encauzamiento de la cuestión sobre la capacidad de obrar del menor. Tradicionalmente, dicho debate se traduce en la exigencia de sopesar la necesidad de proteger al menor de edad, de un lado, y el ejercicio por éste de sus derechos de la personalidad, de otro. Además, el planteamiento de la cuestión siempre ha partido de la consideración del menor de edad como un ser necesitado de protección por su condición de «particularmente vulnerable»<sup>85</sup> y del entendimiento de que el modo idóneo de protegerlo es limitar su autonomía, siendo sus progenitores los que han de decidir en su mejor interés y correspondiendo a éstos y, en última instancia, a la autoridad judicial, la definición de lo que constituye el mejor interés del menor.

Bajo nuestro punto de vista, este planteamiento resulta desacertado *ab initio*, pues, entendemos, la mejor forma de proteger al menor no es restringiendo su autonomía, sino, justamente, promoviéndola. En este sentido se pronuncia la Ley Orgánica 1/1996, en su Exposición de Motivos:

«El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del

---

plante de órganos, esterilización y cirugía transexual, y, añadimos, no quiere arriesgarse a que en algún caso los profesionales sanitarios o, en última instancia, la autoridad judicial, puedan reputar acreditada la madurez del menor a tal efecto...

<sup>85</sup> BÓRQUEZ POLLONI, Blanca *et al.*, «Huelga de hambre en adolescentes: un desafío ético para el equipo de salud», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 27, 2013, p. 7.

sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección»<sup>86</sup>.

Asimismo, defendemos la necesidad de abandonar la consideración del menor como un mero sujeto necesitado de protección y tutela por parte de adultos y poderes públicos, para reputarlos como «sujetos de pleno derecho»<sup>87</sup>. De esta suerte, suscribimos las palabras de Rivero Hernández cuando afirma:

«Por un lado, frente a una visión paternalista tradicional que concedía al menor un *status* de persona meramente protegida, una concepción moderna, actual, orienta la protección confiriéndole, sobre todo a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), el *status* de persona (tendencialmente) autónoma, partícipe principal en la concreción de su propio interés. Desde esta perspectiva, el interés del menor, en ese contexto protector, no consiste ya solo en buscar lo mejor para él, sino en ayudarle a adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de adulto que le habilite para ejercer él directamente derechos y libertades indeclinables»<sup>88</sup>.

En conclusión, el debate relativo al poder decisorio de los menores se puede abordar desde dos posicionamientos: uno inclinado al paternalismo y otro al autonomismo<sup>89</sup>; dicho de otro modo, una tendencia que defiende la necesidad de proteger al menor por razón de su vulnerabilidad y otra que tiende a su emancipación respecto de una situación de dependencia, excesiva en muchas ocasiones<sup>90</sup>. A nuestro parecer, ambas aproximaciones no son antagónicas (al menos en principio), pues, entretanto el menor de edad no alcance la madurez suficiente para actuar por sí mismo en el ámbito de sus derechos de la personalidad, resulta necesaria su protección, si bien no pudiendo consistir la actuación tutiva de sus progenitores en la suplantación del menor en la toma de decisiones y

<sup>86</sup> Por su parte, VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ sostiene la existencia de una doble vía (activa y pasiva) de protección del menor: «la protección del menor se manifiesta de forma activa fomentando su autonomía y permitiendo que actúe por sí mismo, pero también se puede manifestar de forma pasiva impidiendo la actuación del menor cuando ésta pueda ser lesiva para el normal desarrollo de su personalidad» (VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía, *La construcción...*, *op. cit.*, p. 68).

<sup>87</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, p. 18.

<sup>88</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>89</sup> Coincidimos con GRACIA GUILLÉN *et. al.* en que «[t]oda ambigüedad de los juicios sociales y jurídicos respecto de la conducta moral de los adolescentes tiene como base el conflicto entre dos modos distintos de entender su vida moral, el modo o modelo «paternalista» o clásico y el «autonomista» o moderno» (GRACIA GUILLÉN, Diego *et al.*, *Toma de...*, *op. cit.*, p. 139).

<sup>90</sup> En el ámbito anglosajón, este debate viene representado por la confrontación entre los *Welfarists*, centrados en el bienestar del menor, y los *Liberationists*, que consideran prioritario la defensa de sus derechos (RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés...*, *op. cit.*, pp. 38-39).

en la determinación de su interés superior con ignorancia absoluta de su opinión. De hecho, se requiere que la protección del menor se compatibilice con la participación del mismo en la adopción de las decisiones que le conciernen para que éste pueda ir adquiriendo la madurez suficiente para actuar por sí mismo en los distintos escenarios de socialización. Ahora bien, una vez que el menor es juzgado suficientemente maduro para ejercitar un determinado derecho, aunque el deber de velar por los hijos sujetos a patria potestad que el artículo 154 CC impone a los responsables parentales no decae (si bien sí se debilita<sup>91</sup>), dicha actuación tuitiva debe realizarse, como establece el citado precepto, «de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental», lo que implica la preeminencia de la autonomía del menor en el ejercicio de sus derechos sobre cualquier actuación tuitiva que sus progenitores tengan a bien realizar. En suma, abogamos en el presente trabajo por la necesidad de relegar el tradicional paternalismo que ha imperado el ejercicio por el menor de edad de su derecho a prestar el consentimiento informado en el ámbito sanitario (y, en general, en el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor), adoptando una posición más autonomista que favorezca la integración de los menores de edad en el proceso de adopción de las decisiones relativas a su salud con el fin de promover que, progresivamente, vayan adquiriendo la madurez requerida para adoptar personalmente tales decisiones. Cierto es que, cuanto mayor es el grado de madurez del menor, más en cuenta ha de tomarse su opinión a la hora de adoptar una decisión relativa a su salud<sup>92</sup>; ahora bien, cuando el facultativo responsable de la asistencia del menor considere que éste tiene madurez suficiente para consentir o rechazar una determinada actuación médico-sanitaria, consideramos, *de lege ferenda*, que debería respetarse su decisión en todo caso, aun

<sup>91</sup> Como afirma DE LAMA AYMÁ, «la necesidad de protección [del menor] disminuye de forma inversamente proporcional al aumento de su madurez» (DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La protección...*, *op. cit.*, p. 307). De esta suerte, las posibilidades de actuación de los responsables parentales en el ámbito de los derechos de la personalidad del menor abarcan desde la posibilidad de adoptar la decisión final cuando el menor carece de madurez para decidir personalmente, actuando en ejercicio de sus deberes de protección (no como representantes legales) y debiendo escuchar la opinión del hijo, hasta una mera posibilidad de asistencia o asesoramiento al menor cuando tenga madurez suficiente para ejercitar el derecho de la personalidad de que se trate.

<sup>92</sup> Al respecto, establece el Convenio de Oviedo, en su artículo 6.2 *in fine*, que «[I]a opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez». Bajo nuestro punto de vista, el matiz esencial a tener en cuenta para determinar en qué medida la opinión del menor de edad ha de tomarse en consideración no es su edad, sino su grado de madurez, hasta el extremo de tener que respetarse su voluntad cuando alcance unas condiciones de madurez suficientes para prestar el consentimiento informado con relación a una determinada actuación médico-sanitaria.

tratándose de una actuación de grave riesgo para su vida o salud. No obstante, entretanto siga vigente la excepción prevista en el artículo 9.4 LAP debe la misma ser respetada, por muy injustificada que se nos presente...

### 3. CONSENTIMIENTO POR EL MENOR DE EDAD EN INGLATERRA

En el presente epígrafe, abordamos el análisis del régimen del consentimiento y del rechazo al tratamiento médico por el menor de edad en Inglaterra. Para ello, consideramos necesario estudiar, en primer lugar, el régimen previsto en la *Family Law Reform Act 1969*, para luego analizar la interpretación que de la misma hace el *case law* y la evolución de dicha exégesis a lo largo del tiempo<sup>93</sup>.

#### 3.1 SECCIÓN 8 DE LA *FAMILY LAW REFORM ACT 1969*

La cuestión objeto de estudio se aborda en la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, que, dada su importancia a los efectos del presente trabajo, reproducimos literalmente:

«(1) The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.

(2) In this section «surgical, medical or dental treatment» includes any procedures undertaken for the purposes of diagnosis, and this section applies to any procedure (including, in particular, the administration of an anaesthetic) which is ancillary to any treatment as it applies to that treatment.

(3) Nothing in this section shall be construed as making ineffective any consent which would have been effective if this section had not been enacted.»

<sup>93</sup> La regulación expuesta en el presente apartado constituye el Derecho vigente también en Gales. En Escocia, sin embargo, el régimen jurídico del consentimiento y el rechazo al tratamiento médico por el menor de edad lo contempla la sección 2(4) de la *Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*, conforme a la cual: «A person under the age of 16 years shall have legal capacity to consent on his own behalf to any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment».

De la lectura del precepto transcrito y, en concreto, de su primera subsección, se deduce claramente que los menores con dieciséis o diecisiete años cumplidos tienen poder para consentir cualquier tratamiento quirúrgico, médico o dental, aclarando la subsección segunda qué ha de entenderse por tratamiento quirúrgico, médico o dental a tales efectos. No obstante, la letra del artículo no resuelve (o, al menos, no lo hace tan claramente) dos cuestiones: 1) si un menor por debajo de los dieciséis años puede consentir un tratamiento médico, y 2) si un menor, con independencia de su edad (es decir, haya cumplido o no los dieciséis años), puede rechazar un tratamiento médico. Para dar respuesta a estas cuestiones hemos de estudiar cómo el *case law* inglés interpreta la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*.

### 3.2 GILLICK CASE: EL PUNTO ÁLGIDO EN EL IMPULSO DE LA AUTONOMÍA DEL MENOR

La sentencia más importante que trata sobre el poder de los menores de edad para consentir un tratamiento médico es la dictada por la *House of Lords* el 17 de octubre de 1985 en el asunto *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1986] 1 A. C. 112. En este caso, el *Department of Health and Social Security* publica una guía sobre planificación familiar para ordenar la organización y desarrollo del servicio de planificación familiar. En dicha guía se establece que todas las personas tienen derecho a recibir sesiones de planificación familiar con independencia de la edad que tengan, aunque la guía enfatiza que, en el caso de que el menor tenga menos de dieciséis años, debe el médico intentar convencerlo de que acuda acompañado de sus padres o tutores, no siendo lo habitual proporcionar información o tratamiento anticonceptivo a menores por debajo de los dieciséis años sin el consentimiento de sus padres; no obstante, corresponde al facultativo la decisión final sobre si se proporciona o no dicha información o tratamiento al menor incluso aunque acuda sin acompañante. Esta guía llega a conocimiento de la demandante, una señora (Victoria Gillick) que tiene cinco hijas menores de edad, todas ellas por debajo de los dieciséis años. Mrs. Gillick escribe a la autoridad sanitaria local con la finalidad de que ésta le asegure que no se le va a proporcionar a sus hijas información o tratamiento anticonceptivo sin su consentimiento, contestando la autoridad local en sentido desestimatorio. Con estos antecedentes, Mrs. Gillick demanda al *Department of Health and Social Security* y al *Norfolk Area Health Authority* (posterior *West Norfolk and*

*Wisbech Area Health Authority*), reclamando: 1) que se declare que los demandados no tienen legitimación para publicar una guía con dicho contenido, pues, conforme a la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, el menor tiene poder para prestar el consentimiento siempre que haya cumplido los dieciséis años, pero, cuando no haya alcanzado tal edad, son sus padres los encargados de otorgar el consentimiento; 2) que el cumplimiento de lo previsto en la guía publicada entrañaría la afectación del bienestar de las menores y los derechos parentales y de custodia de la demandante respecto de sus hijas, y 3) una declaración dirigida a la autoridad sanitaria para que ningún empleado del servicio de planificación familiar pueda proporcionar a sus hijas información o tratamiento anticonceptivo o sobre el aborto sin su consentimiento. Los demandados, por su parte, defienden la legalidad de la guía publicada.

En puridad, la disputa se origina de resultados de la distinta interpretación que ambas partes hacen de la sección 8 (3) de la *Family Law Reform Act 1969*, según la cual no hay nada en la sección 8 que haga inefectivo un consentimiento que hubiera sido efectivo si no se hubiera publicado dicha sección. A juicio de la demandante, esta subsección tercera implica que, si siendo el paciente un menor con dieciséis años cumplidos se hubiera obtenido el consentimiento de sus progenitores, dicho consentimiento no devendría inefectivo con la publicación de la sección 8 (concretamente, de su subsección primera, según la cual el menor con dieciséis años tiene derecho a prestar su consentimiento personalmente). Por su parte, los demandados interpretan que, pese a que la subsección primera solo atribuye poder para prestar el consentimiento a los menores con dieciséis años cumplidos, el consentimiento del menor por debajo de los dieciséis años, que a juicio de los demandados era legal antes de la *Family Law Reform Act 1969*, continuaría siéndolo tras ella.

En primera instancia, la *High Court of Justice* desestima las pretensiones de la demandante, afirmando Woolf J. que el hecho de que un niño no haya cumplido los dieciséis años no significa automáticamente que no pueda prestar su consentimiento a ningún tratamiento, sino que su poder para consentir depende de su madurez y entendimiento, correspondiendo a sus padres la prestación del consentimiento si el menor no supera este juicio de capacidad. Mrs. Gillick recurre esta sentencia desestimatoria ante la *Court of Appeal*, que estima el recurso afirmando que el contenido de la guía no es legal, puesto que cualquier médico que trate a un menor por debajo de los dieciséis años sin el consentimiento de sus padres (salvo en situaciones de urgencia) está infringiendo los derechos



parentales de los progenitores. En este contexto, el *Department of Health and Social Security* recurre la sentencia de la *Court of Appeal* ante la *House of Lords*, que, con el disenso de Lord Brandon of Oakbrook y Lord Templeman, sostiene que no existe límite de edad por debajo del cual un menor no puede obtener información y/o tratamiento anticonceptivo, sino que cualquier menor, con independencia de su edad, puede acceder a todo tratamiento y examen médico siempre que tenga suficiente madurez e inteligencia para entender la naturaleza e implicaciones del procedimiento propuesto. Los derechos parentales de los progenitores irán menguando conforme aumenten la madurez y entendimiento del menor, no entrando en juego en aquellos casos en que el menor reúna la suficiente capacidad para decidir por sí mismo<sup>94</sup>. Por tanto, podemos resumir la postura mayoritaria de la *House of Lords* como sigue: cualquier menor, con independencia de su edad, tiene derecho a prestar el consentimiento; no obstante, cuando el menor no haya cumplido aún los dieciséis años, no se le aplica la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, sino que su poder para consentir depende de su madurez y entendimiento. Sobre este particular, nos parecen de relevancia las palabras de Lord Scarman, según el cual, cuando se aplican al tratamiento anticonceptivo las conclusiones expuestas sobre la necesidad de someter a la menor a un juicio de capacidad,

«[i]t is not enough that she should understand the nature of the advice which is being given: she must also have a sufficient maturity to understand what is involved. There are moral and family questions, especially her relationship with her parents; long-term problems associated with the emotional impact of pregnancy and its terminations; and there are risks to health of sexual intercourse at her age, risks which contraception may diminish but cannot eliminate. It follows that a doctor will have to satisfy himself that she is able to appraise these factors before he can safely proceed upon the basis that she has at law capacity to consent to contraceptive treatment.»

---

<sup>94</sup> Lord Fraser of Tullybelton (concurriendo Lord Bridge y Lord Scarman) señala que estaría justificado que el médico diera información anticonceptiva al menor de edad sin el consentimiento (e incluso, sin el conocimiento) de sus padres si se cumplieran las siguientes condiciones: «(1) that the girl (although under 16 years of age) will understand his advice; (2) that he cannot persuade her to inform her parents or to allow him to inform the parents that she is seeking contraceptive advice; (3) that she is likely to begin or to continue having sexual intercourse with or without contraceptive treatment; (4) that unless she receives contraceptive advice or treatment her physical or mental health or both are likely to suffer; (5) that her best interest require him to give her contraceptive advice, treatment or both without the parental consent».

Si comparamos estas palabras con lo establecido por los tribunales en otros casos en los que el paciente es un adulto<sup>95</sup>, podemos concluir que Lord Scarman eleva el nivel de entendimiento exigible a los menores de edad por encima del que se exige a los pacientes adultos<sup>96</sup>.

Queda clara, en consecuencia, la postura adoptada en el caso *Gillick* en lo que a la prestación del consentimiento por el menor de edad se refiere, pero, ¿qué ocurre con el rechazo al tratamiento? Es decir, ¿puede un paciente menor de edad rechazar un tratamiento médico? Del pronunciamiento de Lord Scarman parece deducirse que el mismo sostiene, *obiter dicta*, que los menores de edad, si reúnen las condiciones de madurez y entendimiento suficientes, también pueden rechazar el tratamiento. Literalmente, dice Lord Scarman lo que sigue:

«In the light of the foregoing I would hold that as a matter of law the parental right to determine whether or not<sup>97</sup> their minor child below the age of 16 will have medical treatment terminates if and when the child achieves a sufficient understanding and intelligence to enable him or her to understand fully what is proposed.»

Por lo tanto, a juicio de Lord Scarman, el menor puede rechazar el tratamiento si tiene suficiente madurez para entender el procedimiento propuesto y las consecuencias de su decisión<sup>98</sup>.

Por último, solo nos queda añadir que, pese a que en el caso *Gillick* se juzga la legalidad del consentimiento prestado por una menor por debajo de los dieciséis años a un tratamiento anticonceptivo, los principios en él enunciados tienen carácter general y se aplican con independencia de que el paciente sea hombre o mujer y de la naturaleza del tratamiento de que se trate<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> Como ejemplo, podemos citar el caso *Re A*, [2010] EWHC 1549 (*Fam*), donde una autoridad local solicita, *inter alia*, que se declare que Mrs. A, de 29 años de edad y con un bajo coeficiente intelectual y una minusvalía mental (discapacidad que también tiene su marido), carece de capacidad para decidir sobre el uso de anticonceptivos y que debe recibir dicho tratamiento contraceptivo en su interés, pues ha dado ya a luz a dos hijos (antes de conocer a su marido) que le han sido retirados tras el parto al juzgar los trabajadores sociales que Mrs. A no tiene capacidad suficiente para conocer las necesidades de los bebés. A juicio de Bodey J., para resolver que una persona tiene capacidad para consentir o rechazar un tratamiento anticonceptivo se le ha de exigir que entienda los aspectos médicos del mismo, pero no las consecuencias sociales de decidir aceptar o no dicho tratamiento.

<sup>96</sup> PATTINSON, Shaun D., *MEDICAL LAW and Ethics*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2014, p. 162. *Vid.* también NELSON-JONES, Rodney *et al.*, *Medical negligence case law*, Second edition, Butterworths, London, 1995, pp. 9-10.

<sup>97</sup> Énfasis añadido.

<sup>98</sup> TEFÉ, Harvey, *Reasonable care. Legal perspectives on the doctor/patient relationship*, Oxford University Press, New York, 1994, p. 147.

<sup>99</sup> NELSON-JONES, Rodney *et al.*, *Medical negligence...*, *op. cit.*, p. 9; KHAN, Malcolm *et al.*, *Clinical negligence*, Second edition, London, 2002, p. 46. *Vid. Re (on the application of Axon) v Secretary of State for Health and another* [2006] EWHC 37

### 3.3 EVOLUCIÓN POSTERIOR A *GILLICK*

Tras el asunto *Gillick*, el *case law* inglés mantiene los principios establecidos en dicho emblemático juicio en lo referido al poder del menor de edad para consentir el tratamiento, lo que se observa, por ejemplo, en el caso *R (on the application of Axon) v Secretary of State for Health and another [2006] EWHC 37 (Admin)*. Sue Axon es una madre divorciada con cinco hijos, siendo las dos menores niñas de doce y quince años. Mrs. Axon se sometió a un aborto dos décadas antes de que el proceso judicial se iniciara, no queriendo que ninguna de sus hijas se viera en una situación semejante sin contar con la experiencia y apoyo de su madre. Por esta razón, solicita a la *High Court of Justice* que dicte una resolución en la que declare: 1) que un médico no tiene la obligación de mantener la confidencialidad de la información y tratamiento que proporcione a un menor de edad sobre métodos anticonceptivos, enfermedades de transmisión sexual y aborto y que, por tanto, no debe proporcionar dicha información y tratamiento sin el conocimiento de sus padres, salvo que el interés del menor así lo aconseje, y 2) que se declare la ilegalidad de la *Best Practice Guidance for Doctors and Other Health Professionals on the Provision of Advice and Treatment to Young People under Sixteen on Contraception, Sexual and Reproductive Health*, según la cual un profesional sanitario puede dar información y aplicar tratamiento en materia sexual a menores por debajo de los dieciséis años sin el consentimiento (e incluso, sin el conocimiento) de sus padres, siempre que se cumplan unas estrictas condiciones (que, básicamente, habían sido establecidas por Lord Fraser en el caso *Gillick*<sup>100</sup>), debiendo respetar el médico la confidencialidad del paciente menor de edad como si de un adulto se tratase. En este caso, Silver J. resuelve que la demandante no tiene derecho a la resolución declarativa que busca, utilizando una argumentación muy semejante a la empleada en el *Gillick case* y sosteniendo que un menor, con independencia de su edad, puede consentir un tratamiento siempre que tenga suficiente madurez y entendimiento sobre el procedimiento propuesto.

---

(*Admin*), donde Silver J. señala: «The speeches of Lord Fraser, Lord Scarman and Lord Bridge do not indicate or suggest that their conclusions depended in any way upon the nature of the treatment proposed because the approach in their speeches was and is of general application to *all* forms of medical advice and treatment. Indeed the approach of the majority was to consider in *general* terms the reasons why parental knowledge or consent might be required for medical advice and treatment and then again in *general* terms when the parental knowledge or consent would no longer be required».

<sup>100</sup> *Vid. supra*, nota al pie núm. 94.

Como podemos comprobar, el consentimiento por el menor de edad plantea pocos problemas en la práctica. Ahora bien, es en materia de rechazo al tratamiento o intervención donde la evolución jurisprudencial se ha hecho más evidente, habiendo evolucionado el *case law* desde el caso *Gillick*, que supuso un importante reforzamiento de la autonomía del paciente menor de edad en lo que a la adopción de decisiones relativas a su salud se refiere, hasta otras resoluciones más recientes en las que se limita la autonomía del menor si lo que éste desea es rechazar el procedimiento prescrito.

De esta suerte, tras el caso *Gillick*, en el que del juicio de Lord Scarman parece deducirse que un paciente menor de edad puede rechazar un tratamiento siempre que reúna las condiciones de madurez y entendimiento suficientes para ello, la *High Court of Justice* sostiene una postura similar en *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1992] 2 FCR 219*. En este caso, un menor de quince años y diez meses es diagnosticado de leucemia. El tratamiento convencional para tratar dicha patología (con el que existe una probabilidad de remisión de la enfermedad de entre el 80 y el 90%) consiste en la administración de cuatro medicamentos, dos de los cuáles hacen necesaria la realización de una transfusión sanguínea cada cierto tiempo. Tanto el menor como su familia rechazan, por profesar la religión de los Testigos de Jehová, la administración de transfusiones de sangre como parte del tratamiento. Ante dicho rechazo, el hospital decide aplicar un tratamiento alternativo con el que la probabilidad de remisión de la leucemia ronda el 60%. No obstante, en dos semanas el estado de salud del menor empeora hasta el punto de peligrar su vida, razón por la cual el hospital busca en los tribunales una autorización para poder aplicar al menor el tratamiento convencional, incluyendo las transfusiones de sangre. En la *High Court*, Ward J. afirma que la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969* no resulta aplicable en este caso porque el menor no ha cumplido aún los dieciséis años, razón por la cual, al no encontrar solución en los *statutes*, la busca en el *common law*, concretamente, en el *Gillick case* y, más específicamente, en el juicio de Lord Scarman, según el cual el menor puede rechazar el procedimiento propuesto siempre que tenga suficiente capacidad para ello. En el asunto enjuiciado, Ward J. considera que el menor no tiene madurez bastante para consentir, pues no llega a comprender todas las implicaciones que conllevaría para él y su familia el proceso de la muerte, con lo que corresponde al tribunal decidir sobre el tratamiento aplicable. En conclusión, del juicio de Ward J. parece deducirse que se sigue la

línea del caso *Gillick* con relación al rechazo al tratamiento o intervención cuando el paciente es un menor por debajo de los dieciséis años, concluyendo que resulta vinculante su negativa al tratamiento cuando tenga suficiente capacidad para entender las consecuencias de su decisión, circunstancia no concurrente en el supuesto sometido a su consideración<sup>101</sup>.

A partir de éste, encontramos una sucesión de casos en los que los tribunales restringen el poder del menor para rechazar el procedimiento propuesto. En esta línea se posiciona la sentencia dictada por la *Court of Appeal* en el caso *Re R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1991] 4 All ER 177, donde se plantea la cuestión de si un tribunal puede ignorar, en ejercicio de su *parens patriae*, la negativa de R (una menor de quince años y diez meses) a recibir un tratamiento consistente en tomar ciertos medicamentos. En primera instancia, Waite J. concede un permiso a la autoridad local para ingresar a la menor en una unidad psiquiátrica de adolescentes y administrarle la correspondiente medicación al margen de su voluntad. Esta sentencia es recurrida ante la *Court of Appeal*, que resuelve que un tribunal tiene poder para consentir el tratamiento médico de un menor, incluso en contra de su voluntad y aunque se trate de un menor maduro, poder que comparte con los padres del menor. No obstante, mientras que el tribunal tiene el poder de vetar el consentimiento del paciente a un determinado procedimiento, los padres no disponen de dicho poder, debiendo éstos respetar el consentimiento prestado por el menor de edad. En este supuesto nos parece de especial relevancia el juicio de Lord Donaldson of Lyvington MR., según el cual un menor *Gillick competent* o con dieciséis años cumplidos tiene poder para consentir un procedimiento, si bien dicho poder concurre con el que también ostentan los padres o tutores para consentir. Lord Donaldson utiliza la analogía de los llaveros (*keyholder analogy*) para explicar cómo interaccionan los poderes para consentir de los menores y de sus padres señalando que, mientras que si un paciente es mayor de edad y maduro solo él tiene la llave para abrir la puerta del tratamiento (es decir, solo él puede otorgar el consentimiento al procedimiento propuesto), en el caso de que el paciente sea menor de edad, tanto él como sus padres van a ser portadores de sendas llaveros (es decir, tanto el paciente como sus padres pueden consentir el tratamiento, sin que ninguno de ellos pueda vetar el consentimiento prestado por el otro). Además, si los padres disienten entre sí a la

<sup>101</sup> Dice Ward J.: «If, therefore, this case depended upon my finding of whether or not A is of sufficient understanding and intelligence and maturity to give full and informed consent, I find that he is not. Both, therefore, because s 8 does not apply and because, as I find, his veto is not a binding one, he not being in the position to take the decision [...]».

hora de decidir, de forma que uno de ellos consiente al procedimiento y el otro lo rechaza, el médico se enfrenta a una cuestión ética y profesional, pero no legal, puesto que está protegido frente a las reclamaciones por *trespass* o *criminal assault* siempre que haya obtenido el consentimiento de al menos uno de los progenitores (o, en su caso, del menor maduro).

Un año después, en el caso *Re W (a minor) (medical treatment) [1992] 4 All ER 627*, se plantea la misma cuestión. W, una menor de dieciséis años que sufre anorexia nerviosa, se encuentra hospitalizada en una unidad especializada en el tratamiento de niños y adolescentes. No obstante, debido a la preocupación sobre el estado de salud de W, se propone su traslado a un hospital especializado en el tratamiento de trastornos alimenticios, traslado que la menor rechaza. En primera instancia, Thorpe J. autoriza dicho traslado aun en contra de la voluntad de W, sometiendo tal permiso a la necesidad de nombrar a la menor unos nuevos padres adoptivos (*foster parents*). Esta decisión es recurrida ante la *Court of Appeal*, que se cuestiona si resulta conforme a la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969* que un menor por debajo de los dieciséis años tenga poder exclusivo para consentir o rechazar un tratamiento médico. Encontrándose el asunto pendiente de resolución por la *Court of Appeal*, el estado de salud de W empeora y el tribunal ordena su traslado. Dictada dicha orden, el tribunal procede a resolver la cuestión planteada, a saber, si un menor tiene un poder absoluto para rechazar un tratamiento. Al respecto, tras interpretar la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969*, la *Court of Appeal* resuelve, siguiendo la senda iniciada en *Re R*, que dicha sección no se aplica cuando el menor pretende rechazar el procedimiento propuesto, pudiendo el tribunal, en ejercicio de su jurisdicción inherente e ilimitada para la protección de los menores de edad, ignorar los deseos de un menor *Gillick competent* cuando el rechazo pretendido le conduciría, probablemente, a la muerte o a resultar gravemente dañado, basándose para ello en el mejor interés del menor y valorando este interés de modo objetivo; además, los padres también tienen el poder de vetar la decisión de rechazo del menor. Respecto del poder del menor para consentir al tratamiento, la *Court of Appeal* sostiene la postura tradicional, según la cual: 1) al menor con dieciséis años cumplidos se le aplica la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, y 2) el menor por debajo de los dieciséis años puede consentir al procedimiento propuesto, siguiendo lo dispuesto en el *Gillick case*, siempre que tenga madurez suficiente para ello, pudiendo ser vetada su decisión únicamente por el tribunal en el

ejercicio de su *parens patriae*<sup>102</sup>. La consecuencia de esta decisión es la que sigue: mientras un menor con dieciséis años tiene poder para consentir un tratamiento sin necesidad de consentimiento parental, no tiene un poder equivalente para rechazar el tratamiento si sus padres se niegan (es decir, si consienten el procedimiento)<sup>103</sup>.

Tras éste, son muchos otros los pronunciamientos judiciales que acogen los principios enunciados en *Re W*, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, *In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment) (1992) Times, 15 July (Court of Appeal)*<sup>104</sup>; *South Glamorgan County Council v. W and B (1992) 11 BMLR 162 (High Court of Justice)*<sup>105</sup>; *Re K, W and H (Minors) (Consent to Treatment) [1993] 1 FCR 240 (High Court of Justice)*<sup>106</sup>; *In Re M (1999) 52 BMLR 124 (High Court of Justice)*<sup>107</sup>;

<sup>102</sup> En este caso, Lord Donaldson rechaza la analogía de los llaveros utilizada un año antes en *Re R* para explicar la interacción entre los poderes del menor y de sus padres para consentir al procedimiento sobre la base de que los llaveros pueden tanto abrir como cerrar puertas, lo que no casa con el razonamiento de Lord Donaldson según el cual tanto el consentimiento del paciente como de sus padres pueden abrir la puerta al tratamiento, pero no cerrarla; esto es, cada parte puede consentir el tratamiento, pero no rechazarlo si el consentimiento es prestado por la otra parte, pues solo el tribunal tiene el poder de vetar el consentimiento prestado por el menor o sus progenitores. Por esta razón, Lord Donaldson utiliza en este caso la analogía del chaleco antibalas (*flak jacket analogy*), según la cual cualquier consentimiento (sea del menor o de sus progenitores) protege al médico de futuras reclamaciones judiciales por *trespass*. De este modo, podríamos concluir que el consentimiento prestado por el menor o por sus padres protege al médico como si éste llevara un «chaleco antirreclamaciones». En todo caso, siempre cabe la posibilidad de que el tribunal pueda, en ejercicio de su jurisdicción sobre los menores, autorizar el tratamiento de un menor de edad o rechazar el mismo aun en contra de la voluntad del propio menor y/o de sus progenitores.

<sup>103</sup> KHAN, Malcolm *et al.*, *Clinical negligence... op. cit.*, p. 48.

<sup>104</sup> J es una menor de dieciséis años que sufre anorexia nerviosa. En el otoño de 1991, su estado de salud exige la alimentación forzosa, existiendo indicios de que la menor tendría que ser alimentada de nuevo en el futuro. La menor rechaza la alimentación coactiva.

<sup>105</sup> A es una menor con quince años que rechaza ser internada en una unidad de adolescentes para el tratamiento de la enfermedad psiquiátrica que padece. Douglas Brown J. concluye que un tribunal puede, en el ejercicio de su jurisdicción inherente para la protección de los menores, ignorar los deseos de un menor de edad que pretenda rechazar el tratamiento, con independencia de que el menor sea competente o no.

<sup>106</sup> Tres menores reclaman ante la *High Court of Justice* que se les ha administrado un tratamiento en contra de su voluntad. Thorpe J. señala, *obiter dicta* (puesto que el juez considera que en este caso ninguno de los tres menores supera el juicio de capacidad), que cuando un menor de edad *Gillick competent* presta su consentimiento para un determinado procedimiento, sus padres no pueden vetar dicha decisión, pero que si, por el contrario, el menor rechaza el tratamiento, la persona que ejerza la responsabilidad parental puede vetar dicha negativa, sea el menor competente o no para decidir.

<sup>107</sup> M, una menor de quince años y medio, sufre un fallo cardíaco a raíz del cual su estado de salud empeora hasta el punto de requerirse una intervención de trasplante de corazón para salvar su vida. Pese a la urgencia y necesidad de la intervención, M rechaza la cirugía porque no quiere vivir con el corazón de otra persona ni vivir toda su vida teniendo que tomar medicación, aunque no desea morir y conoce que el resultado de no practicar el trasplante es la indeseada muerte. Por el contrario, sus padres sí que consienten la cirugía. En este contexto, los médicos solicitan a la *High Court* permiso para llevar a cabo la intervención. Johnson J. concede autorización para su práctica pese a la voluntad contraria de la menor. Días más tarde, el juez dicta una resolución en la que explica las razones que le llevaron a conceder tal permiso.

*Re P (Minor) [2003] EWHC 2327 (Fam) (High Court of Justice)*<sup>108</sup> y *F v. F (Welfare of Children: Immunisation) [2013] EWHC 2683 (Fam) (High Court of Justice)*<sup>109</sup>.

Un supuesto paradigmático en Inglaterra lo constituye el asunto Hannah Jones<sup>110</sup>, menor con trece años que sufre desde que tiene cinco una grave y extraña leucemia. Los tratamientos recibidos para luchar contra la enfermedad le han producido una lesión coronaria, de modo que, en el año 2008, se informa a la menor y a sus padres de que necesita un trasplante de corazón para evitar su muerte, previendo los médicos que, en ausencia de dicho trasplante, Hannah moriría probablemente en un período de seis meses. En todo caso, aunque el trasplante se practicase, la menor debería continuar con los tratamientos contra el cáncer tras la intervención. Habida cuenta de que los médicos no garantizan a Hannah que, tras el trasplante y la continuación con el tratamiento, la leucemia no vuelva a desarrollarse, la menor rechaza la operación (aunque luego cambiaría de opinión), decisión apoyada tanto por sus padres como por las autoridades sanitarias británicas, quienes entienden

<sup>108</sup> John, menor con dieciséis años y diez meses, está enfermo y parece posible que en el curso de su tratamiento sea necesaria una transfusión de sangre o el uso de derivados sanguíneos, a lo que el menor se opone por ser testigo de Jehová, rechazando sus padres también el tratamiento propuesto por igual motivo. En este contexto los médicos acuden a la *High Court* en solicitud de autorización para administrar el tratamiento al menor. Mr. Justice Johnson, considerando el interés del menor en el sentido más amplio posible (médico, religioso, social), decide que, ante la ausencia de tratamiento alternativo, debe autorizar el tratamiento propuesto pese a la oposición del menor (aunque éste tiene más de dieciséis años y, aparentemente, capacidad suficiente para decidir) y de sus padres.

<sup>109</sup> Mr. F, padre de dos hijas (L y M, de quince y once años de edad, respectivamente), busca ante los tribunales una declaración ordenando que las mismas reciban la vacuna triple vírica, a lo que se oponen tanto las propias menores como su madre. L fue vacunada poco después de nacer, pero, tras emerger un amplio debate público sobre los posibles riesgos que la citada vacuna conllevaba, ambos progenitores deciden, después de consultarlo con su médico de cabecera, que la menor no debería recibir la correspondiente dosis de recuerdo, y que M no debería ser vacunada al nacer. Años después, tras el divorcio de ambos progenitores, Mr. F declara su preocupación por el hecho de que sus hijas no estén inmunizadas y que realmente nunca estuvo totalmente convencido de que fuera adecuada la decisión de no vacunarlas. Es importante tener en cuenta que, en el momento en que el padre busca la orden judicial, ya ha sido desacreditado un *paper* publicado en *The Lancet* en el que se advertía sobre los riesgos de la vacuna triple vírica y se conectaba la misma con el autismo, habiendo constituido dicho *paper* y el debate causado a raíz del mismo el principal motivo que llevó a los padres a rechazar la vacunación de sus hijas. Además, el *National Health Service*, el *General Medical Council*, el *Chief Medical Officer* y la *World Health Organisation* recomiendan que los niños sean vacunados de la triple vírica al nacer. De la reclamación de Mr. F conoce Mrs. Justice Theis, según la cual la principal consideración a tener en cuenta es el bienestar de las niñas y, conforme al mismo, considera que éstas deben ser vacunadas pese a la oposición de las menores (que mostraban tener un elevado nivel de madurez y entendimiento) y de su madre.

<sup>110</sup> Vid. OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, «Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos», en *Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica. Actas de las XV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010, pp. 61-62.



que la menor goza de la madurez suficiente para su adopción aun cuando las consecuencias serían fatales para su vida. En este caso, los tribunales no tienen la oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de la menor a rechazar el tratamiento, pues el asunto no es examinado en vía judicial al apoyar la decisión de la menor tanto su familia como las autoridades británicas, que consideran que Hannah tiene suficiente madurez para adoptar una decisión inteligente sobre su salud y que dicha decisión es la que más protege su interés. En definitiva, en este asunto se abre paso con fuerza (si bien en sede extrajudicial) la idea conforme a la cual el peso fundamental en lo que a la toma de decisiones sobre la salud del menor se refiere se ha de atribuir a su madurez, aunque la voluntad de éste sea de rechazo a un tratamiento o intervención médicamente recomendada e, incluso, vital.

Por último, consideramos de relevancia referirnos al asunto *An NHS Foundation Hospital v. P* [2014] EWHC 1650 (*Fam*), resuelto por la *High Court of Justice*. P, una menor de diecisiete años y medio, conocida en el servicio local encargado de los menores con problemas mentales por tener una historia de comportamiento autolesivo, es ingresada en un hospital durante la madrugada por haber ingerido la tarde anterior una sobredosis de paracetamol. Ya en el hospital, la menor se niega a que le sea administrada una dosis de tratamiento que contrarreste el efecto del paracetamol. Su madre, que es llamada para que acuda al hospital, consiente dicho tratamiento, pero los médicos son reacios a administrarlo sin obtener una previa autorización judicial. El supuesto se torna de una gravedad extrema, hasta el punto de que, a menos que la sobredosis sea tratada en las siguientes ocho horas (aproximadamente), el hígado de la menor puede resultar gravemente dañado, pudiendo incluso morir. P finalmente accede a tomar la primera dosis de medicación, pero los médicos están preocupados ante la posibilidad de que rechace continuar con el tratamiento en un momento posterior (tratamiento que debe ser administrado durante un período continuo de veintiuna horas), razón por la cual el hospital acude ante la *High Court of Justice* en solicitud de una autorización para administrar el correspondiente tratamiento a P en el caso de que se niegue a recibir las dosis futuras. Del asunto conoce Baker J., quien considera que, pese a la historia de problemas mentales y personales de la menor, la misma es *Gillick competent*. Sin embargo, el juez otorga autorización para tratar a la menor aun cuando ésta se oponga al considerar que, en los supuestos de negativa al tratamiento, el tribunal puede, en el ejercicio de su inherente jurisdicción, ignorar los

deseos del menor velando por su mejor interés. Por tanto, el paso que parecía haberse dado en el caso de Hannah Jones (si bien fuera de los tribunales, a nivel de las autoridades británicas) en lo que a la atribución del peso decisivo a la voluntad del menor *Gillick competent* para rechazar el tratamiento, no tiene reflejo en el ámbito judicial, donde la tendencia seguida por los tribunales sigue siendo la de otorgarse a sí mismos la posibilidad de vetar la decisión de rechazo al tratamiento por el menor, pese a superar éste el juicio de capacidad establecido en el *Gillick case*.

En consecuencia, el pronunciamiento dictado en *An NHS Foundation Hospital v. P* no añade nada a lo establecido en los asuntos anteriores sobre el rechazo al tratamiento por el menor de edad. No obstante, sí que resultan curiosas las palabras que utiliza Baker J. al tratar de la prestación del consentimiento por el menor:

«[a] person with capacity under the age of 18 who is «Gillick competent» –that is to say, having a state of maturity, intelligence and understanding sufficient to enable her to take a decision as to medical treatment for herself– is deemed to have legal capacity to consent to treatment.»

Como podemos comprobar, el juez afirma que, cuando un menor (con independencia de su edad) es *Gillick competent*, tiene capacidad legal para consentir el tratamiento, sin incluir referencia alguna a la posibilidad de vetar esta decisión que tradicionalmente tienen los tribunales en interés del menor. No obstante, pese a que Baker J. omite dicha referencia, consideramos que, dado que se trata de un pronunciamiento dictado *obiter dicta* y por un tribunal menor (concretamente, la *High Court of Justice*<sup>111</sup>), no hay que darle mayor importancia a lo que parece ser más un «olvido» del juez que un intento de modificar el asentado *case law* existente sobre el particular.

### 3.4 CONCLUSIONES

Tras hacer un recorrido por el *case law* inglés desde el *Gillick case* hasta el reciente caso *An NHS Foundation Hospital v. P*, podemos extraer las siguientes conclusiones.

<sup>111</sup> Recordemos que la *Court of Appeal* declara en los asuntos *Re R (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1991] 4 All ER 177* y *Re W (a minor) (medical treatment) [1992] 4 All ER 627* que el tribunal ostenta el poder de vetar el consentimiento prestado a una intervención o tratamiento por el paciente menor de edad o sus padres.

De un lado, si el paciente es un menor de edad que consiente un tratamiento terapéutico hay que distinguir dos supuestos. En primer lugar, si el paciente es un menor con dieciséis años cumplidos se le aplica al mismo la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969*, conforme a la cual puede prestar su consentimiento a cualquier tratamiento quirúrgico, médico o dental como si de un adulto se tratase (por tanto, presumiéndose *iuris tantum* su capacidad para decidir) y sin necesidad de obtener el consentimiento de sus padres o tutores a tal efecto, aunque sea una buena práctica involucrar a la familia del menor en el proceso de adopción de decisiones si éste consiente que su información sanitaria sea compartida<sup>112</sup>.

En segundo lugar, si el paciente es un menor por debajo de los dieciséis años, no se le aplica la sección 8 (1), sino que la solución ha de buscarse en el *common law* y, más concretamente, en el *Gillick case* y en la multitud de asuntos posteriores que siguen los principios establecidos en *Gillick*. Conforme a tales supuestos, podemos concluir que un menor por debajo de los dieciséis años puede consentir un tratamiento siempre y cuando reúna suficientes condiciones de madurez y entendimiento sobre las implicaciones del procedimiento propuesto, siendo ésta una *quaestio of fact* que debe evaluarse *ad hoc* teniendo en cuenta que el nivel de madurez exigido es mayor en intervenciones serias que en otras banales<sup>113</sup>. Esta postura es coherente con la exégesis de la sección 8 (3) de la *Family Law Reform Act 1969* defendida por la parte demandada en el *Gillick case*, según la cual, partiendo de que el consentimiento de un menor por debajo de los dieciséis años era válido antes de la mencionada ley, la sección 8 (3) pretende aclarar que el mismo continúa siendo efectivo tras su promulgación<sup>114</sup>. Dicho consentimiento, si bien no puede ser vetado por los padres o tutores del menor, sí que puede ser ignorado por un tribunal en ejercicio de su jurisdicción inherente e ilimitada para la protección de los menores de edad<sup>115</sup>.

Las conclusiones que acabamos de exponer en relación con el poder del menor de edad para prestar su consentimiento se aplican

---

<sup>112</sup> DEPARTMENT OF HEALTH, *Reference guide to consent for examination or treatment*, 2<sup>nd</sup> edition, July 2009, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/138296/dh\\_103653\\_\\_1\\_.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1_.pdf), p. 33 (última consulta el 12.9.2018).

<sup>113</sup> GARSIDE, John Paul, *Law for doctors. Principles and Practicalities*, The Royal Society of Medicine Press, London, 2006, p. 53.

<sup>114</sup> JONES, Michael, *Medical negligence*, 4<sup>th</sup> edition, Thomson Reuters, London, 2008, p. 589.

<sup>115</sup> No obstante, será extraño que un juez ignore la voluntad de un menor con base en su mejor interés cuando lo que pretende es consentir un tratamiento médicamente propuesto y aconsejable.

únicamente a los tratamientos terapéuticos. En los supuestos de tratamientos no terapéuticos, se ha de acudir al *common law*, habida cuenta de que la sección 8 de la *Family Law Reform Act 1969* no se aplica a la medicina voluntaria. En virtud de los principios expuestos por el *case law*, concluimos que el menor de edad puede consentir un tratamiento no terapéutico si es *Gillick competent*, pudiendo ser su decisión vetada por el tribunal, pero no por las personas que ejercen la responsabilidad parental<sup>116</sup>.

De otro lado, si el paciente menor de edad (haya alcanzado o no los dieciséis años) pretende rechazar el tratamiento, la solución debe encontrarse en el *common law*, pues, según el *case law*, la sección 8 (1) de la *Family Law Reform Act 1969* únicamente se aplica si lo que pretende el menor es consentir el tratamiento, y no a los supuestos en que su decisión sea de rechazo. Para estos casos, pese al pronunciamiento de Lord Scarman en *Gillick* (que otorga poder a los menores de edad para rechazar el tratamiento siempre que tengan madurez y entendimiento suficiente para ello), la jurisprudencia posterior evoluciona en sentido contrario, es decir, sosteniendo que la decisión de rechazo del tratamiento por el menor de edad puede ser vetada tanto por sus padres como por el tribunal, aunque siempre velando por el mejor interés del menor y debiendo considerarse el efecto psicológico que sobre éste pueda tener la desatención de su voluntad<sup>117</sup>. No obstante, hay ocasiones en las que, a la hora de decidir el sometimiento del menor a una determinada actuación sobre su cuerpo, se han tenido en cuenta, amén de su interés superior, otros intereses distintos, como los requerimien-

<sup>116</sup> Vid. Lord Donaldson en *Re W*: «(4) Section 8 of the Family Law Reform Act 1969 gives minors who have attained the age of 16 a right to consent to surgical, medical or dental treatment. Such a consent cannot be overridden by those with parental responsibility for the minor. It can, however, be overridden by the court. This statutory right does not extend to consent to the donation of blood or organs. (5) A minor of any age who is «Gillick competent» in the context of particular treatment has a right to consent to that treatment, which again cannot be overridden by those with parental responsibility, but can be overridden by the court. Unlike the statutory right this common law right extends to the donation of blood or organs». Vid. también DEPARTMENT OF HEALTH, *Reference guide...*, *op. cit.*, p. 32: «Section 8 of the Family Law Reform Act 1969 applies only to the young person's own treatment. It does not apply to an intervention that is not potentially of direct health benefit to the young person, such as blood donation or non-therapeutic research on the causes of a disorder. However, a young person may be able to consent to such an intervention under the standard of Gillick competence, considered below (...)».

<sup>117</sup> Vid. *In re J (A Minor) (Inherent Jurisdiction: Consent to Treatment)* (1992) *Times*, 15 July donde, en un supuesto en el que una menor con dieciséis años que sufre de anorexia nerviosa se niega a ser alimentada, la *Court of Appeal* declara que la decisión de rechazo de un tratamiento por un menor de edad puede ser vetada tanto por los padres como por el tribunal, si bien todos ellos deben tener en cuenta la decisión de rechazo del menor a la hora de consentir al tratamiento, siendo la opinión del menor de mayor importancia cuanto mayor sea la edad y madurez del mismo. Vid. también *An NHS Foundation Hospital v. P* [2014] EWHC 1650 (*Fam*). En la doctrina, GARSIDE, John Paul, *Law for...*, *op. cit.*, pp. 52-53.

tos generales de justicia o el interés público<sup>118</sup>. En síntesis, podemos afirmar, tomando en préstamo las palabras de LOWE y DOUGLAS:

«Although *Gillick* should certainly be seen as a further important example of the diminution of parental authority in the eyes of English law, potentially it was (and still is) of much greater significance, for it seemed to acknowledge that children themselves have the power to make their own decisions. Had this been how the decision was interpreted, then it might fairly have been described as a landmark of children's rights. However, as we now discuss, it has been restrictively interpreted, and for those who saw *Gillick* as establishing autonomy rights for mature children it has so far proved a false dawn. The two leading cases are *Re R (A Minor) (Wardship: Consent to Medical Treatment)* and *Re W (A Minor) (Medical Treatment: Court's Jurisdiction)*, both decided by the Court of Appeal»<sup>119</sup>.

Por último, nos cuestionamos el porqué de esta diferencia de régimen jurídico según sea la voluntad del paciente menor de edad de consentir o rechazar el tratamiento médico. Sin ánimo de profundizar en el estudio de esta cuestión, únicamente señalamos que la explicación mayoritaria en la doctrina destaca la exigencia de un mayor nivel de madurez para entender las implicaciones de rechazar un tratamiento (decisión que en muchas ocasiones implica graves consecuencias para la vida o salud física o psíquica del paciente) que para consentir un procedimiento que ha sido propuesto por un profesional sanitario<sup>120</sup>.

#### 4. COMPARATIVA

Estudiada la normativa reguladora del consentimiento informado y el rechazo al tratamiento o intervención por el menor de edad en España (antes y después de la reforma operada por la Ley 26/2015) y el régimen jurídico aplicable a dicha cuestión en Inglaterra, podemos concluir que el tratamiento aplicable a las situaciones en las que el menor de edad maduro pretende consentir

<sup>118</sup> A título meramente ejemplificativo, podemos citar la sentencia dictada por la *House of Lords* en el caso *S v. S and W v. Official Solicitor* [1972] A. C. 24, donde el tribunal admite la legalidad de someter a dos menores a sendas pruebas de paternidad al tener en cuenta el interés general de la justicia, que requiere que la prueba (en el supuesto enjuiciado, un test sanguíneo) se practique, aunque la misma conlleve ciertos riesgos (si bien remotos) para el menor.

<sup>119</sup> LOWE, NIGEL y DOUGLAS GILLIAN, *Bromley's Family Law*, 11<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 322-323.

<sup>120</sup> TEFF, Harvey, *Reasonable care...*, *op. cit.*, p. 151; KHAN, Malcolm *et al.*, *Clinical negligence...*, *op. cit.*, p. 49.

el procedimiento propuesto es verdaderamente cercano en ambos ordenamientos. De este modo, si el menor tiene dieciséis años (o está emancipado, en el caso español) puede prestar el consentimiento al procedimiento propuesto como si de un mayor de edad se tratase; en consecuencia, se presume *iuris tantum* su capacidad para otorgar el consentimiento informado *ex* artículo 9.4 LAP y sección 8 (1) *Family Law Reform Act 1969* en los ordenamientos español e inglés, respectivamente. Si, por el contrario, estamos ante un menor de dieciséis años, puede éste otorgar el consentimiento siempre y cuando reúna las condiciones suficientes de capacidad natural (menor maduro, *competent minor* o *Gillick competent minor*), conforme a lo previsto en el artículo 9.3.c) LAP, en España, y el *common law*, en Inglaterra.

Encontramos, sin embargo, una particularidad en el ordenamiento jurídico español: la aplicación de la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP en los supuestos de actuaciones de grave riesgo para la vida o integridad del paciente menor de edad. En caso de que se den los presupuestos para la aplicación de dicha excepción, el consentimiento corresponde, no al menor (independientemente de su edad y grado de madurez), sino a su representante legal. Esta excepción, que consideramos absolutamente injustificada, no se prevé en el Derecho inglés, donde el *Gillick competent minor* puede otorgar su consentimiento con independencia del tipo de intervención de que se trate, solución que nos parece más respetuosa con el derecho a la autonomía del paciente menor de edad que la prevista en la normativa española.

No obstante, si bien es cierto que el Derecho inglés no contempla una excepción equivalente a la prevista en el artículo 9.4 *in fine* LAP, sí que prevé la posibilidad de que el tribunal pueda vetar el consentimiento prestado por el menor de edad con base en su mejor interés, poder del que no disponen, por el contrario, los progenitores del paciente. Esta posibilidad nos parece tan injustificada como la excepción prevista en la LAP, pues si el paciente tiene madurez bastante para decidir *per se*, nadie mejor que él para definir su mejor interés y decidir en consecuencia. Ahora bien, en la práctica esta opción es menos utilizada que la excepción española, habida cuenta de que ocurre con poca frecuencia que un tribunal vete la decisión de un menor de someterse a un procedimiento médicamente recomendado sobre la base de su mejor interés, pues este interés ya ha sido tenido en cuenta por los profesionales sanitarios a la hora de proponer la actuación médica en cuestión.

Podemos observar, por tanto, cómo la situación en España y en Inglaterra es bastante similar cuando el menor de edad lo que pre-

tende es consentir el procedimiento propuesto. Ahora bien, ¿qué ocurre si la voluntad del menor es de rechazo al tratamiento? En Inglaterra, la solución está bien asentada en el *common law*: el *Gillick competent minor*, con independencia de si ha cumplido ya la edad de dieciséis años o no, puede negarse al tratamiento, pero tanto sus padres como los tribunales pueden vetar dicha decisión de rechazo con base en su mejor interés.

En España, la situación es diferente, ya que los artículos 9.3.c) y 9.4 LAP no distinguen (ni antes de la reforma operada por la Ley 26/2015 ni con la nueva redacción por ella introducida) un régimen distinto para el consentimiento y el rechazo por el menor de edad al procedimiento médico. De este modo, en principio, si el menor quiere rechazar el tratamiento, las pautas a seguir son las mismas que acabamos de exponer para el consentimiento: presunción *iuris tantum* de capacidad si el menor tiene dieciséis años cumplidos (o está emancipado) y necesidad de acreditar su capacidad (*id est*, que se trata de un menor maduro) si no ha cumplido aún dicha edad. No tienen los padres, por tanto, a diferencia de lo que ocurre en Inglaterra, la posibilidad de vetar la decisión del rechazo del menor maduro sobre la base de su mejor interés; tampoco ostentarían esta facultad de veto los tribunales, aunque si dictasen una orden autorizando el tratamiento coactivo a un menor maduro en contra de su voluntad, dicho mandato sería de obligado cumplimiento para la comunidad médica. Si el menor reúne las condiciones de capacidad suficientes (lo que se presume *iuris tantum* si tiene dieciséis años o está emancipado, *ex* artículo 9.4 LAP) es él quien debe decidir sobre el procedimiento propuesto, sea en el sentido de consentirlo, sea en el sentido de rechazarlo, sin que puedan ni sus padres ni el tribunal vetar su decisión. Observamos una notable diferencia entre el régimen español y el inglés, siendo, a nuestro parecer, más respetuoso con el derecho a la autonomía y autodeterminación del paciente la solución adoptada en nuestro ordenamiento jurídico.

El único supuesto problemático nos los podemos encontrar en los casos en que el rechazo al tratamiento pueda implicar grave riesgo para la vida o integridad del paciente menor de edad: ¿se aplica en tal caso la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP? En caso afirmativo, la prestación del consentimiento correspondería a los representantes legales del menor, tras escuchar su opinión. Esta excepción (que, entendemos, implica una violación injustificada de los derechos a la autonomía y autodeterminación del menor cuando éste reúna las condiciones de madurez suficientes para decidir), a nuestro parecer, no resultaría aplicable (en contra de la postura sostenida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2012)

a los casos en que el procedimiento propuesto no conlleve un grave riesgo para la vida o integridad del menor de edad, sino que tal riesgo se derive del rechazo a dicho procedimiento.

A modo de conclusión, si bien la situación es bastante semejante en España e Inglaterra, en líneas generales, en lo que a la prestación del consentimiento por el menor de edad se refiere (aunque sin perder de vista la diferencia que supone la existencia de la excepción del artículo 9.4 *in fine* LAP en el ordenamiento español y la posibilidad de vetar el consentimiento del menor que tiene el tribunal en el *common law* inglés), existe una notable diferencia en aquellos supuestos en que la voluntad del menor de edad es de rechazo al tratamiento, pues, mientras que en Inglaterra el menor puede rechazar el tratamiento, ostentando tanto sus padres como los tribunales la facultad de vetar dicha decisión (incluso aunque se trate de un *Gillick competent minor*), en España se presume *iuris tantum* su capacidad si tiene dieciséis años o está emancipado y, en caso de no haber cumplido aún dicha edad y no estar emancipado, puede decidir personalmente siempre que resulte acreditado que reúne las condiciones de madurez suficientes para ello, sin que su decisión pueda ser vetada ni por los responsables parentales ni por el tribunal. Por último, en los supuestos de negativa al tratamiento o intervención, al igual que en los de consentimiento, resulta aplicable la excepción contemplada en el artículo 9.4 *in fine* LAP cuando la actuación médica que el menor se propone rechazar comporte grave riesgo para la vida o salud del paciente menor de edad, siempre que dicho grave riesgo derive de la actuación en sí misma, y no de su omisión o rechazo.

## 5. JURISPRUDENCIA CITADA

### 5.1 ESPAÑA

#### **Tribunal Constitucional**

STC (Pleno) de 18 de julio de 2002 (RTC/2002/154).

STS (Sala Segunda) de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37).

#### **Tribunal Supremo**

STS (Sala de lo Penal) de 27 de junio de 1997 (RJ/1997/4987).

STS (Sala de lo Civil) de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3).

STS (Sala de lo Civil) de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001/6197).

STS (Sala de lo Civil) de 19 de junio de 2007 (RJ 2007/5572).



## **Audiencia Provincial**

SAP de Huesca de 20 de noviembre de 1996 (ARP/1996/1064).

## **Dirección General de los Registros y del Notariado**

RDGRN de 3 de marzo de 1989 (RU 1989/2380).

RDGRN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631).

## **Fiscalía General del Estado**

Fiscalía General del Estado, Circular 1/2012, de 3 de octubre de 2012 (JUR 2012/332864).

Fiscalía General del Estado, Instrucción de 15 de marzo de 2006 (JUR 2006/94040).

## **5.2 INGLATERRA**

### **House of Lords**

House of Lords, *S v. S and W v. Official Solicitor* [1972] A. C. 24, de 21 de julio de 1970.

House of Lords, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Department of Health and Social Security* [1986] 1 A. C. 112, de 17 de octubre de 1985.

### **Court of Appeal**

Court of Appeal, *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1985] 2 W. L. R. 413, de 20 de diciembre de 1984.

Court of Appeal, Civil Division, *Re R (a minor) (wardship: medical treatment)* [1991] 4 All ER 177, de 24 de julio de 1991.

Court of Appeal (Civil Division), *Re W (a minor) (medical treatment)* [1992] 4 All ER 627, de 10 de julio de 1992.

Court of Appeal, *In re J* (1992) Times, 15 July, de 15 de julio de 1992.

### **High Court of Justice**

High Court of Justice (Queen's Bench Division), *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1984] 1 Q. B. 581, de 26 de julio de 1983.

High Court of Justice (Family Division), *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1992] 2 FCR 219, de 21 de septiembre de 1990.

High Court of Justice (Family Division), *Re K, W and H (Minors) (Consent to Treatment)* [1993] 1 FCR 240, de 10 de septiembre de 1992.

- High Court of Justice (Family Division), *South Glamorgan County Council v. B and W* (1992) 11 BMLR 162, de 27 de octubre de 1992.
- High Court of Justice (Family Division), *Re M* (child: refusal of medical treatment) 52 BMLR 124, 15 de julio de 1999.
- High Court of Justice (Family Division), *Re P* (Minor) [2003] EWHC 2327, de 15 de agosto de 2003.
- High Court of Justice (Queen's Bench Division), *R* (on the application of Axon) v Secretary of State for Health and another [2006] EWHC 37 (Admin), de 23 de enero de 2006.
- High Court of Justice (Family Division), *F v. F* (Welfare of Children: Immunisation) [2013] EWHC 2683 (Fam), de 5 de septiembre de 2013.
- High Court of Justice (Family Division), *An NHS Foundation Hospital v. P* [2014] EWHC 1650 (Fam), de 20 de mayo de 2014.

## Court of Protection

- Court of Protection, *In re A* [2010] EWHC 1549 (Fam), de 24 de junio de 2010.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina: «El derecho a la autonomía de los pacientes», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 173-205.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Patria potestad y protección del menor: conflicto de su derecho a la vida y a la salud con el derecho a la libertad religiosa de sus progenitores», *Aranzadi civil: revista quincenal*, núm. 2, 2002, pp. 1985-1987.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: El Valor de la Autonomía del Paciente en la Ley 41/2002, del 14 de Noviembre, Reguladora de los Derechos y Deberes de los Pacientes, en AA. VV., *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, CIENFUEGOS SALGADO, David y MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen (coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 69-142.
- BÓRQUEZ POLLONI, Blanca, *et al.*: «Huelga de hambre en adolescentes: un desafío ético para el equipo de salud», *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 27, 2013, pp. 3-12.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2.<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid, 2008.
- COMISIÓN DE BIOÉTICA DE CASTILLA Y LEÓN: *Guía de Consentimiento Informado*, Junta de Castilla y León, 2010, <http://www.saludcastillayleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/guia-consentimiento-informado> (última consulta el 12.9.2018).
- *Problemas relacionados con las actuaciones sanitarias en los menores de edad*, Junta de Castilla y León, 2010, disponible en [ADC, tomo LXXI, 2018, fasc. III](http://www.saludcastilla-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

- yleon.es/profesionales/es/bancoconocimiento/problemas-relacionados-actuaciones-sanitarias-menores-edad (última consulta el 12.9.2018).
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA: *Recomendaciones del Comité de Bioética de Cataluña ante el rechazo de los enfermos al tratamiento*, abril de 2010, <http://www.bioetica-debat.org/contenidos/PDF/2010/cbcrechazotr.pdf> (última consulta el 12.9.2018).
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, Tomo II, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel: *Estatuto Ético-Jurídico de la Profesión Médica. Tomo II*, Dykinson, Madrid, 2006.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: «El menor: un paciente complicado (al menos, desde la perspectiva legal)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 289-305.
- DEL RÍO SÁNCHEZ, Carmen: «El consentimiento informado en menores y adolescentes: contexto ético-legal y algunas cuestiones problemáticas», *Información psicológica*, n. extra 100, septiembre-diciembre de 2010, pp. 60-67.
- DEPARTMENT OF HEALTH: *Reference guide to consent for examination or treatment*, 2<sup>nd</sup> edition, July 2009, [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/138296/dh\\_103653\\_\\_1\\_.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/138296/dh_103653__1_.pdf) (última consulta el 12.9.2018).
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Artículo 162», en AA. VV., *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, edición digital, pp. 422-445.
- DÍEZ RODRÍGUEZ, José Ramón: «El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, pp. 183-221.
- GALÁN CORTÉS, Julio César: «El consentimiento informado en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 47, diciembre de 2009, pp. 9-43.
- *Responsabilidad civil médica*, 5.<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo, II, GETE-ALONSO CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 595-631.
- GARSDIE, John Paul: *Law for doctors. Principles and Practicalities*, The Royal Society of Medicine Press, London, 2006.
- GRACIA GUILLÉN, Diego, *et al.*: «Toma de decisiones con el paciente menor de edad», en AA. VV., *Ética en la práctica clínica*, GRACIA GUILLÉN, Diego y JÚDEZ GUTIÉRREZ, Francisco Javier (eds.), Triacastela, Madrid, 2004, pp. 127-160.
- HAWKINS, Susan D.: «Protecting the rights and interests of competent minors in litigated medical treatments disputes», *Fordham Law Review*, v. 64, issue 4, article 35, 1996, p. 2075-2132.
- JONES, Michael: *Medical negligence*, 4<sup>th</sup> edition, Thomson Reuters, London, 2008.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael: «Minoría de edad, paternalismo y capacidad de decisión: ¿hacia una mayoría de edad sanitaria?», en AA. VV., *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 475-489.

- KHAN, Malcolm, *et al.*: *Clinical negligence*, Second edition, London, 2002.
- LEWIS, Charles J.: *Clinical negligence. A practical guide*, Sixth edition, Tottel publishing, Haywards Heath, 2006.
- LOWE, Nigel y DOUGLAS, Gillian: *Bromley's Family Law*, 11<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)», *Anuario de Derecho Civil*, v. 45, núm. 4, 1992, pp. 1391-1498.
- MORENO ANTÓN, María: «La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, DÍAZ MAROTO, Julio y RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, pp. 95-123.
- NELSON-JONES, Rodney, *et al.*: *Medical negligence case law*, Second edition, Butterworths, London, 1995.
- NIETO ALONSO, Antonia: «El recurso a la autonomía de la voluntad como instrumento idóneo para asegurar la protección y el bienestar de la persona», en AA. VV., *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> Paz (coord.), Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 613-638.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, 8.<sup>a</sup> edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2016.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Autonomía del paciente y sistema sanitario: conflicto de bienes jurídicos», en AA. VV., *Bioética y Derecho ante los desafíos de la investigación biomédica. Actas de las XV jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen (dir.), Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2010, pp. 41-65.
- «El menor maduro ante el Derecho», *EIDON*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Ángeles, y ARENAS GARCÍA, Rafael: «Minoría de edad», en AA. VV., *Tratado de Derecho de la persona física*, Tomo I, GETE-ALONSO CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 579-641.
- PATTINSON, Shaun D.: *Medical Law and Ethics*, Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), London, 2014.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: «La capacidad de obrar de la persona menor de edad no emancipado a la luz del Libro II del Código civil de Cataluña (arts. 211-3 y 211-5)», *InDret*, núm. 3, 2017, pp. 1-28.
- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia: «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 3, 2016, pp. 47-73.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: *El interés del menor*, 2.<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen: «Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad», en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio *et al.* (coords.), Civitas, Madrid, 2003, pp. 951-974.
- SANTOS MORÓN, María José: «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales», *Diario La Ley*, Año XXIII, núm. 5675, 2002, pp. 1-6.
- «Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor», *AFDUAM*, El Menor ante el Derecho en el siglo XXI, núm. 15, Díaz Maroto,

- Julio y Rodríguez Guitián, Alma María (eds.), UAM y BOE, Madrid, 2011, pp. 63-93.
- SIMÓN LORDA, Pablo, y BARRIO CANTALEJO, Inés: «La capacidad de los menores para tomar decisiones sanitarias: un problema ético y jurídico», *Revista Española de Pediatría* vol. 53, núm. 2, 1997, pp. 107-118.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE Y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full Edition*, v. II, VON BAR, CHRISTIAN Y CLIVE, Eric (eds.), Sellier, Munich, 2009.
- TARELLO, Giovanni: *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980.
- TEFF, Harvey: *Reasonable care. Legal perspectives on the doctor/patient relationship*, Oxford University Press, New York, 1994.
- THE OPEN LEARNING FOUNDATION: *Healthcare active learning. Legal aspects of health care*, Churchill Livingstone, Edinburgh, 1995.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario: «Separata. El trabajo del menor de edad», en *La tutela de los derechos del menor. 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1984, pp. 411-430.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía: «La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa», *Revista de Derecho Privado*, año 91, mes 5, 2007, pp. 19-58.
- *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, TIRANT LO BLANCH, VALENCIA, 2009.
- VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «Derechos de la infancia y la adolescencia: hacia un sistema legal», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49, 2015, pp. 17-41.
- WOOLLEY, S.: «Jehovah's Witnesses in the emergency department: what are their rights?», *Emergency Medicine Journal*, v. 22, núm. 12, 2005, pp. 869-871.



# El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>1</sup>

**NIEVES FENOY PICÓN**  
Prof. Titular Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*Ejercitada una acción colectiva de cesación de cláusula suelo (condición general) en préstamo hipotecario a interés variable celebrado con consumidores, en su S. 1.ª; P, 09.05.2013, el Tribunal Supremo aplicó un control de transparencia, independiente del control de incorporación, y declaró nulas las cláusulas suelo de las que conoció. Fue una sentencia emblemática, que generó un gran debate entre nuestros autores. Entre otros extremos, el Tribunal Supremo consideró que la cláusula suelo formaba parte del objeto principal del contrato. Según el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal, si aquellas se redactaron de modo claro y comprensible. El legislador español no ha transpuesto expresamente dicho artículo 4.2 y este silencio legislativo, junto con otros datos, ha dado lugar a distintas interpretaciones del Derecho nacional.*

*La primera temática del trabajo versa sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: su origen, cómo se ha entendido incorporado al Derecho español y con qué su alcance, la existencia de algunas propuestas jurídicas para su expresa incorporación al Derecho español, y la oportuna doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Con el rango de segunda temática, expongo las distintas tesis de los autores, y sus argumentos, acerca de cómo han de controlarse las cláusulas sobre los elementos esenciales (objeto prin-*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento. Aproximación de dos sistemas» (DER 2017-84947-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

*cial) del contrato celebrado con condiciones generales, cuando no son transparentes. Aplicando el control de transparencia, distinto del de inclusión, el TS no actuó en el vacío, pues tuvo en cuenta a cierta doctrina. La tercera temática del trabajo consiste en exponer la jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde la citada STS, 1.ª, P, 09.05.2013 hasta el año 2017, lo que permite percibir su evolución y pronunciamientos (cómo progresivamente y con una mayor nitidez perfila el control de transparencia, cómo entiende que incide la sentencia estimatoria de una acción colectiva en el posterior ejercicio de la acción individual del consumidor; la exigencia de la transparencia en las subrogación y novación del préstamo hipotecario). Como cuarta temática, demandada la regulación del control de transparencia, expongo, al respecto, una Proposición de ley del Grupo Parlamentario socialista de 2017, cuyas reglas no sorprenden a esas alturas del trabajo y, dado que el Tribunal Supremo se ha pronunciado, en diversas ocasiones, sobre el papel del notario en el cumplimiento de la exigencia de transparencia, expongo la oportuna regulación del Proyecto de Ley regulador de los contratos de crédito inmobiliario de 2017. Acabo el trabajo con unas conclusiones y consideraciones finales.*

#### **PALABRAS CLAVE**

*Artículos 4.2 Dir 93/13/CEE y 60, 80.1 y 82 TRLGDCU; cláusula suelo en préstamo hipotecario a interés variable; contrato con consumidores y con condiciones generales; control de transparencia y objeto principal del contrato; acción colectiva de cesación, acción individual del consumidor, y su relación; control de transparencia y propuestas de regulación; error vicio y control de transparencia.*

#### **ABSTRACT**

*As a result of the bringing of a collective action for injunction against floor clauses (general condition) included in variable interest rate mortgage loans entered into with consumers, the Supreme Court, in its Decision, 1st, P, 09.05.2013, also applied transparency controls, additionally to the control of incorporation, and declared null and void the floor clauses that had been submitted for its consideration. This ruling became emblematic and raised discussions among our scholars. Amongst other things, the Supreme Court considered that floor clauses formed part of the main subject matter of the contract. According to article 4.2 of Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, the assessment of the unfair nature of the terms shall not relate to the definition of the main subject matter of the contract, in so far as such terms were formulated in plain intelligible language. Spanish Lawmakers have not expressly transposed article 4.2, and that silence of the legislation, along with other circumstances, has led to different interpretations of the National Law.*

*The first topic of this paper relates to article 4.2 of Directive 93/13/EEC: its origin, how - and to what extent - it has supposedly been incorporated into the Spanish Law system, the existence of certain legal proposals that argue for its inclusion in the Spanish Law and the relevant case law expressed by the Court of Justice. As a second topic, I will outline the different views maintained by the authors and their arguments regarding the way in which the*



*terms concerning the essential elements (main subject matter) of a contract which includes general terms and conditions should be controlled, when such terms are not transparent. The application of the transparency control by the Supreme Court, in addition to the control of inclusion, did not mean in any way that the Court has acted in a vacuum, since certain legal doctrines have been taken into consideration. The third topic addressed in this paper will consist of presenting the case law issued by the Supreme Court, beginning with the aforementioned STS, 1.ª, P, 09.05.2013 and up to year 2017, which will allow to perceive its evolution and decisions (how such case law has gradually and more clearly defined transparency control, and how, according to it, a favourable ruling on a collective action influences the subsequent exercise of individual actions lodged by consumers, the requirement of transparency in case of subrogation and novation of the mortgage loan). As a fourth topic, and considering the voices in favour of a regulation of the transparency control, I will introduce in this respect a Bill proposed by the Socialist Group in 2017, whose content should not be surprising at this point of the paper and, since the Supreme Court has several times had occasion to rule on the role played by the Notary Public in the fulfilment of the transparency requirement, I also mention the relevant rules included in the Bill presented in 2017, intended to regulate real estate loan agreements. The paper ends with some conclusions and final considerations.*

## KEYWORDS

*Articles 4.2 of Directive 93/13/EEC and 60, 80.1 and 82 TRLGDCU; floor clause in variable interest rate mortgage loans; consumer contracts that include general terms and conditions; transparency control and main subject matter of the contract; collective action for injunction, individual actions lodged by consumers and relationship between them; transparency control and proposals for regulation; mistake and transparency control.*

**SUMARIO:** 1. *El objeto del trabajo y el orden en su exposición.*–2. *El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE.* 2.1 El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE: su presentación y el lejano antecedente del Derecho alemán. 2.2 La incorporación del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al Derecho español: cómo se ha realizado y con qué alcance. 2.3 Algunos textos jurídicos que expresamente recogen el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE. 2.4 La jurisprudencia del TJ sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE.–3. *El control de los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales de la contratación y con consumidores en el derecho español y según la doctrina científica.* 3.1 El control de transparencia, la contradicción con la buena fe, y el desequilibrio. 3.1.1 Miquel González. 3.1.2 Pertíñez Vílchez. 3.1.3 Moreno García. 3.1.4 Cañizares Laso. 3.1.5 Vázquez Muíña. 3.2 El control de incorporación. 3.2.1 Cámara Lapuente. 3.2.2 González Pacanowska. 3.3 El control del consentimiento del consumidor (dolo incidental del empresario). 3.3.1 Alfaro Águila-Real. 3.3.2 Pantaleón Prieto. 3.4 El control de las cláusulas sorprendentes. 3.4.1 Agüero Ortiz. 3.4.2 Miranda Serrano. 3.5 El especial deber de configuración contractual del predisponente sobre la comprensión real del consumidor y su infracción. 3.5.1 Orduña Moreno.–4. *El TS y la exigencia de transparencia en la cláusula suelo.* 4.1 La STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (Pte Excmo Sr D Rafael Gimeno-

Bayón Cobos; acción colectiva). 4.2 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 08.09.2014 (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; Voto particular Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acciones individuales). 4.3 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 24.03.2015 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción colectiva). 4.4 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 25.03.2015 (Pte Excmo Sr D Eduardo Baena Ruiz; Voto particular Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno, y adhesión Excmo Sr D Xabier O'Callaghan Muñoz; acción individual). 4.5 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 29.04.2015 (Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; Voto particular Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción individual). 4.6 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 23.12.2015 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; Voto particular Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción colectiva). 4.7 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 24.02.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; acción individual). 4.8 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 09.03.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acción individual). 4.9 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 25.05.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acciones individuales). 4.10 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 08.06.2017 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción individual). 4.11 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 24.11.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo; acción individual). 4.12 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 24.11.2017 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción individual). 4.13 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 01.12.2017 (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción individual; núm. de resolución 655/2017). 4.14 La STS, 1.<sup>a</sup> P, 01.12.2017 (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno; acción individual; núm. de resolución 654/2017).—5. *Textos jurídicos que, de aprobarse, regularían el control de transparencia como derecho positivo nacional*. 5.1 El control de transparencia de la PTGPS. 5.2 La función del notario y la transparencia en el PLCCI.—6. *Conclusiones y consideraciones finales sobre la exigencia, al predisponente, de la transparencia sobre los elementos esenciales del contrato, frente al consumidor.—Sentencias.—Bibliografía*.

## 1. EL OBJETO DEL TRABAJO Y EL ORDEN EN SU EXPOSICIÓN

[1] Análisis la exigencia de *transparencia material* (o transparencia)<sup>2</sup> para la cláusula suelo —límite mínimo a la variabilidad del tipo de interés— inserta en *préstamo hipotecario a interés variable*<sup>3</sup> celebrado con consumidores y con condiciones generales de la contratación<sup>4</sup>. Para ello, comienzo exponiendo diversos

<sup>2</sup> Frente a la transparencia formal o control de incorporación. En el trabajo empleo los términos control de incorporación (o incorporación) y control de transparencia material (o transparencia).

<sup>3</sup> Sobre el interés remuneratorio a tipo variable (pp. 389-445, 489-494) y las cláusulas suelo y techo (pp. 461-472): ORDÁS ALONSO (2014); para la cláusula suelo (y techo): MORENO GARCÍA (2015) pp. 49-57.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA: «[...] cabe distinguir tres supuestos en cuanto a la disciplina aplicable a las cláusulas contractuales en contratos en los que intervengan empresarios o entre éstos y los consumidores. La contratación entre empresarios con condiciones generales, que se rige por la LCGC. La contratación entre empresarios y

aspectos relativos al artículo 4.2 de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*<sup>5</sup> [Dir 93/13/CEE; *infra* apartado (ap.) 2]. Luego, hago referencia a las distintas tesis, para el Derecho español, sobre el modo de controlar los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales de la contratación (*infra* ap. 3). Después, expongo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) sobre la exigencia de transparencia para la cláusula suelo (*infra* ap. 4). A continuación, trato de dos textos jurídicos que, si llegaran a ser ley, regularían la transparencia (ap. 5). Y finalizo con unas reflexiones finales, en las que tengo presente al error vicio del consentimiento (*infra* ap. 6).

## 2. EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE

[2] Primero analizo diversos aspectos del citado precepto y acabo este apartado 2 del trabajo, exponiendo la oportuna jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ).

### 2.1 EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE: SU PRESENTACIÓN Y EL LEJANO ANTECEDENTE DEL DERECHO ALEMÁN

[3] El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE se refiere, entre otras cláusulas, a las que versan sobre la definición del objeto principal del contrato, y exige que su redacción sea clara y comprensible (transparencia):

«La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»<sup>6</sup>.

consumidores con condiciones generales, en cuyo caso habrá que atender tanto a la LCGC como a los artículos 80 a 91 del TRLGDCU, conforme a lo dispuesto en el artículo 59.3 TRLGDCU. Finalmente, las cláusulas no negociadas individualmente pero incorporadas por el empresario al contrato con el consumidor a las que no alcanzaría lo dispuesto en la LCGC, sino, únicamente, el TRLGDCU; lo que plantea algunas disfunciones [...]» [«Artículo 80 TRLGDCU» (2015) p. 1031]. Para la transparencia en contratos celebrados entre empresarios y en relación con la cláusula suelo: *infra* [54] [A] y notas 244, 245.

<sup>5</sup> DOCE, L, 21.04.1993; posteriormente se incorporó a dicha Directiva un artículo 8 bis (transcrito *infra* nota 28 párrafo II). Para una visión general de la Dir 93/13/CEE, con la oportuna doctrina del Tribunal de Justicia, CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 21-40.

<sup>6</sup> Sobre las razones de la norma, CÁMARA LAPUENTE (2006) p. 19. Según el Considerando 19 Dir 93/13/CEE: «Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto

Por su parte, el artículo 5, primera regla, Dir 93/13/CEE se refiere a los contratos por escrito y exige que su redacción sea clara y comprensible (transparencia):

«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»<sup>7</sup>.

[4] El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE no se encontraba en la *Propuesta de Directiva de 1990*, ni en la de 1992<sup>8</sup> y su inclusión respondió a la influencia del Derecho alemán<sup>9</sup>. En este Derecho, de

principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor».

<sup>7</sup> Artículo 5, segunda y tercera reglas, Dir 93/13/CEE: «En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva». Según el Considerando 20 Dir 93/13/CEE: «Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor». Según el artículo 7 Dir 93/13/CEE: «1. 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./ 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas./ 3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares».

<sup>8</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 119; v. hasta p. 121. V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 19 pp. 246-247.

<sup>9</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 54-55, además pp. 113, 119; CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 17-19, y AAMN (2015) p. 563; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1129-1130; según esta última autora: «La redacción definitiva del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 sería [...] una solución de compromiso entre dos visiones distintas: la más amplia de protección del consumidor ante cualquier contenido abusivo, por un lado, y la confianza en el efecto depurador y corrector del mercado por el libre juego de la competencia, de otro. La descripción del objeto y la adecuación económica entre el precio y su contraprestación no se somete al juicio de abusividad siempre que su redacción sea clara y comprensible. Si son transparentes, no se priva al consumidor de la selección consciente y se evita excesiva injerencia en lo que debe dejarse al libre juego de la oferta y de la demanda en aras a preservar un “núcleo esencial de autonomía de la voluntad”. Las opciones indeseables terminarán expulsadas por el juego de la competencia pues, se supone, los consumidores informados tomarán decisiones económicamente racionales y eficientes y provocarán el destierro de las ofertas que, gracias a la claridad de la información, se revelan como una mala opción o carecen de ventajas frente a los competidores».

acuerdo con el (entonces vigente) § 8 AGBG 1976, *del control de contenido se excluían la cláusulas relativas al precio y a la determinación de la prestación* (cláusulas de contenido económico), *siendo sometidas al control de incorporación* (§ 2 AGBG), *al de las cláusulas sorprendentes* (§ 3 AGBG) *y a la interpretación contra proferentem* (§ 5 AGBG)<sup>10</sup>. Ahora bien, el *Bundesgerichtshof* (BGH) consideró que el deber de transparencia (*Transparengebot*) se infringía, si el predisponente alteraba subrepticamente, a través de una condición general inadvertida para el cliente, «el equilibrio entre el precio y la contraprestación y la principal novedad es que las consecuencias del incumplimiento de este deber de transparencia, trascienden el ámbito formal y se proyectan sobre el control de contenido del § 9 de la AGB-G, por ser la falta de transparencia

(pp. 1130-1131). V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 24 p. 248 y núm. 26 p. 249.

Sobre «[1]a exclusión relativa al precio y al objeto del contrato (apartado 2 del artículo 4)» (cursiva, negrita en el original), en el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* de 27.04.2000 [COM(2000) 248 final] se apuntó que «[u]na gran parte de los Estados miembros no incorporó esta limitación relativa al ámbito de aplicación (DK, EL, E, L, FIN, P y S), sin que tampoco en este caso se plantearan problemas de aplicación práctica [cursiva, negrita en el original]. La adopción de la Directiva no entrañó revisiones de precio ni modificaciones del fondo de los contratos por parte de los tribunales de estos Estados miembros, como auguraban algunos especialistas y medios profesionales. En efecto, en la inmensa mayoría de los casos, ni el precio propiamente dicho, que viene fijado en función de las condiciones de la competencia, ni las cláusulas que se refieren de manera clara y comprensiva a la definición del objeto del contrato plantean en sí mismos problemas que deban ser resueltos mediante la aplicación de las cláusulas abusivas. Su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva plantea, no obstante, problemas de interpretación que ponen en entredicho la correcta aplicación del texto./ Las cláusulas relativas al precio, en efecto, están sometidas al control previsto en la Directiva ya que la exclusión se refiere exclusivamente a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o los bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra. Las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran, por tanto, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva./ Por lo que se refiere al objeto del contrato, su exclusión de la Directiva no contribuye en modo alguno a la resolución de algunos casos en los que este elemento reviste una importancia decisiva. El sector de los seguros constituye un ejemplo paradigmático: ¿cómo determinar si la exclusión de un determinado riesgo de la cobertura del seguro es una cláusula relativa al objeto del contrato –y no está, por lo tanto, sometida a control– o si se trata de una cláusula de exclusión de responsabilidad sujeta a la Directiva?/ Pregunta núm. 1: ¿Es necesario prever la supresión de las tres limitaciones mencionadas en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva o, al menos, de algunas de ellas? En caso de respuesta afirmativa, ¿cuáles y, en su caso, en qué condiciones?» (pp. 15-16). V. el Considerando 19 Dir 93/13/CEE (*supra* nota 6), el artículo 8 bis Dir 93/13/CEE (incorporado en 2011 a la Dir 93/13/CEE, *infra* nota 28 párrafo II) y la *S del Tribunal de Justicia, 1.ª, 03.06.2010*, en relación con el Derecho español y el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE [*infra* [7] a) y oportunas notas a pie de página, en particular la nota 28].

Por último, sobre la constante influencia de la doctrina alemana en el tratamiento de las condiciones generales de la contratación, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (2017) pp. 13-14; CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 590-592 e *InDret* (2017) p. 9 [texto reproducido *infra* [10] k)] y p. 14.

<sup>10</sup> PERTIÑEZ VÍLchez (2004) pp. 113-114; CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 26-28.

instrumental a un perjuicio irrazonable [...], dando lugar a la categoría de cláusulas irrazonables o abusivas por falta de transparencia, lo que supone una quiebra de la tradicional distinción entre el control formal y el control de contenido de las condiciones generales. Como ha señalado WESTERMANN, a partir de esta nueva Jurisprudencia, el principio de transparencia de las condiciones generales se sitúa por encima de las categorías conocidas del control de inclusión y control de contenido, como una regla que aúna el control de claridad y el de razonabilidad» (mayúsculas del original)<sup>11</sup>.

Siguiendo las explicaciones de Pertíñez Vílchez, el origen del *Transparenzgebot* se encuentra en las siguientes sentencias (SS) del BGH.

a) *Sentencia (S) del BGH 24.11.1988.*—En un contrato de crédito hipotecario, resultaba de la combinación de dos cláusulas, que «los intereses [del préstamo] eran calculados anualmente, mientras que la liquidación era trimestral, por lo que en cada trimestre se pagaba en concepto de intereses una cuarta parte del interés calculado anualmente, lo que implica que a lo largo de todo un año se debía satisfacer la misma cantidad en concepto de intereses a pesar de que el capital pendiente de amortizar menguara trimestralmente»<sup>12</sup>. Según el BGH, la cláusula no era «incomprensible, ni inesperada, ni oscura», ni «contravenía ningún acuerdo individual conforme al § 4 AGB-G, que recogía la regla de la prevalencia de los acuerdos individuales frente a las condiciones generales, porque la cláusula no establecía un tipo de interés distinto del pactado, sino que sólo contenía un factor para su cálculo. Superado el control formal, el único camino para considerar ineficaz la cláusula era el control de contenido del § 9, pero para ello se hacía preciso salvar el escollo que representaba el § 8. El BGH reconoció que el § 8 excluye del control de contenido las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato (*Hauptleistung*), porque su establecimiento es fruto del acuerdo de las partes y no hay ninguna regulación legal sobre precios, pero excepciona de esta exclusión los acuerdos accesorios (*Preisnebenabreden o Nebenbestimmungen*), que sin definir directamente el objeto principal y su

<sup>11</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 114; además: «La elaboración del deber de transparencia en la redacción de las condiciones generales, como un categoría única y autónoma, es mérito de la Jurisprudencia del BGH alemán, que lo ha definido como un deber impuesto por la buena fe al predisponente, de describir los derechos y obligaciones de las partes del contrato de la manera más clara posible. Este deber de transparencia (*Transparenzgebot*) se concreta en una obligación de claridad (*Klarheit*), comprensibilidad (*Verständlichkeit*), perceptibilidad (*Durchschaubarkeit*), e inequívocidad (*Eindeutigkeit*) en la redacción de las condiciones, de destacar especialmente las cláusulas de contenido imprevisible o sorprendente y, además, de no alterar subrepticamente mediante condiciones generales oscuras, la redacción entre el precio y contraprestación del contrato que ha sido objeto de consentimiento» (p. 32; sobre el deber de transparencia, pp. 31-44, pero v. hasta p. 46; para el deber de transparencia en el Derecho español desde 1984 (LGDCU en su redacción originaria) hasta 2004 y su opinión, pp. 56-77; y a fecha de 2011, *infra* nota 103). V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 23, pp. 247-248.

<sup>12</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 115.

adecuación con el precio, inciden en su cálculo o determinación, pues a diferencia de cuanto ocurre con las cláusulas que contienen la descripción del precio o de la prestación, en caso de que falte una regulación contractual sobre estos acuerdos accesorios, los mismos pueden ser sustituidos por el derecho dispositivo. Es decir, no todas las cláusulas relativas a la determinación de las prestaciones principales quedan excluidas del control de contenido, es preciso establecer una distinción entre las cláusulas que directamente fijan el precio o describen la prestación, que no suponen una derogación del derecho dispositivo y, por lo tanto, quedan excluidas del control de contenido, y las cláusulas accesorias, que simplemente influyen en el cálculo o en la determinación del precio o de la prestación principal, que puede ser sustituidas por el derecho dispositivo y por lo tanto sí quedan sujetas al control de contenido»<sup>13</sup>.

Para el caso, el *BGH* consideró que la condición general formaba parte «de los acuerdos accesorios sobre el precio y por lo tanto sujetos al control de contenido» y que «perjudica[ba] al prestatario», pues su regulación suponía «una subida del interés efectivo», y ese perjuicio era contrario a la buena fe, dado que esta última obliga a «describir los derechos y obligaciones del adherente de la forma más clara y visible posible, es decir, un deber de transparencia, que tiene una especial significación respecto de las cláusulas que inciden en la determinación del precio, puesto que la buena fe exige que el cliente conozca las repercusiones que una cláusula tenga sobre el precio o la prestación, ya que sólo cuando el cliente conoce con exactitud el montante total del precio y su relación con la prestación puede elegir libremente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»; el «deber de transparencia derivado de la buena fe exige que la entidad de crédito elabore sus condiciones generales de tal manera que el aumento de precio o el efecto más perjudicial que una cláusula provoca sea claro sin necesidad de una dedicación intensiva o de una información complementaria»<sup>14</sup>. La cláusula tenía un defecto de transparencia y era ineficaz<sup>15</sup>.

b) *SBGH 17.01.1989*.– Se ejercitó acción colectiva de cesación de una cláusula inserta en un contrato de cuenta corriente, por la cual la fecha de valoración del abono, que el cliente hiciera en la cuenta, empezaría, no el día de su ingreso en cuenta, sino el siguiente primer día laborable, mientras que la fecha de valoración de su orden de pago sería el mismo día de la orden, y esa diferencia en los momentos de las valoraciones podía dar lugar al pago de intereses por un saldo deudor inexistente<sup>16</sup>. «El caso puesto como ejemplo en la demanda» fue «el de un cliente que se dirigió a su banco un viernes con la intención de ordenar un pago con cargo a su cuenta corriente. Como no disponía en ese momento de suficiente cobertura en su cuenta para hacer frente a ese pago (presentaba un saldo a cero), ingresó una cantidad suficiente para cubrir el pago y

<sup>13</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 115-116.

<sup>14</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 116-117.

<sup>15</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 117-118.

<sup>16</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 118.

al mismo tiempo impartió la orden de pago. La entidad de crédito, cargó la orden de pago sobre la cuenta corriente con fecha inmediata, pero acreditó el importe ingresado con fecha del primer día laborable sucesivo, es decir el lunes, con la consecuencia de que durante tres días se estuvo generando un interés por un saldo deudor en verdad inexistente»<sup>17</sup>.

El *BGH* consideró abusiva a la cláusula por defecto de transparencia: no resultaba «suficientemente explicado para un cuentacorrentista medio, que por efecto del aplazamiento de la fecha de valoración para los abonos en cuenta corriente, puedan venir adeudados intereses por créditos en descubierto en verdad no concedidos»; «[s]i se quiere imputar al cliente un pago por gastos de gestión, se debe hacer indicando con claridad que se está remunerando esta gestión, incluyendo el pago bajo el concepto de comisiones o gastos de gestión, pero es contrario a la buena fe, hacer una distribución enmascarada de los costes de la actividad bancaria, cargándolos ocultamente al cliente a través de la exigencia de intereses ficticios cuya existencia deriva de una circunstancia que pasa totalmente inadvertida para el cliente, la postergación de la fecha de imputación de los ingresos en cuenta»<sup>18</sup>.

[5] *En la actualidad*, el § 307 BGB dispone: «(1) Las cláusulas en condiciones generales de la contratación son ineficaces si perjudican de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente. *Un perjuicio no razonable también puede ser resultado de una cláusula que no sea clara y comprensible.* (2) [...] (3) Los apartados 1 y 2 [del § 307 BGB] [...] rigen sólo para las cláusulas en las condiciones generales de la contratación mediante las cuales se pactan regulaciones divergentes o complementarias. *Otras cláusulas pueden ser ineficaces de acuerdo con el apartado 1, inciso 2, junto con el apartado 1, inciso 1* [del § 307 BGB]» (cursivas mías)<sup>19</sup>. Cámara

<sup>17</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 118.

<sup>18</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 118-119.

<sup>19</sup> Trad. LAMARCA MARQUÈS/rev. BECKMANN (2008) p. 90. CÁMARA LAPUENTE: «Ni la compleja arquitectura de referencias internas del precepto [307 BGB] ni la forma de definir el objeto de la exclusión pueden considerarse un modelo digno de imitación por su claridad» [(2006) nota 23 en p. 30]. Coincido con el autor.

Al explicar la reforma de 2002 del Derecho de obligaciones del BGB, ALBIEZ DHORMANN apunta (en 2002) que pasó «en su totalidad, con algunas ligeras modificaciones, el contenido material o sustancial de la AGB-G al BGB» (p. 1147); «[e]l legislador ha querido tocar lo menos posible la regulación legal de las condiciones generales de la contratación» (p. 1149); y «[c]omo principal novedad, además de la eliminación de algunas cláusulas abusivas y la inserción de otras nuevas en los dos listados, hay que destacar, sobre todo, la codificación de la doctrina jurisprudencial del abuso formal de las cláusulas por falta de transparencia como otro supuesto de ineficacia por ser contrarias a la buena fe. El *BGH*, a finales de los ochenta, había defendido que la “abusividad” no sólo puede ser material sino también formal. Con la nueva jurisprudencia se había dado un paso importante para poder controlar las cláusulas que, aun habiendo sido aceptadas por el adherente, causaban por falta de transparencia un perjuicio a él, debiendo, en



Lapuente precisa, en 2006, que «[e]sas “otras cláusulas” del inciso final [del § 307 (3) BGB] (“andere Bestimmungen”) son [...] las cláusulas que no se refieren a acuerdos que difieran de disposiciones legales (porque tienen un contenido puramente económico o se refieren a la descripción del objeto principal del contrato), y a ellas no se aplica el control de contenido del artículo salvo en lo referente al deber de transparencia (párrafo 1, inciso 2.º del § 307 BGB)»<sup>20</sup>. Y en 2015 informa, que «*en el vigente Derecho alemán, por imperativo legal expreso y refrendo jurisprudencial, la falta de transparencia puede conducir a declarar el carácter abusivo de una cláusula pero existe discrepancia sobre si la abusividad es directa (presunción absoluta de abusividad) o debe ser ponderada con el resto de parámetros del control de contenido*» (cursiva del original)<sup>21</sup>.

## 2.2 LA INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE AL DERECHO ESPAÑOL: CÓMO SE HA REALIZADO Y CON QUÉ ALCANCE

[6] *Hasta la fecha, dicho artículo no ha sido expresamente incorporado por ley al Derecho español* (silencio legislativo). Su causa es algo bien conocido<sup>22</sup>. En 2006, Cámara Lapuente apunta-

este caso, ser declaradas ineficaces con apoyo en la cláusula general de la buena fe. Esta jurisprudencia se ha codificado ahora al añadir a la cláusula general de la buena fe del § 307.1 que “un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”. De este modo, el mandato de transparencia del artículo 5.1 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas queda elevado a rango normativo» [ADC (2002) p. 1150; v. pp. 1147-1151; v. *infra* nota 122 párrafo II].

<sup>20</sup> CÁMARA LAPUENTE (2006) nota 23 en p. 30; v. también nota 24 en p. 30. V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 119.

<sup>21</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) p. 577; «[l]a doctrina dominante al amparo de las primeras sentencias del BGH entendió que la falta de transparencia abocaba a la declaración de su carácter abusivo sin más consideraciones y aún hoy buena parte de las sentencias y algunos autores siguen defendiéndolo aunque de forma más matizada –v. gr., distinguiendo entre la falta de claridad que ocasiona una vulneración de las oportunidades que ofrece el mercado y la que empeora las [*sic*] posición jurídica del adherente–; sin embargo, otra parte de la doctrina, posiblemente mayoritaria hoy en día considera que no sólo por el tenor literal del § 307 BGB (“puede”, “kann sich auch”, no “debe” automáticamente), sino por otra serie de consideraciones (como que la cláusula puede carecer de transparencia pero ser inocua para el consumidor o incluso beneficiosa para él), ese dato sólo no es suficiente para declararla abusiva, sino que es preciso constatar que la cláusula no transparente es contraria a la buena fe y causa un perjuicio desproporcionado (abusividad “ponderada”, no directa). Esta misma solución se aprecia en las sentencias más recientes, que para evaluar el carácter abusivo de las cláusulas transparentes tienden a apelar a las expectativas razonables del consumidor a la luz de las circunstancias del caso» (pp. 575-576; v. desde p. 574). V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 134.

<sup>22</sup> *En síntesis* sucedió así. El artículo 10 *bis*.1.V LGDCU del *Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación de 05.09.1997* recogía la exclusión que el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE contiene, prescribiendo: «tal apreciación [el carácter abusivo de una cláusula] no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación

ba la necesidad de que el legislador español se pronunciara explícitamente sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, necesidad que continuaba a 2015<sup>23</sup>. En 2012, y antes en 2002, Miquel González señaló que, si «España, que tampoco ha transpuesto el artículo 4.2 [Dir 93/13/CEE], no merece una condena» como Holanda (en *STJ, Sala 5.ª, 10.05.2001*)<sup>24</sup>, «ha de ser por aplicar los preceptos de los

---

con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible» [CÁMARA LAPUENTE (2006) nota 75 en p. 61]. En enmienda 71, el *Grupo Federal IU-IC* propuso la supresión de ese artículo 10 bis.1.V y en la *Comisión de Justicia e Interior*, con competencia legislativa plena, dicho Grupo lo volvió a defender, *oponiéndose* el representante del *Grupo Popular*, y pese a la oposición, en la *posterior* votación la enmienda 71 *se aprobó por unanimidad*, suprimiéndose ese párrafo V del artículo 10 bis.1 LGDCU. El *Pleno del Congreso* ratificó el texto aprobado por la *Comisión de Justicia e Interior*. Ante lo anterior, se ha apuntado al «error en la votación» [CÁMARA LAPUENTE, pp. 61-66, v. hasta p. 69; «error negligente e involuntario», p. 179; p. 21]. La explicación del por qué de la no aprobación del artículo 10 bis.1.V LGDCU es algo que habitualmente se encuentra en las obras que tratan de la materia de la que me ocupo. Por ejemplo: GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» (1999) núm. 28 pp. 250-251 y nota 48, y «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1134-1135; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Artículo 1 LCGC» (2002) pp. 129-130 y nota 89; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 61-66, en especial pp. 63-64 y nota 110; MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) pp. 720-722 y antes «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 893-894, 908, 911; VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 142-145.

<sup>23</sup> CÁMARA LAPUENTE:

a) *En 2006*: «Las contradictorias interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales del silencio legislativo español generan una muy nociva inseguridad jurídica. Es preciso que el legislador se pronuncie expresamente, sin ambages, sobre tema tan importante para la autonomía de la voluntad. La incorporación expresa de la regla del artículo 4.2 de la Directiva presenta una serie de ventajas [...]» [(2006) p. 181]. El autor era partidario de la no aplicación del control de contenido a los elementos esenciales del contrato transparentes, y en relación con la exigencia de transparencia del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, parecía apuntar al control de inclusión o incorporación [(2006) pp. 123-126, en particular pp. 125-126, pp. 179-188].

b) *En 2015*: «Debe transponerse por fin el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE [...] y hacerlo con precisión y, en su caso, al alza en la protección del consumidor en lo relativo a la transparencia de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato. [...] Nuestro legislador está nocivamente en mora desde 1994» (p. 554); «buena parte de problemas actuales y venideros traen causa de una inacción legislativa [para con el art. 4.2 Dir 93/13/CEE] muy pernicioso que se mantiene» (p. 557); «[e]l legislador ha tenido al menos tres ocasiones patentes de “aclarar” y “regularizar” la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13: con la Ley 44/2006, con el RDL 1/2007 con el que se aprobó el Texto Refundido de la LGDCU y con la Ley 3/2014, de 27 de marzo de transposición de la Directiva 2011/83/UE. Ha preferido seguir en mora, pasivo y, por tanto, con su propia falta de transparencia ha generado parte de la confusión» (pp. 558-559); y también el texto que de CÁMARA LAPUENTE reproduzco *infra* en nota 229 (nota en la que también hago referencia a SÁNCHEZ MARTÍN). Todas las cursivas del original y de AAMN (2015); v. además *InDret* (2017) p. 29.

Expongo la tesis de CÁMARA LAPUENTE *infra* [17].

V. VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 168-169.

<sup>24</sup> La Comisión de las Comunidades Europeas demandó al Reino de los Países Bajos «al no haber [este] adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés» a los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE (ap. 1). Aparte de otros artículos del *Burgerlijk Wetboek* (BW) reproducidos en la STJ, «[e]l artículo 231 del Libro VI del BW define

artículos 5.4 y 7 LCGC y 80 TR-LGDCU en el mismo sentido que tendría la transcripción del artículo 4.2 de la Directiva. Dado que nuestra Ley exige la claridad en diversos preceptos, ese aspecto no merece reproche. *Pero no conecta específicamente la exigencia de claridad con los elementos esenciales»* del contrato (cursiva mía)<sup>25</sup>.

[7] Advertido lo anterior, voy a referirme a dos conocidos y relevantes hitos jurídicos en relación con el artículo 4.2 Dir 93/13 CEE y *el Derecho español*:

a) El primero es la conocida *S del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (TJ), 1.ª, 03.06.2010 (*Caja Madrid y Monte de Piedad de Madrid*)<sup>26</sup>. En ella, el TJ concluyó que los artículos 4.2

las “condiciones generales” como “una o varias cláusulas escritas predisuestas para ser incluidas en un determinado número de contratos, con excepción de las cláusulas que tienen por objeto las prestaciones esenciales”» (ap. 9). El TJ indica que, «17. [...] según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales [...]»/ 18. Según [...] el Tribunal de Justicia, este último requisito es particularmente importante cuando la directiva de que se trata tiene por objeto conferir derechos a los nacionales de los demás Estados miembros [...], esto es lo que ocurre en el presente caso, ya que según su sexto considerando, la Directiva [93/13/CEE] pretende “proteger al ciudadano en su papel de consumidor al adquirir bienes y servicios mediante contratos que se rigen por leyes de Estados miembros distintos del suyo”»; sobre «20. [...] la afirmación del Gobierno neerlandés según la cual los objetivos perseguidos por la Directiva [93/13/CEE] pueden alcanzarse mediante una interpretación sistemática de las disposiciones neerlandesas, basta destacar que, por las razones expuestas por el Abogado General [...], en la situación actual del Derecho neerlandés, no pueden alcanzarse los resultados pretendidos por la Directiva./ 21. Por lo que atañe a la alegación del Gobierno neerlandés según la cual el principio de la interpretación de la normativa neerlandesa conforme a la Directiva, tal como ha sido sentado por el Hoge Raad der Nederlanden (Países Bajos), permite, en cualquier caso, remediar una divergencia entre lo dispuesto en la legislación neerlandesa y las normas de la Directiva [93/13/CEE], basta destacar que, como ha señalado el Abogado General [...], una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de la Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica. Debe añadirse que éste es especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores». El TJ decidió que el Reino de los Países Bajos *incumplió* las obligaciones que le incumbían por la Dir 93/13/CEE «al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la citada Directiva». Sobre el Derecho holandés, CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 31-34.

<sup>25</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) p. 725; «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 912-913. V. CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 58-59, 182-183.

<sup>26</sup> HECHOS: En contratos de préstamo a tipo de interés variable destinados a la adquisición de vivienda, celebrados entre *Caja Madrid* y sus clientes, había una cláusula escrita y preestablecida por la que el tipo de interés nominal variable por periodo debía redondearse, desde la primera revisión, al cuarto de punto porcentual superior. *AUSBANC* pidió judicialmente la eliminación de la cláusula y la abstención futura en su uso. En *primera instancia* se estimó la demanda: la cláusula era abusiva y nula. En *segunda instancia*

y 8 Dir 93/13/CEE –este último dispone la armonización mínima de la Directiva<sup>27</sup>– «deben interpretarse en el sentido de que *no se oponen* a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal [*la española*], que *autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo* de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, *aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible*» (cursiva mía)<sup>28</sup>.

González Pacanowska apunta que, tras dicha *STJ*, 1.<sup>a</sup>, 03.06.2010, «[e]n un primer momento el TS estima que, como dice el Tribunal europeo, en nuestro sistema cabe el control de contenido de los elementos esenciales del contrato aunque sean claros y comprensibles», y que, con la *STS*, 1.<sup>a</sup>, 18.06.2012 se produce, *obiter dicta*, un «cambio de orientación» en el sentido de que «el control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato»

---

se confirmó la sentencia. *Caja Madrid* recurrió en casación. El *TS* entendió que la cláusula de redondeo podía ser un elemento *esencial* del préstamo y si, en principio, no puede apreciarse el carácter abusivo de una cláusula relativa al objeto del contrato (art. 4.2 Dir 93/13/CEE), dado que el Reino de España no había transpuesto dicho artículo 4.2, la legislación española sometía «el contrato en su conjunto a dicha apreciación». El *TS* planteó (segunda cuestión prejudicial): «¿el artículo 4.2 de la (Directiva), puesto en relación con el artículo 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida”, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?» (ap. 16; aps. 10-15).

<sup>27</sup> Artículo 8 Dir 93/13/CEE: «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección».

<sup>28</sup> *STJ*, 1.<sup>a</sup>, 03.06.2010 aps. 42-43; v. además ap. 40. Sobre la decisión del TJ, CÁMARA LAPUENTE indica: «Fue en parte la manera de plantear la cuestión por el TS y su visión del Derecho español vigente lo que indujo al Tribunal de Luxemburgo, excediendo claramente su competencia acerca de la interpretación del Derecho europeo, a declarar [...]» [*AAMN* (2015) p. 558]. Además de lo indicado en el cuerpo del texto, en la *STJ*, 1.<sup>a</sup>, 03.06.2010, el TJ también señala que las cláusulas del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE se encuentran incluidas en el ámbito que la Dir 93/13/CEE regula (ap. 32; v. además aps. 30 y 35) y apunta que la *LCGC* no ha incorporado el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al ordenamiento interno (ap. 41). En el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* de 27.04.2000 [COM(2000) 248 final] se incluye a España entre los países que no habían incorporado el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE (v. *supra* nota 9, párrafo II).

Con posterioridad a la *STJ*, 1.<sup>a</sup>, 03.06.2010, a la Dir 93/13/CEE se incorporó –por la Dir 2011/83/UE (25.10.2011; DOUE, L, 22.11.2011)– el artículo 8 *bis*, que, en lo que interesa, prescribe: «1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: / – *hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, of [...]*» (cursiva mía).

y –continúa indicando González Pacanowska– «[l]a confirmación de la nueva doctrina se produce con la extensa» *STS, 1.ª, Pleno (P), 09.05.2013* «sobre la cláusula suelo, en la que reiteradamente se niega “el control del *equilibrio*” de las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato, posibilidad esta “cegada”, se dice, por la» *STS, 1.ª, 18.06.2012* (cursiva del original; la autora cita en nota 138 los §§ 195, 196 y 197 de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*)<sup>29</sup>. Carrasco Perera, Cordero Lobato, y la mentada González Pacanowska han manifestado su desacuerdo con esa (nueva) doctrina del TS. *Y además de lo anterior*, en la citada *S, 1.ª, P, 09.05.2013*, el TS aplica a la cláusula suelo un *control de transparencia distinto* de los controles de incorporación y de contenido (control de transparencia, o «doble filtro de transparencia», del que se destaca su conexión con la citada *STS, 1.ª, 18.06.2012*; en este mismo [7] a) e

<sup>29</sup> El texto sigue: «El TS reproduce lo dicho por la STJUE de 3 de junio de 2010, pero evita mencionar sus consecuencias para el entendimiento de nuestro sistema» [continúo este texto en la siguiente nota 30 d)]; GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1140-1141, v. hasta p. 1142, nota 138 en p. 1141; y «[l]a senda por la que ahora transita el Tribunal Supremo sustrae a las cláusulas sobre elementos esenciales del control de contenido, como punto de partida, pero admite su nulidad por *falta de transparencia* cuando no se garantiza la “comprensibilidad real” sobre el contenido *económico o jurídico* del contrato. Esta orientación ha sido acogida favorablemente, con matizaciones, por un sector de la doctrina, pero también ha merecido críticas contundentes» (p. 1141). En cuanto a la etapa anterior al «año 2010 [esto es, antes de la STJ de 2010] el TS no llegó pronunciarse expresamente sobre este asunto. [...] / La discusión doctrinal expuesta [...] eclosiona en los pronunciamientos posteriores a la ya citada STJUE de 3 de junio de 2010 en asunto *Caja de Ahorros*, que parece haber obligado a una toma de postura sobre la presente cuestión» (cursiva del original; pp. 1139-1140). V. FD 10.º 1, 195, de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, e *infra* [25] d). MARTÍNEZ ESCRIBANO, *RDBB* (2014) núm. 133, ap. 4.1.

De modo más o menos similar a lo indicado por González Pacanowska, SÁNCHEZ MARTÍN apunta: «La resolución [*STS, 1.ª, P, 09.05.2013*] se vuelve a apoyar en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las “contraprestaciones”, de tal forma que no cabe un control de precio. Se supera, así, a mi juicio, la doctrina de las SSTS 401/2010, de 1 de julio, [...]; 663/2010, de 4 de noviembre [...]; y 861/2010, de 29 de diciembre [...], que apuntaron la posibilidad de aplicar el control de contenido de condiciones generales a cláusulas referidas al objeto principal del contrato, con referencia a la doctrina emanada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de junio de 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* [...]» [*La Ley* (2013) p. 3]. Por su parte, CAÑIZARES LASO: «Una de las cuestiones fundamentales» de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* «es que se pone de manifiesto que la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE [...] no significa que en nuestro Derecho esté permitido un control material de las cláusulas que se refieran a elementos esenciales» [*RDC* (2015) p. 87]; MORENO GARCÍA (2015) pp. 86-89; v. además CAMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 557-559, y con anterioridad (2006) pp. 179-181. Y V. MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 *bis*, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 909-913.

*infra* [B] reproduzco algunos textos de dicha STS, que me interesan)<sup>30</sup>.

[A] En 2017, Carrasco Perera advierte que «[e]l silencio del legislador español [sobre el art. 4.2 Dir 93/13/CEE] plantea el problema de si el control de contenido puede referirse a un desequilibrio contractual relativo a los elementos esenciales del contrato», y añade, que «hoy la opinión que defiende el control sobre estos elementos es minoritaria»<sup>31</sup>. Apunta, que «[I]a distinción entre elementos esenciales –no sujetos a control– y elementos accesorios (formas de pago del precio, sistema de cálculo del precio, facultades de modificación unilateral) en la determinación del objeto del contrato, obliga a construir distinciones sutiles, con el riesgo de equivocarse, y sin que las mismas respondan al horizonte de comprensibilidad del consumidor ni del predisponente. [...] El debate sobre los elementos esenciales puede devenir estéril, porque, en rigor, es muy fácil manipular una regla contractual, de forma que lo que es una estipulación contractual *accesoria* pase a ser la definición misma del objeto del contrato»<sup>32</sup>. Y «[I]a penosa historia de la *cláusula suelo* es un ejemplo de cómo el asunto puede devenir finalmente artificial. En efecto, equivocadamente ha sostenido el TS que la cláusula techo/suelo en las hipotecas define un elemento esencial del contrato [*infra* [25] *d*)] y no puede estar sujeta a control de abusividad; pero de hecho la sentencia inventó un control de

<sup>30</sup> Algo habitualmente destacado. Por ejemplo:

a) CAÑIZARES LASO: «[I]o más importante de la STS de 9/5/2013 es el planteamiento de un control de transparencia separado e independiente. El TS señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión» (p. 88); «[c]on anterioridad el TS, en su sentencia de 18 de junio de 2012 ya había iniciado la tendencia de diferenciación del control de transparencia como un control distinto y fuera del control de inclusión y de contenido [...] como *obiter dictum* [...]» [nota 49 en p. 87; todas las citas de *RDC* (2015)].

b) SÁNCHEZ MARTÍN: «Aun cuando la sentencia de 9 de mayo de 2013 aplica por primera vez el control de transparencia para invalidar las denominadas “cláusulas suelo” sujetas a su enjuiciamiento, no se trata de un fenómeno realmente nuevo en la jurisprudencia de la Sala Primera, que ya definió y delimitó su ámbito de aplicación en dos sentencias anteriores./ La STS núm. 406/2012, de 18 de junio, constituye el verdadero antecedente de esta figura. [...]./ La Sentencia dictada por la Sala el 11 de abril de 2013 –STS núm. 221/2013– aludió también al control de transparencia [...]./ Aunque esta sentencia [*TS, 1.ª, P, 09.05.2013*] aborda otras cuestiones de índole procesal y su extensión y minuciosidad es considerable, a juicio de este autor [SÁNCHEZ MARTÍN], la aplicación del denominado control de transparencia ha constituido la verdadera ratio de la sentencia y ha resultado esencial en el fallo anulatorio de las cláusulas sometidas a examen» [*Revista del Poder Judicial* (2013) pp. 56-57; v. además *La Ley* (2013) p. 2]. V. *infra* nota 164.

c) FERNÁNDEZ SEIJÓ: la STS, 1.ª, 09.05.2013 «puede considerarse fundacional» [*Actualidad Civil* (2017) p. 2].

d) GONZÁLEZ PACANOWSKA: «Al tiempo que “como regla” descarta este control [...] de *equilibrio*” de las cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato», desarrolla [la STS, 1.ª, P, 09.05.2013] *in extenso* el deber de transparencia “reforzado” [...]» [Artículo 82 *TRLGDCU* (2015) p. 1141; v. *supra* nota 29 párrafo I].

V. además ORDUÑA MORENO (2013) pp. 2364-2366 e *infra* [23] y nota 164; CORDERO LOBATO, *CCJC* (2014) ap. 1; MORENO GARCÍA (2015) p. 69, pp. 71-74, 77-82; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *RDC* (2016) pp. 79-83; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 25-27.

<sup>31</sup> CARRASCO PERERA (2017) 16/41 p. 776, v. hasta p. 777.

<sup>32</sup> CARRASCO PERERA (2017) 16/44 pp. 780-781.

“transparencia material” *ad hoc*, que después ha tenido –como todo lo falso– larga fortuna y que hoy es prácticamente indistinguible de los controles de inclusión y contenido de las cláusulas no negociadas» (cursiva del original)<sup>33</sup>. Para Carrasco Perera, el silencio del legislador español sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «implica la extensión del control judicial también sobre las mencionadas cláusulas [relativas al objeto del contrato/elemento esencial], *independientemente de si se hayan redactado de forma inequívoca o no*» (cursiva mía)<sup>34</sup>. González Pacanowka sigue a Carrasco Perera<sup>35</sup>. También Cordero Lobato<sup>36</sup>.

[B] En cuanto a la muy citada *STS, 1.ª, 18.06.2012* (Pte Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno), en ella se indica –*obiter*

<sup>33</sup> CARRASCO PERERA (2017) 16/42, p. 779. V. MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis I, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 908-913.

<sup>34</sup> CARRASCO PERERA (2017) 16/50 p. 785; continúa: «Por tanto, no existe incompatibilidad entre la normativa comunitaria y la nacional española. En consecuencia, *un órgano judicial nacional puede extender el control de abusividad también sobre las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato, aunque fueran redactadas de forma clara y comprensible*» [cursiva del original; 16/50 p. 785; el autor se refiere a la *STJUE 03.06.2010*, que aludo en este [7] a); sobre esa *STJ*, pero situándose temporalmente antes, MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) pp. 723-724]. V. CARRASCO PERERA (2017) 16/68 pp. 795-796.

<sup>35</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA (2015) pp. 1138-1139 («Según el autor [Carrasco Perera] que seguimos», p. 1138); para la opinión y razonamientos de la autora, pp. 1142-1145.

<sup>36</sup> Al comentar en 2014 la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre cláusula suelo, CORDERO LOBATO considera que «[I]a sentencia es extremadamente confusa sobre la posibilidad de control de contenido sobre cláusulas suelo: se nos dice que la misma constituye una cláusula esencial, que define el objeto principal del contrato (§§ 189 y 190), por lo que, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, “sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe control de su equilibrio” (§ 196 de la sentencia). Aunque parecería que ese inciso anuncia que no cabe control de abusividad sobre cláusulas suelo, ello no es así en modo alguno, pues lo cierto es que finalmente la sentencia efectúa este contraste (en los §§ 255 y ss.). Pese a la profusión de argumentos y afirmaciones doctrinarias, la sentencia no explica si este control se efectúa con fundamento en el criterio del TJUE (sentencia de 3 de junio de 2010) sobre la conformidad al Derecho comunitario de la eventual normativa nacional que autorizase un control del carácter abusivo de cláusulas contractuales esenciales (criterio que se cita en los §§ 192 a 195) o si, por el contrario, el Tribunal basa el contraste de abusividad de cláusulas esenciales en el (afirmado) carácter no transparente de las cláusulas suelo, que es lo que parece indicarse en el crítico § 215 a) [...] / [...] interesa aclarar algunos extremos que aparecen oscurecidos por la retahíla argumental de la sentencia; en principio, el Tribunal excluye el control de abusividad sobre la cláusula suelo por definir el objeto principal del contrato. Al acoger esta tesis el Tribunal no repara en que tanto la LGDCU como la LCGC permiten controlar las cláusulas contractuales esenciales, [...] (los ejemplos pueden encontrarse en CARRASCO, *Derecho de contratos*, 2010, pp. 810-811). / Es más, no sólo es falsa la ecuación que excluye el contraste legal de abusividad sobre cláusulas esenciales del contrato, sino que, además, es tan elevado el coste de distinguir entre lo esencial y lo accesorio y sus resultados son tan inciertos e incontrastables, que la misma distinción resulta una tarea estéril (CARRASCO, *Derecho de contratos*, [...] p. 806), pues, [...], carece de consecuencias relativas al control de abusividad, que procederá en todo caso. En lugar de estas insuficiencias argumentales, más provechoso es el planteamiento que excluye el control de abusividad cuando el juez carece de parámetros racionales de decisión: si el precio no puede ser declarado abusivo no es porque sea una cláusula esencial, sino porque no existe un paradigma de referencia que permita contrastar la razonabilidad de la decisión (CARRASCO, *Derecho de contratos* [...] p. 808) [...]. / Tan inasible e inútil nos parece la distinción entre cláusulas esenciales y accesorias que vamos [CORDERO LOBATO] a renunciar a emitir nuestra opinión al respecto. [...]» [mayúsculas y cursiva del original; *CCJC* (2014) ap. 2]. V. *infra* nota 183 a).

*dicta— que los elementos esenciales del contrato pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia, siendo excluidos del control de contenido (art. 4.2 Dir 93/13/CEE), y que el control de inclusión referido particularmente al criterio de transparencia tiene por objeto, sobre los elementos esenciales del contrato, que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato le supone y la prestación económica que obtendrá de la otra parte. En concreto:*

«[A]unque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, *debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93 [13/93/CEE], artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1.a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios)*» [cursiva mía; FD 2.º 3 d)].

«[...] bastaría para desestimar el motivo presentado [...] con reseñar [...] que no se ha justificado suficientemente la condición de consumidores de los prestatarios, así como que ha quedado probado el carácter negociado de dicha cláusula [...]

No obstante, y en aras a la delimitación doctrinal que venimos desarrollando, conviene puntualizar que en el presente caso aunque aplicáramos la legislación de consumo y aunque admitiéramos, como hemos aceptado, que el control de inclusión y de transparencia puede proyectarse, a diferencia del control de contenido, sobre elementos esenciales del contrato (artículo 4.2 de la Directiva del 93) no estaríamos en un supuesto de control de interpretación de esta normativa sino, en su caso, de interpretación contractual conforme a los principios y reglas del Código civil. *En efecto, el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.* En el presente caso, al margen de que dichas cláusulas [...] establecen con suficiente claridad las principales referencias patrimoniales del crédito (tipo de interés, TAE anual, comisión de apertura, amortización anticipada, etc.), *lo que realmente plantea la parte recurrente, en su confuso alegato, no es tanto la no incorporación de dicha cláusula, por resultar en el juicio de contraste ya ilegible, ambigua, oscura e incomprensible (artículo 7.6 LCGC [sic]) o, en su caso, sorpresiva, sino el “error propio” o “error vicio” de los prestatarios sobre la base de una equivocada creencia o representación mental acerca de las condiciones económicas del contrato de préstamo.* De ahí que la parte recurrente, en contra de la valoración de un mero error gramatical que sostiene la sentencia de Apelación, postule que “dicho error llevó a creer a mis representados que firmaban una cosa muy distinta a las que sus señorías indican”. Cuestión [...]



distinta a la que se pretende dilucidar bajo el régimen de las condiciones generales» (cursiva del original; FD 4.º 3)<sup>37</sup>.

b) El segundo hito –avanzado en la anterior letra a)– es esa STS, 1.ª, P, 09.05.2013, en la que el TS, para las cláusulas suelo de las que conoció, a las que calificó de elemento esencial del contrato [*infra* [25] d)], consideró que *no superaban el control de*

<sup>37</sup> HECHOS: El 11.07.2006, Juan y Modesta (AH 1.º; prestatarios; deudores solidarios) celebraron con *Cartuja Financiera Andaluza* (prestamista) un préstamo hipotecario de 158.000 €, de duración hasta el 01.08.2007, pactándose como intereses ordinarios un interés nominal anual del 20,50% (interés fijo durante todo el préstamo). Juan y Modesta interpusieron recurso de casación (dos motivos); solicitaron la declaración de nulidad de pleno derecho del préstamo hipotecario por contrario a la *Ley de Represión de la Usura* (LU); subsidiariamente, la nulidad de pleno derecho de la cláusula tercera del contrato por contraria al artículo 10.1.a) y 10.2 LGDCU (el propio tenor de dicha cláusula, en conexión con la cláusula quinta del contrato, inducen a error o confusión). (FD 1.º). Juan y Modesta «sostiene[n] que de la “interpretación literal” de las cláusulas tercera y quinta se desprende que el primer mes de “devengo” es el día 1 de junio de 2007 y, por tanto, si se procede a la cancelación total del préstamo con anterioridad a dicha fecha solo se puede aplicar al capital una comisión por amortización anticipada del 5%, *pero sin el pago de interés alguno*» (cursiva mía; FD 4.º 4). El TS no casó (Fallo): de la interpretación «se deduce con claridad que los prestatarios conocían perfectamente el alcance o trascendencia económica del contrato de préstamo que celebraron y por, consiguiente, la obligación esencial y natural a este tipo de contrato de pagar intereses desde el momento de la entrega del capital previsto en el mismo» (FD 4.º *in fine*).

Por otro lado y en lo que me interesa, el TS apunta que «[l]a invocación de la normativa sobre la usura y la referida a la protección de los consumidores, como ocurre en el presente caso, suele ser una práctica habitual y reiterada en orden a valorar la posible validez del pacto de intereses en los préstamos bancarios, de suerte que, para la mejor comprensión de la doctrina jurisprudencial aplicable, conviene el examen conjunto de ambos motivos a los efectos de delimitar con mayor precisión, su ámbito concurrencial y sus diferentes planos de protección» (FD 2.º 1). Según el TS, «*el juego concurrencial de la Ley de represión de la usura con la normativa sobre protección de consumidores [...] como a [sic] ley de condiciones generales de la contratación [...], no plantea ninguna cuestión de incompatibilidad tanto conceptual como material; se trata de controles de distinta configuración y alcance con ámbitos de aplicación propios y diferenciables*. En parecidos términos, aunque cada normativa en su contexto, también hay que señalar que la aplicación de estos controles no alcanza o afecta al principio de libertad de precios, o a su proyección respecto de la libertad del [*sic*] pacto de tipos de interés ya que su determinación se remite a los mecanismos del mercado y a su respectiva competencia» (cursiva del original; FD 2.º 2). El TS destaca esa «libertad de precios, según lo acordado por las partes, [que] se impone como pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos» (FD 2.º 2) y además de otros extremos, afirma que «en el Derecho de los consumidores», informado por el artículo 51 CE y por los Tratados y Directivas de la Unión Europea, «tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar [...] que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE [...] así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de los consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado –C–, se sustituyó la expresión amplia de “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones”, en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho» (FD 2.º 2). V. además FD 3.º 2 *in fine* sobre el control de contenido. V. MIQUEL GONZÁLEZ *infra* [12].

*transparencia* [*infra* [25]f) ss.]. Cámara Lapuente apunta, que «hay que dar al César lo que es del César: el Tribunal Supremo español dejó claro con acierto con la STS 9.5.2013 que el artículo 4.2 de la Directiva sí estaba vigente en nuestro ordenamiento –en una suerte de refrendo o «transposición» jurisprudencial ante la nociva incuria legislativa–, cuando con la extralimitada doctrina derivada de la STJUE 3.6.2010 *Caja Madrid*, tenía clara holgura para haber llegado con cierta libertad a la conclusión contraria» (cursiva del original)<sup>38</sup>.

Debo indicar que, en *algún recurso de casación*, al TS se le ha apuntado que con su control de transparencia para la cláusula suelo *creaba Derecho*, algo no admitido en nuestro ordenamiento jurídico. Y lo creaba porque los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE «no establece[n] la obligatoriedad del control de transparencia», ni tampoco lo hace el TJ, por lo que «no existe una exigencia de interpretación del ordenamiento interno conforme a la Directiva que imponga ese control de transparencia, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan optar por establecerlo al transponer» la Dir 93/13/CEE, «lo que no sucede» con el artículo 80.1 TRLGDCU (FD 2.º 2)<sup>39</sup>.

En su *S, 1.ª, P, 24.03.2015*<sup>40</sup>, el TS *responde* que en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013* no realizó «una labor de «creación judicial del Derecho» que exceda de su función de complemento del ordenamiento jurídico» (art. 1.6 CC) y que interpretó «la normativa interna a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, tal y como esta ha sido interpretada por la jurisprudencia del TJUE» (FD 3.º 6). Ello lo afirma el TS, después de indicar que en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013* basó la transparencia en los artículos 80.1 y 82.1 TRLGDCU, interpretados estos de conformidad con los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE<sup>41</sup>, y citando a la *STJ 21.03.2013 (RWE*

<sup>38</sup> CÁMARA LAPUENTE, *InDret* (2017) p. 12; continúa: «(que, en ese caso sí, hubiera elevado el nivel de protección de los consumidores al permitir no sólo un control de transparencia, sino también un control de contenido de los elementos esenciales del contrato)» (p. 12).

<sup>39</sup> *Cajasur* alegaba (primer motivo de casación) infracción del «artículo 80.1 TRLCU por incluir en él un deber de transparencia inexistente en nuestro ordenamiento jurídico» (cursiva del original; FD 2.º 1). Además de lo indicado en el texto, *Cajasur* argumentaba que en la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, el TS «hace una labor de creación judicial del Derecho, que no está admitida en nuestro ordenamiento jurídico, y no una labor de hermenéutica jurídica, que es la única que podría realizar el órgano judicial»; la doctrina de dicha *STS* sobre la transparencia y la comprensibilidad real «es un sugerente postulado de “lege ferenda” [...] pero no se deriva de ningún precepto vigente ni de ningún pronunciamiento del TJUE» (FD 2.º 2). (*STS, 1.ª, P, 24.03.2015*).

<sup>40</sup> Para otros aspectos de la *STS, 1.ª, P, 24.03.2015, infra* [29]-[31].

<sup>41</sup> a) *Por lo que respecta a los autores*, PERTÍÑEZ VÍLchez considera que el TS no acierta cuando reside la transparencia en el artículo 80.1 TRLGDCU y entiende que podría apoyarse en el artículo 60 TRLGDCU [sobre lo que el autor opina, *infra* nota 183 c)]. Para CORDERO LOBATO, el fundamento legal del artículo 60 TRLGDCU, apuntado por Pertíñez

*Vertrieb*) según la cual «el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste» [cursiva del original; FD 3.º 4; v. *infra* [25]f) para la STS, 1.ª, P, 09.05.2013]<sup>42</sup>. Tras ello, el TS indica que la corrección de esa interpretación la confirma la STJ 30.04.2014 (Kásler, aps. 71, 72 y fallo), reiterán-

Vílchez, no lo es, «pues este precepto únicamente regula el contenido de la obligación de informar, pero no establece las consecuencias de su contravención» [CCJC (2014) ap. 4; *infra* nota 183 a)]. CAÑIZARES LASO también critica la fundamentación de Pertúñez Vílchez en el artículo 60 TRLGDCU (*infra* nota 114 *in fine*). Por su parte, MARTÍNEZ ESCRIBANO fundamenta el control de transparencia en el artículo 60 TRLGDCU [RDBB (2014) núm. 133, ap. 2.2, y RDC (2016) p. 76]. V. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, RDC (2016) p. 76. VÁZQUEZ MUIÑA –que apunta que, «[e]n efecto, el artículo 60 LGDCU/2007 concuerda con el objeto y finalidad del control de transparencia»– indica sobre la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 [*infra* [40]-[45]], que, en ella, el TS «no menciona los apartados a) y b) cuando utiliza el artículo 80.1 LGDCU/2007 como precepto en el que ubica el control de transparencia cualificado, como sí hizo en sus primeros pronunciamientos sobre la materia, más concretamente, en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013 [...]. Ello podría interpretarse como la voluntad del Tribunal Supremo de alejarse de su postura inicial» y «[d]e ser así este giro jurisprudencial debe calificarse de acertado, pues nuestro Alto Tribunal ya incardina el primer filtro de transparencia o control de incorporación en los artículos 5 y 7 LCGC, mandatos que presentan la misma redacción que el artículo 80.1, apartados a) y b) LGDCU/2007. [...], el artículo 80.1 LGDCU/2007, letras a) y b), no impone requisitos de transparencia superiores a los del artículo 5.4 LCGC [...] ambas son normas coincidentes y redundantes. [...] En nuestra opinión, el Tribunal Supremo haría bien en alejarse de su postura inicial y comenzar a sostener que el control de transparencia cualificado no está ubicado en las letras a) y b) del artículo 80.1 LGDCU/2007, sino en su letra c), pues dicho apartado, que establece que deberá cumplirse el requisito de la “buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”, alude a un control jurídico o normativo que excluye, en consecuencia, la fiscalización de las cláusulas económicas, lo cual confirma las posibilidades de interpretación conforme a la Directiva 93/13/CEE. Lo mismo ocurre con el artículo 82 TRLGDCU que comparte, en esencia, el mismo contenido» [CCJC (2017) ap. II, 2, 2.2; además VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 227-232, en particular pp. 231-232 para su opinión]. Por último, MORENO GARCÍA considera erróneo el fundamento de la transparencia en el artículo 80.1 TRLGDCU que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 hace, y entiende que su base legal se encuentra en el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE [(2015) pp. 110-111, v. pp. 107-112].

b) Por lo que respecta al TS y conociendo de una cláusula suelo, este apoya el control de transparencia en los artículos 4.2 Dir 93/13/CEE, 60.1 y 80.1 TRLGDCU en sus S, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 6.º 3; v. *infra* [42]), S, 1.ª, 07.11.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; FD 4.º 3; v. además FD 4.º 6), y S, 1.ª, 24.11.2017 (FD 5.º, 3 y 6; para otros aspectos *infra* [47]). Lo mismo sucede, si bien conociendo de ciertas cláusulas (condiciones generales) en un «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria», en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017 (FD 8.º, 13 y 51; en esta última S, el TS llega a decir (*reinterpretación de la historia*): «las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [sic; mayo], hemos fundado en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas»; cursiva mía; *infra* [nota 306 párrafo II] para otros aspectos de esta S).

<sup>42</sup> Ahora bien, sobre ese apoyo de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 en la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb), FERNÁNDEZ SEIJO apunta: «[c]ierto es que el caso RWE Vertrieb [sic] es de 21 de marzo de 2013, pero debe recordarse que el Tribunal Supremo español hizo público el 20 de marzo de 2013 el fallo de la sentencia, haciendo mención a la falta de transparencia de la cláusula anulada [...], por lo que el caso RWE Vertrieb [sic] pudo tener incidencia en la redacción de la sentencia pero no en la deliberación de la misma» [Actualidad Civil (2017) p. 3]. V. además *infra* nota 44, Sánchez Martín.

dose en la *STJ 26.02.2015 (Matei, ap. 74) (infra [10] para ambas SSTJ)*.

La misma cuestión y la misma solución que acabo de exponer se encuentran en la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015*<sup>43</sup>.

A propósito de la crítica de que con el control de transparencia el TS creaba Derecho, resultan interesantes las siguientes consideraciones de Sánchez Martín, *Magistrado Letrado del Gabinete Técnico del TS*, y de Orduña Moreno, *Magistrado del TS*:

a) Según Sánchez Martín, «[l]a existencia del control de transparencia [...] y su aplicación, ciertamente pionera por la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 de marzo de 2015, entre las más destacadas), ha generado un gran polémica doctrinal al considerar muchos autores que el Tribunal Supremo estaba realizando una labor de creación jurisprudencial del Derecho que no le correspondía. Sin embargo, este mecanismo de control y su fundamentación legal y técnica han sido refrendados por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13./ La sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rabái [...] ofrece una metodología clara sobre la existencia, su fundamentación y los efectos de este control, totalmente alejada del denominado control de inclusión o de incorporación»<sup>44</sup>.

b) Según Orduña Moreno –Magistrado Ponente de dos de las sentencias citadas por Sánchez Martín en la anterior letra a), concretamente, de las *STS, 1.ª, 18.06.2012* y *STS, 1.ª, P, 08.09.2014 (supra en este [7] a) [B], e infra [26]-[28], respectivamente)*– «debe rechazarse el postulado que sostiene que la caracterización del control de transparencia, llevada a cabo por la doctrina jurisprudencial

<sup>43</sup> En su *recurso de casación* (motivo primero), el *Banco Popular* apuntó «omisión de la ley aplicable y preterición de las fuentes del derecho con infracción del artículo 1.1 y 1.7 C.C.»; «se vulnera, a través de una interpretación *contra legem*, el artículo 1 CC que establece el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; y correlativamente, la obligación de jueces y tribunales de atenerse a tal sistema de fuentes en el ejercicio de su función jurisdiccional», «no existe pronunciamiento alguno» del TJ «del que derive esta exigencia de transparencia, ni tampoco hay en el Derecho español un determinado deber de transparencia, sino tan solo requisitos de incorporación de las condiciones generales y su eventual carácter abusivo derivado del artículo 80.1 TRLGDCU» [FD 4.º a)]. Tras argumentarlo, *para el TS*, «no cabe apreciar que la sentencia apelada haya vulnerado en modo alguno el sistema de fuentes previsto en el artículo 1 del Código Civil, ni que haya impuesto a la entidad recurrente un control de validez de la cláusula suelo que no estuviera prevista ni en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ni en el español» (FD 4.º a) *Primer motivo, Decisión de la Sala, 5*). Para otros aspectos de la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015, infra [35]*.

<sup>44</sup> SÁNCHEZ MARTÍN (2016) p. 221; con anterioridad, había apuntado la idea del *posterior* apoyo del TJ: «El control de transparencia como ha sido delimitado en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha recibido un “espaldarazo” definitivo de la mano la [sic; de la] jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La STJUE de 30 de abril de 2014 [caso *Kásler, infra [10]* y nota 54 para los hechos] [...] viene a confirmar este planteamiento al analizar la posible abusividad de una cláusula en un préstamo multidivisa [...]» [(2015) p. 5].

del Tribunal Supremo, constituye una creación jurisprudencial del derecho que vulnera el sistema de fuentes al establecer un criterio de transparencia, el de comprensibilidad real, que no se encuentra comprendido en el estándar de transparencia del artículo 80.1 y la expresión de buena fe del artículo 82.1 TRLGDCU»<sup>45</sup>.

Orduña Moreno considera dicho planteamiento «representativo de una interpretación normativa parcial y sesgada que debe rechazarse por varias razones»<sup>46</sup>. Citando a la *STS, 1.ª P, 08.09.2014 [infra [26]-[28]]*, indica que la doctrina jurisprudencial «no tiene por objeto la libre decisión de lo justo en un caso concreto, sino el establecimiento de una caracterización general del control de transparencia aplicable a todos los contratos que se deriven de este modo de contratar [el de la contratación seriada, modo distinto de la contratación por negociación: *infra* [23]]. Del mismo modo, de su articulación, como se señala, resulta conforme con la convergencia del Derecho contractual europeo. Aspectos o extremos que, analizados con cierto rigor, dan buena muestra de cómo la doctrina del Tribunal Supremo se aparta de la corriente metodológica indicada que es la que, precisamente, le imputan u objetan estas tesis disconformes con la misma./ Pero [...] también hay que señalar conforme al rigor técnico exigible, que la caracterización llevada a cabo por la doctrina jurisprudencial no se realiza fuera de la ley, si por tal entendemos el actual sistema de fuentes que cabe aplicar. En efecto, contrariamente, a su simple asimilación a los deberes formales de la legislación sectorial, la caracterización expuesta refuerza su valor normativo al hacer descansar el fundamento de estos especiales deberes de transparencia real en el propio presupuesto causal del fenómeno que informa a la legislación especial aplicable y, con ella, la especial tutela del adherente-consumidor. De modo que el estándar de transparencia aludido, lejos de una interpretación literal de los preceptos en liza, encuentra su fundamento en la relevancia del principio de buena fe como fuente de especiales deberes de conducta; en el presente caso, como especiales deberes de configuración contractual del marco predispuesto./ Como puede observarse, fundamentos de índole causal y teleológica de la norma que alejan, aún más, la caracterización realizada del ámbito de la creación judicial del derecho./ En definitiva, también conviene resaltar, por si alguna duda quedara al respecto, que la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia Europeo concuerda tanto en el contenido, como en el procedimiento, con la caracterización dada por el Tribunal Supremo./...]/ De todas formas, ya resulte por la no oposición a los Principios generales del derecho, o bien por la previsión normativa al respecto, el alcance del control de transparencia, a la luz de la letra de la finalidad de esta directiva [93/13/CEE], está fuera de toda duda, esto es, tal y como señala la sentencia [STJU 30.04.2014, caso *Kásler, infra* [10]] no se limita al plano formal o gramatical de la cláusula, sino que alcanza a su comprensibilidad real [...]./ Como puede observarse, una interpretación claramente extensiva

<sup>45</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 84.

<sup>46</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 84.

de la exigencia de transparencia que nuestro Tribunal Supremo no sólo ha seguido, sino que, además, ha dado las pautas necesarias para su pleno entendimiento en la dogmática contractual»<sup>47</sup>.

### 2.3 ALGUNOS TEXTOS JURÍDICOS QUE EXPRESAMENTE RECOGEN EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE

[8] Son textos, que, *hoy por hoy, no son derecho positivo*, y que recogen dicho artículo de un distinto modo. En concreto:

a) El artículo 1262.2 de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de 2009 (PMCC) de la Comisión General de Codificación (sección civil) dispone: «[e]l carácter abusivo [de las cláusulas no negociadas individualmente] no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato [...]»<sup>48</sup>. Pérez Escolar, tras referirse al artículo 1261, 2 y 3, PMCC, advierte, que «la PMCC se aparta [...] de los textos de Derecho contractual europeo, [textos] que [...] sitúan el incumplimiento del deber de transparencia en el ámbito del control de contenido de las cláusulas no negociadas»<sup>49</sup> obviando así que, como esta-

<sup>47</sup> ORDUÑA MORENO (2016) pp. 84-85.

<sup>48</sup> El texto continúa: «y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa». CARBALLO FIDALGO: «el artículo 1262.2 [PMCC] excluye explícitamente del test de equidad las cláusulas que definen el objeto principal del contrato –básicamente, la relación económica entre prestaciones–, sin salvar su sujeción a las normas de transparencia que, sin embargo, deben reputarse aplicables a este tipo de cláusulas, al menos en cuanto se inserten en un contrato celebrado con un consumidor (artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE y STJCE *Comisión/Holanda*)» [(2013) p. 53; para dicha STJCE, *supra* nota 24].

<sup>49</sup> En el ámbito de los textos de Derecho contractual europeo de *soft law*:

a) El artículo II.-9:402 DCFR dispone: «Duty of transparency in terms not individually negotiated/ (1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language./ (2) *In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair*» (cursiva mía). Para CÁMARA LAPUENTE: «sin justificación técnica y sin claro sustento comparatista, la solución [del art. II.-9:402 (2) DCFR] parece arbitraria para un texto que aspira a servir de modelo o inspiración para un Derecho positivo europeo» [AAMN (2015) p. 587, v. desde p. 586, p. 589].

En la *Nota 5 de Derecho comparado* del artículo II.-9:402 DCFR se afirma el *silencio* de la Dir 93/13/CEE sobre las consecuencias del incumplimiento del deber de transparencia (con la salvedad del art. 5, segunda regla, Dir 93/13/CEE) y *cómo ese silencio se ha interpretado* (las posibilidades de actuación de los Derechos nacionales): «The wording of Directive 93/13/EEC does not specify the legal consequences which follow where the transparency requirement has been breached in the individual case. The sole legal consequence of failure to fulfil the requirement of transparency to be explicitly provided is the interpretation rule in Directive 93/13/EEC art. 5 sent 2. This interpretation rule, however, only applies to clauses not drafted in plain language and which are capable of interpretation. However, the legal consequences of plain, but unintelligible clauses are not regulated (an example would be where, due to legal terminology or insufficient command of the language in which the terms are drafted, the clause is unintelligible to the consumer).

blecen la LCGC, el TRLCU y la PMCC, la consecuencia de que se produzca una violación del deber de transparencia por parte del predisponente debe ser la no incorporación al contrato de las cláusulas afectadas, que el adherente no tiene posibilidad de conocer, ni, por tanto, de formarse un correcto consentimiento contractual»<sup>50</sup>.

En cuanto al mentado, por Pérez Escolar, artículo 1261 PMCC, este dispone:

«1. [...]»

2. Las condiciones generales quedan quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y del contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes.

3. No quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que:

---

Accordingly there are widely differing views on the legal consequences of a breach of the transparency imperative. Some assume that the Member States are free to decide on the legal consequences. However, others see the requirement of transparency, by reference to recital 20 [transcrito *supra* nota 7], as a condition for the incorporation of terms. Finally there is the view that clauses which lack transparency are to be assessed according to Directive 93/13/EEC art. 3. If one follows this latter view, it is furthermore doubtful whether lack of transparency *per se* results in the term being rendered unfair or non-binding according to Directive 93/13/EEC art. 3(1) in conjunction with art. 6(1) or whether there is a further condition that the content of the clause is disadvantageous, i.e. causes a considerable and unjustified imbalance in the contractual rights and obligations contrary to the principle of good faith» [VON BAR/CLIVE (ed.) vol. I (2009) p. 632]. Aunque *infra* [17] expongo la tesis de CÁMARA LAPUENTE, adelanto que un punto de apoyo de su opinión es que la Dir 93/13/CEE no especifica las consecuencias del incumplimiento del deber de transparencia (a salvo lo dispuesto en el art. 5 Dir 93/13/CEE); CÁMARA LAPUENTE tiene presente la Nota 5 de Derecho comparado del DCFR, que acabo de reproducir. Sobre la transposición, y cómo, del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE en los Derechos nacionales, ofrece una visión de Derecho comparado a 2006 y a 2015: CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 25-49, 52-57, y *AAMN* (2015) pp. 574-585, y *supra* [5] para el Derecho alemán.

b) En los PECL, el artículo 4:110 regula los *Unfair Terms not Individually Negotiated*, correspondiéndose su ap. 2 con el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE; dicho ap. 2 dispone: «This article [4:110] does not apply to: / (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to/ (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party». Según el *Comment D* del artículo 4:110 PECL: «What judges and arbitrators may not do is to judge the relation between the price and the main subject matter. Article 6.110 [*sic*; 4:110] does not reintroduce the *iustun pretium* doctrine of canon law. The second paragraph aims to prevent this./ The second paragraph should be interpreted strictly. Terms which allow a party to raise the price are covered by the first paragraph [del artículo 4:110]./ *Illustration 2*: A car dealer sells an expensive car, which is so popular that there is a six month waiting list. The dealer sells the car for the price "as listed by the manufacturer at the time of delivery". Although the term relates to the price of the car, it is to be considered a term in the sense of paragraph (1)» [cursiva del original; LANDO/BEALE (eds.) (2000) p. 269; v. además *Comment G* del artículo 4:110, p. 269]. El ap. (1) del artículo 4:110 PECL ordena: «A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded».

<sup>50</sup> PÉREZ ESCOLAR, *ADC* (2015) pp. 462-463, v. desde p. 461, y además p. 473.

1) Resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado.

2) Las que su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles para el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate».

b) El artículo 525-7.3 (*Cláusulas abusivas*) de la *Propuesta de Código civil* de la *Asociación de Profesores de Derecho civil* ordena: «[e]l carácter abusivo no alcanza a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y a su adecuación con el precio, siempre que se expresen de manera clara y comprensible»<sup>51</sup>.

Y c) el artículo 83.1 (*Ámbito de aplicación y criterios de valoración*) de la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta* del Grupo Parlamentario socialista –artículo al que se ubica en el *control de contenido*; sobre la sistemática que se propone para el TRLGDCU, *infra* [52]– prescribe: «Quedan excluidas del control de contenido aquellas cláusulas que reglamenten los elementos esenciales del contrato, bien con relación a la definición del objeto principal o a la adecuación entre precio y retribución, o bien con relación a los bienes y servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida entre las partes»<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> En el Libro V, Título II, Capítulo V. *Coordinadores del grupo* [para ese Título II]: Joaquín Ataz López e Isabel González Pacanowska; *Componentes del grupo*: María Belén Andreu Martínez, Carmen Leonor García Pérez, Gabriel Macanás Vicente y María del Carmen Plana Arnaldos; Capítulo II (salvo la sección 2.ª): Juana Marco Molina [PCCAPDC (2018) p. 10].

<sup>52</sup> Los artículos 82 y 83 de dicha *Proposición de Ley* se ocupan, con carácter general, del control de contenido y disponen lo que sigue. Artículo 82: «Concepto y caracterización./ 1. Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, así como las prácticas no consentidas expresamente por los consumidores y usuarios, podrán ser objeto del control de contenido con relación a la legalidad de la reglamentación predispuesta por el profesional./ 2. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de buena fe y los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta, responde al previo y especial deber contractual que el profesional tiene de guardar un justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que se deriven del contrato./ 3. La infracción de este deber contractual, en perjuicio del consumidor y usuario, comportará que la cláusula afectada sea declarada abusiva»; artículo 83: «Ámbito de aplicación y criterios de valoración./ 1. [Transcrito en el cuerpo del texto]/ 2. El carácter abusivo de la cláusula se apreciará teniendo en cuenta 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 éste dependa. A su vez, el cumplimiento obligacional en la ejecución del contrato de que se trate, quedará fuera del control de abusividad de la reglamentación predispuesta./ 3. Dicha apreciación del carácter abusivo se realizará en el plano del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, sin que se requiera que el desequilibrio comporte, además, una incidencia económica relevante con relación al importe de la relación contractual de que se trate./ 4. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del control de contenido sobre el resto del contrato./ 5. El predisponente que declare que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba./ 6. En cualquier caso, con carácter general, tendrán la consideración de cláusulas abusivas por falta de contenido las que incurran en los siguientes supuestos:/ a)



Dichas cláusulas, al igual que las resto de cláusulas del contrato, se encuentran *además* sometidas a un *control de transparencia* del que *infra* [53] doy cuenta.

## 2.4 LA JURISPRUDENCIA DEL TJ SOBRE EL ARTÍCULO 4.2 DIR 93/13/CEE

[9] En diversas SS –en algunas de las cuales el Derecho español es el implicado– el TJ se ha ocupado de la *interpretación* del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE. Algunas de esas SSTJ las he ya mentado, cuando indiqué que el TS interpreta el Derecho español a la luz de la letra y de la finalidad de la Dir 93/13/CEE [de su artículo 4.2; *supra* [7] b)].

[10] Apuntado lo anterior, a continuación procedo a exponer las consideraciones y las doctrinas del TJ que, del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, me interesan, situándome en un *nivel general o de abstracción* y no para el concreto caso. Fundamento mi exposición en las *STJ, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)*<sup>53</sup>; *STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)*<sup>54</sup>;

vinculen el contrato a la voluntad del empresario./ b) limiten los derechos del consumidor y usuario./ 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 sobre competencia y derecho aplicable».

<sup>53</sup> HECHOS: En un marco de régimen de libertad contractual, *RWE Vertrieb* celebró con diversos consumidores contratos de suministro de gas natural: los *contratos especiales*. Por otro lado, *RWE Vertrieb*, de acuerdo con la normativa nacional, tenía obligación de contratar con los consumidores aplicando una tarifa tipo: los *contratos sujetos a tarifa*. Las condiciones generales sobre la modificación del precio del gas de los *contratos especiales* se referían a las disposiciones de la normativa nacional, o a condiciones tipo que se correspondían con dicha normativa, *no aplicables a esos contratos especiales, sino solo a los contratos sujetos a tarifa*. Y dicha «normativa permitía al proveedor modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación, garantizando al mismo tiempo [...] que los clientes fueran informados de esa modificación y pudieran, en su caso, denunciar el contrato». Desde el 01.01.2003 hasta el 01.10.2005, *RWE Vertrieb* «incrementó el precio del gas en cuatro ocasiones» y los clientes «no tuvieron la posibilidad de cambiar de proveedor de gas». La *Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, por cuenta de los consumidores, reclamó a *RWE Vertrieb* el reembolso de las cantidades abonadas por tales incrementos de precio. El *Landgericht Dortmund* estimó la cantidad reembolsable de 16.128,63 € más intereses. El *Oberlandesgericht desestimó* la apelación de *RWE Vertrieb* y esta recurrió en casación. El *Bundesgerichtshof* planteó dos cuestiones prejudiciales al TJ (interesa la segunda). Aps. 17-23.

<sup>54</sup> HECHOS: En 2008, *Kásler y Kásleerné Rábai* celebraron con *Jelzálogbank* un préstamo hipotecario «denominado en divisas», a devolver en 25 años, en cuotas mensuales que vencían el cuarto día de cada mes. La divisa extranjera fue el franco suizo y el préstamo se entregó en forintos húngaros (moneda nacional). Según la *cláusula I/1*, «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo», y «el importe del préstamo, los intereses convenidos y los gastos de tramitación, así como los intereses de demora y demás gastos, se determinarán en la divisa extranjera, una vez realizada la entrega». En la *cláusula III/2* se indicaba, que «el prestamista fijará el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa (extranjera) aplicada por el banco el día

*STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei)*<sup>55</sup>; *STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)*<sup>56</sup>; *STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios*

anterior al del vencimiento». Aps. 20-24. Los prestatarios demandaron a *Jelzálogbank* al considerar abusiva la *cláusula III/2*: las cuotas mensuales de devolución se hacían sobre la base de la cotización *de venta* de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se hizo en función de la cotización *de compra*, confiriendo ello una ventaja unilateral e injustificada a *Jelzálogbank*. La demanda se estimó en primera instancia, lo que se confirmó en la apelación (en esta se concluyó, entre otras cosas, «que la cláusula III/2 no era clara y comprensible, [...] 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»). *Jelzálogbank* recurrió en casación. La *Kúria* planteó tres cuestiones prejudiciales al TJ (interesan la primera y segunda referidas al artículo 4.2 Dir 93/13/CEE). Aps. 25-28, 35.

<sup>55</sup> HECHOS: El 04.03.2008, los prestatarios celebraron con *Volksbank* un contrato de crédito para cubrir gastos corrientes personales, a reembolsar en 5 años y en euros, y el 07.03.2008 celebraron otro contrato de crédito para financiar la adquisición de un inmueble, garantizado con hipoteca sobre el inmueble y a reembolsar en 25 años y en francos suizos (aps. 24-25). Ambos contratos contenían sobre el «carácter variable del tipo de interés» la siguiente *condición particular*: «el Banco se reserva el derecho de revisar el tipo interés corriente en caso de que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero, comunicando a los prestatarios el nuevo tipo de interés. El tipo de interés así modificado se aplicará desde la fecha en que sea comunicado» (ap. 26). En las *condiciones generales* había una cláusula, titulada «comisión de riesgo», según la cual «[...] por la puesta a disposición del crédito, el prestatario quede[a] obligado a satisfacer al banco una comisión de riesgo, calculada sobre el saldo del crédito y pagadera mensualmente durante toda la vida del contrato» (ap. 27), y en las *condiciones particulares*, bajo «comisión de riesgos», se «precisa que dicha comisión es igual al producto obtenido de multiplicar el saldo del crédito por 0,74% para el crédito contratado en euros, y por 0,22% para el crédito contratado en francos suizos», siendo el importe total adeudado por dicha comisión de 1.397,17 € para el crédito en euros, y de 39.955,98 CHF para el crédito en francos suizos (ap. 28). Los prestamistas presentan demanda ante el Tribunal de primera instancia (*Cluj-Napoca*) y solicitan la declaración de abusividad, y de nulidad, de una serie de cláusulas, entre ellas las antes referidas. El *Cluj-Napoca* declara nula «la cláusula relativa al carácter variable del tipo de interés», pues «el concepto de “variaciones significativas en el mercado financiero” es tan vago que permite al banco modificar el tipo de interés de forma discrecional»; sobre las cláusulas de «comisión de riesgo [...] no podían ser calificadas de abusivas pues, en particular, no era de su competencia apreciar el riesgo concreto asumido por el banco ni tampoco la eficacia de las garantías contractuales». Ambas partes recurren en casación. El *Specializat Cluj* plantea cuestión prejudicial. Aps. 30-35, 52.

<sup>56</sup> HECHOS: En 1998, *Van Hove* celebró con *Crédit Immobilier de France Méditerranée* dos préstamos reembolsables en mensualidades (uno hasta 2016, el otro hasta 2017). Y con *CNP Assurances* celebró un seguro, por cuya *primera cláusula*, la aseguradora se hacía cargo, a su vencimiento, del pago de las mensualidades «debidas por el prestatario al prestamista, en caso de fallecimiento o invalidez permanente y absoluta de aquél, así como del 75% de las mensualidades vencidas» si el prestatario está «en situación de incapacidad total para trabajar», y según la *segunda cláusula*, «el asegurado se encontrará en situación de incapacidad total para trabajar cuando, al término de un período de interrupción continuada en la actividad de 90 días (llamado plazo de carencia), se encuentre imposibilitado para volver a ejercer cualquier actividad, remunerada o no, como consecuencia de un accidente o de una enfermedad». Aps. 10-12. Posteriormente, a *Van Hove* se le reconoció una incapacidad permanente parcial para trabajar del 23%, después del 67%, y en 2011, la Seguridad Social la fijó en 72%, reconociéndole una pensión. En 2012, el médico de la aseguradora examinó a *Van Hove* y concluyó que su «estado de salud [...] le permitía ejercer a tiempo parcial una actividad profesional adaptada a su situación», por lo que *CNP Assurances* le comunicó y reiteró que no se haría cargo de las mensualidades del préstamo (si bien su «estado de salud [...] ya no era compatible con el ejercicio de su profesión anterior, disponía de la facultad de ejercer una actividad profesional adaptada a su situación, por lo menos a tiempo parcial» (ap. 16, v. desde el 13). En 2013, *Van Hove* demanda a *CNP Assurances* y solicita la declaración de abusividad de las cláusulas del seguro relativas a la definición de incapacidad total para trabajar y condiciones para adquirir la cobertura garantizada, así

Martínez, y Banco Popular Español)<sup>57</sup>; STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus)<sup>58</sup>; y STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriciuc)<sup>59</sup>. Concretamente, el TJ señala:

a) «El sistema de protección» de la Dir 93/13/CEE «se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferiori-

---

como la condena a hacerse cargo, desde junio de 2012, de las cantidades pendientes de los dos préstamos (ap. 17; v. ap. 18). El Tribunal de Gran Instancia de *Nîmes* plantea cuestión prejudicial para la segunda cláusula del seguro (ap. 25; v. desde ap. 20).

<sup>57</sup> HECHOS: a) *Gutiérrez Naranjo* celebró con *Cajasur Banco, SAU* un préstamo hipotecario con cláusula suelo. Ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada, *Gutiérrez Naranjo* presentó demanda, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por ella. Dicho Juzgado planteó dos cuestiones prejudiciales al TJ; b) El 28.07.2006, *Palacios Martínez* celebró un préstamo hipotecario con cláusula suelo con el *BBVA*. Ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, la clienta presentó demanda, solicitando la declaración de nulidad de la cláusula suelo por abusiva y la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por ella. El Juzgado estimó que la acción había quedado sin objeto por la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (infra [25])*, y procedía la devolución de las cantidades que el banco hubiera recibido por la cláusula suelo a partir de la fecha en la que se dictó dicha STS de 2013. La Audiencia Provincial de Alicante planteó siete cuestiones prejudiciales al TJ; c) El 01.06.2001, *Irlés López y Torres Andreu* celebraron con el *Banco Popular Español* un préstamo hipotecario con cláusula suelo. El 02.05.2007 y el 14.06.2007 (escrituras de novación), las partes acordaron aumentos de la cuantía del crédito, también con cláusulas suelo. Considerando que hubo falta de transparencia en las cláusulas suelo, los clientes presentaron demanda ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Alicante, solicitando la nulidad de aquéllas y la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por ellas. El Juzgado estimó la demanda y condenó al *Banco Popular* a la restitución de lo pagado indebidamente desde la celebración del préstamo, y de sus escrituras de novación. Basándose en las *SSTS, 1.ª, P, 09.05.2013 y 1.ª, P, 25.03.2015 (infra nota 193)*, el banco apeló y la Audiencia Provincial de Alicante planteó una octava cuestión prejudicial al TJ. Aps. 27-43 y 45. V. *infra* nota 169.

<sup>58</sup> HECHOS: El 12.06.2008, *Banco Primus* concedió un préstamo a *Gutiérrez García*, quien lo garantizó con una hipoteca sobre su vivienda. La duración del préstamo fue de 47 años, a devolver en 564 cuotas mensuales. Ante el impago de siete mensualidades seguidas y en aplicación de la *cláusula 6 bis* del préstamo, el banco declaró el vencimiento anticipado del préstamo y el 23.03.2010 reclamó todo el capital pendiente de devolución, intereses ordinarios y moratorios, y costas y gastos. Se procedió a la venta de la vivienda en pública subasta (el 11.01.2011 fue la subasta), pero no compareció postor alguno y por decreto de adjudicación de 21.03.2011, el órgano jurisdiccional la adjudicó al *Banco Primus*, por un importe que representaba el 50% del valor de tasación. El 06.04.2011, *Banco Primus* solicitó entrar en posesión, la cual fue diferida en tres incidentes sucesivos, acabando uno de ellos por auto de 12.06.2013 por el que se consideró abusiva la *cláusula 6* del préstamo sobre intereses de demora. El auto de 08.04.2014 puso fin al lanzamiento. El 11.06.2014, *Gutiérrez García* formuló incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución hipotecaria, alegando que la *cláusula 6* era abusiva. El órgano jurisdiccional tenía dudas sobre si eran abusivas la *cláusula 3* sobre intereses ordinarios (calculados sobre el año comercial, esto es, 360 días), y la *cláusula 6 bis* sobre vencimiento anticipado por la cual el *Banco Primus* «podrá exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos [...] cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco». El Juzgado de Primera instancia núm. 2 de Santander planteó siete cuestiones prejudiciales al TJ (interesan la cuarta y quinta). Aps. 18-20, 24, 25.

<sup>59</sup> HECHOS: *Andriciuc* y otros, cuyos ingresos eran en leus rumanos, celebraron entre 2007 y 2008 «diversos contratos de crédito denominados en francos suizos». Aparte de otras cláusulas contractuales, según la cláusula 1, ap. 2, *Andriciuc* y otros «estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en la misma divisa en que éstos se habían contratado, es decir, en francos suizos, con la consecuencia de que el riesgo de tipo de cambio, que supone un incremento de las cuotas en caso de disminución del tipo

dad con respecto al profesional, en lo referente [...] a la capacidad de negociación como al nivel de información, [...]», llevándole «a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir» en su contenido<sup>60</sup>. Y por esa situación de inferioridad, el artículo 3.1 Dir 93/13/CEE «establece [...] la prohibición de cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»<sup>61</sup>. Además, el artículo 5 Dir 93/13/CEE impone a los profesionales «la obligación de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible», precisando su considerando 20 «que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato»<sup>62</sup> [v. *supra* [3] y nota 7].

b) Para el consumidor «[r]eviste una importancia fundamental [...] disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha

---

de cambio del leu rumano con respecto al franco suizo, recaía enteramente sobre ellos». Según *Andriciuc* y otros, «el banco [*Banca RomâneascGSA*] [que] podía prever la evolución y las fluctuaciones del tipo de cambio del franco suizo», les expuso de modo incompleto el riesgo de tipo de cambio (no explicó que la divisa franco suizo «fluctuaba sensiblemente con respecto al leu rumano») y «la presentación se realizó de manera engañosa, poniendo de relieve los beneficios de este tipo de producto y de la divisa utilizada, sin mostrar sus riesgos potenciales o las probabilidades de que éstos se materializaran»; y «al no haberles informado de forma transparente acerca de dichas fluctuaciones, el banco incumplió sus obligaciones de información, de advertencia y de asesoramiento, así como su deber de redactar cláusulas contractuales de forma clara y comprensible para que cada prestatario pudiera apreciar el alcance de las obligaciones derivadas del contrato que celebraba»; consideraban que las cláusulas contractuales eran abusivas. Ante el *Tribunalul Bihor* (Tribunal de Distrito de Bihor, Rumanía), *Andriciuc* y otros solicitaron la anulación de las cláusulas, y que «se obligase al banco a establecer una nueva tabla de amortización que previera la conversión de los préstamos en leus rumanos, al tipo de cambio vigente en el momento de la celebración de los contratos de crédito». Dicho Tribunal *desestimó la demanda* (la cláusula no era abusiva). *Andriciuc* y otros apelaron, y el *Curtea de Apel Oradea* (Tribunal Superior de Oradea, Rumanía) planteó tres cuestiones judiciales al TJ (interesan en particular las cuestiones segunda y tercera). (Aps. 8-17).

<sup>60</sup> *STJU, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)* ap. 41; *STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)* ap. 39; *STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)* ap. 26; *STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus)* ap. 40.

<sup>61</sup> *STJU, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)* ap. 42; *STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)* ap. 40; v. además *STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)* ap. 27.

Artículo 3.1 Dir 93/13/CEE: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». GONZÁLEZ PACANOWSKA: «La referencia acumulativa a la contravención a la buena fe y al desequilibrio importante en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 parece ser el resultado de una transacción entre la coalición franco-alemana, favorable al criterio de la buena fe como paradigma general de contraste, y la propuesta inglesa de desequilibrio significativo; la combinación de ambos habría de permitir a cada Estado miembro la elección del estándar que mejor armonizara con su propio sistema» [«Artículo 82 TRLGDCU» (2015) p. 1112].

<sup>62</sup> *STJU, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb)* ap. 43; v. además *STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove)* ap. 27.

celebración», pues, él «decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información»<sup>63</sup>.

c) Corresponde al TJ la interpretación de la Dir 93/13/CEE «y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual» a la luz de dicha Directiva, y, al juez nacional corresponde «pronunciarse, teniendo en cuenta tales criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual particular en función de las circunstancias concretas propias del caso»<sup>64</sup>.

d) Las cláusulas del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «están comprendidas en el ámbito regulado» por la Dir 93/13/CEE<sup>65</sup>.

e) En el ámbito de toda la Unión Europea, el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE debe ser objeto de «una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objeto perseguido por la normativa» de la Dir 93/13/CEE<sup>66</sup>.

f) Al disponer el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas» de la Dir 93/13/CEE, la misma «debe ser objeto de interpretación estricta»<sup>67</sup>.

g) El concepto de «objeto principal» del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE incluye «las prestaciones esenciales» del contrato «y que como tales lo caracterizan», y no incluye las cláusulas accesorias relacionadas con la esencia de la relación contractual<sup>68</sup>.

h) La exclusión de la apreciación de la posible abusividad de las cláusulas de adecuación entre precio/retribución y bienes/servicios como contrapartida del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «tiene un alcance reducido», y se explica «porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control»<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> STJ, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb) ap. 44; STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 69-70; STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español) ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) ap. 48.

<sup>64</sup> STJ, Sala 1.ª, 21.03.2013 (RWE Vertrieb) ap. 48; STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 45; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 53; STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 28; STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 57.

<sup>65</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 41; STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 62. V. además *supra* nota 28 en relación con la STJ, 1.ª, 03.06.2010 (Caja Madrid y Monte de Piedad de Madrid).

<sup>66</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 37-38; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) ap. 34.

<sup>67</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 42, 49; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 49; STJU, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 31; STJU, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) ap. 34.

<sup>68</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 49-50, v. ap. 46; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 54; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 33; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuciuc) aps. 35-36.

<sup>69</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) aps. 54-55; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 55.

i) La exigencia de que las «cláusulas se redacten de forma clara y comprensible» (transparencia) «se aplica en cualquier caso», abarcando la cláusula incluida en el artículo 4.2 y excluida por tanto del artículo 3.1, ambos de la Dir 93/13/CEE<sup>70</sup>, y «tiene el mismo alcance» que la exigencia de transparencia del artículo 5 Dir 93/13/CEE<sup>71</sup>.

j) La transparencia de las cláusulas contractuales, exigida por la Dir 93/13/CEE, no se reduce solo a su «carácter comprensible [...] en un plano formal y gramatical»<sup>72</sup>, sino que «debe entenderse de manera extensiva»<sup>73</sup>, «de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas» que, para él, derivan del contrato<sup>74</sup> (el «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso» o «perspicaz»<sup>75</sup>).

k) Si para «una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato», el consumidor no hubiera dispuesto, «antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración», el examen de su abusividad, en el sentido del artículo 3.1 Dir 93/13/CEE, «está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular»<sup>76</sup>.

Cámara Lapuente discrepa «de la afirmación [del ap. 51 de la STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español)] cuando lo que se hace es conectar el control de transparencia con la abusividad, es decir, cuando se decide que la sanción por no superar ese control (4.2 y 5 de la

<sup>70</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 68.

<sup>71</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 69; STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español) ap. 49.

<sup>72</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 71, y v. ap. 75; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 73; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 40, v. además ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 44, v. además ap. 51.

<sup>73</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 72; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 40; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 40; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 44.

<sup>74</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 73, y v. ap. 75; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 74; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) aps. 41, 47, v. además, ap. 50; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 45, v. además aps. 50-51.

<sup>75</sup> STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 74; STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 75; STJ, Sala 3.ª, 23.04.2015 (Van Hove) ap. 47, v. además ap. 48; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 47, v. además ap. 51.

<sup>76</sup> STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español) ap. 51; v. además STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 56; y v. además STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) aps. 64 y 67. Por otro lado, v. STJ, Pleno, 26.02.2015 (Matei) ap. 72.

Artículo 6.1 Dir 93/13/CEE: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismo términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Directiva) en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato deba ser *necesariamente* el carácter abusivo de dicha cláusula (directo o ponderado [...]); es decir, cuando se conecta el artículo 4.2 (control de elementos esenciales) con el 6 (consecuencias del carácter abusivo) por la vía del artículo 3 (definición de cláusula abusiva); mientras que, en realidad, el artículo 4.2 (y el 5) al configurar el deber de que la redacción de la cláusula sea “clara y comprensible”, sólo encuentra en la Directiva una sanción expresa (no en el artículo 6, sino en el propio artículo 5: interpretación *contra proferentem*) y, por tanto, *sí quedaron fuera de la Directiva, como una laguna reiteradamente denunciada, cuáles podrían ser otras consecuencias de que las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato no fuesen transparentes, existiendo al menos tres modelos nacionales*: su no incorporación al contrato, su nulidad por considerar que se trata de cláusulas directamente abusivas (TS español) o su nulidad como cláusulas abusivas después de ponderar si concurren el resto de requisitos del artículo 3 (y 4.1, según el Derecho alemán) como ahora parece dejar entrever esta STJUE, en sentencia diseñada por un magistrado-ponente letón, pero formado en Alemania y en Derecho alemán, en lo que puede ser una nueva constatación –desde la propia terminología (“transparencia material”) hasta las consecuencias de este expediente– de la influyente interpretación que tiene la doctrina alemana sobre los preceptos de la Directiva 93/13» (cursiva del original)<sup>77</sup>.

Para Cámara Lapuente, «*el TJUE ha podido extralimitarse en sus funciones, pues corresponde al legislador de la UE diseñar cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento del deber de transparencia del predisponente y, al no hacerlo, no corresponde al Tribunal de Luxemburgo suplir la inacción de aquél, sino que es materia para la que los Estados miembros son competentes*» (cursiva del original)<sup>78</sup>.

<sup>77</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Indret* (2017) p. 9; continúa: «[c]ómo da el paso esta sentencia de decir que el Tribunal de Luxemburgo conserva (al menos cierta) soberanía sobre la interpretación del artículo 6.1 (significado de “no vincularán”, correcto), a decir que la falta de transparencia del artículo 4.2 tiene la misma consecuencia (lo que parece hoy más bien labor de un futuro legislador europeo, no de un TJUE que acaso se haya excedido en sus funciones en este punto), parece un tanto endeble y corre así: (i) el TS interpretó que el artículo 4.2 comprendía no sólo una transparencia formal sino también material (§ 48 de la STJUE, lo cual es correcto y lo diría poco después la propia STJUE 30.4.2014, *Kásler*); (ii) «el control de la transparencia material» de las cláusulas sobre el objeto principal del contrato *ex* artículo 4.2 es el mismo que el del artículo 5 de la Directiva para todo tipo de cláusulas no negociadas (§ 49 de la STJUE, que es lo único en lo que el Tribunal está de acuerdo con el AG, es correcto y lo dicen de forma aún más nítida, aunque no las cite esta STJUE 21.12.2016, las SSTJUE 30.4.2014, *Kásler*; y 25.2.2015, *Matei*); (iii) el TJUE ha declarado (en la sentencia de 21.3.2013, *RWE Vertrieb*) que es fundamental que el consumidor tenga información precontractual de las condiciones generales y sus consecuencias (§ 50 de la STJUE). Fin de la argumentación» (cursiva del original; pp. 9-10). Sobre la influencia del Derecho alemán, *supra* nota 9 párrafo III; y a propósito de los tres posibles modelos nacionales, *supra* nota 49.a), la *Nota 5 de Derecho comparado* del artículo II.-9:402 DCFR.

<sup>78</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Indret* (2017) p. 14, v. pp. 11-16; «TJUE, *acaso actuando “ultra vires”*» (negrita en el original; p. 13); p. 28.

*Y considera que el Derecho alemán posterior a la Dir 93/13/CEE está influyendo en cómo el TJU interpreta el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE: «el legislador alemán, al insertar en 2000 en su Código civil las reglas provenientes de su Ley de condiciones generales de la contratación, incluyó un nuevo inciso en el § 307.1 BGB, en el que se lee: “el hecho de que la cláusula no sea clara y comprensible también puede [kann auch] causar un perjuicio desproporcionado” y, por ende, ser abusiva. Esta regla no consta en la Directiva, es una traslación puramente alemana de su genuina jurisprudencia previa (y previa a la Directiva incluso, de 1988 en adelante) sobre el *Transparenzgebot* y la “transparencia material” y, sin embargo, parece estar desempeñando en la actualidad un papel de canon hermenéutico acerca del sentido más adecuado de los deberes de transparencia establecidos en la Directiva 93/13. De esta forma, el peso de la formación germánica de diversos Abogados Generales y magistrados del TJUE (incluido el ponente de la STJUE 21.12.2016) podría estar haciendo al Tribunal de Luxemburgo ver algunos preceptos de la Directiva con el color del cristal de una norma nacional posterior a la propia Directiva. Obvia recordar ahora el conocido influjo de la doctrina alemana en la propia redacción del artículo 4.2 de la Directiva; esa doctrina pesa ahora de nuevo en la relectura del precepto a la alemana» (cursiva del original)*<sup>79</sup>.

l) Para determinar si la cláusula causa un *desequilibrio importante* entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor (art. 3.1 Dir 93/13/CEE), «deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente»<sup>80</sup>. Y para determinar «en qué circunstancias» ese desequilibrio es contrario «a las exigencias de la buena fe», teniendo en cuenta el considerado 16 de la Dir 93/13/CEE, «el juez nacional debe comprobar [...] si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría un cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> CÁMARA LAPUENTE, *Indret* (2017) p. 14. V. *supra* [4] y [5]; en relación con ALBIEZ DHORMANN, *supra* nota 19 párrafo II.

<sup>80</sup> STJU, Sala 1.ª, 26.01.2017 (*Banco Primus*) ap. 59, v. además ap. 58 y ap. 67.

<sup>81</sup> STJU, Sala 1.ª, 26.01.2017 (*Banco Primus*) ap. 60; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (*Andriuc*) ap. 57. Considerando 16 Dir 93/13/CEE: «Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, [...] necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido de algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta».



m) «[L]a prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas [del art. 4.2 Dir 93/13/CEE] abarca únicamente las redactadas de manera clara y comprensible»<sup>82</sup>.

### 3. EL CONTROL DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO CELEBRADO CON CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y CON CONSUMIDORES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SEGÚN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

[11] Existen distintas tesis sobre *cómo* llevar a cabo dicho control, de las que paso a dar cuenta, exponiendo el pensamiento y argumentación de diferentes autores, quienes, en términos generales, cuentan con distintos trabajos en la materia (esto es, se trata de especialistas). Por lo que respecta a si el control de los elementos esenciales se *limita* a cuándo su redacción *no* es clara y comprensible (infracción del deber de transparencia por el predisponente) o procede *en todo caso*, recuérdese lo que *supra* [7] a) indiqué, además de lo que señalo en los subapartados siguientes.

#### 3.1 EL CONTROL DE TRANSPARENCIA, LA CONTRADICCIÓN CON LA BUENA FE, Y EL DESEQUILIBRIO

##### 3.1.1 Miquel González<sup>83</sup>

[12] En 2002, a «juicio» de Miquel González, «es inviable un control de contenido<sup>84</sup> referido a los elementos esenciales del con-

<sup>82</sup> STJU, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) ap. 62, y v. ap. 61; STJU, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) ap. 62; STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriuc) ap. 43, v. además ap. 41.

<sup>83</sup> Para la contratación entre empresarios y con condiciones generales: MIQUEL GONZÁLEZ, *infra* [54] [A] y nota 245.

<sup>84</sup> El control de contenido –indica MIQUEL GONZÁLEZ– «consiste en una aplicación de la Ley. Se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas. [...] no es rigurosamente exacto decir que los jueces controlan el contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas. Si la condición general se encuentra en la lista de la disposición adicional primera (LCU), es bastante claro que la sentencia no hace otra cosa que aplicar la ley igual que lo hace en otros casos subsumiendo la condición general en el supuesto de hecho de la norma y extrayendo la consecuencia jurídica: la nulidad de pleno derecho, que, como su nombre indica, existe con independencia de la sentencia. Es aplicación de la Ley sin ninguna particularidad, incluso si la prohibición legal contiene alguna posibilidad de valoración por emplear conceptos indeterminados. El procedimiento es inverso cuando se aplica la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones, pero continúa siendo aplicación de la Ley, porque la cláusula general es una disposición de la Ley. No es un control judicial, sino legal. La norma existe, aunque su determinación sea diferente cuando se halla mediante la cláusula general. Es cierto que aquí los Tribunales son protagonistas del desarrollo de soluciones

trato. El error sufrido por nuestros legisladores al no incorporar el texto del artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE] no puede tener como consecuencia una vulneración de la Directiva que en este punto no es de mínimos. El citado precepto [art. 4.2 Dir 93/13/CEE] ordena no establecer un control de los elementos esenciales. Entiendo [Miquel González] que para cumplir este mandato basta que nuestra Ley no los controle, sin que sea necesario haber transcrito *en este caso* el texto de la Directiva, porque ese mandato no otorga derechos a los consumidores, aparte de lo relativo a la claridad y comprensibilidad, que nuestra Ley también establece. El texto de la ley (artículo 10 bis) [LGDCU]<sup>85</sup> expresa en coherencia con la Directiva que el control se refiere *a los derechos y obligaciones de las partes* y no *al equilibrio de las contraprestaciones*, como se podía entender con el antiguo texto del artículo 10.1.c) de la LCU (“justo equilibrio de la [sic; las] contraprestaciones”), si bien el viejo 10.1.c).3 [LGDCU] también decía “desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes”./ Los acuerdos sobre elementos esenciales quedan excluidos del control en cuanto sean objeto de acuerdos individuales por disposición expresa de la Ley (artículos 10.1 y 10 bis [LGDCU] al exigir que no hayan sido negociados individualmente). Si constan en condiciones generales o en cláusulas predispuestas quedan excluidos de control por una interpretación integradora de la LCU con el artículo 4.2 de la Directiva corroborado con el texto de los artículos 10.1.c) y 10 bis [LGDCU] que no hablan de contraprestaciones, sino de derechos y obligaciones. Todo ello también con la ayuda del artículo 1.2 de la misma LCU que proclama el mantenimiento de los principios de la economía de

---

jurídicas nuevas, pero dentro del sistema y siguiendo las pautas valorativas que la Ley contiene. No pueden decidir caso por caso como tengan por conveniente. Deben ajustarse a los principios del sistema, a la finalidad de la cláusula general legal y operar sobre las normas existentes (interpretación, analogía, reducción teleológica) para hallar las nuevas formulaciones normativas que están implícitas en la buena fe, en el uso y en la Ley» (pp. 905-906); «[e]l control abstracto de las condiciones generales está confiado exclusivamente a los Tribunales y su intervención en él es naturalmente decisiva, pero también es aplicación de la ley» (p. 907). Todas las citas de «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002); v. desde p. 905 hasta p. 907.

<sup>85</sup> Artículo 10 bis LGDCU (versión de 1998; artículo añadido a la LGDCU por la DA 1.ª 3 LCGC): «1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley./ 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./ El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba./ El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta 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 éste dependa./ 2. [...]».

mercado de acuerdo con la Constitución» (cursiva del original)<sup>86</sup>. «No obstante, están sometidos a control de contenido las condiciones generales o cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales si no son claras y comprensibles (artículo 4.2 de la Directiva)»<sup>87</sup>. Y conforme a la Directiva 93/13/CEE, «las condiciones generales o cláusulas predispuestas relativas a los elementos esenciales del contrato [...] quedan sometidas a control de inclusión y de transparencia»<sup>88</sup>.

*Situándose en la exigencia transparencia*, Miquel González explica su función en los elementos esenciales del contrato «al tiempo de contratar»<sup>89</sup>: aquella «cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va a obtener de la otra parte, o, si se quiere, la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto. No hay control de equilibrio de las prestaciones, sino control de claridad para que le pueda ser imputado el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en el desenvolvimiento normal del contrato. Esto puede conocerlo o no, pero le es imputable su conocimiento si la condición general o la cláusula predispuesta que contiene la determinación de los elementos esenciales es transparente. La transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia. Lo que está exento de control de contenido debe someterse a un control de consentimiento, y viceversa, lo que no está sometido a controles de consentimiento suficientes debe quedar sometido a control de contenido. En cuanto a los elementos esenciales, la buena fe exige transparencia sobre lo que típicamente provoca la decisión del consumidor. No se controla el equilibrio objetivo de las prestaciones de las partes, pero sí la claridad de las mismas. Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero este no ha de consistir en un

<sup>86</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 910-911.

<sup>87</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 911; continúa: «[I]a regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales y la censura de las cláusulas sorprendentes, aunque la Ley no la recoja expresamente, pueden contribuir a eliminar condiciones predispuestas que modifiquen o alteren los elementos esenciales tal como al predisponente consta que el cliente se los representó o tal como éste tuvo razones suficientes para representárselo» (p. 911); para las cláusulas sorprendentes, v. p. 916.

<sup>88</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 912; v. hasta p. 913.

<sup>89</sup> MIQUEL GONZÁLEZ: «[I]a transparencia puede referirse al nacimiento del contrato, esto es, al tiempo de contratar, para que el cliente esté informado de las condiciones contractuales o [referirse] a la vida ulterior del contrato, para que se cumplan las obligaciones, deberes y cargas, y se ejerzan los derechos, poderes y facultades» [«Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 913].

desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente»<sup>90</sup>. Para Miquel González, «cuando se trata de la transparencia de los elementos esenciales (art. 4.2 de la Directiva) lo que está en juego no es solamente la claridad y comprensibilidad de las palabras de las cláusulas [arts. 7 LCGC y 10.1.a) LCU], sino el significado y el valor de la oferta en el mercado, porque a pesar de palabras claras la cláusula puede provocar valoraciones erróneas sobre el favor que merece una oferta comparada con otras, y viceversa, una clave incomprendible para un cliente medio, si ofrece un dato que la hace fácilmente comparable con otras utilizadas para medir el mismo producto, cumplirá su misión de facilitar la elección. [...]. Es, sobre todo, la facilidad para comparar las ofertas respecto de los elementos no sometidos a control, el valor protegido por la exigencia de transparencia. Por tanto, se trata de un requisito diferente de los de inclusión cuando afecta a los elementos esenciales»<sup>91</sup>.

Sentado lo anterior, Miquel González precisa, que «[e]l problema de las cláusulas relativas a los elementos esenciales que no son transparentes es sí están sometidas a control de contenido y en qué sentido»<sup>92</sup>. «No cualquier cláusula que se refiera a los elementos esenciales queda excluida del control de contenido. Los criterios para distinguir las cláusulas relativas a los elementos esenciales sometidas a control de las exentas del mismo, son difíciles de establecer»<sup>93</sup>. «Las reglas 2.<sup>a</sup>, apartado 2, 7.<sup>a</sup> y 22.<sup>a</sup>» DA 1.<sup>a</sup> LGDCU «se refieren al precio, por lo que es claro que la misma Ley [LGDCU] somete a control a algunas cláusulas relativas al precio»<sup>94</sup>.

Por último, y en lo que me interesa, Miquel González señala que, «[s]i nos referimos a los elementos esenciales o al equilibrio de las prestaciones, éste puede existir y al mismo tiempo también [existir] una contravención de la buena fe si se falta a la debida transparencia. Aquí no se controla el equilibrio, sino la transparencia. Se protege el interés del adherente en el cálculo exacto de los

<sup>90</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 914.

<sup>91</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 914-915.

<sup>92</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 916.

<sup>93</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) pp. 916-917.

<sup>94</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 920; en pp. 920-928, analiza la DA 1.<sup>a</sup> LGDCU identificando qué supuestos están sometidos a control, y concluye: «[h]emos visto en este apartado, sin carácter exhaustivo, qué cláusulas, referidas de alguna manera a los elementos esenciales, están sometidas al control, sin que ello signifique que en todo caso sean abusivas. Podrán serlo o no, pero no están exentas de control para acreditar su validez» (p. 928).

elementos esenciales con independencia de su equilibrio. Por consiguiente, respecto de ellos, al no estar sometidos a control de contenido, de equilibrio, adquiere suma importancia la protección del interés del cliente en la exactitud de su cálculo. El cliente tiene derecho a que no existan sorpresas, por falta de transparencia, sobre la carga económica que el contrato supone para él, por equilibrada que sea. Las condiciones generales no le pueden imponer una carga suplementaria, ni disminuir la del predisponente, si carecen de la necesaria transparencia»<sup>95</sup>.

En 2011, Miquel González reitera su tesis para el TRLGDCU<sup>96</sup>.

Según Miranda Serrano, citando en nota a pie de página a Miquel González, «[...] hay también quien ve en las cláusulas no transparentes o sorprendentes un problema de *falta de consentimiento* [...], la solución que se sigue consiste en considerar que dichas estipulaciones *no forman parte de la oferta negocial*, merced a su inclusión furtiva o camuflada por el predisponente dentro del clausulado negocial. Razón por la cual han de tenerse por *no puestas* si perjudican al consumidor. Salvo [...], cuando el predisponente demuestre que formaron parte de la oferta contractual por haber sido conocidas y comprendidas convenientemente por el adherente antes de emitir su consentimiento negocial, en cuyo caso no merecen reputarse sorprendentes o no transparentes. Se descarta así la aplicación del régimen de los vicios del consentimiento negocial en esta clase de estipulaciones. Para dejarlas sin efecto no es necesario que el adherente ejercite una acción de anulabilidad en el plazo de cuatro años que fija el Código Civil. La apreciación del carácter sorprendente o no transparente de la disposición puede realizarse *de oficio por el juez*, lo que se acomoda muy bien al carácter de *orden público* de la normativa protectora de los consu-

---

<sup>95</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002) p. 935; «la buena fe puede violarse por falta de transparencia sin necesidad de que exista desequilibrio en los elementos esenciales. El desequilibrio de éstos no se controla, solamente su transparencia. Se trata de una aplicación del principio de transparencia que rige también tratándose de elementos esenciales (artículo 4.2 de la Directiva)» (p. 931); «[n]o parece necesario especular demasiado, como en la doctrina italiana se ha hecho, sobre si son dos requisitos [contradicción con la buena fe y desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes] o uno solo. Si existe equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes no hay cuestión cuando se trata de las condiciones generales o cláusulas predisuestas controlables, sí, cuando se trata de los elementos esenciales, respecto de los que no importa su equilibrio, sino su transparencia. Es contraria a la buena fe la falta de transparencia sobre los elementos esenciales con independencia de su equilibrio, porque este equilibrio no es controlable. Respecto de los elementos esenciales se protege el interés del adherente en su transparencia por ser ellos los que típicamente determinan su elección. Que la buena fe, en el artículo 10 bis [LGDCU], está en relación con la utilización de un procedimiento contractual parece claro» (nota 110 en p. 941).

<sup>96</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) pp. 715, 719, 722-723, 724-728, 732, 733, 734, 737, 741-742, 745, 750-751; teniendo en cuenta lo que he ido exponiendo de «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU» (2002), v. además (2011) pp. 714, 718-719, 726, 729-732.

midores y usuarios, dictada en desarrollo del artículo 51 del texto constitucional» (cursivas del original)<sup>97</sup>.

### 3.1.2 Pertíñez Vílchez

[13] En 2004, Pertíñez Vílchez apunta dos posibles interpretaciones del artículo 4.2 *in fine* Dir 93/13/CEE: *una*, que la no redacción clara y comprensible de las cláusulas, que dicho artículo contempla, produce su *automática* abusividad; *la otra*, que, ante esa no redacción clara y comprensible, procede aplicar el control de abusividad, realizando la *oportuna valoración*<sup>98</sup>. Teniendo presente el tenor del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, Pertíñez Vílchez defiende la segunda interpretación<sup>99</sup> y reformula dicho artículo como sigue: «*siempre que las cláusulas relativas al objeto del contrato o al precio no sean redactadas de manera clara y comprensible, debe procederse a la valoración de su carácter abusivo*» (cursiva del original)<sup>100</sup>. *Ahora bien*, «[I]o que el intérprete debe evaluar no es si el precio es objetivamente justo o equilibrado en relación al objeto, sino si la falta de transparencia es instrumental a una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactada[s] por las partes en ese contrato concreto. Se aúnan así la transparencia y desequilibrio sustancial en un mismo juicio en el que la falta de transparencia se convierte en medio o instrumento para el abuso, consistente en la alteración de la paridad *subjetiva* de las prestaciones» (cursiva del original)<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> MIRANDA SERRANO, *Indret* (2018) pp. 38-39; en nota 149, en p. 39, MIRANDA SERRANO indica: «MIQUEL GONZÁLEZ (2017), quien apunta que, a su juicio, a las cláusulas sorprendentes o no transparentes les ocurre justo al revés de lo que le pasa a la publicidad *ex* artículo 61 TRLGDCU: que *no forman parte de la oferta*» (cursiva del original). V. *supra* nota 87 en relación con MIQUEL GONZÁLEZ.

<sup>98</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 133-134.

<sup>99</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 134-135; «el tenor literal del artículo 4.2, según el cual, la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto y a la prestación constituye sólo una condición que abre el juicio de abusividad, como se desprende de la preposición “siempre que”, que subordina la exclusión de la valoración de la abusividad a la violación del deber de transparencia»; v. también *Indret* (2017) p. 23.

<sup>100</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 135.

<sup>101</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 136; con anterioridad: «la valoración del carácter abusivo de una cláusula de contenido económico no transparente, no puede hacerse en los mismos términos que la valoración de una cláusula de contenido normativo. El intérprete no puede valorar el desequilibrio del precio y del objeto del contrato de la misma manera que evalúa el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, porque la determinación de la adecuación del precio y el objeto en una economía de mercado la fija el encuentro de la oferta y la demanda; al intérprete le falta un referente normativo objetivo conforme al cual evaluar la justicia del intercambio. El único referente del que dispone el intérprete para valorar el carácter abusivo de una cláusula de contenido económico es el contractual subjetivo: el acuerdo de las partes sobre el precio y el objeto del contrato. El desequilibrio en perjuicio del consumidor no puede sino derivar de la alteración subrepticia de la paridad de las prestaciones pactada[s] por las partes» (pp. 135-136).

Pertíñez Vílchez aplica su interpretación del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al entonces vigente artículo 10 bis 1 LGDCU (transcrito *supra* nota 85). Explica, que «[...] es posible reconstruir la regla del artículo 4.2 [...] como una hipótesis de cláusula abusiva dentro de la cláusula general del artículo 10 bis 1 [...] LGDCU, cuyo enunciado sería “*son abusivas las cláusulas relativas al precio y al objeto del contrato si por un defecto de transparencia provocan subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo de las prestaciones*”. Este enunciado cumpliría con los dos elementos del supuesto de hecho de la cláusula general: contrariedad a la buena fe y desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor. La contrariedad a la buena fe viene dada por un defecto de transparencia, que sería, como en el artículo 4.2 [...], una condición para la declaración de abusividad; si el efecto que la cláusula provoca sobre el precio o el objeto ha podido ser conocido por el consumidor sin necesidad de una ocupación intensiva, no será contraria a la buena fe, y por consiguiente queda fuera del supuesto de hecho de la cláusula general. Por lo que respecta al segundo elemento constitutivo del supuesto de hecho, el desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor, no puede ser un desequilibrio de la paridad objetiva del precio y del objeto, pues al juzgador no le está permitido en una economía de mercado controlar los precios, sino un desequilibrio de la paridad subjetiva de las prestaciones pactadas por las partes; una alteración subrepticia del equilibrio económico del contrato» (cursiva del original)<sup>102</sup>.

Con posterioridad y en diversas ocasiones, Pertíñez Vílchez reitera su tesis para la regulación del TRLGDCU. Así lo hace en 2011<sup>103</sup>, en 2013, lo que expongo algo más abajo en caja más pequeña, y en 2017<sup>104</sup>. En esta última ocasión, en la *Introducción* de su monografía *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios* (2.ª ed.) apunta: «En [...] 2004 publiqué el libro “Las

<sup>102</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 142; continúa: «De esta forma, se reconocería en nuestro ordenamiento una hipótesis de cláusula formalmente abusiva en relación a las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato en la que se requieren dos condiciones: un defecto de transparencia y un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor. La falta de transparencia no sería suficiente por sí misma para clasificar una cláusula como abusiva y el mero desequilibrio material en perjuicio del consumidor tampoco. La construcción de esta hipótesis de cláusula formalmente abusiva en nuestro ordenamiento es posible, si se tiene en cuenta la función de creación de enunciados normativos de una cláusula general como la del artículo 10 bis 1 párrafo primero» (p. 142); v. además pp. 93-102.

<sup>103</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80 TRLGDCU» (2011) pp. 706-707, con mención del artículo 60 TRLGDCU; v. pp. 697-699 para, con carácter general, los requisitos de formulación transparente, comprensibilidad, concreción, accesibilidad y legibilidad.

<sup>104</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 95-98, 113, 115; y v. la advertencia del autor en pp. 119-120, tras la *STJ* 26.01.2017 (*Banco Primus*; *supra* nota 58 para los hechos de dicha *STJ*).

cláusulas abusivas por un defecto de transparencia” [...] en el que se sostenía como tesis [...]. Aquella era por entonces sólo una teoría que para resultar exitosa requería ser acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, el esfuerzo doctrinal entonces realizado mereció la pena, pues no sólo la Jurisprudencia sobre las cláusulas suelo, sino también con anterioridad otras resoluciones judiciales acogieron los postulados de la teoría en esa obra esbozada, [...]»<sup>105</sup>. Y ciertamente, algunas de sus afirmaciones doctrinales pueden leerse en diversas SSTS<sup>106</sup>.

En 2013 y para el artículo 82 TRLGDCU, Pertíñez Vílchez expone y argumenta:

«conviene tener presente que *el artículo 82 TR-LGDCU es una cláusula general, esto es una fórmula ampliamente indeterminada en la que pueden tener cabida una múltiple fenomenología de hipótesis o de enunciados normativos que se deben ir decantando con la jurisprudencia, lo que excluye que sus dos elementos constitutivos –la contrariedad a la buena fe y el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor– sean interpretados de manera rígida*. Al contrario, estos dos elementos constitutivos del supuesto de hecho de la cláusula general han de considerarse como instrumentos que permitan al juez la formulación de las diferentes normas de decisión en las que se irá concretando la

<sup>105</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 18-19.

<sup>106</sup> V. *infra* [61] *Cuarto*; e *infra* notas 202 y 204.

VÁQUEZ MUIÑA –cuya posición expongo *infra* [16]– critica la tesis de Pertíñez Vílchez y de quienes la comparten, argumentándolo como sigue: «[...] para refutar la posición que sostiene que la vulneración del control de transparencia habilita la apertura de un control de contenido ulterior. [...] no se nos oculta que existen autores que abogan por esta posición, e incluso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la STJUE de 26 de enero de 2017 [...]. Caso Banco Primus [*supra* nota 58] sostiene esta postura, más estas líneas doctrinales y jurisprudenciales no convencen. Carece de sentido que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE excluya del control de contenido los elementos económicos del contrato, para luego, una vez vulnerado éste, aplicarlo, pues el control de contenido y el control de transparencia dan respuesta a problemáticas distintas: el control de contenido se utiliza para fiscalizar las cláusulas jurídicas y el control de transparencia se emplea para enjuiciar las cláusulas económicas. No es posible realizar un examen jurídico a elementos económicos porque se trata de cuestiones metajurídicas que en una economía de mercado deben ser remitidas a la oferta y a la demanda. [...] Se ha indicado que, en caso de considerar válida la postura que sostiene que la vulneración del control de transparencia habilita un control de contenido ulterior, este último no actuaría como un control jurídico, es decir, no estudiaría si ha habido un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, sino que examinaría si se ha producido una alteración subrepticia de las expectativas que el consumidor creía legítimamente haber pactado. Sin embargo, ello supondría reconocer un margen de actuación a dicho control que, hasta el momento, no se le ha atribuido, pues el control de fondo valora únicamente el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que provocaría una cierta desnaturalización del mismo. Además, en caso de aceptar como válido que el control de transparencia actúa como presupuesto habilitante del control de contenido, consistiendo este último en el estudio de la frustración de las legítimas expectativas del consumidor, ello conllevaría una duplicidad material de controles, pues el control de contenido volvería a estudiar lo que ya ha analizado el control de transparencia, determinando que existe un perjuicio». Todas las citas de CCJC (2017) ap. II.2, 2.1.



cláusula general, *una de cuales puede ser la abusividad de las cláusulas que por su falta de transparencia causen un perjuicio al consumidor; consistente en una alteración de la carga económica del contrato*. Así, por ejemplo, *en la fórmula “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato” debe tener cabida no sólo los supuestos de distribución asimétrica o desproporcionada de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los reales intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso de las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos*. En el supuesto objeto de análisis, *la contrariedad a la buena fe consiste en aprovecharse del desconocimiento típico de las condiciones generales por parte del consumidor para incluir las mismas, sin una preponderancia, ni advertencia especial, cláusulas que por su importancia en la decisión de contratar debieron haber sido conocidas antes de la celebración del contrato, para que pudieran decidir con pleno conocimiento de causa»* (cursiva mía)<sup>107</sup>.

### 3.1.3 Moreno García

[14] En 2015, Moreno García comparte la tesis de Pertíñez Vílchez. Ello lo indica en su crítica a la STS, 1.<sup>a</sup> P, 09.05.2013 (*infra* [25]), en el sentido de que «el Tribunal Supremo pese a considerar que las cláusulas suelo no son transparentes no conecta adecuadamente la falta de transparencia con el control de contenido. De hecho, *la argumentación de la misma [de la STS] es confusa, pues no se llega a comprender si las cláusulas suelo son nulas por ser consideradas cláusulas abusivas o si la ineficacia se deriva de la propia falta de transparencia»* (cursiva mía)<sup>108</sup>. Y a continuación la autora expone:

«En nuestra opinión [Moreno García], las cláusulas suelo han de ser consideradas cláusulas abusivas, pues del tenor literal del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se desprende que las cláusulas referidas al objeto principal del contrato pueden ser sometidas a un juicio de abusividad si no son transparentes. De esta forma, entendemos [Moreno García] que la primera tarea a realizar por el órgano judicial es la comprobación de si la cláusula supera el control de transparencia en los términos fijados en el capítulo anterior. Y si tras realizar este control de transparencia las cláusulas son consideradas no transparentes, ha de procederse a efectuar un juicio de abusividad en los términos fijados en el artículo 82 de la Ley especial [TRLGDCU], es decir, es necesario comprobar que las cláusulas reúnen los presupuestos para ser declaradas abusivas.

<sup>107</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *InDret* (2013) pp. 23-24.

<sup>108</sup> MORENO GARCÍA (2015) pp. 119-120. Más allá de ese concreto aspecto, según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «de la extensa y en ocasiones poco clara literatura de la Sentencia 9 mayo 2013 [...]» [(2017) p. 42; además *infra* nota 183 c) en relación con PERTÍÑEZ VÍLCHEZ].

En este sentido, compartimos [Moreno García] la opinión doctrinal que defiende que la falta de transparencia de los elementos esenciales del contrato entronca con el control de contenido, pues en estos supuestos la falta de transparencia ocasiona un perjuicio material para el consumidor, el cual consiste en la “alteración subrepticia” de los aspectos relacionados con los elementos esenciales del contrato; si bien, mediante este juicio de abusividad no se pretende valorar si el precio es justo o no, sino la alteración del equilibrio económico provocada por la aplicación de la cláusula. En este contexto, y conforme a la aludida doctrina, el artículo 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios ha de interpretarse como una *cláusula general* en la que pueden tener cabida distintos enunciados normativos, los cuales deberán ser apreciados por los tribunales. Así, los presupuestos exigidos por el precepto (buena fe y desequilibrio) no deben interpretarse de forma rígida, sino que son instrumentos que deben permitir al juez ir concretando los supuestos que tienen cabida en la cláusula general y, en este sentido, ha de incluirse la abusividad de las cláusulas que por un defecto de transparencia causen un perjuicio al consumidor (en este caso, por la alteración de la carga económica del contrato)<sup>109</sup>.

### 3.1.4 Cañizares Laso

[15] Igualmente en 2015, dicha autora critica la *STS, 1.<sup>a</sup>, P, 09.05.2013 (infra [25])*, en cuanto que «no se explica cuáles son las consecuencias de la falta de transparencia “sustancial” de la cláusula [suelo] incorporada. Si nos fijamos el TS en un primer momento parece considerar que la falta de transparencia sustancial de la cláusula incorporada tiene como consecuencia su sometimiento al control de su abusividad, es decir, al control de contenido que, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no estaría excluido con respecto a cláusulas referentes a elementos esenciales no transparentes. Sin embargo, el Tribunal [Supremo] declara la nulidad parcial del contrato sin declarar la abusividad por no traspasar el mencionado control de contenido y sin explicación de la razón en la que basa la nulidad, es decir la regla jurídica en la que se fundamenta la nulidad de las cláusulas suelo, salvo la falta de transparencia»<sup>110</sup>. Tras ello, Cañizares Laso señala que «[l]os elementos esenciales no están sometidos a un control de contenido pero sí a un control de inclusión y transparencia» y *la cuestión es «determinar cuál es la consecuencia de la falta de transparencia cuando esa falta afecta a un elemento esencial»* (cursiva mía)<sup>111</sup>. Y al respecto, «debemos preguntarnos si la consecuencia de que una

<sup>109</sup> MORENO GARCÍA (2015) pp. 120-121; v. hasta p. 125 (su conclusión en p. 125).

<sup>110</sup> CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) pp. 92-93.

<sup>111</sup> CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) p. 93.

cláusula que afecta a elementos esenciales no sea clara es que debe traspasar el control de contenido o si existe una ineficacia automática» («aquí quizá resida la mayor complicación»)<sup>112</sup>. Para la autora, «insistimos, la consecuencia no es la nulidad automática de la cláusula, sino la obligación de traspasar un control de contenido no previsto para el caso, precisamente, de que la cláusula sea clara y transparente. La razón no es otra que lo que está exento de control de contenido debe someterse a control de consentimiento y viceversa. Es decir los elementos esenciales, en principio están exentos de traspasar un control de contenido precisamente porque se encuentran sometidos a un especial control de consentimiento, un consentimiento material aun dentro de las normas de incorporación al contrato»<sup>113</sup>.

Más adelante, Cañizares Laso, que menciona a Pertíñez Vílchez, señala:

«Es distinto que la falta de transparencia de la cláusula, de acuerdo con el 4.3 [*sic*; 4.2] de la Directiva [93/13/CEE] suponga que dicha cláusula deba traspasar el control de contenido. Es decir no que la consecuencia sea la nulidad por ser abusiva sino que deba traspasar el control de contenido y sólo de no traspasarlo se trataría de una cláusula abusiva y por consiguiente nula. Distinto es que directamente, lo que si sucede en el derecho alemán, se considere que la consecuencia de la falta de transparencia es la declaración de la cláusula nula por abusiva porque se entienda que implica un desequilibrio entre derechos y obligaciones contrario a la buena fe. Es posible incluso que pueda tratarse de una interrelación directa entre falta de transparencia y abusividad de la cláusula de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes contrarios a la buena fe que lleva a esa conclusión de abusividad de la cláusula y por consiguiente a su nulidad. Como señala PERTÍÑEZ, recogiendo la doctrina alemana, existe entre la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y el control de contenido una conexión, puesto que la falta de transparencia de las cláusulas sobre las que el cliente funda típicamente su decisión de contratar, puede ser causa de un perjuicio para el consumidor consistente en la alteración de la onerosidad o –en términos de la STS 9 de mayo de 2013– de la carga económica del contrato» (mayúsculas del original; para el Derecho alemán *supra* [5])<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) p. 93.

<sup>113</sup> CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) pp. 93-94.

<sup>114</sup> CAÑIZARES LASO, *RDC* (2015) p. 94; continúa: «A mi juicio esta es la argumentación correcta a efectos de la declaración de abusividad de la cláusula, en este caso de la cláusula suelo. Lo que parece dudoso es la alternativa entre tener que traspasar ese control de contenido al que remite la falta de transparencia o bien entender que en determinados casos, como sería desde luego la cláusula suelo, la falta de transparencia automáticamente conduce a un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes por cuanto para el consumidor supone una alteración de la onerosidad. No obstante, esta última no parece que deba ser la solución en todo caso. Por ello no parece que se deba establecer este automatismo de anudar a la falta de transparencia la condición de cláusula abusiva, puesto que el

### 3.1.5 Vázquez Muíña

[16] En 2017, Vázquez Muíña señala que la cláusula suelo forma parte de «la categoría relativa al objeto principal del contrato», al ser «estipulación [...] inescindible del precio que el prestatario tiene que pagar en concepto de interés» (contrato oneroso) y por ello, «su fiscalización [debe realizarse] a través del control de transparencia, y no a través del control de contenido»<sup>115</sup>. Que el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE excluya «del control de contenido a las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio» se debe a que son «elementos económicos», «aspectos metajurídicos, que, en una economía de mercado, deben quedar remitidos al libre juego de la oferta y demanda. En ellos, únicamente debe incidir el Derecho para garantizar un grado suficiente de transparencia que asegure la elección eficiente de los agentes del mercado. [...], el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE posee un marcado carácter liberal desde el punto de vista [...] económico»<sup>116</sup>. Y si la cláusula suelo no supera el control de transparencia, «procederá la declaración [...] [de su] carácter abusivo [...] de una manera directa y automática, pues, como bien [se] afirma» en la *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*, «con motivo de las cláusulas suelo, la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»<sup>117</sup>. Además, Vázquez Muíña especifica que «no debe infravalorarse el perjuicio que la falta de transparencia provoca en el consumidor, con independencia del tipo de estipulación, pues al no informar el pre-disponente de un manera clara y comprensible del funcionamiento, implicaciones y trascendencia de las cláusulas en el contrato, no sólo priva al consumidor de conocer adecuadamente el producto o servicio que está contratando, sino que, como consecuencia de lo anterior, el consumidor ve mermado su capacidad para comparar las

---

control de contenido supone un análisis de la cláusula cuyo parámetro de juicio es la buena fe y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes que quizá no toda falta de transparencia provoque» (p. 95). Para la autora, «[t]ampoco consigue una fundamentación PERTÍÑEZ [...], que intenta basarse en los deberes generales de información precontractual del artículo 60 TRLGDCU que en definitiva se refiere a la obligación de informar» [nota 56 en p. 93; v. *supra* nota 41 a)].

<sup>115</sup> VÁZQUEZ MUIÑA, *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

<sup>116</sup> VÁZQUEZ MUIÑA, *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

<sup>117</sup> VÁZQUEZ MUIÑA, *CCJC* (2017) ap. II.2, 2.1.

ofertas existentes en el mercado. [...] conviene tener presente que algunas cláusulas, por muy secundarias o poco trascendentes que puedan parecernos, deben ser conocidas por el adherente, pues, de lo contrario, no solo éste desconocerá el producto o servicio que está suscribiendo, sino que no podrá compararlo adecuadamente con los ofertados por otros predisponentes en el mercado. [...] el control de transparencia se erige no sólo como el garante de la información precontractual, sino también como el protector del buen funcionamiento de la competencia»<sup>118</sup>.

La autora reitera su tesis en 2018<sup>119</sup>.

## 3.2 EL CONTROL DE INCORPORACIÓN<sup>120</sup>

### 3.2.1 Cámara Lapuente

[17] En 2015, Cámara Lapuente destaca que los artículos 4.2 y 5.1 Dir 93/13/CEE «no establecen las consecuencias jurídicas por incumplir ese deber» de redacción clara y comprensible que aquellos artículos disponen, a diferencia de lo que sucede con la consecuencia de la «no vinculación» al consumidor que el artículo 6 Dir 93/13/CEE establece para las cláusulas abusivas del artículo 3 Dir 93/13/CEE. La determinación de las consecuencias/de los remedios por la infracción de la exigencia de transparencia del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE es materia que compete a los *Estados miembros*<sup>121</sup>. Y esa no determina-

<sup>118</sup> VÁZQUEZ MUIÑA, CCJC (2017) ap. II.2, 2.1.

<sup>119</sup> VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 176-183.

<sup>120</sup> Sin perjuicio de lo que en este apartado 3.2 expongo (las tesis de Cámara Lapuente, y de González Pacanowska), *supra* [8] a) apunté cómo PÉREZ ESCOLAR señalaba que la LCGC, el TRLGDCU y la PMCC disponen la consecuencia de la no incorporación de la condición general cuando el predisponente viola el deber de transparencia.

<sup>121</sup> CÁMARA LAPUENTE: «dado que el artículo 5 de la Directiva [93/13/CEE] sólo ha aludido expresamente al remedio de la interpretación *contra proferentem*, el resto de potenciales remedios por falta de transparencia ¿es una cuestión de competencia nacional o, por el contrario, merece una interpretación autónoma de la Directiva por parte del TJUE? (p. 568); «con la Directiva en su estado actual y respetando el principio de subsidiariedad y el carácter de mínimos de la Directiva 93/13 (artículo 8), así como la delegación en los Estados miembros de que “existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas” y la limitación del remedio de la “no vinculación” (artículo 6) igualmente a las “cláusulas abusivas” ex artículo 3 –no necesariamente lo son, *a priori*, en el diseño de la Directiva, las oscuras o incomprensibles–, parece en principio más consecuente con el estado actual de la norma comunitaria defender el margen que tienen los Estados miembros para solventar esta cuestión; por mucho que el tiempo esté ya maduro, más de 20 años después de la Directiva y a la luz del desarrollo legal y jurisprudencial del principio de transparencia en otros ámbitos y de las muy dispares soluciones incluso dentro de cada Estado miembro que generan inseguridad jurídica. Pero fiar la solución de esta materia al TJUE puede ser una encomienda que acaso exceda el papel que legalmente le corresponde./ Si, por ende, corresponde a los Estados miembros diseñar los remedios dentro del Derecho contractual nacional para una materia que no llegó a armonizar la Directiva, una cuestión ulterior es decidir –y ahí ya legítimamente en el contexto del ordenamiento jurídi-

ción comunitaria de las consecuencias, por la infracción de la transparencia requerida por los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE, «ha sido denunciado[a] en la doctrina europea como una grave laguna de la Directiva<sup>122</sup> y ha dado pie a *tres interpretaciones* en las transposicio-

co propio [...]— si los remedios por falta de transparencia de las cláusulas no negociadas han de derivarse de las propias normas que regulan las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (control de “incorporación”) —como aquí se defiende—, de los remedios generales del Derecho de obligaciones y contratos (Código civil: anulabilidad por error o dolo, indemnización por daños, etc.), o bien crear un nuevo y genuino control sustantivo de transparencia (directo o mediato) ligado [al] carácter abusivo de las cláusulas que, desde luego, no estaba en el origen de la Directiva» (pp. 569-570; pero v. desde p. 564 hasta p. 574; y pp. 586, 589, 601; todas las cursivas del original y de AAMN (2015)). V. *supra* [8] nota 49 a) a propósito del DCFR.

<sup>122</sup> Para «en la doctrina europea», CÁMARA LAPUENTE se refiere a Ebers (un trabajo de 2008), a los *Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (ACQUIS GROUP)* —grupos autores del DCFR; sobre el DCFR *supra* [10] nota 49 a)— y a Armbrüster [AAMN (2015) nota 22 en p. 562]. Posteriormente, en 2017, CÁMARA LAPUENTE vuelve a referirse a esos autores (añadiendo un nuevo trabajo de Ebers de 2016) [InDret (2017) nota 14 en p. 9] e indica «[e]l propio Informe de la Comisión Europea sobre los primeros cinco años de aplicación de la Directiva reconoce que se renunció a una armonización a escala europea de las consecuencias de la infracción del deber de transparencia» [cursiva del original; InDret (2017) p. 14, y v. nota 27 en esa p. 14].

En dicho Informe [27.04.2000, COM(2000) 248 final] sobre el «El principio de transparencia y el derecho a la información» (cursiva, negrita en el original; ap. 3) se indica: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva, las cláusulas contractuales propuestas a los consumidores deberán estar redactas siempre de forma clara y comprensible. El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva./ En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando núm. 20 [*supra* nota 7]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)./ El 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./ La Comisión, en su afán por garantizar el derecho a la información precontractual del consumidor, redactó una disposición en este sentido en la propuesta modificada de Directiva de 1992 [en la nota 32 en p. 18 del Informe se indica: «El antiguo segundo apartado del artículo 5 preveía que “con independencia de su conformidad o no conformidad a derecho, las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación por separado sólo se considerarán aceptadas por el consumidor cuando éste haya tenido la posibilidad de tener conocimiento real de las mismas antes de firmar el contrato”; cursiva del original]. Aunque el Consejo suprimió posteriormente del texto cualquier alusión al derecho a la información, algunos elementos de la Directiva se prestan sin embargo a una interpretación favorable a un reconocimiento implícito del mismo [en nota 34 en p. 18 se menciona el Considerando 20 de la Dir 93/13/CEE [*supra* nota 7; v. *supra* [10] a) y b) a propósito de la jurisprudencia del TJ] y el Anexo punto i) Dir 93/13/CEE]./ La realidad, en cambio, es muy diferente: el consumidor rara vez tiene la oportunidad, aun cuando lo solicite expresamente, de recibir del profesional las condiciones contractuales que registrarán posteriormente su contrato./ La Comisión sufrió en propia carne estas reticencias en el marco de los estudios que encargó para detectar la existencia de cláusulas abusivas en determinados sectores económicos./ La situación actual revela por lo tanto una ausencia total de “competencia” en cuanto a la calidad de las cláusulas contractuales./ Por otra parte, la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse. [Esta última frase, que pongo en cursiva, la reproduce CÁMARA LAPUENTE en nota 27 en p. 14 [InDret (2017)] como apoyo de su afirmación referida al Informe, a la que aludo en el párrafo I *in fine* de esta nota 122, además de referirse el citado autor al contenido de la oportuna nota 36 del Informe]/ En efecto, el artículo 5 dispone que en tal caso deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor, permitiendo así el mantenimiento de la cláusula contractual a pesar de sus irregularidades./ Pregunta núm. 3 [...]» (pp. 18-19).

nes estatales de la norma europea [...]; [la] primera, [que] la falta de transparencia ocasiona la no incorporación de la cláusula al contrato; la cláusula no es abusiva, simplemente no se incorpora [...]. *A mi juicio, la solución más correcta técnicamente es la primera (no incorporación) [...]. No parece haber obstáculo a que los dos rasgos establecidos hasta ahora para que ese nuevo deber de transparencia (comprensibilidad real y no solo formal o gramatical, entendimiento de la carga jurídica y económica) se apliquen a todo el control de incorporación en los contratos de consumo»* (cursiva del original)<sup>123</sup>. «Además, ese control de incorporación (único, por tanto, para todo tipo de cláusulas abusivas, por más que pueda entenderse más acendrado para las que versan sobre el objeto principal) ha de atender al estándar del *consumidor medio* y no a la comprensión concreta de un adherente particular» (cursiva del original)<sup>124</sup>.

Y modo de síntesis, Cámara Lapuente indica:

*«En definitiva, se sostiene aquí que la falta de transparencia, con las modernas características desarrolladas por el TJUE y el TS, en el Derecho español y a falta de norma expresa interna y europea al respecto, tiene como consecuencia que la cláusula no supera el control de incorporación y se tiene por no puesta en el contrato; no se trata de una cláusula abusiva, por las siguientes razones:*

– El carácter abusivo directo (ni indirecto) de una tal cláusula no viene impuesto por la Directiva ni, por el momento, ha sido interpretado así por el TJUE.

– *Para alcanzar el resultado de expulsar la cláusula no transparente del contrato es más sencillo, coherente con [sic; el] diseño de los dos filtros existentes para el control de las cláusulas de adhesión y técnicamente abonado el recurso al control de incorporación. Si no supera el control de incorporación/transparencia, la cláusula no formará parte del contrato y no es preciso entrar en ulteriores evaluaciones sobre su carácter abusivo. [...].*

[...].

<sup>123</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 562-563; v. pp. 602, 605.

<sup>124</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) p. 554; «[p]artiendo del canon jurisprudencial de la “comprensibilidad real” de todas las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula, ¿debe adoptarse una *perspectiva subjetiva* (comprensión por el concreto consumidor afectado) o una *perspectiva objetiva* (comprensión por un consumidor medio a la luz de las circunstancias concretas del caso, naturaleza del contrato, contexto y circunstancias generales en el momento de contratar, etc.)? Parece que la vía subjetiva debería reservarse para el expediente del error en el consentimiento y objetivarse al máximo el control de la no incorporación o, si se prefiere, de la abusividad por falta de transparencia. Tanto el TJUE como el TS están comenzando a encauzar por la vía objetiva esta cuestión en sus fallos más recientes, pero existe el riesgo de subjetivación del canon de “comprensibilidad real” de las consecuencias jurídicas y económicas por los tribunales, cuando esa perspectiva debería quedar reservada al expediente del error-vicio en el consentimiento» [cursiva del original; *AAMN* (2015) pp. 613-614]. V. *infra* nota 208 b), en donde CÁMARA LAPUENTE describe y explica cómo ese riesgo, de que el TS pasara («tránsito», «mutación») de una *perspectiva objetiva* de la comprensibilidad real a otra *perspectiva subjetiva*, tiene lugar en la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*, acercándose mucho, casi identificándose, con el error vicio (evolución jurisprudencial).

– Optar por la sanción propia del control de incorporación permite *la ventaja de poder emplear el mismo expediente al amparo de la LCGC, si se estima oportuno, también para contratos de adhesión entre profesionales* sin conculcar el ámbito de aplicación propio del régimen de las cláusulas abusivas exclusivamente para contratos de consumo, y sin perder necesariamente el cabal argumentario de la comprensibilidad real, material y no sólo formal o gramatical de las cláusulas no negociadas, aplicable a dicho control de incorporación»<sup>125</sup>.

Cámara Lapuente añade, que «[I]a tesis que aquí se defiende, esto es, mantener la falta de transparencia dentro del control de incorporación, sin que las cláusulas con ese defecto sean consideradas abusivas, sino simplemente no puestas, no incorporadas, hasta la fecha, cuenta con pocos defensores pero podría estar abriéndose camino»<sup>126</sup>.

En 2017, el autor reitera su tesis<sup>127</sup>.

### 3.2.2 González Pacanowska

[18] En 2015, González Pacanowska señala que «[I]a infracción del deber de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible puede recibir distinto acomodo sistemático en la legislación sobre cláusulas no negociadas: como obstáculo a su *incorporación*

<sup>125</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) pp. 606-607. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ critica la tesis de que el control de transparencia se incardine en el control de incorporación: *InDret* (2016) pp. 9-11 y (2017) pp. 90-95. Para los contratos de adhesión entre profesionales *infra* [54] [A].

<sup>126</sup> CÁMARA LAPUENTE, *AAMN* (2015) p. 608; en nota 180 en p. 608, menciona a Carballo Fidalgo, Clavería Gosálvez, Barral Viñals, y Sánchez Ruiz de Valdivia, apuntando sus respetivas posiciones. Y v. *infra* nota 245 párrafo II para SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.

<sup>127</sup> CÁMARA LAPUENTE, *supra* [10] k) en caja más pequeña, e *InDret* (2017) p. 14. Y ofrece, sintéticamente, las siguientes razones: «*resultaría más abonado reconducir el control de transparencia desde la abusividad en que se ha ubicado* (en esencia, en las SSTs, plenarias todas, de 9.5.2013, –con titubeos la STS 8.9.2014–, 24.3.2015, 23.12.2015, 3.6.2016 y 14.7.2016) *al control de incorporación* que, en nuestro país (y en muchos otros Estados miembros) dispensan en concreto el artículo 80 TR-LGDCU y los artículos 5 y 7 [...] (LCGC); obran en favor de esta reconfiguración de la moderna transparencia como parte del control de incorporación diversos argumentos [...]: la falta de ligazón en la Directiva de los artículos 4.2 y 5 con el artículo 6, de manera que no es una sanción contemplada en la Directiva por falta de transparencia, sino que las sanciones específicas se relegan a los Estados miembros; la falta en nuestro sistema (y en la Directiva) de un paralelo § 307 del BGB alemán [v. *supra* [5]]; la expulsión más sencilla del contrato de la cláusula tenida por no transparente (no incorporada, más protectora, por tanto con el adherente), frente a la necesidad de ponderación de todos los criterios que han de concurrir para que una cláusula sea abusiva (artículos 82.1 y 82.3 TR-LGDCU), incluida la prueba del “desequilibrio sustancial de derechos y obligaciones” y el perjuicio; la posibilidad de abordar con un control de transparencia más o menos homogéneo los contratos en los que el adherente sean [*sic*] no sólo consumidores, sino también empresarios (al residenciarse también en los artículos 5 y 7 LCGC), etc.» [*InDret* (2017) pp. 16-17; v. también *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2016) pp. 1743, 1744-1745].

A MIRANDA SERRANO no llega a convencerle la tesis de la incorporación [*InDret* (2018) nota 177 en p. 47, con cita de otros autores; para su tesis *infra* [22]].



al contrato, como desencadenante de una *interpretación* favorable al adherente o consumidor, o como un ingrediente para apreciar el carácter *abusivo* de una cláusula» (cursiva del original)<sup>128</sup>. En cuanto al TS, la autora distingue una etapa *anterior* a la STS, 1.<sup>a</sup>, P, 09.05.2013 (*infra* [25]) y otra *posterior*, iniciada con dicha STS.

*Sobre la etapa anterior* y tras analizar un conjunto de SSTs, González Pacanowska apunta que «[e]n todos los casos citados se afirma el carácter abusivo de las cláusulas. En la mayoría de las resoluciones que acaban de citarse [...] la ausencia de información por parte del predisponente se traducía generalmente en un *desequilibrio en las posiciones de las partes* porque se encubría el indebido traslado de costes que el consumidor no debía soportar o que, en cualquier caso, no podía controlar porque no se habían especificado los conceptos a los que respondía la cantidad exigida. En otros, la vaguedad con la que la cláusula se había formulado dejaban al arbitrio del predisponente la determinación del monto económico de la operación (o su modificación) o se imponía el pago de gastos u obligaciones adicionales cuyo importe no se concreta. En otros [...] se encubría el traslado de los riesgos de operaciones financieras a los que los clientes eran ajenos, de modo que estos habrían de sufrir todas las pérdidas, sin hacerles partícipes en la misma proporción de los posibles beneficios; y el instrumento utilizado es una «comisión» incomprensible que no responde a servicios prestados.

En los casos relacionados, la falta de concreción o la oscuridad de la propia cláusula es un instrumento al servicio de un importante *desequilibrio* en contra de la buena fe. La transparencia se involucra como un factor más en el juicio sobre el carácter abusivo y es el *contenido de la estipulación* y el efecto que provoca sobre la posición de las partes lo que merece censura. El defecto advertido y que determina finalmente la nulidad *no podría salvarse* por más que se resalte formalmente la cláusula, se advierta al consumidor de los peligros que su aplicación conlleva, se garantice su reiterada lectura o la firma expresa. La sanción de nulidad persigue *impedir* lo que en el fondo merece tacha: que el predisponente pueda decidir o modificar el contenido o el alcance de las respectivas prestaciones sobre la base de criterios o datos que no se explicitan y el consumidor *a priori* desconoce; o configurar de manera *desequilibrada* el contenido de las posiciones contractuales» (cursiva del original)<sup>129</sup>.

*Para la segunda etapa* –la iniciada con la STS, 1.<sup>a</sup>, P, 09.05.2013– González Pacanowska indica que el TS considera lícita, en sí

<sup>128</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 80 TRLGDCU» (2015) p. 1070; continúa: «[e]stas opciones no se presentan en la práctica como una alternativa drástica y los tribunales acuden a los distintos resortes que el ordenamiento les proporciona para evitar la cláusula que en el caso se juzga indeseable» (p. 1070).

<sup>129</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 80 TRLGDCU» (2015) p. 1074, v. desde p. 1072; además «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) pp. 1128-1129. V. *supra* [7] a) para la autora.

misma, a la cláusula suelo: esto es, «el predisponente puede establecer a su favor *exactamente el mismo contenido y la misma ventaja si se garantiza que el consumidor lo sabe y consiente*. El problema reside en que, por la forma de presentación del clausulado, podría pasar inadvertido que el interés mínimo (“el suelo”) existe; el consumidor habría creído contratar un tipo de interés variable con la expectativa de “abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés” y el suelo “frustra sus expectativas”, como dice la STS 9 de mayo de 2013 (§ 264). Pero el interés mínimo que el predisponente establece no es indeterminado ni se ha dejado a su arbitrio. Desde esta perspectiva, la *sustancia de la cláusula* no merece, al parecer, reproche./ [...] cuando el núcleo del problema se residencia en la falta de *conocimiento* de una ventaja del predisponente que en sí misma no se rechaza, se dejan sin explicitar las posibles razones de *fondo* que podrían militar en su contra y que, acaso, el tribunal también pondera. Razones que, quizá, tengan que ver con la introducción de límites en contratos con un margen de aleatoriedad o variabilidad; límites que pueden ser razonables (a la vista del resto de las cláusulas del contrato) o *pueden ser abusivos* cuando el riesgo se hace recaer, exclusivamente, sobre el adherente, en contra de la buena fe./ En estos casos –y a diferencia de aquellos en los que la falta de concreción provoca un desequilibrio de fondo– cabría pensar que el problema debería solventarse mediante la aplicación de las reglas generales del Derecho contractual y la disciplina de los vicios de la voluntad, como se apunta por algunos autores [al respecto, *infra* [19] y [20]]. Nada impide, entiendo [González Pacanowska], acudir como otra posible vía a la tutela que proporcionan las normas de la LCGC y del TRLGDCU. Pero, allí donde la cláusula no merece reproche de fondo, la sanción no debiera ser la abusividad por no haber destacado o comunicado una ventaja que en sí misma se considera *lícita y admisible al amparo de la autonomía de la voluntad*. Sin perjuicio de la tutela que puedan proporcionar las reglas de interpretación [...], nuestro legislador sanciona la falta de transparencia con la *no incorporación* [artículo 7.b) LCGC]» (cursiva del original)<sup>130</sup>.

<sup>130</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 80 TRLGDCU» (2015) pp. 1074-1075; continúa: «[r]esulta llamativo que el Supremo considere que la presentación de las cláusulas “suelo” cumple lo que denomina la transparencia “formal”, que estaría en los artículos 5 y 7 LCGC, pero no la “superior” o sustancial, basada en el artículo 80.1 TRLGDCU. A la postre, el defecto observado, según el propio TS, se subsana con la suma de *más formalidades* para que el consumidor sea consciente de la existencia y los efectos del suelo; pero sin rechazar que el predisponente disponga de la *misma ventaja* que la cláusula inicialmente le reportaba» (cursiva del original; p. 1075); y de inmediato, la autora compara la tutela de la no incorporación de la cláusula no transparente con la del error vicio (el cual exige ser esencial y excusable, y conlleva la nulidad del contrato): «[r]ecordemos que los defectos de información en algunos sectores –como el bancario y el financiero, plagado de

González Pacanocuska se había ocupado de la transparencia en las condiciones generales, en 1999.

En aquel entonces, tras señalar que «[l]a norma contenida en el artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE] no ha encontrado reflejo en la LCGC ni en la LGDCU» y que «[e]l Proyecto presentado a las Cortes sí contenía una disposición igual a la del artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE]» (*supra* [6] y nota 22), González Pacanowska indica que «[n]o puede decirse que si se suprimió fue por una decisión que conscientemente estimó ser suficientes las normas de incorporación. Pero probablemente los instrumentos que ofrecen los artículos 5.4 y 7 b) LCGC y artículo 10.1 a) LGDCU hacen innecesario recurrir a un supuesto de cláusula abusiva por falta de transparencia, toda vez que una condición general que vulnere los postulados de claridad, concreción y sencillez se podrá considerar no incorporada a tenor del artículo 7 b) LCGC. Con lo que se consigue un resultado similar, que puede alcanzarse no sólo en contratos con consumidores, sino también entre profesionales; y, además, no se encuentra sustraído al ejercicio de una acción colectiva, como parece deducirse de nuestra Ley [...]. Esta conclusión implica que la sanción de no incorporación puede aplicarse no sólo en aquellos casos en los que la cláusula no puede ser conocida ni comprendida en absoluto, sino también en los casos de indeterminación, falta de concreción, incertidumbre, que se traducen en una incompleta o falsa representación del contenido contractual»<sup>131</sup>.

operaciones lícitas, pero incomprensibles para el cliente medio— han cursado en algunos ámbitos por la vía de los vicios del consentimiento, cuya concurrencia exige la *excusabilidad* del concreto afectado. En caso de apreciarse error excusable, se estima la pretensión de nulidad del contrato. El posible recurso a la teoría de los vicios de la voluntad convive con los instrumentos de tutela derivadas de las normas sobre condiciones generales y cláusulas no negociadas que sancionan con la *no incorporación* a las cláusulas cuyo desconocimiento no es imputable al consumidor y obran en su perjuicio, manteniéndose, en principio, el resto del contrato; consecuencia esta que, en muchos casos, conviene al interés de aquél. Y acaso esta segunda vía sea la adecuada cuando el desconocimiento no reviste la *esencialidad* precisa para provocar la anulación de todo el contrato, sino para operar sobre alguna de sus cláusulas o sobre sus efectos» (pp. 1075-1076). V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 82 TRLGDCU» (2015) p. 1144. Sobre las diferencias entre abusividad por falta de transparencia y error vicio, *infra* [45] y nota 222.

<sup>131</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 7 LCGC» núm. 28 pp. 250-251; «[d]e modo que las oscuridades derivadas de la inconcreción, indeterminación o ambigüedad de las condiciones generales pueden dar lugar a distintas consecuencias jurídicas [...]. Si la cláusula es susceptible de varios sentidos, el adherente podrá siempre y sin duda impetrar la aplicación de la tradicional regla de interpretación reflejada en el artículo 6.2. Más la Ley [LCGC] proporciona además otra posible solución: la no incorporación, que debe ser tenida en cuenta en aquellos casos en los que acaso pueda estimarse que existe un *disenso* respecto del contenido de la condición general. En este sentido, la no incorporación es un instrumento más en manos del juzgador, que concurre con otros destinados a solventar las disfunciones que produce el empleo de condiciones generales. Permite encontrar un claro apoyo positivo para desterrar aquellas cláusulas que acaso no vulneran la ley, la moral o el orden público, ni, en su caso, los parámetros establecidos en el artículo 10 bis LGDCU, más su redacción no proporciona el grado de información que el legislador pretende al exigir “claridad, concreción y sencillez”; impiden el conocimiento real de la oferta en aquellos aspectos que deben estimarse relevantes para el adherente, le imponen deberes o privan de derechos con los que podía razonablemente contar a la vista de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato y la finalidad de éste o provocan en general incertidumbre acerca del contenido contractual.

### 3.3 EL CONTROL DEL CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR (EL DOLO INCIDENTAL DEL EMPRESARIO)

#### 3.3.1 Alfaro Águila-Real

[19] El 23.03.2017, Alfaro Águila-Real recuerda que «[h]ace ya algunos años» dijo, «que la cuestión más relevante del Derecho de las condiciones generales que no había quedado completamente resuelta era la del régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato»<sup>132</sup>, y

Acaso no es sólo un problema de graduación de la oscuridad, sino del elemento contractual al que la falta de claridad se refiere y su trascendencia en orden a la libre y consciente elección entre las opciones del mercado y la protección de las legítimas expectativas en el momento de la ejecución del contrato, buscando la solución que pueda favorecer a la parte que no ha influido sobre el contenido contractual, habida cuenta del “reparto de riesgos” realizado por el legislador» [núm. 34 pp. 254-255]; en general v. núms. 18-35 pp. 246-255, núms. 6-8 pp. 239-241, y además, para la transparencia, «Artículo 5 LCGC» (1999) núms. 77-89, pp. 185-192. Criticó la tesis de Gonzáles Pacanowska, PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2004) p. 141.

<sup>132</sup> En 2002, ALFARO ÁGUILA-REAL indicaba que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato no eran condiciones generales por no cumplir la imposición requerida por el artículo 1.1 LCGC (según el autor, no hay imposición, si hay una alternativa razonable para renunciar a contratar con el empresario) y que sobre los elementos esenciales del contrato debe haber un acuerdo individual entre empresario y cliente para que el contrato sea válido (art. 1261 CC); decía: «Más complicado resulta argumentar que las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales del contrato *no son condiciones generales ni condiciones no negociadas individualmente en sentido legal*. El principal argumento en favor de esta afirmación es que *a las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales del contrato les falta uno de los requisitos necesarios para considerarlas legalmente como condiciones generales* [...], esto es, el requisito de que se trate de cláusulas impuestas. [...], no puede afirmarse que los empresarios imponen a los clientes el precio o la prestación por el hecho de que lo presenten sobre la base de “lo toma o lo deja”, precisamente porque el cliente no se ve afectado en su libertad contractual por tal forma de contratar. Para él es una alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar si considera que el precio del viaje es muy caro (en comparación con la correspondiente cláusula predispuesta de otro empresario) [...], parece una interpretación razonable del requisito de la imposición del artículo 1 de la Ley [LCGC] la que lleva a considerar como cláusulas no impuestas las que se refieren a los elementos esenciales. Nuestro planteamiento pasa por afirmar que *sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual entre el empresario y el cliente porque, en otro caso, no estaríamos ante un contrato válido en el sentido del artículo 1261 CC porque no habría concurrido el consentimiento de ambas partes sobre el objeto y la causa del mismo*» [pp. 132-133; v. *infra* [25] a) y b) y nota 172]. ALFARO ÁGUILA-REAL aclaraba, «que no cualquier cláusula que se refiera o afecte a los elementos esenciales deja de ser, por ello, una condición general. Sólo dejan de ser condiciones generales las cláusulas que *regulen* los elementos esenciales» (p. 133, v. hasta p. 135).

Además, ALFARO ÁGUILA-REAL planteaba si, a efectos prácticos y no sometiéndose los elementos esenciales del contrato al control de contenido, estos deberían someterse al control de inclusión y al de interpretación (recuerda el art. 4.2 Dir 93/13/CEE) y opinaba que era más coherente sistemáticamente someterlos a las reglas generales del Derecho de contratos; decía: «Cabe argumentar [...] a efectos prácticos, y aunque no se sometan estas cláusulas que regulan los elementos esenciales al control de contenido, sí que deben someterse al control de incorporación e interpretación. Esta conclusión se fundaría en la finalidad protectora de la legislación de condiciones generales: para ase-

«a estas alturas, seguimos sin saber a ciencia cierta, *cuál es el régimen jurídico aplicable a las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato*» (cursiva, negrita en el original)<sup>133</sup>. En su opinión, «*el control de las cláusulas predispuestas referidas al objeto del contrato es un control del consentimiento del adherente*» (cursiva, negrita en el original; transparencia material)<sup>134</sup>. Para las cláusulas suelo, Alfaro Águila-Real señala que «[s]u validez depende de que su contenido –un límite mínimo a los intereses pagaderos en un crédito a interés variable– se corresponda con las expectativas del consumidor que contrató el préstamo, un préstamo a interés variable. ¿Cuáles son éstas? Que el tipo de interés del préstamo varía con la variación del tipo de referencia –el euríbor– en principio, sin límite. Ergo, una cláusula-suelo no se corresponde con las expectativas del consumidor que contrata un préstamo a interés variable. Por tanto, para que “valga” semejante pacto, es necesario que haya sido consentido

---

gurar la transparencia de las descripciones de la prestación y del precio, resultaría conveniente someter las cláusulas predispuestas que regulan los elementos esenciales a las normas del Derecho de las condiciones generales relativas a la inclusión e interpretación de los artículos 2, 5, 6 y 7 de la Ley [LCGC] y que, a tal efecto, calificarlas como condiciones generales permite afirmar la aplicación de dichos preceptos. Tal interpretación tiene a su favor [...] el texto de la Directiva cuando, tras excluir del control de contenido las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato, señala que tal exclusión debe aplicarse “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”./ A nuestro juicio [...] la aplicación de estas reglas no aumenta la protección del cliente y resulta más coherente sistemáticamente someter dichos acuerdos –predispuestos o no– a las reglas generales del Derecho de contratos. En Derecho español, la aplicación de las reglas generales sobre la formación, interpretación, integración y nulidad parcial de los contratos garantiza de forma suficiente la transparencia de las descripciones de la prestación y del precio sin necesidad de recurrir al Derecho de las condiciones generales. En otros términos: para asegurar la responsabilidad del empresario por la formulación de los elementos esenciales del contrato bastan las reglas generales» (p. 136, v. hasta p. 138). ALFARO ÁGUILA-REAL entendía que su «interpretación [...] no es contraria a la Directiva [93/13/CEE]. Podría argumentarse que [...] las cláusulas referidas a los elementos esenciales quedan sometidas a la Directiva pero no al control de contenido. Pero tal argumentación no es definitiva. Lo que la Directiva pretende con los requisitos de inclusión e interpretación (artículo 5 Directiva) se logra perfectamente en Derecho español aplicando las reglas generales del Derecho de los contratos, en particular, el artículo 1261 ss. y el artículo 1288 CC» (p. 138; en nota 110 en p. 138: «Incluso después de la STJCE 10-5-2001, *Asunto C-144/99* [...] [*supra*] [6] y nota 24 para dicha STJ]. En definitiva, aquí no se niega que la Directiva no haya querido obligar a los Estados a garantizar la formulación transparente de las cláusulas predispuestas referidas a los elementos esenciales del contrato lo que se dice es que las normas nacionales con tal objetivo son normas generales del derecho de obligaciones y contratos»). Todas las cursivas del original y todas las citas de «Artículo 1 LCGC» (2002) y v. además las pp. 129-132. V. *infra* nota 172 en relación con ALFARO ÁGUILA-REAL.

<sup>133</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) pp. 1-2.

<sup>134</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 3; «la fuente de su validez [de las cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente que describen el objeto principal del contrato] se encuentra en que hayan sido consentidas por el consumidor en sentido estricto, esto es, su coherencia o consistencia con las expectativas del consumidor a la luz de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato» (p. 4); «las primeras [cláusulas predispuestas y no negociadas individualmente que describen el objeto principal del contrato] “valen” porque han sido consentidas» (p. 6).

por el consumidor. Bien porque se “regateara” al respecto (hubiera una negociación particular al contratar), bien [...] porque el banco la incluyera en una cláusula predispuesta pero pueda probar que el consumidor conocía su existencia y alcance, de modo que tomó su decisión de contratar por considerar que la cláusula-suelo le convenía»<sup>135</sup>. Alfaro Águila-Real considera que «*el régimen jurídico de las cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato no se encuentra ni en la Directiva [93/13/CEE] ni en la Ley de Consumidores*» (cursiva, negrita en el original)<sup>136</sup>.

El autor argumenta que su tesis (control del consentimiento del consumidor, dolo incidental del empresario, que más adelante expongo) es compatible con la Dir 93/13/CEE, pues «según ha estudiado en detalle Cámara, el legislador europeo dejó la cuestión del tipo de ineficacia de las cláusulas predispuestas en mano de los derechos nacionales»<sup>137</sup>; que «no deja de ser llamativo» que los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE empleen los mismos términos de redacción clara y comprensible, lo que «indica que el legislador europeo no pretendía regular, en el *in fine* del artículo 4.2 una cuestión tan compleja como las consecuencias de la falta de transparencia» y, «[s]i hubiera querido hacerlo, habría dado indicaciones, bien en los Considerandos, bien en el articulado [de la Directiva], de dichas consecuencias de la falta de transparencia»; lo anterior se confirma en que el TJ, pese a la identidad en la redacción, ha interpretado distintamente los artículos 4.2 y 5 Dir 93/13/CEE, siendo la transparencia del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE «mucho más intensa que la que se requiere para aplicar el artículo 5 y, lo que es más importante, que las consecuencias jurídicas son distintas. Distintas porque [...] el artículo 4.2 se refiere al control del consentimiento y el artículo 5 se enmarca en la lógica del control de contenido»<sup>138</sup>.

Para el Derecho español, Alfaro Águila-Real indica, que «el hecho de que una de las partes describa el objeto principal del contrato mediante una condición general no es irrelevante», pues «justifica que el legislador “derogue” la regla general –basada en el principio de autorresponsabilidad– aplicable a los contratos cuyas cláusulas son producto de la negociación individual con influencia de ambas partes en su redacción y que se formula afirmando que “el que firma, se vincula”. Es decir, justifica que el legislador *no presuma que el consumidor la aceptó por el mero hecho de que figuren en el documento contractual aceptado por el*

<sup>135</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 5.

<sup>136</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 6.

<sup>137</sup> Sobre cómo lo argumenta CÁMARA LAPUENTE, *supra* [17].

<sup>138</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 13, v. desde p. 12.

consumidor»<sup>139</sup>. «En relación con el objeto principal del contrato, el consumidor tiene derecho a esperar de la buena fe objetiva del empresario que el formulario *no contendrá ninguna cláusula que modifique las expectativas que, razonablemente, se ha podido hacer sobre el objeto de su contrato*, expectativas que resultan de las circunstancias que rodean la celebración del contrato y del mercado en el que dicho contrato se celebra (publicidad, tratos previos, ofertas comparables de otros empresarios, objeto usual de ese tipo de contratos etc.)/ [...] El empresario ha de incluir la cláusula en el contrato para que valga. Pero incluirla es condición necesaria pero no suficiente de su validez. Su función es probatoria. Facilita al predisponente probar que formaba parte del contrato. Pero, para que sea válida, es necesario que sea coherente con las expectativas del consumidor *típico*. Si no lo es, el empresario habrá de probar que fue consentida por el consumidor *concreto* que celebró el contrato»<sup>140</sup>. «Al exigir que las cláusulas que describen el objeto principal del contrato sean “transparentes” en sentido material sólo estamos averiguando *si se puede o no decir que fueron consentidas por el consumidor*»<sup>141</sup> y dicho análisis «permite averiguar cuál es el régimen jurídico aplicable al control de transparencia material» (que no es el control de contenido aplicable a las cláusulas accesorias)<sup>142</sup>. «[L]a consecuencia de la intransparencia material [...] si el empresario introduce en su formulario una cláusula en la que describe el objeto principal del contrato de forma diferente a la descripción del objeto del contrato que el consumidor tenía derecho a esperar, bien puede decirse que *el empresario ha empleado “maquinaciones insidiosas” (artículo 1269 CC) para mover al consumidor a contratar en condiciones distintas de las que el consumidor creía o podía creer que estaba contratando*»<sup>143</sup>. Ahora bien, «la «maquinación insidiosa» (ocultar en el bosque de condiciones generales el “árbol” que alteraba las expectativas del consumidor respecto del objeto principal del contrato) no fue *causal* de la decisión del consumidor de contratar. Fue solo *incidental* (artículo 1270 CC). El consumidor quería contratar pero no en la condición introducida de forma intransparente por el predisponente en el objeto principal del contrato»; «como

<sup>139</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 6; «[e]l principio de autorresponsabilidad que está detrás de esa regla no puede encontrar aplicación porque no es exigible la conducta por parte del consumidor en la que la regla está basada: que los contratos se lean de la cruz a la seña y que solo se firman si se está de acuerdo con todo su contenido» (p. 7).

<sup>140</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 7.

<sup>141</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 8.

<sup>142</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 8.

<sup>143</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) p. 8.

ha propuesto Pantaleón, *la mejor manera de proteger al consumidor pasa por aplicar las normas sobre el dolo incidental* que, como dice el artículo 1270 II CC, da derecho al consumidor a *reajustar el contrato* para que su contenido efectivo se adapte a las expectativas del consumidor, expectativas formadas a la vista de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato. Por regla general, bastará con eliminar la cláusula intransparente [...] [p]ero, en muchas ocasiones [...] pasará por suprimir facultades del empresario o atribuir nuevos derechos al consumidor»<sup>144</sup>. (Todas las cursivas, negritas en el original).

### 3.3.2 Pantaleón Prieto

[20] Efectivamente, como indicaba Alfaro Águila-Real (*supra* [19]), Pantaleón Prieto había defendido (12.03.2017) la aplicación del dolo incidental (art. 1270.II CC) para proteger al consumidor en relación con las cláusulas predisuestas e impuestas por el empresario en cuanto a los elementos esenciales del contrato. Según Pantaleón Prieto, la falta de transparencia (material), de dichas cláusulas, «es una cuestión de consentimiento viciado del consumidor, en un ámbito en el que puede jugar justa y eficientemente y, por lo tanto, *debe jugar la autonomía privada* (las reglas de los artículos 1091 y 1255 CC): el legislador quiere que el consumidor lea y comprenda bien el significado de las referidas cláusulas»<sup>145</sup>. Esa falta de transparencia material «*es un supuesto de dolo del empresario*» (art. 1269 CC), siendo «opinión general en la doctrina que, cuando se haya producido el dolo grave» del artículo 1270.I CC, que justifica la anulabilidad del contrato, «la parte que sufrió la maquinación insidiosa de la otra parte puede optar, si prefiere mantener la vigencia del contrato, por el remedio» indemnizatorio del artículo 1270.II CC, que supone situar al que sufrió el dolo «*en la situación en la que, manteniendo vigente el contrato, [...] se habría encontrado si la maquinación insidiosa no hubiera existido*», sea ello *in natura* o por equivalente pecunia-

<sup>144</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho* (21.03.2017) pp. 8-9; sobre la dificultad de distinguir el dolo causal del solo dolo incidental, precisa que «no se plantean en el caso de cláusulas predisuestas», pues «[e]l legislador las ha resuelto al señalar que se mantenga el contrato por regla general como consecuencia jurídica» (p. 16); y sobre el daño indemnizable, «consiste en la diferencia “entre las cláusulas pactadas y las que se hubiesen pactado si no hubiese mediado el dolo. Se opta por la conservación del negocio pero eliminando esa ventaja indebidamente adquirida” (Germán Bercovitz)» (p. 16). V. las consideraciones de MIRANDA SERRANO sobre la tesis del dolo incidental, *infra* nota 147 párrafo II.

<sup>145</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017).



rio<sup>146</sup>. «En bastantes ocasiones, esa indemnización *in natura* se conseguirá, simplemente, teniendo por no puesta la cláusula no transparente: es, por ejemplo, el caso de las cláusulas-suelo no transparentes. Pero, en otras ocasiones, exigirá un reajuste o readaptación del contrato: de la prestación, de la contraprestación o de la relación entre una y otra»<sup>147</sup>. (Todas las cursivas, negritas en el original).

Además, Pantaleón Prieto entiende que «no hay base para afirmar» que sus tesis contradicen al artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, «[d]iga lo que diga el TJUE (caso de que sepa realmente lo que dice al respecto)», pues «dicho artículo no se pronuncia en modo alguno sobre la consecuencia jurídica de la falta de transparencia: no impone que sea, necesariamente, la establecida en el artículo 6 [Dir 93/13/CEE] para las condiciones generales abusivas. Y no se nos alcanza razón alguna para que el Derecho español deba tratar jurídicamente la falta de transparencia sobre los elementos esenciales en los contratos entre empresarios y consumidores de forma radicalmente diferente a como trata cualquier manipulación insidiosa de un contratante que induce a otro a celebrar un contrato

<sup>146</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017).

<sup>147</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017). Considera, para las cláusulas predisuestas e impuestas sobre los elementos esenciales del contrato no transparentes (materialmente), que es solución «a todas luces inadecuada» la nulidad de pleno derecho «con las características de apreciación de oficio, imposibilidad de confirmación e inexistencia de plazo de caducidad»; también, que «sería inadecuado que el consumidor no tuviera más remedio disponible que la anulación del contrato en su totalidad», y «afortunadamente, con la regulación de los vicios del consentimiento en el Código Civil español [...], no hay por qué llegar a esa conclusión». A continuación, PANTALEÓN PRIETO desarrolla la tesis que he expuesto en el cuerpo del texto sobre el dolo incidental.

MIRANDA SERRANO considera «especialmente atinada» la tesis «que reconduce el problema a un supuesto de *dolo incidental*» (Alfaro Águila-Real, *supra* [19]; Pantaleón Prieto en este [20]), pues, las definiciones jurídicas del dolo y del dolo incidental «aceptadas por nuestra comunidad se ajustan bastante bien al perfil de las cláusulas no transparentes o sorprendentes. [...], lo que a través de estas estipulaciones consiguen los predisponentes no es otra cosa que hacer que los adherentes contraten en unas condiciones económicas más gravosas para ellos que aquellas en las que creían haber contratado», y porque «los remedios para luchar contras las cláusulas sorprendentes o no transparentes a los que se llega desde la tesis del dolo incidental son más atinados que aquellos a los que conduce la configuración de dichas cláusulas como supuestos de error, dados los obstáculos existentes en nuestro Derecho para admitir la anulabilidad parcial como remedio frente a un error también parcial. [...]» (pp. 39-40). Y si bien «[l]a crítica más relevante que podría hacerse a la tesis del dolo incidental es que *no permite la apreciación de oficio por el juez*», «no es [crítica] insalvable ni decisiva»: si cuando hay «un verdadero vicio del consentimiento», el contrato «sólo puede ser atacado [...] mediante el ejercicio de una acción procesal a instancia de parte», «no parece censurable reconducir el problema de las cláusulas sorprendentes o no transparentes a un caso de dolo incidental y [...] privar al juez que conozca del asunto de la facultad de declarar de oficio el carácter sorprendente o no transparente de una estipulación» [p. 40; todas las citas de *InDret* (2018); todas las cursivas del original]. Expongo la tesis de MIRANDA SERRANO, *infra* [22].

que, sin ella, no hubiera hecho»<sup>148</sup>. (Todas las cursivas del original).

### 3.4 EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES

#### 3.4.1 Agüero Ortiz

[21] En 2017, Agüero Ortiz manifiesta que en la *S, I.ª, P, 09.03.2017 (infra [37]-[38])*, el TS había reconducido su control de transparencia de la cláusula suelo en contratos con consumidores «al error en el consentimiento parcial relativo a alguna de las condiciones<sup>149</sup> [que] debió haber sido siempre el criterio a seguir. Es el antiguo problema de las “cláusulas sorprendentes” cuya resolución se produce mediante el error vicio esencial-parcial. De conformidad con ello, podrán impugnarse por error en el consentimiento esencial pero parcial de cláusulas que, habiendo superado el control de inclusión del artículo 5 LCGC y artículo 80.1 TRLGDCU [...], regulen elementos esenciales del contrato (en el sentido del art. 4.2 de la Directiva) para el caso de que modifiquen sorpresivamente dichos elementos contractuales esenciales en relación con los términos en que los contratantes se los representaron, confiando en que no serían después alterados de forma subrepticia. [...] este era precisamente el defecto de que adolecían las cláusulas suelo en tanto que cláusulas incluidas en el contrato “de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, [que] provoca una alteración subrepticia del precio del crédito (STS de 9 de mayo 2013 [...])”. Así pues, siendo el error parcial (relativo a una cláusula sorprendente específica) cabrá la declaración de nulidad de la cláusula concreta sin que sea necesaria una evaluación específica respecto a si el consumidor habría deseado contratar o no de no haber existido error sobre tal cláusula»<sup>150</sup>. (Cfr. con la tesis de Pagador López, *infra* [61] *Noveno*, en caja más pequeña).

<sup>148</sup> PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho* (12.03.2017). Cfr. CÁMARA LAPUEN-TE *supra* [17] en lo que se refiere a que la Dir 93/13/CEE no dispuso específicamente una sanción para la infracción de la transparencia exigida por el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE.

<sup>149</sup> AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) ap. V. V. además notas 203, 205 y 208 a).

<sup>150</sup> AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) ap. V. La autora considera que la razón de que el TS no utilizara el remedio de las cláusulas sorprendentes en la *STS, I.ª, P, 09.05.2013 (infra [25])* fue que se ejercitó una acción colectiva y en ella «no hay [un] estudio de casos ni circunstancias, allí no podía incidir en lo más mínimo si el consumidor adherido era abogado, si consultó el proyecto de préstamo con el notario días antes, etc. pues este tipo de prueba no tiene lugar en los procesos colectivos interpuestos en el interés difuso de los consumidores. En otras palabras, no cabe acción colectiva sobre el error en el consentimiento, ésta [la acción colectiva] debe derivar de la normativa de consumo. Por consi-

### 3.4.2 Miranda Serrano

[22] En 2018 y tras apuntar que la «incorporación [del control de transparencia] ha sido obra de la jurisprudencia», Miranda Serrano afirma que, «en rigor», el origen del control de transparencia «es posible residenciarlo en la *regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes*<sup>151</sup> que, pese a no contar con una formulación legal en nuestro Derecho, sí ha sido abordada por la doctrina estudiosa de la contratación estandarizada» (cursiva del original)<sup>152</sup>. Considera, que «cabría afirmar que a través de ese

guiente, este control que debió ser de excusabilidad del error, se hizo depender de la normativa de consumo [...] para poder entrar a conocer la demanda colectiva» [CCJC (2017) ap. V]. Más allá, v. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 213-214 (considera que ni el error, ni el dolo, son instrumentos adecuados para la *regla de las cláusulas sorprendentes*, además de que dan lugar a la nulidad total del contrato).

<sup>151</sup> No siendo textos de Derecho positivo tratan de las cláusulas sorprendentes:

a) El artículo 430-3.2 del *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* (30.05.2014): «Carece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente».

b) El artículo 1261.3.1) PMCC, transcrito *supra* [8] a). CARBALLO FIDALGO: «La regla de la expulsión de las cláusulas sorprendentes o insólitas [del art. 1261.3.1) PMCC] es una novedad en la legislación española que ha de ser bien recibida, aun cuando sería deseable que la norma aportase criterios para valorar el carácter inesperado de la cláusula (contenido de la publicidad y oferta contractual, tratos previos, configuración y presentación externa del documento contractual, acuerdos individuales alcanzados que resultan desvirtuados por la cláusula insólita...)» [(2013) pp. 52-53; la autora se ocupa de las cláusulas sorprendentes para el Derecho español en pp. 111-114].

c) El artículo 525-6.5 PCCAPDC (Incorporación al contrato): «No pueden invocarse por el predisponente las cláusulas que resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pueda razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado».

V. MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) pp. 59-63.

<sup>152</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 11; continúa: «sobre todo, al analizar las previsiones de otros ordenamientos –como el alemán– que sí cuentan con una regla de esta naturaleza» (p. 11). Recuerda que el artículo 5.c) del *Proyecto de LCGC* recogió la prohibición de las cláusulas sorprendentes para los contratos con consumidores, y entre empresarios, suprimiéndose en la tramitación parlamentaria «deliberadamente [...] con una argumentación nada convincente». Sin embargo, «algunos indicios permiten entender que este control tiene acogida de forma implícita en nuestro Derecho», como la interpretación del TS de la prohibición de cláusulas abusivas del artículo 3 LCS en el sentido de que «abarca no sólo las cláusulas abusivas sino también las sorprendentes, que desnaturalizan los contratos de seguro en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables de los tomadores o asegurados», y el artículo 61 TRLGDCU (principio de integración publicitaria en el contrato) que «protege las expectativas legítimas y razonables suscitadas en el ánimo de los consumidores por la publicidad y las actividades promotoras de la contratación, aun en los casos en que las condiciones generales por las que se rigen los contratos celebrados dispongan otra cosa diferente». Ahora bien, lo anterior «no dejan de ser nada más que indicios. [...]». En rigor, la formulación del control de transparencia [...] ha sido obra de la labor judicial que, con el auxilio de la doctrina, lo ha definido en los términos expuestos más arriba» (pp. 42-44; para su interpretación del art. 61 TRLGDCU, pp. 40-42; además, «dado que, en rigor, el art. 61 TRLGDCU es un desarrollo normativo –para el ámbito específico de las relaciones de consumo– del artículo 1258 CC, no parece desacertado ubicar el fundamento último de la ilicitud de las cláusulas sorprendentes o no transparentes en el *principio de la buena fe*

control [de transparencia] lo que se persigue no es básicamente sino evitar que en los clausulados predispuestos los predisponentes hagan uso de las llamadas *cláusulas sorprendentes*, también denominadas *insólitas*, *inesperadas*, *furtivas* o *sorpresivas* —esto es, las *überraschende Klauseln* del Derecho alemán— (cursiva del original)<sup>153</sup>. Y sobre la base de dos ideas, «auténticas premisas, necesarias para comprender bien el alcance y la función de la

---

*en sentido objetivo* (ex artículo 1258 CC), y en la regla de *no defraudar la confianza y las expectativas que objetivamente se han suscitado en el otro contratante*, que encuentra protección en dicho principio: artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU», pp. 41-42; para los contratos entre empresarios y la regla de la prohibición de las cláusulas sorprendentes con base en la buena fe objetiva, artículos 1258 CC y 57 CCO, pp. 52-56, pero v. además hasta p. 58 para la «regla de la prevalencia de las condiciones generales sobre las particulares»). Todas las cursivas del original.

MIRANDA SERRANO es «favorable a la introducción por el legislador en nuestro ordenamiento de una norma que establezca el control de transparencia en sentido material o sustantivo. En un ordenamiento como el nuestro, en el que sobran demasiadas normas [...], faltan algunas sobre asuntos relevantes. Y, sin lugar a dudas, la prohibición de las cláusulas no transparentes relativas al objeto principal o parte económica del contrato nos parece una materia importante necesitada de regulación. / A la hora de concretar el contenido de esta norma habrá de elegir entre la opción representada por los Principios Unidroit, en los que se inspira el» *Anteproyecto de Ley del Código Mercantil* (ACM), «o la solución más clásica, seguida por la» PMCC (p. 67); «nos parece menos procedente la seguida por el codificador mercantil en el ACM, por ser más ajena a nuestra tradición jurídica» (p. 63). Para los textos del ACM y de la PMCC en relación con la prohibición de las cláusulas sorprendentes, v. la nota inmediatamente anterior a esta. V. *infra* nota 242 para MIRANDA SERRANO.

<sup>153</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) pp. 14-15; continúa: «Se explica así que, desde nuestro punto de vista, quepa apreciar una estrechísima conexión entre el control de transparencia material o sustantivo y la regla prohibitiva de esta clase de estipulaciones, formulada de forma pionera en el Derecho continental europeo por el legislador alemán. De hecho, tanto la doctrina como la jurisprudencia subrayan esta vinculación. La primera afirma de forma expresiva que “las cláusulas sorprendentes y las cláusulas intransparentes referidas a los elementos esenciales del contrato son hermanas gemelas muy difíciles de distinguir en la práctica”. El Tribunal Supremo [...] ha sostenido expresamente en alguna resolución que el que él denomina control de transparencia cualificado o segundo control de transparencia conecta directamente con la regla prohibitiva de las cláusulas sorpresivas» (p. 15; y en nota 46, p. 15, menciona la *STS, 1.ª, 30.01.2017*).

Sobre la relación entre control de transparencia y cláusulas sorpresivas/sorprendentes:

a) Para ORDUÑA MORENO es «un absoluto despropósito conceptual» equiparar el control de transparencia al tratamiento de las cláusulas sorpresivas, pues este último (cláusulas sorpresivas) no cumple la función de la comprensibilidad real del primero (control de transparencia), sino que cumple la función de la incorporación de la cláusula (para su tesis *infra* [23]). Con las palabras de ORDUÑA MORENO: «tampoco puede aceptarse que el alcance de este control de transparencia, así configurado, venga ligado, o pueda ser reconducido al tratamiento de las denominadas “cláusulas sorpresivas”, particularmente porque su pretendida previsión normativa decayó durante la discusión parlamentaria del Proyecto de la Ley de condiciones generales de la contratación. / Al margen de que su no previsión resulta criticable, (piénsese, que dicha regla se encuentra en las principales legislaciones comparadas), su equiparación con el control transparencia es un absoluto despropósito conceptual, pues dicha regla no cumple la función del control de transparencia y se limita, en su caso, a servir como criterio de incorporación de la cláusula predispuesta. El hecho de que falte su previsión normativa para nada afecta al alcance del control de transparencia que exigirá, con mayor incidencia, si cabe, la comprensibilidad real de la cláusula sorprendente o insólita que el predisponente haya empleado. / En este contexto, debe resaltarse que la Sentencia de 8 de septiembre de 2014 establece un planteamiento metodológico coherente con el espíritu y el objeto de la

regla prohibitiva de las cláusulas sorprendivas» –una, «la improcedencia de someter a control de contenido o de abusividad las estipulaciones relativas al objeto principal del contrato [...], y otra sobre las expectativas legítimas y razonables que tiene todo contratante a la hora de celebrar un determinado contrato»<sup>154</sup>–, Miranda Serrano sienta, «que merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente»<sup>155</sup>.

El autor explica el funcionamiento de la prohibición de las cláusulas sorprendentes:

a) «[L]as cláusulas sorprendentes han de ir referidas necesariamente al *objeto principal o parte económica del contrato*. De ahí que sea necesario limitar el alcance del control de transparencia

---

Directiva 93/13 [...]» [(2016) p. 86 y v. además nota 25 en pp. 86-87; para la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014 infra* [26]-[28]].

b) Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, tras apuntar que algunos autores españoles (Alfaro Águila-Real, Pagador Lopez) «niegan que el supuesto de las cláusulas que suponen una alteración del equilibrio económico pactado y el de las cláusulas sorprendentes sean supuestos diferentes y consideran que el primero es un caso específico de cláusula sorprendente», apunta que «aunque sea sólo a efectos expositivos» es «oportuno deslindar un supuesto de otro [...] el defecto de transparencia se produce por la redacción de una condición general, que incide en la relación de equivalencia entre el precio y la contraprestación, alterando subrepticamente el pacto económico expresamente acordado por las partes, [...] en el supuesto de las cláusulas sorprendentes, la falta de transparencia deriva de la imprevisibilidad de la cláusula, de acuerdo con un programa contractual no expresamente pactado, pero que el adherente puede legítimamente esperar, de conformidad con las circunstancias y la naturaleza del contrato, esto es, derivado de la buena fe como fuente de integración de las obligaciones contractuales y no propiamente del consentimiento. [...] en el caso de las cláusulas abusivas sobre el precio y el objeto del contrato se juzga la adecuación de una condición general con el consentimiento en sentido expreso, manifestado sobre el precio y la contraprestación, la hipótesis de las cláusulas sorprendentes tiene un ámbito más amplio, puesto que en la misma caben todas aquellas condiciones que sean contrarias a un contenido contractual que no ha sido expresamente pactado, pero que el adherente ha podido legítimamente esperar de acuerdo con la buena fe./ En cualquier caso, los supuestos de la alteración del equilibrio económico pactado y de las cláusulas sorprendentes, no se encuentran en una relación excluyente. En la mayor parte de los casos, las expectativas sobre las que el cliente funda su decisión de contratar, recaen sobre el precio y su relación con el bien o servicio objeto del contrato, [...] por lo tanto, una cláusula puede alterar subrepticamente el equilibrio económico y ser al mismo tiempo sorprendente» [(2004) pp. 92-93; el autor analiza las cláusulas sorprendentes en pp. 193-215; considera que «las cláusulas sorprendentes [...] puede[n] incardinarse en nuestro ordenamiento, como una manifestación concreta de la cláusula general de abusividad del artículo 10 bis.1 [...] LGDCU, como un supuesto de cláusula abusiva por un defecto de transparencia» (pp. 214-215)].

<sup>154</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 17 y p. 15; v. 15-17.

<sup>155</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 18.

material o sustantivo exclusivamente a dichas estipulaciones esenciales (sobre precio y prestación). Estas son válidas y vinculantes cuando –con independencia de su contenido– son efectivamente conocidas y comprendidas por el adherente en el momento de contratar. Con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, cabe integrar dentro de este tipo de estipulaciones todas las que contribuyen a calcular y definir el precio –y no únicamente las que establecen su extensión–, así como todas las relativas a la contraprestación.

[...]

[...]: si no se controla el objeto principal del contrato por no ser necesario, ya que los adherentes dirigen –o deben dirigir– su atención cuando contratan a los factores que configuran el mercado (precio y prestación), habrá que considerar decisivo y fundamental que las cláusulas que lo describen sean verdaderamente transparentes. Sólo así no resultarán desvirtuados aquellos factores esenciales que conforman el *reducto de contractualidad* sobre el que necesariamente ha de girar el consentimiento de los contratantes. Esto explica que haya de relacionarse directamente el control de transparencia material prohibitivo de este tipo de estipulaciones con los *deberes de información precontractuales de los predisponentes*, toda vez que su finalidad reside en preservar que el adherente manifieste un *consentimiento verdaderamente informado* (esto es, actúe con plena *libertad de saber*) sobre la base de la información que le ha sido suministrada con carácter previo por el predisponente» (cursiva del original)<sup>156</sup>.

b) «La determinación de si concurre o no el *elemento o factor sorpresa* en una determinada estipulación exige averiguar qué creía estar contratando el adherente cuando celebró el contrato que la incorpora. Sólo así es posible comparar las legítimas y razonables expectativas de dicho sujeto con el contenido de la estipulación en cuestión. Para acometer dicha tarea parece procedente recurrir al *criterio de la razonabilidad*, esto es, a las expectativas que, a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el momento de concluir el contrato, se habría forjado una persona razonable de la misma condición que el adherente.

La pregunta que el intérprete tendría que formularse con vistas a averiguar si la cláusula que enjuicia merece o no considerarse sorprendente es básicamente la que sigue: ¿podía esperar razonablemente un adherente medio que dicha cláusula formaba parte del contrato celebrado según lo que resulta principalmente de la normativa que lo regula, de la práctica bancaria y financiera y de las negociaciones que precedieron a su celebración? Obviamente, si la respuesta a dicha cuestión fuese negativa, la cláusula merecería considerarse sorprendente, en la medida en que supondría un recorte manifiesto de las expectativas legítimas y razonables del adherente. En caso contrario, estaríamos ante una cláusula plenamente válida y eficaz.

<sup>156</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) pp. 18-19.

Un criterio especialmente importante para dar respuesta a la pregunta anterior y, en suma, para dilucidar en cada caso si estamos o no ante una cláusula sorprendente, lo proporciona *la propia descripción legal del tipo de contrato en el que la estipulación se inserta*» (cursiva del original)<sup>157</sup>.

Más allá de lo anterior, Miranda Serrano señala que corresponde por completo al predisponente la carga de eliminar el carácter sorprendente de la cláusula, «quien [...] habrá de asegurarse de que al celebrar el contrato el cliente [se refiere al consumidor] conozca de forma real y efectiva su existencia y comprenda su contenido y alcance»<sup>158</sup>.

### 3.5 EL ESPECIAL DEBER DE CONFIGURACIÓN CONTRACTUAL DEL PREDISONENTE SOBRE LA COMPRENSIÓN REAL DEL CONSUMIDOR Y SU INFRACCIÓN

#### 3.5.1 Orduña Moreno

[23] Del periodo temporal que *infra* [24] acoto en relación con el TS y la exigencia de transparencia para la cláusula suelo, se comprobará que Orduña Moreno es el Ponente de tres de las sentencias que he seleccionado –en concreto, de las *STS, 1.ª P, 08.09.2014 (infra [26]-[28])*, *STS, 1.ª, 01.12.2017 (infra [48])*; núm. de resolución 655/2017) y *STS, 1.ª, 01.12.2017 (infra [49])*; núm. de resolución 654/2017)–<sup>159</sup>. Además, Orduña Moreno también fue el Ponente de la relevante *STS, 1.ª, 18.06.2012*, de la que *supra* [7] a)

<sup>157</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 20; para la cláusula suelo, ejemplo de cláusula no transparente o sorprendente, pp. 22-23. Más adelante indica, que «[e]l control de transparencia material que analizamos se presenta como una manifestación expresa de la *protección del consentimiento negocial*. Se trata de proteger la *libertad de saber* del adherente. Esto es, de evitar que sea engañado mediante cláusulas relativas a extremos esenciales del contrato que no llegó a aceptar –ni tan siquiera a conocer– cuando emitió su consentimiento, por estar camufladas dentro del clausulado de condiciones generales. De ahí que posteriormente se sintiera sorprendido y defraudado en sus expectativas legítimas y razonables. Cabe hablar [...] de una conexión lógica y clara entre el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas y la *salvaguarda y tutela del consentimiento negocial*. Si el predisponente hubiera informado convenientemente al adherente de la existencia de la cláusula en cuestión antes de la celebración del contrato, de tal forma que éste hubiese tenido conocimiento efectivo de su existencia y de las consecuencias que de ella se derivan la cláusula sería lícita, pues merecería considerarse fruto de la autonomía de la voluntad de los contratantes./ Las cláusulas sorprendentes plantean [...] una [*sic*; un] problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado*» (cursiva del original; pp. 33-34).

<sup>158</sup> MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 29. Distinta regla aplica al adherente empresario, «a quien corresponde demostrar que el predisponente no cumplió las exigencias derivadas del control de transparencia material o sustantivo y, en consecuencia, que la cláusula controvertida frustra sus legítimas expectativas y merece considerarse sorprendente o no transparente» (p. 58; v. hasta p. 59).

<sup>159</sup> En diversas ocasiones, ORDUÑA MORENO también formula *Voto particular* a las SSTS que extracto *infra* [25] ss., pero, ahora, ello no interesa.

di cuenta. Y asimismo es Ponente de otras SSTs de las que también doy cuenta en el trabajo [de la STS, 1.<sup>a</sup>, 11.04.2013, *infra* [25] f) en caja más pequeña; y de la STS, 1.<sup>a</sup>, 02.12.2014, en este mismo [23] e *infra* nota 164 párrafo II]. Por lo anterior, y antes de que exponga y desarrolle la oportuna jurisprudencia del TS (*infra* [24] ss.), conviene conocer el pensamiento y la construcción de Orduña Moreno sobre la exigencia de transparencia, los cuales expone el autor en la *Parte Primera*, titulada *Tratamiento doctrinal de la figura*, en la obra *Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable* (2016)<sup>160</sup>.

Concretamente, Orduña Moreno destaca que hay *dos modos de contratar* en la realidad. Uno es la *contratación seriada* (contratación en masa; con condiciones generales de la contratación), «auténtico modo de contratar», y el otro, la *contratación por negociación* que el Código civil contempla<sup>161</sup>. Cada uno de esos modos de contratación cuenta con *su propio y específico régimen y presupuesto causal*<sup>162</sup>. Y para la *contratación seriada*, Orduña Moreno indica que «*su validez y eficacia*» descansa «no tanto en el consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual, en orden a un equilibrio prestacional y comprensibilidad real del marco de las condiciones generales, en sí mismas consideradas»<sup>163</sup>. La anterior conclusión se obtiene directamente –advierte el autor– de la STS, 1.<sup>a</sup>, 18.06.2012, a la que califica de «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos, particularmente de la STS de 8 de septiembre de 2014 [...] y de

<sup>160</sup> Dicha obra (monografía) consta de tres Partes. SÁNCHEZ MARTÍN realiza la *Parte Segunda*, titulada *Control procesal de las condiciones generales y tratamiento jurisprudencial sobre productos y servicios financieros complejos*. La *Parte Tercera* consiste en un *Anexo jurisprudencial*. En la *Introducción general: Caracterización del estudio* de la monografía, ORDUÑA MORENO apunta, entre otras cosas: «Si tuviéramos que elegir las notas que mejor caracterizan la naturaleza y alcance del estudio realizado, éstas no serían otras que las que reflejan la originalidad del análisis llevado a cabo y el carácter pedagógico y práctico del mismo./ Como el lector observará de inmediato, basta con leer el índice de la obra, el estudio que se propone es completamente original en el panorama de la civilística española. En efecto, el estudio centra su análisis en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de la contratación seriada y en su moderna configuración como auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del esquema tradicional del contrato por negociación./ Esta nueva perspectiva permite potenciar la abstracción y alcance del análisis general efectuado, estableciendo cada una de las claves metodológicas e interpretativas que no sólo explican la especialidad del control de transparencia, en sí mismo considerado, sino también su moderna inserción en el seno de la actual dogmática contractual» [(2016) pp. 13-14]. V. lo que sigue a continuación en el cuerpo del texto.

<sup>161</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 19.

<sup>162</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 19.

<sup>163</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 19; v. hasta p. 22.



la [...] STS de 2 de diciembre de 2014»<sup>164</sup>. Se trata de un control de legalidad<sup>165</sup>.

<sup>164</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 19; y reitera la importancia de la STS, 1.ª, 18.06.2012: «sin perjuicio también de la anticipación mostrada por la STS de 18 de junio de 2012 en orden a la delimitación conceptual o concreción material del control de transparencia, que posteriormente ha desarrollado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (p. 74); «fue [sentencia] pionera a la hora de establecer el contenido u objeto que presenta el control de transparencia, esto es, la finalidad y función que lo guía y asiste» (p. 87); «la paradigmática STS de 18 de junio de 2012» (p. 93). A propósito de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014, MARTÍN SÁNCHEZ señala que «se sigue el camino iniciado por la pionera STS núm. 406/2012, de 18 de junio [...], que declaró que la cláusula que regula el interés remuneratorio, en tanto que afecta al objeto principal del contrato de préstamo, no podía ser declarada abusiva aunque sí debía superar el control de transparencia, en orden a una adecuada comprensibilidad de la cláusula» [La Ley (2015) p. 3]; y con anterioridad, MARTÍN SÁNCHEZ: «[e]sta sentencia [18.06.2012] [...] constituye el germen del reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la Sala Primera del denominado control de transparencia» [La Ley (2013) p. 2]; y *supra* nota 30 b), y v. [7] a) [B] caja pequeña.

La STS, 1.ª, 02.12.2014, citada por ORDUÑA MORENO y de la que, advertí, fue su Ponente, resolvió sobre un préstamo hipotecario de 80.000 €, para el pago de deudas pendientes de la prestataria (Fermina), celebrado el 20.01.2006, con un interés remuneratorio del 4% y otro de demora del 30% y a devolver en seis meses. Fermina demandó a Lucio y Abaco-Ifinor y pidió, con base en la Ley de Represión de la Usura de 23.07.1908 (LU), la nulidad del préstamo por intereses moratorios leoninos (planteó como cuestiones principales la posible aplicación de las normas de protección de los consumidores y la posible moderación del interés de demora pactado). En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y procedió a la moderación del interés de demora: lo fijó en un 15% del nominal anual. (FD 1.º). Fermina interpuso recursos extraordinario de infracción procesal y de casación. En el de casación (motivo único), Fermina alega infracción de los artículos 1 LU y 10.1.c y 10 bis 2 LGDCU, pues la aplicación del artículo 1 LU conlleva la nulidad del contrato de préstamo (FD 3.º 1). El TS casó y declaró nulo el préstamo hipotecario por la LU (préstamo usurario), con la consiguiente restitución de lo prestado sin aplicación de interés alguno, y declaró nula la garantía hipotecaria (Fallo 1). Como se ve, el TS aplica la LU y no el TRLGDCU y por ello, el FD 3.º 2 se dedica, antes de resolver el caso, a la «Sistematización y delimitación de sus respectivos ámbitos de control [de la normativa sobre usura, y sobre protección del consumidor]», recordando que ello se trató en la STS, 1.ª, 18.06.2012: «La cuestión de la posible concurrencia de las normativas citadas en los supuestos de préstamos hipotecarios, porque así lo soliciten las partes, o bien, porque se considere de oficio su examen conjunto, caso que nos ocupa, ha sido tratada, en profundidad, por esa Sala en su Sentencia de 18 de junio de 2012 [...]. En ella declaramos que, si bien las partes pueden alegar inicialmente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto, no obstante, su aplicación conjunta o integrada resulta incompatible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados». Y entre las «diferencias técnicas», indicadas en dicho FD 3.º 2, se precisa: «C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; de suerte que doctrinalmente dicho fenómeno en la actualidad se califique como un “auténtico modo de contratar”, diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico (STS de 8 de septiembre de 2014 [...])»; cfr. FD 2.º 3 c) de la STS, 1.ª, 18.06.2012.

<sup>165</sup> ORDUÑA MORENO: «en el fenómeno de las condiciones generales, como modo diferenciado de contratar, el cumplimiento de estos especiales deberes de transparencia afectan a la validez e idoneidad del marco negocial predispuesto, de forma que su valoración encierra [...] un auténtico juicio de eficacia contractual en orden a la validez e idonei-

Por lo que respecta a «la ubicación del control transparencia bien [en] el plano del denominado control de incorporación, o bien en el ámbito propio del control de abusividad como una variante del mismo», Orduña Moreno señala que, «aunque las alternativas que presenta la cuestión resultan ciertamente opinables, con argumentos a favor y en contra [...] nosotros [Orduña Moreno] defendemos que el control de transparencia, en última instancia, forma parte integrante del control de abusividad. La razón de fondo no es otra que el plano del control judicial de las condiciones generales comporta un examen que se proyecta necesariamente sobre la validez y eficacia de una condición general ya incorporada a la reglamentación predispuesta, de forma que el adherente ya no cuestiona su mera incorporación, sino la ineficacia de los efectos o consecuencias producidas por la aplicación de dicha cláusula. Cuestionamiento que puede realizarse formalmente desde una acción colectiva de cesación, para que dicha cláusula deje de aplicarse, o desde la propia acción individual del consumidor en orden a la ineficacia de la misma y sus consecuencias derivadas. [...] la consideración de la falta de transparencia como una parte integrante del carácter abusivo de la cláusula, es la que sigue la doctrina dominante en Alemania, aunque en la actualidad haya sectores que maticen el alcance de dicha conclusión. Sin embargo, estas matizaciones referidas principalmente a la implicación directa de la abusividad por falta de transparencia y a su posible ponderación con el resto de parámetros que puede ofrecer el control de contenido, particularmente en el supuesto de las denominadas cláusulas neutras o inocuas para el consumidor, no resultan, a nuestro juicio [Orduña Moreno], determinantes. En efecto, pensemos que la falta de transparencia, por sí misma, ya resulta relevante para el ordenamiento jurídico a tenor de la legislación dispensada, pues no solo se tutela el interés específico del consumidor adherente, esto es, que la cláusula le resulte perjudicial, sino, y con mayor claridad en el control de transparencia, el interés general de suprimir del tráfico patrimonial seriado todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a la transparencia debida, protegiéndose la calidad de negociación y la correcta competencia entre las empresas»<sup>166</sup>.

dad de la cláusula predispuesta./ Desde esta perspectiva, el control de transparencia, como proyección natural o extensión del control de abusividad, participa, al igual que el control de contenido, de la caracterización del control de legalidad que acompaña al fenómeno de la contratación seriada, diferenciándose, de igual modo, por su naturaleza y alcance, de los fenómenos de la interpretación integrativa y del [sic; de la] integración del contrato que se infieren del proceso interpretativo del contrato por negociación» [(2016) pp. 82-83]. Y v. *infra* nota 185.

<sup>166</sup> ORDUÑA MORENO (2016) pp. 74-75; continúa: «Por lo que entendemos [ORDUÑA MORENO] que la ubicación del control de transparencia en el ámbito del denominado control de incorporación tiene más sentido en el plano de la tutela preventiva, bien derivada de los propios organismos supervisores, o bien a través de la intervención notarial, pero no en

(Sobre las características del régimen de ineficacia de las condiciones generales, v. *infra* Orduña Moreno nota 221).

Finalmente, Orduña Moreno considera que, el que «la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo» califique «el fenómeno de las condiciones generales como un auténtico modo de la contratación, claramente diferenciado del de negociación, constituye en la actualidad la mejor clave metodológica para permitir la construcción jurídica de las condiciones generales y su elaboración o configuración como categoría propia y diferenciada en el seno de la dogmática contractual respondiendo, de esta forma, tanto a la sustantividad, unidad y especialidad que caracteriza el fenómeno, como a la formulación técnica de los elementos que incorpora su peculiar control de la eficacia jurídica»<sup>167</sup>.

#### 4. EL TS Y LA EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA EN LA CLÁUSULA SUELO

[24] Arranco este apartado 4 del trabajo con cómo el TS aplicó, en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013* (*infra* [25]), el control de transparencia a la cláusula suelo. En la exposición jurisprudencial que sigue se percibirán ideas y argumentaciones de *algunas* de las expuestas *tesis doctrinales* sobre cómo han de controlarse los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales de la contratación y con consumidores. Así, las de Miquel González (*supra* [12]), Per-tiñez Vélchez (*supra* [13]) y Orduña Moreno (*supra* [23]). También se constatará la relevancia de la *jurisprudencia del TJ* en el razonamiento del TS –art. 4 *bis* 1 LOPJ; en los extractos de los *hechos* de las SS, que hago en las notas a pie de página, indico las SSTJ, *de las expuestas supra* [7] a) y [10], que el TS tiene presente, mencionando solo el nombre del caso–. El periodo de análisis que he acotado va *desde el 09.05.2013 al 31.12.2017*. Extracto la mayoría de las SSTS de dicho periodo, procurando centrarme en lo que, entiendo, *hay algún aporte de interés, o se perfila, o se complementa la anterior doctrina jurisprudencial*. Destaco asimismo si lo ejercitado fue una *acción colectiva o individual*. Para el resto de las SSTS de aquel periodo (las menos), me limito a su mención en la oportuna nota a pie de página, o en el cuerpo del texto, en caja más pequeña. Por último, al centrar este apartado del trabajo en la jurisprudencia del

aquellos en donde interviene el control judicial de las condiciones generales» (p. 75). Sobre la función del notario: ORDUÑA MORENO *infra* nota 186. Para el Derecho alemán *supra* [5].

<sup>167</sup> ORDUÑA MORENO (2016) p. 23. V. además pp. 23-27, 45-49, 62, 78-79, 90-92, 101-102. Y también ORDUÑA MORENO (2013) pp. 2366-2368.

TS sobre la cláusula suelo, la *valoración doctrinal* que los autores hacen, de ella, o de alguna concreta STS, la situó en las oportunas notas a pie de página, aportaciones doctrinales que luego tengo en cuenta en mis posteriores consideraciones finales del trabajo (*infra* [61]).

#### 4.1 LA STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (PTE EXCMO SR D RAFAEL GIMENO-BAYÓN COBOS; ACCIÓN COLECTIVA)<sup>168</sup>

[25] Como expuse *supra* [7] a) y nota 30, el TS *aplica* en esta S un control de transparencia (*ratio decidendi*) a la cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario a interés variable celebrado con

<sup>168</sup> HECHOS: AUSBANC CONSUMO ejercitó contra BBVA, Cajamar Caja Rural (hoy Cajas Rurales Unidas, S.C.C.) y Caja de Ahorros de Galicia, Vigo, Ourense e Pontevedra (hoy, NCG Banco S.A.U.) una acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación, suplicando entre otros extremos, la declaración de nulidad por abusiva de las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable celebrados con consumidores, y la condena a la eliminación de esas condiciones generales de la contratación (u otras del mismo contenido) y la abstención futura de su uso. En *primera instancia* se estimó la demanda: las cláusulas suelo eran condiciones generales y eran *abusivas* por su desfase con las cláusulas techo que las acompañaban. Las entidades financieras apelaron y el Ministerio Fiscal se personó en el recurso, al entender afectado el interés social. La Audiencia Provincial declaró que las cláusulas suelo *no eran nulas*; por ser elemento esencial del préstamo negociado entre prestamista y prestatario no eran condiciones generales de la contratación, y al ser cláusula negociada, no era abusiva, y se incorporó siguiendo la normativa sobre transparencia bancaria, no generando desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes. AUSBANC CONSUMO interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación; el Ministerio Fiscal, el de casación. (FD 1.º). El TS *estimó en parte* los recursos de casación: entre otros extremos, declaró la nulidad de las cláusulas suelo, condenó a eliminarlas de los contratos en que estuvieren insertadas, al cese en su utilización, y declaró la subsistencia de los préstamos hipotecarios en vigor (Fallo 7.º, 8.º y 9.º; para el efecto restitutorio, por la nulidad de la cláusula suelo, v. la nota que sigue a esta). Según el TS, «la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas por sentencia firme sin necesidad de petición previa» (ap. 298) y, tras referirse a los artículos 221.3 y 221.1.2.ª LEC y 7 Dir 93/13/CEE y a la Exposición de Motivos de la LEC (ap. 299), el TS sienta que «en el caso enjuiciado, la demandante [AUSBANC CONSUMO], pese a que interesó la declaración de nulidad indiscriminada de las cláusulas suelo de los préstamos a interés variable celebrados con consumidores, no interesó su eficacia ultra partes, lo que, unido al casuismo que impregna el juicio de valor sobre el carácter abusivo de las cláusulas cuando afecta a la suficiencia de la información, nos obliga a ceñirnos a quienes oferten en sus contratos cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos» (ap. 300). En su S, el TS alude a los casos *Caja Madrid* y *Monte de Piedad de Madrid*, y *RWE Vertrieb* del TJ.

La STS, 1.ª, P, 05.09.2013 cuenta con: a) un *Auto Aclaratorio* del TS de 03.06.2013 (v. en este [25] *infra g*); b) un *Auto* de TS de 06.11.2013 en respuesta al incidente de nulidad de actuaciones promovido por BBVA y Cajas Rurales Unidas, S.C.C., al que se adhirió NCG Banco S.A.U. (v. *infra* [30] b) y caja más pequeña *in fine*).

MARTÍNEZ ESCRIBANO comenta las SS de primera instancia [RDBB (2011) pp. 218-239], segunda instancia [RDBB (2012) pp. 284-299] y del TS [RDBB (2014) pp. 295-344].

*consumidores y con condiciones generales de la contratación. Sucesivamente, y solo en lo que me interesa*<sup>169</sup>, sentó:

<sup>169</sup> Por solo analizar en este trabajo la transparencia de la cláusula suelo (*supra* [1]), no trato del alcance del efecto restitutorio derivado de su nulidad. Según el Fallo 10.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (acción colectiva): «No ha lugar a la retroactividad de esta sentencia, que no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia». «[D]ecisión sorprendente», calificó MIQUEL GONZÁLEZ [RJUAM (2013) p. 249, v. pp. 248-251]. La posterior STS, 1.ª, P, 25.03.2015 (acción individual) fijó como doctrina que la restitución de lo pagado en exceso por el consumidor por la cláusula suelo era a partir del 09.05.2013 (v. *infra* nota 193 último párrafo). Dicha STS, 1.ª, P, 25.03.2015 cuenta con un *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo Sr D Xavier O'Callaghan Muñoz, cuyo FD 8.º indica: «[...] el recurso de casación debió ser igualmente desestimado, con la consiguiente confirmación tanto de la declaración de abusividad por falta de transparencia real de las cláusulas objeto de examen, como del *pleno efecto devolutivo de las cantidades pagadas desde la perfección o celebración del contrato*, dado que la nulidad de pleno derecho de la cláusula en cuestión determinó la carencia de título alguno que justifique la retención de las mismas y su atribución al predisponente» (cursiva mía; v. FD 5.º del *Voto particular*, del que doy cuenta de parte de su contenido *infra* nota 221). Sobre dicho *Voto particular*, indica (el propio) ORDUÑA MORENO: «La valoración doctrinal, a tenor de la extensión [*sic*; extensa] fundamentación técnica que desarrolla el extenso voto particular, apunta, necesariamente, a la revisión de la doctrina jurisprudencial sentada por la Sentencia de 25 de marzo de 2015»; (2016) p. 124, v. hasta p. 131 y desde p. 104]. Resaltada la limitación de mi estudio a la exigencia de transparencia de la cláusula suelo, debido a que, al extraer los hechos de las SSTs, en ocasiones aparece la cuestión del alcance temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, he de apuntar:

a) La STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (*Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español*; *supra* nota 57 para los hechos) declaró que esa jurisprudencia de la irretroactividad limitada en el tiempo de los efectos restitutorios a fecha de 09.05.2013 se oponía al artículo 6.1 Dir 93/13/CEE (aps. 52-75). V. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *InDret* (2017) pp. 3-10; CÁMARA LAPUENTE, *InDret* (2017) pp. 3-8, 10-11, 17-19.

b) «Como es previsible que el reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [v. la anterior letra a)] suponga el incremento de demandas de consumidores afectados solicitando la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, resulta de extraordinaria y urgente necesidad arbitrar un cauce sencillo y ordenado, de carácter voluntario para el consumidor, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito que les permita solucionar sus diferencias mediante la restitución de dichas cantidades» (Exposición de Motivos III); «El principio inspirador del mecanismo que se pone en marcha es la voluntariedad a la hora de acceder a un procedimiento de solución extrajudicial con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, sin coste adicional para el consumidor e imperativo de atender por parte de las entidades de crédito. [...], se prevé que, durante el tiempo en que se sustancie la reclamación previa, las partes no podrá ejercitar contra la otra ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con el ánimo de evitar prácticas de mala fe que solo persiguieran desde un primer momento entablar acciones judiciales» (Exposición de Motivos III); «En fase judicial, se establecen medidas respecto a las costas procesales que incentiven el reconocimiento extrajudicial del derecho del consumidor y el allanamiento por parte de las entidades de crédito. En suma, las medidas adoptadas persiguen que el consumidor vea restablecido su derecho en el plazo más breve posible evitándole tener que agotar un proceso judicial que se dilate en el tiempo» (Exposición de Motivos III). Lo anterior –ese cauce sencillo y ordenado de solución para la restitución de las cantidades pagadas en exceso por el consumidor– se dispuso y reguló por el *Real Decreto-ley 1/2017, 20.01, de medidas urgentes de protección de los consumidores en materia de cláusulas suelo* (BOE núm. 18, 21.01.2017). Sobre dicho Real Decreto-Ley, por ejemplo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 272-279.

c) La STS, 1.ª, P, 24.02.2017 señaló, que «[...] procede modificar la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo, toda vez que la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016 [anterior letra a)] ha considerado que [...]» (FD 5.º 3; dicha STS de 2017 trata otro aspecto, el de la relación entre acción colectiva/acción individual, del que doy cuenta *infra* [36]).

a) *Las condiciones generales de la contratación y el objeto principal del contrato.* «En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal» del contrato, siendo cuestión diferente «el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente» si los intereses a cohonestar son los del profesional y el consumidor, pues han de coordinarse «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE) y la defensa de los consumidores impuesta a los poderes públicos por el artículo 51 CE «al exigir [dicho art. 51 CE] que [los poderes públicos] garantice[n] mediante procedimientos eficaces “los legítimos intereses económicos de los mismos”» [cursiva del original; FD 7.º 142; además, en particular 141 y 144.a)<sup>170</sup>]. (El razonamiento en 136-141).

b) *La imposición de la cláusula predispuesta. La carga de la prueba de la no imposición corresponde al empresario.* El «consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar», y la negociación *individual no se equipara* «con la posibilidad real de escoger entre [una] pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación», incluso si «varias de ellas» proceden «del mismo empresario», *ni se equipara* con «la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger

---

d) En su *Auto 04.04.2017* (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena), el TS declaró la inadmisión de revisión de las sentencias firmes en las que se condenara a la restitución por la nulidad de la cláusula suelo a partir del 09.05.2013 (FD 2.º a 7.º, en particular el 7.º). Situándose en el Derecho de la Unión Europea y en la doctrina del TJ, BECH SERRAT se muestra crítico con la excepción, al principio de efectividad, de la cosa juzgada y para los artículos 6 y 7 Dir 93/13/CEE; para las cláusulas suelo, defiende la posibilidad de la devolución de las cantidades indebidamente pagadas desde la celebración del contrato [*InDret* (2017) pp. 12-18, 44-48, 54-55, 55-58].

Por último, sobre la relación TJUE/TS, ADÁN DOMENECH (2017) pp. 185-188, y para la incidencia de la mencionada *STJU, Sala 1.ª, 21.12.2016*, pp. 188-230. En su día, advirtió sobre las dificultades del TS (Sala 1.ª) para con el préstamo hipotecario y las cláusulas abusivas, MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) pp. 495-500, y v. *infra* [50]. V. JUAN GÓMEZ, *Actualidad Civil* (2017) pp. 8-14.

<sup>170</sup> *STS, 1.ª P, 09.05.2013*, FD 7.º: «141. [...]. Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial [LCGC], a diferencia de otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del “objeto principal”, por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida» de la Audiencia que consideró negociada a la cláusula (v. *supra* nota 168, hechos); «144. De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que: a) El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que esta se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo».

entre diferentes ofertas de distintos empresarios» [FD 8.º 165, a), b) y c); además 156-157<sup>171</sup>]<sup>172</sup>.

«[C]uando se trata de la acción de cesación no es posible la aplicación directa del artículo 82.2 TRLCU –ya que no existe un consumidor concreto con el que se haya negociado o al que se haya impuesto la condición general–, demostrado que determinadas cláusulas se han redactado por un empresario para ser incluidas en una pluralidad de contratos a celebrar con consumidores, teniendo en cuenta la inutilidad de predisponer cláusulas que después pueden ser negociadas de forma individualizada, se permite tener por acreditado que las cláusulas impugnadas tienen la consideración de cláusulas destinadas a ser impuestas, de tal forma que, en el enjuiciamiento de su carácter negociado o impuesto, la carga de la prueba de que no se destinan a ser impuestas y de que se trata de simples propuestas a negociar, recae sobre el empresario. Máxime cuando la acción de cesación tiene por objeto cláusulas ya utilizadas y podría haberse probado que, cuando menos, en un número significativo de contratos se había negociado individualmente» (FD 8.º 162; v. además 165.d)]. (El razonamiento en 147-164)<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 8.º: «156. [...], es notorio que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar. Así ocurre precisamente en el mercado de bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a que alude el artículo 9 del TRLCU. En él se cumple el fenómeno que una de las recurridas describe como “take it or leave it” –lo tomas o lo dejas–/ 157. Entre ellos, [...], se hallan los servicios bancarios y financieros, uno de los más estandarizados [...]».

<sup>172</sup> Consideran que las cláusulas predisuestas sobre los elementos esenciales del contrato pueden ser condiciones generales: CÁMARA LAPUENTE (2006) pp. 154-158; MIQUEL GONZÁLEZ, «Artículo 82 TRLGDCU» (2011) p. 727. V. además GONZÁLEZ PACANOWSKA, «Artículo 5 LCGC» (1999) núm. 7 pp. 144-145. Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL *supra* nota 132; en 2017, ALFARO ÁGUILA-REAL indica que «[l]a característica común a unas [cláusulas que describen el objeto principal del contrato] y [a] otras [cláusulas que regulan los derechos y obligaciones de las partes] es su carácter predisuesto para una pluralidad de contratos o, lo que es lo mismo, su carácter “no negociado individualmente”. Para evitar errores, hay que señalar inmediatamente que “no negociadas individualmente” significa algo mucho más preciso que “seleccionadas” racionalmente por el consumidor. [...] en el siglo XXI, los contratos no son objeto de negociación individual en el sentido de que no se regatea como si estuviéramos en un zoco. Los consumidores hacen “shopping”, es decir, eligen entre las ofertas existentes en el mercado. Por tanto, “no negociado individualmente” significa “regateado” como se deduce, a contrario, del hecho de que se afirme que las cláusulas predisuestas se consideran “impuestas” cuando, como dice el artículo 1.1 LCGC el consumidor “no haya podido influir materialmente” sobre su contenido» (p. 2; las cursivas, negritas en el original, salvo *shopping* y *a contrario*); «la idea de “imposición” no implica el ejercicio de fuerza o coacción por parte del predisponente, simplemente se trata de examinar si el consumidor pudo influir en la inclusión de la cláusula en el contrato y, recuerden también, que la principal influencia de los consumidores en el “objeto principal del contrato no consiste en contribuir a la redacción de la cláusula, sino en su capacidad para renunciar a celebrar el contrato en esos términos y dirigirse a la competencia para obtener el bien o servicio de que se trate» [p. 3; *Almacén de Derecho* (21.03.2017)].

<sup>173</sup> Sobre el objeto principal en condiciones generales de la contratación, por ejemplo, FD 2.º, *Decisión de la Sala*, de la STS, 1.ª, P, 14.12.2017, en la que se trató del tipo de referencia IRPH Entidades. *Infra* [nota 306 párrafo II] para otras cuestiones sobre dicha STS de 2017.

c) *La normativa sectorial específica y la aplicación de la LCGC*. La existencia de una normativa bancaria sobre «la organización de las entidades de crédito como» sobre «los contratos de préstamo hipotecario y las normas de transparencia y protección de los consumidores»<sup>174</sup> no impide aplicar la LCGC a los préstamos hipotecarios de los que se conoce (FD 9.º 178). «[L]a normativa sectorial se limita a imponer determinados deberes de información sobre la incorporación de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario a que se refiere, pero no impone la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia, ni [...] indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato» (FD 9.º 174). La *OM 05.05.1994* «en modo alguno supone la exclusión de la Ley 7/98 [LCGC] a esta suerte contratos de consumidores, como ley general» (art. 2.2 *OM 05.05.1994*) (FD 9.º 175-176)<sup>175</sup>. (El razonamiento en 168-177).

<sup>174</sup> «Uno de los argumentos esgrimidos por las entidades crediticias para sostener que [...] las cláusulas controvertidas [...] no deben someterse a la LCGC es que las [...] cláusulas “suelo” de los préstamos hipotecarios están admitidas y reguladas expresamente en las siguientes disposiciones legales»: a) la *Orden Ministerial (OM) 12.12.1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito* (BOE núm. 303, 19.12.1989; OM hoy derogada); b) la *OM 05.05.1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios* (BOE núm. 112, 11.05.1994; Orden hoy derogada); c) la *Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito* (BOE núm. 79, 01.04.2009); y d) la *Propuesta de Directiva 2011/0062 (COD) del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito de bienes inmuebles de uso residencial* (hoy Directiva 2014/17/UE, *infra* [57]) (FD 9.º 167). V. la siguiente nota 175 párrafo II, e *infra* nota 341 b) para la *OM 05.05.1994* y el notario.

<sup>175</sup> *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, FD 9.º: «176. Así lo dispone el artículo 2.2 de la propia *OM [05.05.1994]*, según el cual “lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación”. Sería, afirma la [...] *STS 75/2011*, de 2 de marzo, “una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de forma indebida al consumidor”» (cursiva del original).

Las *OOMM 12.12.1989* y *05.05.1994* –mencionadas por las entidades de crédito, *supra* anterior nota 174– fueron derogadas por la DD única II, a) y b), de la vigente *Orden EHA/2899/2011, 28.10, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios* (BOE núm. 261, 29.10.2011). En lo que interesa, la Exposición de Motivos (EM) II informa, que «se aborda el desarrollo específico de la normativa de transparencia del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda a efectos de sustituir la regulación anterior, de 1994. El nuevo sistema de transparencia, en línea con la normativa ya aprobada de crédito al consumo y con la normativa proyectada en el ámbito europeo, se diseña sobre una serie de requerimientos de información unificada tanto de carácter precontractual como contractual. Se añaden adicionalmente, otras herramientas más específicas, como la difusión a una Guía informativa adaptada a este producto que permitirá profundizar en la necesaria educación financiera de los clientes. También se refuerza específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios: las cláusulas suelo o techo y los instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. La existencia de ambos servicios vinculada a los préstamos hipotecarios ya estaba prevista en el ordenamiento, y esta orden no viene sino a reforzar al máximo las obligaciones de transparencia y difusión de



d) *Las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato.* Aquéllas «describen y definen el objeto principal del contrato» –«forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario»– y *como regla*, sobre ellas «no cabe el control de su equilibrio» (la abusividad de su contenido), lo que «no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia» (FD 10.º 196-197 y 189- 190). (El razonamiento en 184-195)<sup>176</sup>.

e) *La superación del control de incorporación.* «[L]a detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores» de la *OM 05.05.1994* «garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y

---

información relevante, que el cliente debe ponderar antes de su contratación» (cursiva mía; más allá, en la EM II se explica, con carácter general, los objetivos y el contenido de la regulación de la OM de 2011). Según el artículo 25 *Orden EHA/2899/2011*: «*Información adicional sobre cláusulas suelo y techo.*/ En el caso de préstamos en que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo, se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada, el tipo de interés mínimo y máximo a aplicar y la cuota de amortización máxima y mínima» [cursiva del original; v. además artículos 19 a 31, situados en el Capítulo II «Normas relativas a los créditos y préstamos hipotecarios», del Título III «Créditos, préstamos y servicios de pago» de la *Orden EHA/2899/2011*; y la DF 1.ª *Orden EHA/2899/2011*; para los artículos 29 y 30 y el notario en la *Orden EHA/2899/2011*, *infra* nota 341 b)]. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «No queremos decir que el cumplimiento de los deberes formales de la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 conlleve automáticamente la validez de la cláusula suelo, puesto que como hemos señalado se trata de normas de disciplina de las entidades de crédito y no de normas sobre validez contractual, que ha de seguir juzgándose con arreglo a los parámetros del artículo 82 TR-LGDCU y, en su caso, de las normas sobre vicios del consentimiento. Sin embargo, es cierto, y muy especialmente por lo que respecta a las cláusulas suelo, que los requisitos de transparencia exigidos en la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011, unido a la expresión manuscrita por el prestatario en el acto de otorgamiento de la escritura pública de haber sido advertido de los posibles riesgos del préstamo, en especial, existencia de cláusula suelo, instrumentos de cobertura de riesgo de interés o concesión del préstamo en divisas, que exige el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, *se aproximan bastante a los parámetros para enjuiciar la transparencia real de la cláusula suelo, contenidos en la STS 9 mayo 2013*» [cursiva mía; (2017) p. 61; v. nota 33 en pp. 61-62]. La transcripción del artículo 6 Ley 1/2013 *infra* nota 254. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) p. 53.

<sup>176</sup> Sobre las distintas tesis acerca de la calificación de la cláusula suelo (como parte integrante del objeto principal del contrato, como elemento accesorio, como cláusula eventual, como cláusula no percibida por el prestatario como parte integrante del precio), VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 111-121; la autora considera que la cláusula suelo forma parte del precio (pp. 121-122). Para MORENO GARCÍA, «las cláusulas suelo pese a influir sobre la cuota que el prestatario tiene que pagar, no están referidas al objeto principal del contrato, pues [...] el adherente no les atribuye esa importancia [...]» [(2015) p. 62, v. hasta p. 63, y p. 65, pp. 84-85, 131-132]. Y para CÁMARA LAPUENTE: «[p]ara quienes hemos venido sosteniendo parámetros como la distinción entre elementos esenciales y accesorios del contrato (entre los que estarían las formas de pago, los sistemas de cálculo, las facultades de modificación unilateral del precio, etc., en una interpretación restrictiva de la excepción), o el carácter eventual o contingente de aplicación de la estipulación, la cláusula suelo no cae necesariamente en la noción de objeto principal; más aún, en caso de eliminarlas del contrato éste podría perfectamente sobrevivir, pues el precio entonces vendría definido por el juego del interés variable, de forma que más que precio es forma de cálculo potencial del precio» [AAMN (2015) p. 625, v. pp. 624-628; v., del mismo autor, *InDret* (2017) pp. 24-25].

sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor» (FD 11.º 202). En el examen *aislado* de las condiciones generales impugnadas, estas cumplen las exigencias legales de incorporación a los contratos entre profesionales, y a los contratos entre profesionales y consumidores, según el artículo 7 LCGC. (FD 11.º 203). (El razonamiento en 201).

f) *La exigencia de transparencia de los elementos esenciales del contrato con condiciones generales (ya incorporados) y con consumidores: la comprensibilidad real.* Debe tenerse en cuenta lo que el artículo 80.1, a) y b), TRLGDCU dispone, «[l]o que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esa 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”<sup>177</sup>, 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» (FD 12.º 210). La transparencia documental de la cláusula, que basta para la incorporación a los contratos entre profesionales, no basta para impedir el examen de su contenido, ni para impedir analizar «si se trata de condiciones abusivas» y, «[e]s 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» (FD 12.º 211). La cláusula no puede

---

<sup>177</sup> SÁNCHEZ MARTÍN: «Como nota destacada, la sentencia [TS, 1.ª, P, 09.05.2013] afirma que al tratarse [el control de transparencia] de un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, se sitúa fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del error o vicio del consentimiento. En consecuencia, queda fuera del control de transparencia el examen de la validez del consentimiento prestado» (p. 58); «[n]o cabe duda que el control de transparencia en el sentido y significado dado por la Sentencia analizada [de 09.05.2013], podrá constituir una herramienta jurídica adecuada y diferente del error en el consentimiento al tratarse de un parámetro objetivo o abstracto, que servirá para analizar la validez de otros contratos ofertados en masa desde el sector bancario, como los que tuvieron por objeto la adquisición de preferentes o la denominada deuda subordinada» (p. 60). Todas las citas de *Revista del Poder Judicial* (2013). V. además SÁNCHEZ MARTÍN, *La Ley* (2013) p. 5. Sobre el control de transparencia y el error vicio, *infra* [45] y nota 222.

enmascararse «entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro» (FD 12.º 212). Además, «afirma el IC 2000 [*Informe de 27 de abril de 2000, de la Comisión, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*; Nota previa a los FD de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013], que «[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» (cursiva del original; FD 12.º 213), y la «STJUE de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, [...], apartado 49, con referencia a una cláusula que permitía al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio contratado, destacaba que el contrato debía exponerse de manera transparente «[...] de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del precio [...]» (cursiva del original; FD 12.º 214; además 215<sup>178</sup>).

En la anterior lectura de la letra *f*) se habrá advertido que la presente STS, 1.ª, P, 09.05.2013 se refiere a lo que la Sala 1.ª del TS declaró en su anterior STS, 1.ª, 18.06.2012. Recordaré que en dicha STS, 1.ª, 18.06.2012 se apuntó, *obiter dicta*, al control de inclusión referido al criterio de la transparencia sobre los elementos esenciales del contrato [*supra* [7] a) [B] y nota 37; v. además [7] a) y nota 30]. La relevancia, que la STS, 1.ª, 18.06.2012 ha supuesto para la identificación de un *independiente* control de transparencia (siguiente paso), ha sido algo destacado. Por ejemplo, lo destacaron Sánchez Martín y Orduña Moreno (la califican de «pionera», «paradigmática» sentencia, «germen»; *supra* [7] b) en caja más pequeña, [23] y nota 164). *Ahora bien*, en la STS, 1.ª, 18.06.2012, la transparencia sobre los elementos esenciales se ligaba a la carga económica y *nada se indicaba acerca de la carga jurídica*, como sí indica la ahora extractada STS, 1.ª, P, 09.05.2013.

El antes mentado Sánchez Martín, al señalar que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 aplicó por primera vez el control de transparencia, también apuntó que dicho control no era «un fenómeno realmente nuevo en la jurisprudencia de la Sala Primera» del TS, pues esta «definió y delimitó su ámbito de aplicación en dos sentencias ante-

<sup>178</sup> STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 12.º: «215. [...] cabe concluir: / a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC 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».

riores»: la STS, 1.ª, 18.06.2012 y la STS, 1.ª, 11.04.2013 [supra nota 30 b)]. Pues bien, en esta última STS, 1.ª, 11.04.2013 –cuyo Ponente fue el Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno– se alude a la carga económica y a la carga jurídica. En concreto, se lee en dicha STS, 1.ª, 11.04.2013:

«En línea con esta Sentencia [TS, 1.ª, 18.06.2012], se puede afirmar que el control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito 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 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» (cursiva del original; FD 2.º 3).

En la STS, 1.ª, 11.04.2013 se conoció de unas compraventas de vivienda y se discutía, aparte de otras cuestiones, sobre si se determinó en el contrato (determinabilidad) el plazo para su entrega y su condición, como término esencial, a propósito del retraso del vendedor en la entrega, con su incidencia en el remedio de la resolución por incumplimiento. El TS consideró que sí se había determinado el plazo de entrega, que este no tenía la condición de esencial, que el mero retraso no frustró el fin del contrato y que el cumplimiento tardío seguía siendo útil e idóneo para la satisfacción de los intereses de la compradora (v. FD 2.º 2 y FD 3.º, 1 y 2).

g) *Las razones por las que no son transparentes las cláusulas suelo: la no información del predisponente.* En concreto, porque: «a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato./ b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas./ c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar./ d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad – caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas./ e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor». (FD 13.º 225; Fallo 7.º, infra nota 306). (El razonamiento en 217-222<sup>179</sup>).

<sup>179</sup> A propósito de la falta de información del predisponente sobre la cláusula suelo, el TS emplea términos y expresiones como «sorprendente para el consumidor», oferta

El Auto Aclaratorio del TS (AATS) 03.06.2013 (Pte Excmo Sr D Rafael Gimeno-Bayón Cobos) aclara sobre la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 y su Fallo 7.º:

«2.1. El juicio de transparencia.

[...]

12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen 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. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo.

2.2. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado.

---

«engañosa», «señuelo», «tratamiento impropiaemente secundario» (cursivas mías). En concreto, según el FD 13.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013: «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 trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor./ 219. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo./ 220. [...]./ 221. Dicho de otra forma, pese a tratarse [...] de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, las propias entidades le dan un tratamiento impropiaemente 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 la falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» (cursiva del original).

Por otro lado, el TS se refiere a ciertas propuestas del Informe del Banco de España publicado en el BOCG, Senado, núm. 457, de 07.05.2010, sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, a fin de dar respuesta a la moción aprobada el 23.09.2009 por el Pleno del Senado, en la que se instaba al Gobierno a actuar contra las prácticas abusivas que algunas entidades de crédito vienen realizando con sus clientes en relación a la revisión de la cuota de sus hipotecas (Nota previa a los FD de la STS, 1.ª, P, 05.09.2013). En dicho Informe, se apuntaba a que se hicieran al cliente simulaciones de escenarios diversos sobre el comportamiento del tipo de interés. Según el FD 13.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013: «222. [...], el IBE propone, como una de las medidas para superar la polémica desatada sobre su aplicación [cláusula suelo], la ampliación de los contenidos que deban ser objeto de información previa a la clientela, para que incorporen simulaciones de escenarios diversos, en relación al comportamiento del tipo de interés, así como [...]».

Finalmente, en el FD 13.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 se lee: «224. Lo elevado del suelo hacía previsible para el prestamista que las oscilaciones a la baja del índice de referencia no repercutirían de forma sensible en el coste del préstamo [...], de forma que el contrato de préstamo, teóricamente a interés variable, se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza».

13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por una pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas».

h) *Algunas características del control abstracto, de la acción colectiva de cesación en contratos con consumidores.* «a) Debe referirse al momento de la listispendencia o a aquel posterior en el que la cuestión se plantee dando oportunidad de alegar a las partes./ b) No permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente./ c) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas, el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación./ d) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo» (FD 14.º 246; además 237-238<sup>180</sup>, 243 y 245<sup>181</sup>). (El razonamiento en 234-245).

i) *El parámetro del consumidor medio para valorar el desequilibrio importante contrario a la buena fe, en el control abstracto.* «[L]a norma española [no] contiene especiales precisiones de [...] qué debe entenderse por desequilibrio importante contrario a

<sup>180</sup> STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 14.º: «237. Consecuentemente, para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si estas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa./ 238. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente».

<sup>181</sup> STS, 1.ª, P, 09.05.2013, FD 14.º: «243. [...] No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas [...] y menos aun para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato»; «245. En definitiva, la finalidad de la normativa de consumo y la generalidad de sus términos imponen entender que el equilibrio de derechos y obligaciones es el que deriva del conjunto de derechos y obligaciones, con independencia de que el empresario haya cumplido o no la totalidad de las prestaciones. El desequilibrio puede manifestarse en la propia oferta desequilibrada, en la fase genética o en la ejecución del contrato, o en ambos momentos. [...]».

la buena fe, por lo que, atendida la finalidad de las condiciones generales [...] y de su control abstracto, no es posible limitarla a la esfera subjetiva» (FD 15.º 252) y «[a]ntes bien, es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido. Máxime» en «préstamos hipotecarios en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto» (FD 15.º 253).

j) *Cuándo la cláusula suelo es lícita.* Cuándo su transparencia permite al consumidor identificarla «como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos» (FD 15.º 256). El consumidor ha de estar «perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio» (FD 15.º 256). No se exige un «equilibrio “económico” o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite–» (FD 15.º 257) y la cláusula suelo es lícita incluso si no coexiste con una cláusula techo (FD 15.º 258)<sup>182</sup>. «En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención–. Sin perjuicio, claro está, de completarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso» (FD 15.º 259).

Y k) *el desequilibrio abstracto en el reparto de los riesgos por la cláusula suelo (control de abusividad), pues, el reparto real del riesgo es el de la cobertura exclusiva al prestamista del riesgo de oscilación a la baja del interés, y la frustración de las legítimas expectativas del consumidor sobre el posible abaratamiento del crédito.* La naturaleza del contrato celebrado fue la de un préstamo hipotecario a interés variable y «para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo

---

<sup>182</sup> Se añade: «y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo» (FD 15.º 258).

carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto» (FD 15.º 263), y «[s]i bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible –de ahí la utilidad de las cláusulas techo incluso muy elevadas–, en la realidad los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia –único que ha de ser objeto de examen– [...] dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza» (FD 15.º 264)<sup>183</sup>.

<sup>183</sup> La valoración, en su día, de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* fue dispar entre los autores. Por ejemplo:

a) Negativamente la valoraron CORDERO LOBATO, y CARRASCO PERERA. CORDERO LOBATO entiende «que la cláusula suelo es una condición general susceptible de contraste de abusividad» [su posición doctrinal *supra* [7] a) y nota 36] y «[p]rocede analizar [...] si [...] es abusiva» (ap. 3). Considera «decisión correcta» del TS la de negar que la cláusula suelo sea abusiva, «aunque no lo sea la motivación. Ha de afirmarse [CORDERO LOBATO] que las cláusulas suelo no son abusivas porque el juzgador carece de parámetros que le permitan determinar dónde se halla el límite entre lo abusivo y lo no abusivo. Al igual que sucede con la cláusula que fija el precio de los contratos, no hay criterios (legales, o derivados de la naturaleza del contrato) que permitan afirmar la mayor razonabilidad de un precio sobre otro. En el caso de las limitaciones a las bajadas de tipo de interés, por debajo del límite que impone la legislación represora de la usura [...] no existe una cifra de interés que sea más correcta que otra. Esta circunstancia ha de llevar a concluir que queda a discreción del financiador, no controlable a través del test de abusividad, la cifra de interés mínimo (y también máximo, en el caso de la cláusula techo) que será exigible conforme a la aplicación del tipo que se haya pactado) (ap. 3) y «una vez descartado su carácter abusivo, más allá del error vicio no hay ninguna otra regla jurídica que permita fundar la nulidad de la cláusula. Desde luego, no lo es el artículo 80.1 TRLCU, que el Tribunal ofrece como fundamento legal del control de transparencia sustancial (§ 210 de la sentencia), ya que es evidente que la consecuencia legal de la oscuridad de la cláusula o es la no incorporación al contrato [artículo 7 b) de la LCGC] o la interpretación a favor del adherente (a lo que [...] no podría llegarse a través de una acción colectiva, artículo 6.2 LCGC)», tampoco es fundamento el artículo 60 TRLGDCU [ap. 4; y *supra* nota 41 a)]. Para CORDERO LOBATO «[e]s preciso aclarar diversos extremos [...] completamente oscurecidos en la sentencia: / *Primero: es manifiestamente incorrecto considerar incorporada una cláusula y, sin embargo, negar su eficacia por falta de información “sustancial” del consumidor.* [...] / *Segundo: una cosa es que a la hora de determinar la abusividad de una cláusula hayan de valorarse las circunstancias particulares concurrentes en el caso (como ordena el artículo 82.3 TRLCU) y otra muy distinta que, entre tales circunstancias del contexto, se hallen las relativas al modo y manera en que el consumidor ha comprendido lo que ha consentido. [...] / Tercero: pero ¿cómo puede verificarse que el consumidor ha comprendido lo que consiente? ¿De verdad el consumidor estará “más informado” de la trascendencia económica del contrato si es informado por la entidad del carácter de “elemento definitorio del objeto principal del contrato” que tiene la cláusula suelo? [...] ¿cómo llegará la entidad a verificar esa actitud psicológica del consumidor para comprender lo que se le explica? [...] la entidad deberá procurarse pruebas que acrediten que informó hasta el aburrimiento al consumidor [...]. / Cuarto: ciertamente, es la omisión de información sobre los riesgos [...] lo que puede conducir a un consentimiento existente pero viciado por error o dolo. Claro que [...] ha de darse una sustancialidad [...] cuya concurrencia es cuestionable en este caso. Y [...] es dudoso que la nulidad del contrato por error no debiera determinar la nulidad total del contrato [...].» (ap. 5). CORDERO LOBATO afirma que «[...] no hay un *tertium genus* entre incorporación y abusividad por desequilibrio del artículo 82 TRLCU,*



pues no existe una exigencia autónoma de transparencia “sustancial” como la que propone el Tribunal cuyo control pueda dar lugar, *per se* (esto es, sin que exista abusividad por desequilibrio censurable conforme al artículo 82.1) a nulidad. [...] ha de considerarse que cuando es el Legislador el que ha establecido el estándar de transparencia (los contenidos relevantes y la forma de ofrecerlos a la hora de prestar consentimiento contractual) en un ámbito negocial determinado (como sucedía en los préstamos hipotecarios desde las órdenes ministeriales de [...]), el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa especial determina la incorporación de las cláusulas correspondientes al contrato, lo que, [...] presupone su conocimiento por parte del consumidor. Naturalmente, esto no significa que el contrato así celebrado sea válido en cualquier circunstancia, pues, en efecto, el cumplimiento de las formalidades contenidas en la regulación especial no impediría que el contrato pueda contener cláusulas abusivas, que pueda ser anulado por error» (ap. 6). CORDERO LOBATO también critica que el TS haya hecho sus pronunciamientos en el marco de una acción colectiva (ap. 7). Todas las cursivas del original y citas de CCJC (2014). V. *infra* nota 231. Este trabajo publicado en CCJC (2014) y firmado por CORDERO LOBATO, se encuentra publicado en coautoría con CARRASCO PERERA en *Centro de Estudios de Consumo*; en relación con CARRASCO PERERA, además, *supra* [7] a) [A].

b) También la valoró negativamente ALFARO ÁGUILA-REAL. Entre otros extremos, para el autor: «[e] *tercer error* [cursiva mía] lo cometió la sentencia de 9 de mayo de 2013 al establecer unos criterios demasiados rígidos y desproporcionados para decidir sobre la transparencia o falta de transparencia de la cláusula-suelo. Aquello de las “simulaciones” estaba fuera de lugar. El Supremo debería revocar también la sentencia en este particular limitándose a indicar que lo decisivo es que el consumidor pudiera tomar conciencia, razonablemente, del significado y alcance de la cláusula-suelo, de forma que debe bastar con que esté claramente redactada y se incluya en el contrato junto con y con la misma relevancia que la cláusula que determina el tipo de interés» [*InDret* (2017) p. 7]. Para otra crítica del autor a la presente STS (la de que, en el marco de una acción colectiva, el TS declarara abusiva la cláusula suelo, pues no tenía información sobre las concretas circunstancias de celebración de los contratos) *infra* nota 216 d.1).

c) En cambio, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ la valoró positivamente, aunque con reparos. En su opinión, la STS, 1.ª, P. 09.05.2013 «implica un salto cualitativo muy importante en el modo de entender el deber de información en la contratación bancaria» (p. 4). Su novedad «es que aclara que este deber de transparencia nada tiene que ver con la claridad y la comprensibilidad de la cláusula en sí misma considerada, sino que ha de valorarse si mediante la inclusión de una cláusula dada en el contrato, la onerosidad del contrato, es decir, el acuerdo sobre el precio y la contraprestación, resulta distinto, en perjuicio del consumidor, del que legítimamente creía haber pactado» (p. 17). Pero hay algunos «déficit[s] de fundamentación [...] paradójico en una sentencia de 139 páginas» (p. 17). Uno, que «no acierta a establecer el fundamento normativo de esta obligación de transparencia tan elevada, y de manera incoherente incardina este deber de transparencia cualificado respecto del objeto principal del contrato en el artículo 80.1 TR-LGDCU», que «no impone requisitos de transparencia superiores a los del artículo 5 de la LCGC. Antes bien, ambas normas son coincidentes y redundantes» (pp. 17-18). PERTÍÑEZ VÍLCHEZ considera que el «deber amplio de transparencia respecto del objeto principal puede residenciarse en el artículo 60 TR-LGDCU» (p. 18). El autor destaca la *conexión* del artículo 60, o del análogo artículo 20, ambos TR-LGDCU, con «la declaración de nulidad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato por falta de transparencia, de tal manera que ésta [la nulidad] parece la consecuencia jurídica natural del incumplimiento de este deber general de información sobre el precio y la contraprestación, cuando el empresario trate de incorporar al contrato una cláusula sobre la que se debió haber informado, a la luz de tal deber general, en la fase precontractual» [p. 18; v. *supra* nota 41 a)]. Otro déficit es, si «[...] la STS 9.5.2013 [...] deja claro, en línea con la literalidad del artículo 4.2 de la Directiva 13/93, que la consecuencia de la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato se conecta con el control de contenido; la cláusula en cuestión es abusiva» (pp. 22-23), «se echa en falta en la STS 9.5.2013 [...] una correcta argumentación que conecte la falta de transparencia de la cláusula suelo con el reproche de abusividad. Es preciso incardinar la abusividad por un defecto de transparencia en el supuesto de hecho del artículo 82 TR-LGDCU» (p. 23). Todas las citas de *InDret* (2013). Y un tercer problema de la STS, 1.ª, P. 09.05.2013 reside en el enjuiciamiento de la abusividad de la cláusula suelo por un defecto de transparencia en una acción colectiva, en donde opera un juicio abstracto, no teniendo en cuenta las particulares circunstan-

4.2 LA STS, 1.<sup>a</sup> P, 08.09.2014 (PTE EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIONES INDIVIDUALES)<sup>184</sup>

[26] El TS señala que la *contratación con condiciones generales (contratación seriada)* es una práctica negocial que constituye un *auténtico modo de contratar, diferente del contrato por negociación* que el Código civil regula. La *eficacia* de dicho modo de contratar descansa *no tanto en el consentimiento del adherente, sino en que el predisponente cumpla unos especiales deberes de configuración contractual referidos al equilibrio prestacional y la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta*. El control de transparencia de las condiciones generales de la contratación (contratación seriada) es un *control de legalidad*, cuyo fin principal es comprobar la *comprensión real* de la cláusula contractual predispuesta *en los aspectos básicos del contrato*, y que *el consumidor pueda conocer y comprender las consecuencias jurídicas a su cargo* (el sacrificio que el contrato le supone y su posición jurídica). Dicho control de legalidad opera *al margen del contrato por negociación* y por ello *fuera de los vicios del consentimiento*. Su objeto *no es enjuiciar la validez del consentimiento, ni su interpretación*. Por último, la transparencia, parte integrante del control de abusividad, *no se limita a constatar la claridad gramatical de la cláusula*, pues requiere enjuiciar el contrato a efectos de comprobar que *el consumidor puede directamente evaluar las consecuencias económicas y jurídicas a su cargo*. (Cfr. con la tesis de Orduña Moreno, *supra* [23]).

---

cias del caso, algo de lo que, en opinión de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, no se puede prescindir: v. *infra* nota 200 b).

d) Además, MORENO GARCÍA *supra* [14]; CAÑIZARES LASO, *supra* [15]; CARBALLO FIDALGO, *infra* nota 312.

<sup>184</sup> HECHOS: Se acumularon ocho acciones individuales de clientes en las que se pedía la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, en los préstamos hipotecarios celebrados con la correspondiente entidad financiera (*Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, Bankia*), su condena a la eliminación de la cláusula y la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por ella e intereses legales (FD 1.º 3). En *primera instancia se estima en parte la demanda: la cláusula suelo era abusiva* «por falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor, al no establecer una cláusula techo que proteja al consumidor de las subidas del tipo de interés y le compense del riesgo que supone no aplicarle las bajadas del interés por debajo del tipo estipulado en la cláusula suelo» (FD 1.º 3). En *segunda instancia se rechazó* que la cláusula fuera abusiva. Los clientes recurrieron en casación (motivo cuarto: infracción de los arts. 80 y 82 TRLGDCU y 8.2 LCGC, por «ausencia de reciprocidad que compense la limitación derivada de la cláusula suelo y la ausencia de buena fe en el comportamiento de la entidad bancaria, que se concreta en la ocultación de la existencia de estas limitaciones a la variación de los tipos en la fase precontractual», FD 2.º 1). El TS *casa* y confirma íntegramente la sentencia de primera instancia (Fallo; en relación con el Fallo, *infra* nota 187). El *Pleno* y el *Voto particular* se refieren al caso *Kásler* del TJ.

«[C]onviene resaltar la perspectiva conceptual y metodológica de la doctrina jurisprudencial de esta Sala que ha partido, ab initio, de la realidad de este fenómeno para señalar que la contratación bajo condiciones generales, por su naturaleza y función, tiene una marcada finalidad de configurar su ámbito contractual y, con ello, de incidir en un importante sector del tráfico patrimonial, de forma que conceptualmente debe precisarse que dicha práctica comercial constituye un auténtico modo de contratar claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado por nuestro Código Civil, con un régimen y presupuesto causal propio y específico que hace descansar su eficacia última, no tanto en la estructura comercial 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. Esta calificación jurídica, reconocida inicialmente en la citada Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2012, ha sido una constante en la doctrina jurisprudencial aplicable al fenómeno de la contratación seriada siendo reiterada, tanto por la Sentencia de esta Sala que primeramente enjuició el supuesto de las cláusulas suelo, la también citada STS de 9 de mayo de 2013, como por las resoluciones más recientes en materia de contratación seriada, SSTS de 10 de marzo de 2014 [...], de 11 de marzo de 2014 [...] y de 7 de abril de 2014» (FD 2.º 5).

«[E]l 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» (arts. 5 Dir 93/13/CEE, 5.5 y 7.b) LCGC, 80.1.a) TRLGDCU «queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar, primordialmente, que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato» (FD 2.º 6).

«[E]l control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este especial deber de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada. Se entiende, de esta forma, que este control de legalidad [...] fuera del paradigma del contrato por negociación y, por tanto, del plano derivado de los vicios del consentimiento, no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes [...] para la aplicación del referido control» (FD 2.º 7).

«[E]l control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la

consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada» (en armonía con la STJU, caso *Kásler*) (FD 2.º 8)<sup>185</sup>.

[27] *Para el Pleno de la Sala*, en todos los casos, el predisponente *incumplió*, en relación con la cláusula suelo, su deber de comprensibilidad real. Lo justifica con diversas razones. Entre ellas, que la entidad bancaria *no puede descargar o suplir el cumplimiento de su deber de transparencia en la actuación del notario de lectura de la escritura pública y de contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con las del respectivo contrato de préstamo hipotecario, salvo actuación específica al respecto* [a lo largo del trabajo se irá viendo cómo el TS valora, en *otras* de sus SS, la actuación del notario en relación con el deber de transparencia del predisponente: *infra* [30] a), [38], [44] y nota 220 a)].

«En primer lugar, excluido el carácter negociado de la cláusula suelo, el análisis del presente caso se dirige a valorar si [...] el predisponente cumplió con el especial deber de comprensibilidad real de dicha cláusula en el curso de la oferta comercial y de la reglamentación contractual predispuesta. En este sentido [...] no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudiera evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba [...] lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento significativo en la modulación o formulación básica de la oferta de este tipo de contratos, que debe ser objeto de un realce específico y diferenciable. En el presente caso, esto no fue así pues el alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios [...], en donde su referencia se realiza sin resalte o especificidad alguna, dentro de una cláusula más amplia y extensa rubricada, significativamente, en atención a la regulación del “interés variable” del préstamo.

<sup>185</sup> El Ponente de la STS, 1.ª P, 08.09.2014, ORDUÑA MORENO, sintetiza así su contenido: «la [...] Sentencia de 8 de septiembre de 2014 sistematiza dicha caracterización en los siguientes criterios: / a) Su fundamento en el marco del específico y diferenciado presupuesto causal que informa el régimen de validez y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación. / b) Su proyección, con base al principio de buena fe, en un previo y especial deber contractual de transparencia real que incumbe al predisponente y que debe quedar plasmado en la reglamentación predispuesta. / c) Su aplicación como un control de legalidad a tales efectos (artículo 5 de la Directiva 93/13, artículos 5.5 y 7.b de la LCGC y artículo 80.1.a del TR LGDCU)» [(2016) p. 83].

[...] también resulta significativo que la parte recurrida [la entidad financiera], fuera de probar los anteriores extremos en el curso de la reglamentación predispuesta, descargue el cumplimiento de su propio deber de transparencia en los protocolos notariales de los contratos celebrados. [...] debe señalarse, sin perjuicio de la importante función preventiva que los Notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación que, conforme a la caracterización y alcance del control de transparencia expuesto, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predispuesta, de forma que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste con las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia<sup>186</sup>.

---

<sup>186</sup> En relación con los notarios, ORDUÑA MORENO (Ponente de la STS, 1.ª P, 08.09.2014) señala, que «la tutela preventiva se presenta como un elemento imprescindible del sistema general del control de abusividad en la medida en que su proyección tiende a reforzar la seguridad jurídica del tráfico patrimonial y, en su caso, facilitar el control judicial de la abusividad que se presenta, a su vez, como un derecho irrenunciable de los consumidores y usuarios» (p. 94). Ahora bien, «la tutela preventiva no puede sustituir o reemplazar al propio control judicial que es el único, [...], que resulta competente para valorar, con la observancia del principio de contradicción, las circunstancias del litigio principal y deducir de ellas, en su caso, las oportunas consecuencias que se deriven de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión» (p. 94). Por otro lado, el desarrollo de la tutela preventiva «en un sistema de control de la abusividad puede presentar una diversa graduación que va desde una tutela preventiva de carácter meramente formal, residenciada básicamente en unos deberes de información acerca de la posible existencia de cláusulas abusivas, pero sin entrar en el examen de su incidencia en el contrato que se pretende celebrar o el procedimiento de su ejecución extrajudicial, a una tutela preventiva de carácter material o pro-activa que permita que dicha incidencia o contraste de la posible abusividad tengan un claro reflejo en la intervención notarial o en la calificación registral» (p. 94). Y en opinión de ORDUÑA MORENO, «la pregunta en torno al contenido o alcance que encierra la función notarial en la intervención en la contratación seriada debe ser respondida en el sentido pleno que desarrolla la tutela preventiva, esto es, de la competencia del Notario para realizar el correspondiente juicio o control de legalidad de la reglamentación predispuesta, objeto del instrumento público en toda su extensión, es decir, tanto respecto a la legalidad formal, como material de la misma» (p. 96). «En suma, si la tutela preventiva que realiza el Notario en la contratación seriada viene marcada por una clara finalidad garantista de los derechos de los consumidores y usuarios, difícilmente puede explicarse que el instrumento que articula [*sic*; articula] dicha tutela, esto es, el control de legalidad no comprenda el examen de aquellas cuestiones o aspectos que directamente comprometen estos derechos básicos, es decir, el estudio de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta./ Esta es la posición que se desprende de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, especialmente de la citada STS de 8 de septiembre de 2014. En dicha Sentencia, a propósito del control de transparencia en las cláusulas suelo, se destaca la importancia de la tutela preventiva que deben realizar los notarios sobre el control previo de legalidad de las condiciones generales precisándose, a continuación, que el desarrollo meramente formal de dicho control, referido a la lectura e información del contenido de la escritura pública, sin protocolo o actuación específica respecto de un examen de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta, no sufre por ella sola, el cumplimiento del especial deber de transparencia que incumple [*sic*; incumbe] al predisponente en este modo de contratar (Fundamento de derecho segundo, apartado 9 de la Sentencia)» (p. 97). «[Y] en la línea de actuación que abre la STS de 8 de septiembre de 2014, se infiere que la intervención del notario en la contratación seriada presenta en la actualidad un claro desarrollo en orden a mejorar la tutela preventiva en este relevante modo de la contratación contribuyendo, de esta forma, a la perfección del sistema general de control de abusividad no solo en atención a la salvaguarda de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, sino también en beneficio de la calidad de la negociación y competitividad en este importante sector del trá-

En segundo lugar, una vez que ha quedado excluido el cumplimiento, por parte del predisponente, del deber de transparencia en el propio curso de la oferta y de la reglamentación predispuesta cabe plantearse [...] si este control queda acreditado en el ámbito de la “transparencia formal o documental” que acompaña a este modo de contratar, particularmente del documento en donde se contempla la llamada oferta vinculante. [...] la respuesta debe ser también negativa pues el citado documento sigue el mismo esquema formal de las escrituras públicas analizadas en donde la cláusula suelo, referida a un “tipo mínimo anual”, queda encuadrada en el apartado correspondientemente rubricado con referencia excluida al “tipo de interés variable” (condición 3 bis de la oferta), sin mayor precisión y comprensibilidad de su alcance o relevancia y en un contexto caracterizado por la abundancia de datos y formulaciones bancarias, ausente, por otra parte, de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación; criterios [...] tenidos en cuenta por esta Sala en el caso similar que dio lugar a la Sentencia de 9 de mayo de 2013» (FD 2.º 9)<sup>187</sup>.

[28] El *Voto particular*, en cambio, entendió, para dos de los casos, que el predisponente *no* había infringido *su deber de transparencia material* y las cláusulas suelo *no* debían declararse abusivas. Lo justifica *en* la redacción clara y comprensible de la cláusula suelo y *en* su correcta y lógica ubicación sistemática en el contrato (cláusula no emboscada), *en* que no es extraño o sorpresivo que en un contrato con interés variable se pacte un tipo de interés mínimo cuya forma de operar es fácil de comprender (basta la simple lectura del consumidor), *en* los años en que la cláusula suelo llevaba operando en la práctica a fecha de 2007 y 2008, y *en* la claridad de la oferta vinculante.

«1. Mi disidencia [Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo] respecto del parecer de la mayoría no radica en que pueda practicarse el control de transparencia en este caso, sino en cómo se ha realizado.

[...].

fico patrimonial» (pp. 97-98; v. hasta p. 99). Todas las citas de (2016). V. *infra* nota 220 b) para la opinión de VÁZQUEZ MUIÑA sobre el papel de los notarios.

<sup>187</sup> Por último, y más allá de lo anterior, en el siguiente ap. 10 del FD 2.º de la S, el TS advierte: «[...] conviene indicar que esta Sala no ha podido entrar en la incidencia de la declaración de abusividad y el régimen aplicable a la relación contractual, particularmente a los efectos sobre el contrato a raíz de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva, dado que la parte demandante [clientes] se aquietó en este extremo con el pronunciamiento de la sentencia de Primera Instancia, (bajo el imperio del principio dispositivo), quedando [...] firme». Según SÁNCHEZ MARTÍN: «A mi juicio, la inclusión expresa de esta justificación [del FD 2.º 10] obedece a la necesidad de aclarar este extremo, consciente de su enorme trascendencia social y también para la comunidad jurídica. La razón es sencilla y lógica, la parte prestataria se aquietó en este extremo con el fallo de la sentencia de primera instancia que rechazó esta pretensión de condena a la devolución de las cantidades cobradas, con el argumento de que su formulación en la demanda no reunía los requisitos de concreción que, a efectos de la liquidez, establece el artículo 219 LEC. [...] Al no apelar este pronunciamiento de la sentencia, la cuestión quedó imprejuzgada en el ámbito de la casación» [*La Ley* (2015) p. 6]. V. *supra* nota 184.

5. [...], no sólo la redacción de la cláusula es clara y comprensible, sino que su ubicación sistemática dentro del contrato es correcta y lógica, pues viene a continuación de la explicación de cómo se calcula el tipo de interés. No se trata de una cláusula emboscada o introducida en un lugar del contrato que impide se la pueda poner en relación con el interés pactado.

6. [...] que en el marco de un contrato con interés variable se pacte, además de un diferencial aplicable al índice de referencia, un tipo de interés mínimo no es, en sí mismo, algo extraño o sorprendente, y desde luego la forma en que opera es fácilmente comprensible. De hecho, basta la simple lectura para que un consumidor pueda comprender “las consecuencias económicas derivadas a su cargo” [...].

El plano más general o abstracto en el que se mueve este enjuiciamiento del control de transparencia, distinto [...] del enjuiciamiento concreto del error vicio en el consentimiento, nos permite realizar valoraciones generales sobre lo que podía o no llegar a ser comprensible para un consumidor y en qué medida podía conocer que el interés del préstamo era variable, cuál era el índice de referencia y el diferencial aplicable, y, lo que ahora interesa, que en ningún caso el interés nominal así calculado sería inferior a un determinado tipo de interés mínimo.

En la contratación bancaria, hay muchas cuestiones que guardan relación con el precio, cuyo entendimiento puede llegar a ser difícil o, cuando menos, “no fácil” para un consumidor. Pero que, a pesar de pactarse un interés variable, se establezca un tipo de interés mínimo, eso no encierra dificultad de entendimiento ni tiene por qué resultar sorprendente después de unos años de práctica comercial, máxime cuando es un hecho notorio que la fiebre del mercado inmobiliario de los años en que se pactaron estas cláusulas, en el que participaron de forma masiva los consumidores, provocaron un conocimiento poco menos que natural del coste de las hipotecas.

Me resulta difícil de admitir que en el caso de los contratos de 2007 [...], y de 2008, [...], después de más de cuatro y de cinco años, respectivamente, de la aparición de forma generalizada de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, el consumidor no pudiera llegar a conocer de su existencia y de las consecuencias económicas que le podía deparar, máxime cuando en ambos casos la oferta vinculante era extremadamente clara. En la primera página, de forma esquemática, se muestran los elementos esenciales del contrato (el capital y la forma de entrega, la amortización y los intereses), sin ninguna literatura que pudiera contribuir a que algún detalle pasara inadvertido o resultara confuso.

En esta primera página de la oferta vinculante, se indica: «**Tipo nominal aplicable:** índice de referencia+Margen». Y al lado: «Tipo Mínimo 3,45%», en un caso, y, en el otro, «Tipo Mínimo 2,85%».

De este modo, entiendo que para un consumidor, en mayo de 2007 y en mayo de 2008, después de varios años en que era común y conocida la inclusión de un interés mínimo en préstamos hipotecarios de interés variable, habiendo mediado, además, una oferta vinculante en la que se resaltaba de forma muy clara y sencilla

lla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo (en un caso 3,45% y en otro 2,85%), las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo y su simple lectura permitía comprender al consumidor “las consecuencias económicas derivadas a su cargo”» (negrita del original)<sup>188</sup>.

#### 4.3. LA STS, 1.ª, P, 24.03.2015 (PTE EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; ACCIÓN COLECTIVA)<sup>189</sup>

[29] El TS señala *que* existe un control de inclusión (caracteres tipográficos legibles, redacción comprensible) y *que* no pueden uti-

<sup>188</sup> PERTÍÑEZ VILCHEZ discrepa de la valoración del *Voto particular*: «En nuestra opinión, los argumentos del voto particular paradójicamente explican por sí mismos todo lo contrario de lo que pretende justificar. Esto es, explican, por qué no basta con la mera inclusión de manera clara y comprensible de la cláusula en la escritura de préstamo y en la oferta vinculante para que la misma hubiese sido conocida y comprendida por el consumidor y, por lo tanto, para que hubiese prestado su consentimiento a partir selección [*sic*; de la] entre las distintas ofertas existentes en el mercado con pleno conocimiento de causa sobre el coste del crédito. Y es que, sin una información adicional sobre cómo podía afectar a la cuantía de los intereses nominales debidos la existencia de una cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia, para que el consumidor fuera capaz de valorar los efectos de la cláusula sobre el coste del crédito a partir de su mera lectura, sería preciso que tuviera un conocimiento anterior acerca de la habitual inclusión de cláusulas de este tipo en los contratos de préstamo hipotecario y, además, sobre la posibilidad de que el índice de referencia pudiera en el futuro bajar por debajo de ese límite mínimo y sobre la repercusión en términos cuantitativos que sobre su cuota podría tener ese límite mínimo en caso de bajada del índice de referencia. En nuestra opinión [PERTÍÑEZ VILCHEZ], es mucho suponer que todo esto fuera conocido en el año 2007 o 2008 –antes de que el euribor emprendiera una senda descendente– por un consumidor medio./ No negamos que el conocimiento socialmente extendido sobre la habitual inclusión de cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios y sobre la trascendencia de dicha cláusula sobre los intereses nominales del crédito en el momento en que tenga lugar la contratación puede ser una circunstancia más a tener en cuenta, conforme al 82.3 TR-LGDCU, en la valoración del juicio de abusividad de dicha cláusula por falta de transparencia. Sin embargo, este conocimiento socialmente extendido se ha producido en épocas posteriores, desde luego no antes de que a consecuencia del descenso abrupto y continuado del Euribor a partir de enero de 2009 comencien a activarse los límites mínimos de los préstamos hipotecarios y se exterioricen en los medios de comunicación social las quejas de los afectados al comprobar que pese a esta bajada no descenden sus cuotas periódicas. En cualquier caso, la prueba de este conocimiento socialmente extendido compete a la entidad financiera, si bien podría considerarse como un hecho notorio, por lo menos, a partir de la STS 9 mayo 2013 [...] y el impacto que tuvo en los medios de comunicación» [(2017) pp. 70-71, v. desde p. 67; v. además pp. 111-112].

<sup>189</sup> HECHOS: *AUSBANC CONSUMO* ejercitó contra *Cajasur Banco S.A.U.* acción colectiva de cesación de la cláusula suelo en préstamos hipotecarios a interés variable. En *primera instancia se apreció su nulidad*, condenándose a *Cajasur* a su eliminación de los préstamos, a la abstención de utilizarla en el futuro, y a la publicación del fallo de la sentencia e inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. La *Audiencia Provincial desestimó* el recurso de apelación de *Cajasur*, aplicando la doctrina de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (supra [25])*. *Cajasur* recurre en casación: alega que la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* «es errónea y que sus criterios deben ser revocados»; «el interés casacional [...] es la pretensión de modificación de la jurisprudencia». (FD 1.º). El TS no casó (Fallo; v. FD 9.º). El TS cita los casos *RWE Vertrieb, Käsler* y *Matei* del TJ.

*Supra [7] b)* doy cuenta de otro aspecto de esta *STS, 1.ª, P, 24.03.2015* (sobre si el TS había o no creado Derecho con el control de transparencia).



lizarse cláusulas que impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico precio y prestación, inadvertido ello para el consumidor medio. El artículo 4.2 Dir 93/13/CEE conecta la transparencia con el juicio de abusividad, pues, la no transparencia priva al consumidor de la posibilidad de comparar las ofertas existentes en el mercado, no pudiendo representarse fielmente el impacto económico que le supone obtener la prestación según contrate con uno u otro sujeto, o según contrate uno u otro tipo de préstamo. Puede declararse abusiva la condición general que defina el objeto principal del contrato, si la no transparencia produce, para el consumidor, una alteración subrepticia del equilibrio subjetivo entre precio y prestación<sup>190</sup>.

«[...]», que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación [...]). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que puede pasar inadvertida para el consumidor medio.

El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad [...], porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el efecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación» (FD 3.º 3).

---

<sup>190</sup> Cfr. la argumentación del TS con la tesis y consideraciones de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ *supra* [13], *infra* notas 202 y 204, y [61] *Cuarto*; v. además la tesis de MIQUEL GONZÁLEZ *supra* [12]. Y v. las consideraciones de CÁMARA LAPUENTE, *supra* [17] en caja más pequeña y nota 127, e *infra* la siguiente nota 191 párrafo II.

[30] En cuanto a los criterios fijados por la *STS, 1.ª P, 09.05.2013* para apreciar la existencia de transparencia material (*supra* [25]), la entidad financiera los cuestiona (motivo segundo de su recurso de casación). De su cuestionamiento solo me interesa referirme a la alegación de la infravaloración de «la advertencia notarial», y a la de «que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia [*TS, 1.ª P, 09.05.2013*] solo puede ser apreciada caso por caso, dada la concomitancia con el error vicio del consentimiento» (FD 4.º 2). El TS considera correctos los criterios apuntados en la *STS, 1.ª P, 09.05.2013*, y:

a) *Sobre el papel del notario*, apunta *que*, según el artículo 84 TRLGDCU, aquél no autorizará los negocios en los que se pretendan incluir cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el correspondiente Registro; *que* la *OM 05.05.1994* establece que cuando las limitaciones al alza y a la baja no sean semejantes, el notario consignará eso expresamente en la escritura y advertirá a las partes; y *que* la intervención del notario se produce cuándo la firma de la escritura del préstamo hipotecario, intervención que a menudo es simultánea con la compra de la vivienda, y dicho momento no parece el más adecuado para que el consumidor revoque su decisión por la información inadecuada.

«Tampoco se infravalora la actuación del notario autorizante de la escritura de préstamos hipotecario. Como se afirmó en la sentencia de esta Sala, de Pleno, núm. 464/2014, de 8 de septiembre [...] [*supra* [27]].

Debe tomarse en consideración que el artículo 84 TRLCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación [artículo transcrito *infra* nota 343]. Y que el artículo 7.3.2.c) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, al prever que el notario advertirá sobre los “[...] límites a la variación del tipo de interés”, establece que “*en particular cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esta circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes*” [artículo transcrito *infra* nota 341 a)]. Y, como se declaró en la sentencia de esta Sala núm. 241/2013 [1.ª P, 09.05.2013, *supra* [25]], la razón de considerar abusiva las condiciones generales que establecían la cláusula suelo, objeto de aquella sentencia, no era el desequilibrio entre el suelo y el techo, sino la falta de transparencia en el establecimiento del suelo por debajo del cual no bajaría el tipo de interés variable pactado.

Por último, la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de

la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada» (FD 5.º 3; cursiva del original).

b) *Sobre que la transparencia con base en los criterios de la STS, 1.ª P, 09.05.2013 (supra [25]) solo pueda apreciarse caso por caso, por su afinidad con el error vicio, ello no se comparte, por ser incompatible con la regulación interna y comunitaria de la acción colectiva que trata del control abstracto de validez de las condiciones generales del contrato y que toma como referencia al consumidor medio (no al del concreto caso), y que toma como referencia las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa.*

«[...] la alegación de que el control de transparencia con base en los criterios expresados en la sentencia solo puede ser apreciado caso por caso, no se comparte, porque es incompatible con la regulación que tanto el Derecho interno como el comunitario hacen de la acción colectiva.

Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los artículos 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias del artículo 7 de la [...] Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje [...] en el artículo 51.1 de la Constitución.

De acuerdo con la tesis mantenida en el recurso, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la sentencia núm. 241/2013 [TS, 1.ª P, 09.05.2013]) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia). Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que

se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (artículo 51.1).

La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa» (FD 5.º 7).

La reproducida exposición coincide plenamente con el *Auto* del TS de 06.11.2013 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena, *supra*, nota 168 párrafo II).

[31] Por último, el TS se sitúa en el juicio de abusividad, pues *la entidad bancaria* «critica [...] que el juicio de abusividad quede diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente sea abusiva» (FD 6.º 2), lo que, *para el TS*, no es correcto, pues, la no transparencia de una cláusula no significa que sea desequilibrada para el consumidor (excepcionalmente pudiera serle inocua). *Ahora bien*, ello no sucede con la cláusula suelo: su no transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, incompatible con las exigencias de la buena fe, pues no puede representarse el impacto económico del contrato, ni comparar correctamente las diferentes ofertas que existían en el mercado.

«La crítica que se formula acerca de que el juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva, no se considera correcta.

La sentencia núm. 241/2013 [TS, 1.ª, P, 09.05.2013] afirma que “*la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas*” (apartado 250). Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente.

Pero no es ese el supuesto de las llamadas “cláusulas suelo” [no son inocuas; tienen efectos negativos para el adherente]. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente

entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»<sup>191</sup> (cursiva del original; FD 7.º 2<sup>192</sup>; v. además FD 5.º 5).

<sup>191</sup> Las expuestas ideas del TS se reiteran en las STS, 1.ª, P, 25.05.2017 (*infra* [39]) y STS, 1.ª, 07.11.2017 (FD 4.º 10; Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres).

Para CÁMARA LAPUENTE: «El Tribunal Supremo español adoptó esa solución (abusividad directa por falta de transparencia) primero en la STS 9 mayo 2013 [*supra* [25]] y la refrendó en la STS 8 septiembre 2014 [*supra* [26]-[27]], aun sin demasiadas precisiones sobre su naturaleza jurídica (control de incorporación / control de contenido abusivo), pero claramente consideró que la cláusula no transparente era abusiva, ligando por tanto el artículo 80.1 TRLGDCU (incorporación) con el artículo 82.1 TRLGDCU (abusividad); es decir, en términos de la Directiva, los artículos 4.2 y 5 con los artículos 3 y 6. En la reciente STS (Pleno) 24 marzo 2015, se reafirma en la conclusión pero trata de matizarla en dos sentidos: 1) [...] 2) *El control de transparencia está ligado con el juicio de abusividad ex artículo 4.2 de la Directiva, “porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor*, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico”. Por lo tanto, para el TS, a [*sic*; la] falta de transparencia supone *per se* un desequilibrio sustancial. Recuérdese el tenor legal del § 307 BGB [*supra* [5]] en sentido similar, del que carecen la Directiva y el ordenamiento español. Como ha quedado demostrado, el TJUE no ha llegado nunca tan lejos: la argumentación del TS evoca la justificación que parte de la doctrina alemana da para justificar el “desequilibrio” que la normativa europea y nacional exige para que una cláusula sea abusiva. Pero propiamente no exige ninguna prueba de tal desequilibrio: se da por producido por el puro hecho de no comparar con otras ofertas (más bien habría que decir, por enturbiar o manipular la comparación) y no poder hacerse una cabal representación de la contraprestación económica. Es decir, que situados en el terreno del artículo 4.2 de la Directiva, en que la falta de transparencia llevaría al juzgador a tener que evaluar no el “desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes” como en el resto de cláusulas, sino la justicia económica del contrato, ante la dificultad, imposibilidad o inoportunidad de esa ponderación, los defensores de la tesis que conecta falta de transparencia y abusividad fabrican o preconstituyen un argumento que no es realmente demostración o resultado, sino justificación preconcebida: falta de transparencia = desequilibrio = no poder comparar ofertas y no poder entender impacto económico = desequilibrio “subjetivo” (representación que se hizo [*sic*; el] consumidor, no objetivo (no objetiva relación calidad/precio). Debe reconocerse el esfuerzo argumentativo subyacente en esta tesis. Sin embargo, como los numerosos debeladores de la misma en varios países hay [*sic*; han] puesto de relieve, la falta de transparencia no necesariamente causará un desequilibrio en el sentido de la Directiva; es más, una cláusula podría ser beneficiosa incluso para el consumidor pero haber sido mal redactada o éste podría haberla no comprendido sin que le perjudicase; el TS no desconoce el argumento, pero lo descarta en concreto para las cláusulas suelo, en las que reafirma la ecuación falta de transparencia = desequilibrio. Esta solución vendría a sobreentender que las cláusulas oscuras o redactadas o comunicadas de manera no comprensible para el consumidor estarían por esa sola razón implícitamente incluidas en el listado de cláusulas directamente (lista negra española) o potencialmente (Directiva) abusivas, cosa que realmente no es así en ninguno de los dos haces normativos. Y, por último, también cuando se practica el juicio sobre el posible carácter abusivo de una cláusula (artículo 3 Directiva, artículo 82 TRLGDCU) es necesario tomar en consideración (por imperativo del artículo 4.1 Directiva y 82.3 TRLGDCU) “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 éste dependa”. Naturalmente, este itinerario circunstanciado, ponderado, también para las cláusulas no transparentes relativas al objeto principal hace su declaración como abusivas particularmente trabajoso» [todas las cursivas del original; AAMN (2015) pp. 601-605; v. pp. 554 [conclusión 3)], 561, 563-564, 590, 609, 610]. Cf. *infra* nota 203 a) y b) en relación con AGÜERO ORTIZ. Y v. la propuesta alternativa de MARTÍNEZ ESCRIBANO al criterio de la abusividad directa del TS cuando la cláusula suelo no fue transparente, *infra* nota 321, párrafo II.

<sup>192</sup> El texto del FD 7.º 2 de la STS, 1.ª, P, 24.03.2015 continúa: «Como decíamos en la sentencia núm. 241/2013 [TS, 1.ª, P, 09.05.2013], apartado 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

4.4. LA STS, 1.ª, P, 25.03.2015 (PTE EXCMO SR D EDUARDO BAENA RUIZ; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, Y ADHESIÓN EXCMO. SR. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>193</sup>

[32] El TS apunta que la buena fe de los círculos interesados, en cuanto que ignoraban que la información que suministraban no

*ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor»* (cursiva del original).

<sup>193</sup> HECHOS: Jon y Tamara demandaron al BBVA y entre otros extremos pidieron: la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo en sus contratos de préstamo a interés variable, la condena al BBVA a que eliminase dicha cláusula de sus contratos y la devolución del «importe cobrado hasta la fecha de la demanda» (cursiva mía) por dicha cláusula, así como de las cantidades que por ella fueran pagando, con sus intereses legales, hasta la resolución definitiva del pleito. En primera instancia se declaró abusiva la cláusula suelo con base «en numerosas resoluciones judiciales», entre ellas, la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]) y, pese a «tener conocimiento» de esa STS, se «condenó a BBVA a la devolución a los demandantes del importe cobrado hasta la fecha de la demanda en virtud de la aplicación de la referida cláusula, pero sin motivar su decisión» (cursiva mía). La Audiencia Provincial desestimó la apelación del BBVA y:

a) Sobre la cláusula suelo, teniendo en cuenta la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 –la cláusula de que conocía era idéntica a la allí enjuiciada– y la STJU 26.04.2012 –en lo que se refiere a los efectos, frente a terceros, de la sentencia dictada por una acción colectiva de cesación en defensa de los consumidores, no se opone a la Dir 93/13/CEE que la sentencia «surta efectos, [...] para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de casación» (cursiva del original)– la Audiencia Provincial entendió que «la cláusula del contrato suscrito entre BBVA y los actores es nula y respecto de este extremo puede declararse que existe carencia sobrevenida de objeto como solicita el recurrente (la entidad financiera)» (cursiva mía).

b) Sobre la restitución de las cantidades reclamadas por Jon y Tamara, la Audiencia Provincial entiende que su acción de devolución es distinta de la acción de cesación; en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, «era una demanda colectiva en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecta la sentencia. En cambio, en el caso que nos ocupa se ejercita [...] la acción de nulidad de la cláusula que [se] considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula»; «aquí se da respuesta a una acción de nulidad de los artículos 8 y 9 LCGC, que puede ejercitar cualquier afectado, sometida a plazo de caducidad y eficacia *ex tunc*» y, a juicio de la Audiencia Provincial, el FD 7.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, «deja bien claro, igual que el fallo, que la no retroactividad se refiere a esa sentencia, no a otras que se dicten con posterioridad». (FD 1.º).

BBVA interpuso recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. (FD 1.º). El TS casó el alcance del efecto restitutorio por la nulidad de la cláusula suelo. Según el TS, «[a] apreciarse que a la acción de cesación [de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013] no se le acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente litis tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula [...]» [cursiva mía; FD 5.º *in fine*; con más detalle, SÁNCHEZ MARTÍN (2016) pp. 255-260, v. en particular p. 258]. Y en su Fallo 4, el TS fija como doctrina: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 [*sic*; STS, 1.ª, P, 08.09.2014: v. la explicación de VÁZQUEZ MUIÑA *infra* en esta misma nota 193] [...] y la de 24 de marzo de 2015 [...] se declare abusiva y, por ende, nula la

cubría la que exigió por la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, no pueden alegarlo desde dicha fecha 09.05.2013, pues, la mínima diligencia permite conocer las exigencias jurisprudenciales. (Pero, tal doctrina la superó la *STJ, Gran Sala, 21.12.2016* y otras *SS del TS, supra* nota 169)<sup>194</sup>.

«Los anteriores argumentos, a los efectos aquí enjuiciados, se compadecen con una concepción psicológica de la buena fe, por ignorarse que la información que suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente por la *STS* de 9 de mayo de 2013; ignorancia que a partir de esta sentencia hace perder a la buena fe aquella naturaleza, pues una mínima diligencia permitiría conocer las exigencias jurisprudenciales en materias propias del objeto social» (FD 9.º 5 *in fine*).

«[...] se puede concluir que a partir de la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 mayo 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo éstas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la» *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [FD 10.º; *supra* [25] g) para dicho párrafo 225].

[33] Y también en relación con la buena fe, en el *Voto particular* se apunta que, tras la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, hay un conocimiento general de la cláusula suelo, dejando de ser cláusula sorpresiva o al menos desconocida para el consumidor, lo que no le impide impugnarla.

«Otra cuestión [...] es que la presente sentencia [*TS, 1.ª, P, 25.03.2015*] realce que tras la publicación de la sentencia del 9 mayo 2013 se dé un conocimiento general del alcance de la cláusula suelo que haga perder su condición de cláusula sorpresiva, o al menos desconocida por el consumidor adherente. Extremo, que tampoco impediría que el consumidor estableciera la correspondiente impugnación, si bien, esta divulgación o conocimiento general de la citada cláusula sería tenida en cuenta en el pertinente control de transparencia a los efectos de valorar su validez y eficacia» (FD 6.º del *Voto particular*).

---

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» (v. FD 10.º y 11.º; y Fallos 2 y 3). VÁZQUEZ MUIÑA: «Se refiere a la *STS* de 8 de septiembre de 2014. En lugar de la fecha de la sentencia, cita la data de la deliberación, votación y fallo (RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI [...])» [(2018) nota 925 en p. 345]. El error de citar la fecha de 16.07.2014, en lugar de la de 08.09.2014, es expresamente corregido en la *STS, 1.ª, P, 29.04.2015* en su FD 15.º 3 *in fine*. V. *supra* nota 169.

<sup>194</sup> V. CÁMARA LAPUENTE, *InDret* (2017) p. 20, v. desde p. 19.

4.5 LA STS, 1.<sup>a</sup>, 29.04.2015 (EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>195</sup>

[34] Tras recordar y exponer su doctrina sobre el doble control de transparencia de la STS, 1.<sup>a</sup>, P, 09.05.2013 (aps. 198 ss.) (*supra* [25]) y la doctrina de las SSTJU 30.04.2014 (*Kásler*) y 23.04.2015 (*Van Hove*) (*supra* [10]), el TS señala que los criterios de transparencia formulados en su S, 1.<sup>a</sup>, P, 09.05.2013 (doctrina jurisprudencial) se aplican no solo a las cláusulas suelo objeto de esos procesos, sino a todas las cláusulas no negociadas individualmente con consumidores, lo cual permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar si sus cláusulas fueron transparentes, o no.

«En el presente caso, la decisión ha de adoptarse en base a los criterios de transparencia que se formularon en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como concreción de las exigencias de la normativa nacional y comunitaria. Tales criterios integran la parte sustancial de la doctrina jurisprudencial sentada en dicha sentencia y confirmada por las posteriores núm. 138/2015, de 24 de marzo, y núm. 139/2015, de 25 de marzo, que como tal doctrina jurisprudencial es aplicable no solamente a las cláusulas suelo objeto de tales procesos, sino a todas las que constituyan cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, de modo que permite a las entidades financieras y a los consumidores valorar en cada caso si las cláusulas suelo incluidas en los contratos de préstamo hipotecario concertados entre los mismos superan o no el control de transparencia» (FD 14.º 5)<sup>196</sup>.

<sup>195</sup> HECHOS: Adelaida demandó al BBVA, pidiendo la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula suelo del préstamo hipotecario a interés variable celebrado con dicho banco, su eliminación del contrato y la devolución de las cantidades por ella pagadas (para el diseño y funcionamiento de la cláusula suelo: FD 13.º 1). En primera instancia se desestimó la demanda, «por considerar “desde un punto de vista dialéctico” que la demandante conoció y consintió la existencia de dicha cláusula, que las cláusulas suelo son en principio válidas sin perjuicio de que sean anulables por vicios del consentimiento, y que la cláusula no podía considerarse abusiva por falta de reciprocidad» (cursiva del original). La Audiencia Provincial estimó la apelación de Adelaida: la cláusula «era nula por falta de equilibrio y proporcionalidad, pues BBVA sabía, desde que predispuso la cláusula suelo, que [...] entraría en funcionamiento sin duda alguna, y revistió de falso ropaje recíproco dicha cláusula con el establecimiento de un “techo” completamente irreal». BBVA interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. (FD 1.º). El TS casó (FD 13.º 4), asumió la instancia y declaró nula la cláusula suelo por abusividad por falta de transparencia (v. la siguiente nota 196) y condenó al BBVA a la devolución de los intereses cobrados en exceso desde el 09.05.2013, con sus intereses legales, y a que recalculase y rehiciere el cuadro de amortización del préstamo hipotecario a interés variable para lo sucesivo, contabilizando el capital que efectivamente debió amortizarse (Fallo 3, 4 y 6; FD 15.º 5). En la S se mencionan los casos *Caja Madrid* y *Monte de Piedad de Madrid*, *Kásler*, *Matei*, y *Van Hove* del TJ; también se cita la STJ 10.05.2001, asunto C-144/99, «Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos» (*supra* nota 24).

<sup>196</sup> Para el caso, el TS consideró que concurrían todas las circunstancias por las que declaró, en su S, 1.<sup>a</sup>, P, 09.05.2013, la abusividad de las cláusulas suelo por falta de transparencia (esto es, los criterios del Fallo 7.º de esa S de 2013; FD 14.º 5). Así (FD 14.º 6), el



Además:

«Cualquier entidad bancaria que haya utilizado cláusulas suelo en las condiciones generales de los contratos de préstamo concertados con consumidores puede, a partir de la referida sentencia núm. 241/2013 [09.05.2013], y con base en los detallados criterios que en ella se expresan, valorar si la cláusula suelo que ha utilizado en los contratos que ha celebrado con consumidores supera el control de transparencia. Y si no lo supera, debe dejar de aplicarla por ser abusiva» (FD 15.º 4).

#### 4.6 LA STS, 1.ª, P, 23.12.2015 (PTE EXCMO SR D PEDRO JOSÉ VELA TORRES; VOTO PARTICULAR EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN COLECTIVA)<sup>197</sup>

[35] El TS se refiere al control de inclusión (arts. 5 y 7 LCGC) y al de transparencia de la cláusula suelo (elemento esencial del

tratamiento secundario de la cláusula suelo en la información suministrada al consumidor (ni aparecía en el folleto de la oferta); su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos en la escritura del préstamo hipotecario (cláusula enmascarada) y en un lugar secundario; en la oferta vinculante, la información sobre el suelo estaba enmascarada entre abundantes informaciones, no permitiendo apreciar su significado y trascendencia, ni su repercusión en la economía del contrato; no había simulaciones del comportamiento del tipo de interés en diferentes escenarios, ni advertencia de su coste comparativo con otros productos de la misma entidad. En suma, la consumidora no pudo conocer el real reparto de los riesgos y de modo sorpresivo el préstamo a interés variable se convirtió en uno a interés mínimo fijo; la cláusula suelo no fue transparente y «[p]or tal razón, ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula» (FD 14.º 6).

<sup>197</sup> HECHOS: *OCU* demandó al *Banco Popular Español* y al *BBVA* y pidió, entre otros extremos, la declaración de abusividad y consecuente nulidad de la cláusula suelo en préstamo hipotecario –pedía también la de otras cláusulas sobre intereses moratorios, vencimiento anticipado, gastos del préstamo hipotecario, destino profesional o empresarial del bien hipotecado, contratación telefónica, *que no analizo*–, el cese y la eliminación de las cláusulas declaradas nulas y la abstención futura en su utilización, la publicación total o parcial de la sentencia con ciertas condiciones, y su inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En *primera instancia se estimó parcialmente* la demanda, declarándose nulas ciertas cláusulas. *OCU*, el Ministerio Fiscal y las entidades financieras apelaron. La *Audiencia Provincial estimó en parte* los recursos de *OCU* y del Ministerio Fiscal, y añadió a la sentencia de primera instancia la nulidad de *otras* condiciones generales; *desestimó* los recursos de las entidades bancarias. Entre sus consideraciones, la *Audiencia Provincial* señaló «que el control abstracto que requiere la acción colectiva de cesación ejercitada al amparo del artículo 12 LCGC permite depurar el tráfico mercantil [de] condiciones generales ilícitas»; «si la condición general, por su redacción ambigua o dudosa, admitiese significados que pudieran dar lugar a abusividad, lo procedente sería su expulsión del tráfico mercantil para que no pudiera producir tal efecto, según se desprende de los artículos 5 y 7 de la Directiva 93/13/CEE». (FD 1.º; por otro lado y sobre la expulsión del tráfico patrimonial de la cláusula abusiva: FD 1.º 1 del *Voto particular*).

*Banco Popular* y *BBVA* interpusieron recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación:

a) En el de casación, *Banco Popular* alegó infracción del artículo 80 TRLGDCU y de la doctrina jurisprudencial de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* (aps. 211 y 212; tercer motivo), pues, la *Audiencia Provincial* aplicó los «parámetros» de dicha *STS* «de forma automática, sin reparar en que la cláusula utilizada por el “Banco Popular, S.A.” es diferente a las cláu-

contrato) para la cual indicó en su *S, 1.ª, P, 09.05.2013 (supra [25])*, que debía haber una proporción entre la comunicación del predisponente y la importancia de la cláusula en el contrato, habiendo constatado en el caso de esa STS, y en los de otras posteriores SS, el tratamiento secundario que a la cláusula suelo se dio. Y la razón de la especial comunicación del predisponente al cliente es, que convierte un préstamo a interés variable en préstamo a interés mínimo fijo, no pudiendo el consumidor beneficiarse de las reducciones del tipo de referencia por debajo de ese mínimo. Y es de interés resaltar la inmediata aclaración del TS de que *la cláusula suelo puede inducir a error al consumidor sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional*.

«En el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar –artículos 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula “incorporable” e “incorporada” al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [*sic*; mayo], que debe existir una proporción entre la “comunicación” que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y “su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia “secundaria”:

---

sulas a las que se refirió dicha resolución y, específicamente, a la utilizada por el “BBVA”» [FD 4.º c), *Planteamiento*]. El TS respondió, «que la argumentación del tribunal de apelación se ajusta plenamente a los criterios jurisprudenciales expuestos y que, en contra de lo afirmado en el motivo, hace un enjuiciamiento individualizado de la cláusula utilizada por el banco [...], sin confundirla o entremezclarla con las utilizadas por otras entidades» [FD 4.º, c), *Decisión de la Sala*, 2]. Y para el recurso extraordinario por infracción procesal del *Banco Popular*, el TS había señalado: «[c]omo dijimos en la sentencia del Pleno de esta Sala 138/2015 de 24 de marzo, tratándose de cláusulas que presentan una configuración y un casuismo muy similares, no hay nada reprochable en que las resoluciones de instancia partan en sus argumentaciones de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo, sin que ello suponga falta de motivación; máxime si, como sucede en este caso, tras dicha apoyatura jurisprudencial, se analiza en concreto la cláusula que es objeto del litigio» [FD 2.º c) *Decisión de la Sala*, 2];

b) En el de casación, *BBVA* alegó infracción de los artículos 8,2 y 82.1 TRLGDCU y de la doctrina jurisprudencial de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [FD 5.º b) *Planteamiento*]. El TS consideró «que existe identidad entre las cláusulas ya declaradas nulas en las sentencias de 9 de mayo de 2013 y 29 de abril de 2015 y la ahora enjuiciada, por lo que la nulidad de esta última es ya cosa juzgada» según el artículo 222, 1, 2 y 3, LEC [FD 5.º b) *Decisión de la Sala. Apreciación de cosa juzgada. 5 in fine*].

El TS desestimó todos los recursos (Fallo 1). En la S se mencionan los casos *RWE Vertrieb, Kásler*, y *Matei* del T.J. V. *supra* [7] b) para otro aspecto de la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015* (el de si el TS había creado Derecho con el control de transparencia).

Sobre la incidencia de esta *STS, 1.ª, 23.12.2015* (acción colectiva), en el posterior ejercicio por el consumidor de una acción individual de nulidad por abusividad de la cláusula suelo, *infra* [40] ss. y notas 211 (hechos) y 212.

“(las) propias entidades les dan un tratamiento impropia-mente 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”. La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una «especial» comunicación al cliente es que su efecto –más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la “altura” del suelo– es que “convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euribor)”. Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable “puro” con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente» [cursiva del original; FD 4.º b) 4].

#### 4.7 LA STS, 1.ª, P, 24.02.2017 (PTE EXCMO SR D PEDRO JOSÉ VELA TORRES; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>198</sup>

[36] El TS se ocupa de la incidencia de la *sentencia estimatoria de una acción colectiva*, en el *posterior ejercicio*, por el consumidor, de una *acción individual*. El TS destaca las diferencias entre ambas acciones, refiriéndose:

a) A su doctrina sobre *el alcance de la cosa juzgada* de su S, 1.ª, P, 09.05.2013, alcance expresado en su S, 1.ª, P, 23.12.2015 –y esta última, a su vez, reprodujo la STS, 1.ª, P, 25.03.2015– *alcance limitado* a las cláusulas *idénticas* a las declaradas nulas y que afecta a las *entidades demandadas en aquel procedimiento* (en las tres cita-

<sup>198</sup> HECHOS: El 27.05.2005, Hermenegildo celebró con *Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu* un préstamo hipotecario de interés variable con cláusula suelo, por una cuantía de 283.000 € y a devolver en treinta años. En 2010, el cliente requirió a dicha *Caixa* la eliminación de la cláusula suelo y esta no accedió. El mismo año 2010, la *Caixa d’Estalvis Comarcal de Manlleu* se fusionó con otras Cajas de Ahorro en *Unnim Caixa*, y esta última constituyó el 14.07.2011 la entidad *Unnim Banc S.A.U.* El 27.07.2012, *BBVA* adquirió todo el capital de *Unnim Banc S.A.U.* En marzo de 2012, Hermenegildo demandó a *Unnim Banc* y solicitó la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades pagadas por ella. En *primera instancia* se *desestimó* la demanda. La *Audiencia Provincial estimó* la apelación de Hermenegildo: declaró nula la cláusula suelo, condenó a la demandada a tenerla por no puesta y a la devolución de todas las cantidades abonadas por ella. Entre otras cosas, la *Audiencia Provincial* consideró que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 «no surte efecto de cosa juzgada material respecto del caso enjuiciado, porque se dictó en un proceso en que se había ejercitado una acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual». (FD 1.º). *BBVA* recurre en casación. El TS *no casó*. Además, el TS modificó su doctrina jurisprudencial sobre el alcance temporal de la restitución por la nulidad de la cláusula suelo a partir del 09.05.2013, por la restitución total (sobre ello *supra* nota 169). En la S se alude al caso *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, y Banco Popular Español* del TJ.

das SSTs se demandó al *BBVA*; *supra* notas 168, 197 y 193 para los hechos). En el caso *ahora analizado*, la cláusula suelo cuenta con una redacción *distinta*, y aunque se trate de la misma entidad financiera (*BBVA*), la misma es parte –en el presente procedimiento– *por una doble sucesión procesal y no predispuso, ni impuso, la cláusula litigiosa* (la cláusula suelo). No hay, pues, identidad objetiva, ni subjetiva.

«La sentencia de esta Sala 705/2015, de 23 de diciembre, al referirse al alcance de la cosa juzgada de la sentencia 241/2013, reprodujo lo ya expresado en la sentencia 139/2015, de 25 de marzo, y declaró que:

“[L]os efectos de cosa juzgada se ceñían a cláusulas idénticas a las declaradas nulas. Es decir, los efectos de la sentencia 241/2013 se extienden, subjetivamente, a las cláusulas utilizadas por las entidades que fueron demandadas en aquel procedimiento, y, objetivamente, a las cláusulas idénticas a las declaradas nulas, cuando no se hallen completadas por otras que eliminen los aspectos declarados abusivos”.

En este caso, no concurren las identidades aludidas en dicha resolución. En primer lugar, porque la mencionada cláusula suelo tiene una redacción diferente de la que fue objeto de la sentencia 241/2013. [...].

En segundo término, porque aunque *BBVA* haya sido parte en ambos procedimientos, en el que ahora nos ocupa lo ha sido por una doble sucesión procesal, al adquirir a la entidad (*Unnim*), en la que, a su vez, se había fusionado la acreedora inicial (*Caixa d'Estalvis Comarcal de Manlleu*). Y no fue quien predispuso e impuso en el contrato de préstamo la cláusula litigiosa.

En principio, en caso de sucesión procesal podría darse la identidad subjetiva entre causahabientes a que se refiere el artículo 222.3 LEC, pero en supuestos, como el presente, de condiciones generales de la contratación, no puede apreciarse tal identidad si el predisponente no es el mismo, ni fue quien utilizó la cláusula que se ha declarado nula en pronunciamiento firme no discutido ya en este recurso de casación» (FD 3.º 1).

b) A la *STJ 14.04.2016*, que se pronunció *sobre la litispendencia y la prejudicialidad civil* –instituciones relacionadas con la cosa juzgada– entre acciones colectivas e individuales y en la que se indicó que *ambas acciones tienen objetos y efectos distintos*.

La *STJU 14.04.2016* «(asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14), en relación con la litispendencia y la prejudicialidad civil [...] entre acciones colectivas en defensa de los consumidores y acciones individuales, estableció en su parte dispositiva que:

“El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE [...] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción

individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva”.

Y en su apartado 30, indicó:

“Por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”.

De lo anterior cabe extraer que para la apreciación de la cosa juzgada, entre acciones colectivas y acciones individuales no existe identidad objetiva, puesto que tienen “objeto y efectos jurídicos diferentes”» (FD 3.º 2).

Y c) a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) *sobre la cosa juzgada* en la relación acción colectiva/acción individual. Según el TC, *no hay identidad de objeto* entre la acción colectiva –la acción de cesación es instrumento de control *abstracto* de las cláusulas ilícitas– y la individual –en la que se analiza *su* cláusula suelo y las circunstancias concurrentes en *su* celebración–, *sino similitud* y sin perjuicio de que el Juzgado *a quo* tenga presentes los pronunciamientos del TS sobre la validez o nulidad de la cláusula tipo. Además, *extender automáticamente el efecto de cosa juzgada de la estimación de la acción colectiva a todos los contratos puede atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor, quien puede no desear la nulidad en su contrato, o puede cercenarle sus posibilidades de impugnación individual si la demanda de cesación se desestimó por una defensa jurídica distinta de la que el reclamante individual hubiera sostenido por circunstancias solo por él conocidas*.

Según la *STC 148/2016, 19.09* (y las posteriores *206/2016, 207/2016 y 208/2016*, todas de 12.12):

“La identidad –que no mera similitud– de objeto de ambos procesos [acción colectiva y acción individual] [...] resulta cuanto

menos dudosa. La demanda de cesación se configura por ley como instrumento de control abstracto de cláusulas ilícitas, y lo que se pretende con ella es que el profesional demandado deje de recomendarlas o suscribirlas con sus potenciales clientes. En este caso, la acción de cesación de ADICAE impugnaba, entre otras, la cláusula suelo cuyo contenido coincide con la firmada por los recurrentes años antes con la misma entidad bancaria. Pero lo cierto es que en ese proceso no se conoció de la cláusula suelo de “su” contrato, ni de las circunstancias concurrentes en su celebración» (arts. 4.1 Directiva 93/13/CEE y 82.3 TRLGDCU), «como por ejemplo el cumplimiento del principio de transparencia. El objeto controvertido por tanto entre ambos procesos es similar, pero no idéntico. Ello no obsta [...] a que el Juzgado a quo, al dictar Sentencia sobre el fondo, deba de tener en cuenta los pronunciamientos ante todo del Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legalidad ordinaria (*artículo 123 CE*), en torno a la validez o nulidad de este tipo de cláusula.

Pero extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas» (cursiva del original; FD 3.º 3)<sup>199</sup>.

Teniendo en cuenta lo expuesto en las anteriores letras *a*), *b*) y *c*), el TS deduce, que, para los consumidores no personados en el procedimiento de la acción colectiva, su llamamiento (art. 15 LEC) no basta para justificar que se les extienda la eficacia de la cosa juzgada del artículo 222.3 LEC. Con la interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 LEC, la sentencia estimatoria de la acción colectiva solo afecta (cosa juzgada) a los consumidores no personados que la propia sentencia determine individualmente (artículo 221.1.1.ª LEC). En cuanto a la tutela de los derechos de los consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de la cosa juzgada no se produce para los no personados, pero estos pueden hacer valer sus derechos según lo dispuesto en los artículos 221 y 519 LEC, o ejercitar en su caso una acción individual. Y en los casos en los que como pronunciamiento principal

<sup>199</sup> V. VENDRELL CERVANTES, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) pp. 75-76. Extracta y comenta brevemente la STC 148/2016, «cuyos razonamientos han sido después extrapolados» (p. 1776) a las SSTC 206/2016, 207/2016, 208/2016, 209/2016, todas de 12.12, STC 218/2016, 18.12, STC 221/2016 y 223/2016, ambas de 19.12, RUIZ ARRANZ, *ADC* (2017) pp. 1775-1779.

se declare ilícita o no conforme a ley cierta conducta, la sentencia determina, de acuerdo con la legislación de protección de los consumidores y usuarios, si dicha declaración surte efectos procesales no limitados a los que han sido parte procesal (art. 221.1.2.ª LEC). *Para el caso (acción individual), el TS entendió que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 no producía efecto de cosa juzgada.*

«4. De nuestra propia jurisprudencia [...] así como de la del TJUE y el TC, cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al artículo 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el artículo 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los artículos 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1-1.ª LEC.

A su vez, en el caso de las acciones para la tutela de derechos de consumidores indeterminados o no fácilmente determinables, la eficacia de cosa juzgada tampoco se producirá frente a los no personados, sin perjuicio de que puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 LEC o, en su caso, ejercer las acciones individuales. Con la particularidad de que, en los casos en que, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, “la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente” (artículo 221.1-2.º LEC). Como dijimos en la [...] sentencia 375/2010, de 17 de junio, “el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada [...] debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción”.

5. Como consecuencia de todo lo expuesto, no cabe considerar que en este caso produzca efecto de cosa juzgada la sentencia de esta misma Sala 241/2013, de 9 de mayo» (FD 3.º)<sup>200</sup>

---

<sup>200</sup> La doctrina sentada en la *STS, 1.ª, P, 24.02.2017* sobre la no eficacia de la cosa juzgada de la sentencia de una acción colectiva, en la posterior acción individual, ha merecido las siguientes consideraciones críticas:

a) Según VENDRELL CERVANTES, la *STS, 1.ª, P, 24.02.2017* «descartó [...] que la STS de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo produjera efecto de cosa juzgada respecto de una acción individual declarativa de nulidad y de restitución de prestaciones ejercitadas por un consumidor contra una de las entidades de las que fue parte del procedimiento de esa STS de 9 de mayo de 2013./ Aunque no fue expresado con suficiente claridad ni probablemente convicción, la doctrina jurisprudencial fundamental que apoya esta conclusión fue la siguiente: no había efecto de cosa juzgada porque no hay identidad objetiva entre acción colectiva y acción individual (FD 3.º, apdo. 2 y 3) y porque este efecto tan solo se produciría respecto de los consumidores personados en el procedi-

miento o determinados individualmente en la propia sentencia (en este último caso, cuando se trate de un proceso para la defensa de intereses colectivos, es decir, de un grupo de consumidores cuyos componentes están determinados o sean fácilmente determinables)» (p. 77); y «[c]omo en el procedimiento de las cláusulas suelo resuelto por la STS de 9 de mayo de 2013 –como ha sido habitual en los procedimientos derivados de una acción colectiva– no se personó ningún consumidor, ni, como es lógico, la sentencia determinó individualmente los consumidores beneficiarios de la condena –aunque quizá podría haberse entendido que la determinación fue parametrizada, tal como permite el artículo 221.1.1.ªII de la LEC–, no se produciría el efecto de cosa juzgada alegado por las entidades» (p. 78).

Ahora bien, VENDRELL CERVANTES precisa que la «STS de 9 de mayo de 2013 fue estimatoria y que su pronunciamiento de determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo fue parte indisociable del pronunciamiento declarativo de la nulidad (también, como es lógico, estimatorio)» (p. 78). El artículo 222.3.I LEC, «según el cual “la cosa juzgada afectará [...] a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”», «regula la cosa juzgada de las sentencias que resuelvan procedimientos promovidos mediante acciones colectivas», y «[c]omo han señalado autorizados procesalistas (Gascón Inchausti [...]; Cerdón Moreno [...]; Díez-Picazo [...]), la norma es clara en cuanto a su contenido y alcance: la cosa juzgada de esas sentencias se extiende a sujetos no litigantes, de manera que, en los procesos que tienen origen en la legitimación extraordinaria que reconoce el artículo 11 de la LEC (que comprende, sin asomo de duda, las acciones colectivas de cesación en el ámbito de las cláusulas abusivas), los pronunciamientos (en principio, de cualquier naturaleza: estimatorios o desestimatorios; declarativos o de condena) contenidos en sentencias firmes producen efecto de cosa juzgada, tanto negativo o excluyente como positivo o prejudicial, en relación con los titulares de los derechos que fundamentan esa legitimación activa extraordinaria, esto es y en el caso que nos ocupa [el de la no transparencia de la cláusula suelo], en relación con cualquier consumidor que reúna la condición de adherente de la cláusula que es objeto de la acción colectiva» (pp. 70-71). Todas las citas de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017). V. *infra* [41] para la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 y nota 216 a) para VENDRELL CERVANTES.

b) *En su día*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ apuntó que el criterio de la STS, P, 1.ª, 24.02.2017 «de la ausencia de identidad objetiva entre la acción colectiva de cesación y la acción individual» planteaba si, aplicando dicho criterio, «podría reabrirse en el procedimiento individual el debate sobre la validez de la cláusula suelo previamente declarada nula en abstracto por la sentencia firme que hubiera resuelto un procedimiento colectivo de cesación, o si [...] aquella declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos por las entidades condenadas con consumidores en la sentencia de cesación produce un efecto de cosa juzgada positiva en virtud del artículo 222.4 LEC respecto de las demanda individuales posteriores de nulidad y restitución de las cantidades indebidamente cobradas, de manera que los jueces que resolvieran estos litigios estuvieran vinculados por aquella declaración de nulidad de la sentencia de cesación, sin poder reabrir el debate al respecto» (pp. 246-247). «En principio, si las STS 9 mayo 2013, 24 marzo 2015 y 23 diciembre 2015 han declarado que todas las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo hipotecarios suscritos con consumidores por las entidades demandadas que tengan la misma redacción que las que han resultado enjuiciadas en esos procesos son nulas y lo son con independencia de las circunstancias de cada caso concreto, cabría concluir, con arreglo a los artículos 222.3 LEC y 222.4 LEC, que estas sentencias producen un efecto de cosa juzgada positiva respecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, que no puede reabrirse en procedimientos individuales posteriores seguidos contra las mismas entidades» (p. 247). «Sin embargo, la STS 24 febrero 2017 al declarar que las sentencias que resuelven acciones colectivas de cesación de cláusulas abusivas no producen un efecto de cosa juzgada respecto de las acciones posteriores individuales seguidas contra las mismas entidades no se anda con sutilezas, ni distingue entre el efecto de cosa juzgada negativa (artículo 222.1 LEC) y positiva (artículo 222.4 LEC), sino que de manera genérica dice que no [sic] por no ser coincidentes los objetos y los efectos de los procesos colectivos e individuales no existe entre ambos identidad objetiva a efectos de cosa juzgada, por lo que parece



4.8 LA STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (PTE EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>201</sup>

[37] El TS reitera su doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicado a la cláusula suelo (STS, 1.ª, P, 09.05.2013; FD 2.º 2) y conecta la no información suficiente por

*excluir “in totum” cualquier efecto de cosa juzgada entre ambos procedimientos y permitir que se abra en el procedimiento individual el debate sobre todas las cuestiones que formaron parte del objeto del proceso colectivo, incluida la validez de la cláusula suelo, como si el procedimiento colectivo y su sentencia firme no hubieran existido o como si fueran totalmente ajenos al procedimiento individual.* En este mismo sentido, cabe sostener, siguiendo siempre la lógica de la STS 24 febrero 2017, que si las circunstancias del caso concreto permiten en un proceso individual solicitar la restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas, con más razón aún deberían permitir *reabrir el debate sobre la validez de la cláusula*, pues estas circunstancias del caso concreto –fundamentalmente la información proporcionada al consumidor, así como sus circunstancias subjetivas (formación, profesión, experiencia financiera, etc.) y el momento en que se realizó el préstamo– en lo que puedan tener realmente incidencia es justamente en la validez de la cláusula suelo» (pp. 247-248). «Sea como fuere, esta cuestión de vital trascendencia para las entidades que han sido condenadas por sentencias firmes que resuelven acciones de cesación no parece tener una solución clara, sobre todo tras la STS 24 febrero 2017, y presumiblemente aboque a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo. En el origen de todo está nuevamente el desacierto de la STS 9 mayo 2013 al resolver sobre la nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia en un procedimiento colectivo, a lo que se añade la falta de sutileza de la STS 24 febrero 2017 al declarar, en general, que las sentencias dictadas en procesos colectivos no producen efecto de cosa juzgada respecto de los procedimientos individuales» [todas las cursivas mías; pp. 248-249; todas las citas (2017)].

Y efectivamente el presagio de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ se materializa en la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (*infra* [40]-[45]).

c) Ofrece una visión de las distintas tesis de los autores sobre la eficacia *ultra partes* y la cosa juzgada de la sentencias resultado de la acción cesación (artículos 221 y 222 LEC; su coordinación), CARBALLO FIDALGO (2013) pp. 269-274. V. también BUSTOS LAGOS, «Artículo 54 TRLGDCU» (2015) pp. 679-684; FERRERES COMELLA, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) pp. 28-30 (parte sus consideraciones las reproduzco *infra* nota 333, párrafo II).

<sup>201</sup> HECHOS: El 14.07.2009, Roque y Agustina celebraron con *Caja Rural de Teruel, Sociedad Cooperativa de Crédito* un préstamo hipotecario con cláusula suelo y techo, de 270.000 €, pactándose su devolución en cuotas mensuales (la última con vencimiento en 2039). El préstamo hipotecario se instrumentó en escritura pública, autorizada por un notario de Teruel. Roque y Agustina demandaron a la *Caja Rural de Teruel*, pidiendo la nulidad de la cláusula suelo y techo por falta de reciprocidad y equilibrio entre contraprestaciones (la limitación a la baja del tipo de interés beneficiaba al banco y el techo era inalcanzable) y por falta de información aludiendo a la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]). En primera instancia se desestimó la demanda: la cláusula se redactó en la misma fuente de letra que las demás cláusulas, destacándose en negrita los porcentajes; fue cláusula negociada por los prestatarios, incluso se les entregaron unos cuadros simulados de amortización, reflejando necesariamente la activación del mínimo (3%); y la notaria les informó de las condiciones del préstamo y de la cláusula suelo; esto es, *la cláusula superaba el control de transparencia*. La Audiencia Provincial desestimó la apelación de Roque y Agustina, *por cumplirse la transparencia exigida para la validez de la cláusula*: esta no se enmascaró en el contrato, mostrándose como cláusula principal, clara en su contenido (límite del 3% y en negrita) y se negoció individualmente, pues se aplicó un suelo inferior al tipo usual aplicado por la *Caja* (la persona que negoció el préstamo solicitó autorización a la entidad matriz para modificar las condiciones contractuales) y la notaria autorizante reconoció expresamente la advertencia legal a los clientes de la cláusula suelo y techo; en suma, «los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación

*parte del predisponente (prestamista) con el consentimiento de los prestatarios.* En concreto, si, por un defecto de transparencia, antes de la celebración del contrato, las cláusulas sobre el objeto principal del contrato no pueden ser conocidas y valoradas por el consumidor (son inadvertidas por él), «faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia del consentimiento» [FD 2.º 3 (*sic*; FD 2.º 4); v. *supra* Miquel González [12], Cañizares Laso [15], además de Pertíñez Vílchez, notas 202 y 204). «[E]n los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación» [FD 2.º 3 (*sic*; FD 2.º 4)].

«La *ratio* de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, era básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de la cláusula suelo y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite, y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor, con la información suministrada, entendería que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado.

Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. *Como explica la doctrina* [cursiva mía por lo que indico en notas 202 y 204 en relación con Pertíñez Vílchez], la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración,

---

de la referida “cláusula suelo”, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». Roque y Agustina recurrieron en casación. (FD 1.º). Roque y Agustina cuestionan (motivo único) que la sentencia recurrida siguiera los parámetros establecidos en el ap. 225 de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 [transcritos *supra* [25] g)] para aplicar el control de transparencia (FD 2.º 1). El TS no casó (Fallo 1). En la S se mencionan los casos Kásler, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez*, y *Banco Popular Español*, y *Banco Primus* del TJ. Más allá de esta STS, en la STS, 1.ª, 01.12.2017 (*infra* [49]) también se considera que la entidad bancaria cumplió su deber de transparencia, con la cláusula suelo.

faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento<sup>202, 203</sup>

<sup>202</sup> Desde «*Como explica la doctrina*» hasta «la existencia de consentimiento» (de esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017) son afirmaciones de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, algo que el propio PERTÍÑEZ VÍLCHEZ resalta para el *Voto particular* de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014 que contiene esas mismas afirmaciones de la STS, 1.ª, 09.03.2017 (y que reproduzco *infra* en nota 317; para otras consideraciones del *Voto particular*, *supra* [28]). He de advertir que el Ponente de esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017 es el mismo que el del *Voto particular* a la STS, 1.ª, P, 08.09.2014: el Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo. Para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «No puedo estar más conforme con este párrafo [de la STS], fundamentalmente porque me reconozco como autor del mismo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia* [...] pp. 112 y 113 y más recientemente en «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Indret*, 3/2013, p. 9» [(2017) nota 37 en p. 68]. En cuanto a esas citas de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ:

a) Para la de las pp. 112 y 113: «*La regla de la irrelevancia del equilibrio económico sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no sea indicada de manera clara y comprensible*. En esta hipótesis, fallan las premisas para un correcto funcionamiento del mercado y de la competencia que deberían representar los mecanismos sobre la base de los cuales las partes efectúan su elección. Allí donde las cláusulas contractuales estén llamadas, más que a aclarar a enmascarar la delimitación de la contraprestación o del precio, viene obstaculizada la observación del mercado e imposibilitada la elección óptima. Las cláusulas relativas al precio y a la contraprestación tienen que someterse a un control de transparencia, se hace preciso verificar si por la claridad en su redacción y plasmación documental, el adherente las ha tenido en cuenta en la adopción de su decisión de contratar. En caso afirmativo, habrán sido consentidas, por lo tanto, el mecanismo de la competencia hace inútil el control sobre el contenido, y solamente estarán sujetas a las normas generales de contrato sobre la formación de acuerdos. *Pero en caso de que por un defecto de transparencia, las cláusulas relativas a las prestaciones principales del contrato no hayan sido conocidas y valoradas antes de la celebración del contrato, falta la base de la exclusión del control de contenido, la existencia del consentimiento*» [cursiva mía; en las notas a pie de página en apoyo de sus afirmaciones, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ va citando a Rizzo (nota 229), Stoffels (nota 230), Basedow (nota 231), Brander, Ulmer, y Graziuso (nota 232); (2004) pp. 112-113].

b) Para la de la p. 9: «[...] para que exista plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de celebrar el contrato. *La regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no sea suficientemente conocida del consumidor*. Allí donde las cláusulas contractuales estén llamadas más que a aclarar, a enmascarar la delimitación de la contraprestación o del precio, viene obstaculizada la observación del mercado e imposibilitada la elección óptima. *En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no hayan sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo, falta la base para la exclusión del contenido: la existencia del consentimiento*. Es ahí donde debe incidir el control de contenido de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato, incluso después de la STJUE 3.6.2010 [*supra* [7] a)]: en la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida para el consumidor en el momento de prestar el consentimiento, alternando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquél le proporcionó» [cursiva mía; la última cursiva para *infra* nota 204; *Indret* (2013) p. 9].

<sup>203</sup> Para AGÜERO ORTIZ, en esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017, el TS acerca el control de transparencia «más aún, a la figura del error en el consentimiento» [p. 175; *infra* c)], en esta misma nota 203, reproduzco el texto de la autora en el que inserta esa afirmación]. AGÜERO ORTIZ apunta ese acercamiento al error, tras exponer el vaivén del TS sobre la relación transparencia/control de abusividad, y lo apoya en la frase que en el cuerpo del texto acabo de reproducir de la citada STS, 1.ª, 09.03.2017 («que es la existencia del consentimiento»; frase reproducida también *infra* letra c) en esta misma nota 203]. En concreto, según AGÜERO ORTIZ:

a) En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]) «parecía claro que el control de transparencia material no era más que un requisito previo para poder entrar a conocer de la abusividad de una cláusula que definiera el objeto principal del contrato o la adecuación entre el

Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterado de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó<sup>204</sup>,<sup>205</sup> [FD 2.º 3 (*sic*, FD 2.º 4)].

precio y contraprestación que, de otra forma, estaría excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (artículo 4.2)» (p. 173); «la falta de transparencia no comporta ni es equiparable a la abusividad (desequilibrio)» (pp. 173-174). *Para el caso*, «el desequilibrio ocasionado por la cláusula suelo consistía en la limitación de los tipos únicamente a la baja, es decir, únicamente cuando la variación de los tipos podía beneficiar al consumidor, al incluir techos inalcanzables» (p. 174). Cfr. *supra* con la valoración de CÁMARA LAPUENTE en nota 191.

b) La anterior «configuración del control de transparencia resultó alterada en sus SSTs de 24 y 25 de marzo y de 29 de abril de 2015 [*supra* [29]-[31], [32]-[33] y [34], respectivamente], al afirmar que «la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado». De esta forma, el TS mutó la esencia del control de transparencia, pasando de ser un requisito [*sic*; requisito] sine qua non para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio, a constituir propiamente un control de abusividad. Asimismo, mutó el contenido del desequilibrio que provocaba la abusividad de la cláusula, no se trataba ya de que la cláusula sólo limitara los efectos de la variación de los tipos en perjuicio del consumidor, sino que la propia falta de transparencia constituía un desequilibrio en sí mismo consistente en la imposibilidad del cliente de comparar distintas ofertas. Esta identificación entre transparencia y abusividad queda patente cuando el TS concluye “*Por consiguiente, la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario concertado entre la demandante y BBVA no era transparente. Por tal razón, ha de apreciarse su carácter abusivo y declararse nula*”» (cursiva del original; p. 174). Cfr. *supra* con la valoración de CÁMARA LAPUENTE en nota 191.

c) Y en la S, I.ª, P, 09.03.2017, que ahora extracto en [37]-[38], el TS «recupera la configuración del control de transparencia original, en tanto que requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio y no como equivalente a abusividad en sí misma. Probablemente, el retorno del criterio se deba a la reciente STJUE de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus, C-421/14) [*supra* [10] y nota 58 para los hechos]» (p. 174). La S, I.ª, P, 09.03.2017 «procedió a evaluar si la cláusula era efectivamente transparente como requisito previo para poder evaluar su eventual abusividad (desequilibrio), pues “en caso de que por un defecto de transparencia, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia del consentimiento”. De este modo, tras recobrar el telos originario del control de transparencia y diferenciarlo de la abusividad, se produce un salto cualitativo respecto al contenido del control acercándolo, más aún, a la figura del error en el consentimiento» (cursiva y subrayado del original, p. 175). Todas las citas de *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017). De AGÜERO ORTIZ, v. *infra* nota 205 para el error y nota 208 a) para la excusabilidad del error, a propósito de ese acercamiento al error. V. además p. 178. V. AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) primer ap. III.

<sup>204</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: «Párrafo también extraído del comentario a la STS 9 mayo 2013 de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, 3/2013, p. 9» [(2017) nota 38 en p. 69; v. *supra* nota 202 b)].

<sup>205</sup> AGÜERO ORTIZ señala que la STS, I.ª, P, 09.05.2013 (*supra* [25]) «configuró el control de transparencia como un control “abstracto” de validez de la cláusula pretendiendo diferenciarlo de la figura del error en el consentimiento» (p. 175; y la autora reproduce el ap. 210 y se refiere a los aps. 211 y 2013 [*sic*, 213] de la STS de 2013). «Sin embargo, la diferencia entre el control abstracto de transparencia y el error en el consentimiento no resulta tan clara cuando el TS evaluó el carácter no negociado de la cláusula» (p. 175; y en p. 176 se refiere a los aps. 143 y 144 de la STS de 2013). Y «[e]sta cercanía entre la supuesta transparencia “abstracta” de la cláusula y la prestación de un consenti-

[38] Situándose en la *acción individual* ejercitada y en el *enjuiciamiento de la transparencia*, el TS precisa que *no ha de atenderse solo a los documentos en los que la cláusula aparezca (contrato, oferta vinculante)*. Pues, *pueden tenerse en cuenta otros medios, a valorar en el enjuiciamiento del cumplimiento de la transparencia, entre ellos, la labor del notario autorizante de la operación* (este puede cerciorarse de la transparencia de la cláusula y acabar de cumplir con las exigencias de información). *En cuanto al caso, la transparencia se cumplió con la cláusula suelo: el consumidor contó con la información adecuada, siendo ello lo realmente relevante, y no, que tengan que mencionarse cada uno de los parámetros empleados por la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 [supra [25] g)]*<sup>206</sup>.

«En una acción individual [...] el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documen-

---

miento válido resulta consolidada en la STS de 9 de marzo de 2017. Este hecho se evidencia cuando el TS sostiene que “*el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento*” [v. la anterior nota 204 de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ e *infra* nota 222 b), también para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ en cuanto a la relación entre abusividad por falta de transparencia y error], diluyéndose así la pretendida diferencia entre el error en el consentimiento y el control de transparencia material de la cláusula, al hacerse recaer la misma sobre la prestación del consentimiento del consumidor» (cursiva del original; p. 176). Todas las citas de *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017). V. además p. 178. V. *supra* nota 203, y para la excusabilidad del error *infra* nota 208 a), ambas notas de AGÜERO ORTIZ.

<sup>206</sup> En su análisis crítico de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (acción colectiva) [para otras críticas del autor *supra* notas 183 c) y 200 b)], PERTÍÑEZ VÍLCHEZ destaca *lo excepcional de la decisión de validez de la cláusula suelo en esta presente y posterior STS, 1.ª, P, 09.03.2017* (acción individual). Dice así: «Al declararse por la STS 9 mayo 2013 [...] nulas las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores por las entidades demandadas en abstracto, esto es, al margen de la valoración de las circunstancias de cada caso concreto, este proceso se ha convertido en una suerte de “causa general” contra la inclusión de cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario, en el que a pesar de proclamarse que las cláusulas suelo no son intrínsecamente abusivas, sino solamente por una falta de transparencia, paradójicamente y sin necesidad de analizar la transparencia en cada contrato concreto, se concluye que son abusivas en todos los casos»; las STS, 1.ª, P, 09.05.2013, STS, 1.ª, P, 24.03.2015, y STS, 1.ª, P, 25.12.2015, en todas las cuales se conoció de una acción colectiva, «incurren en un exceso que además puede suponer una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de las entidades demandadas, puesto que son condenadas a eliminar todas las cláusulas suelo contenidas en todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos por consumidores por una falta de transparencia, sin que hayan tenido la oportunidad de probar en cada caso concreto si cumplieron con esta obligación de transparencia en los términos exigidos por esas mismas sentencias./ Ello ha conducido además a una práctica universalización del carácter abusivo de estas cláusulas, con una clara proyección sobre las acciones individuales de nulidad que se ejerciten después, puesto que se cercena toda posibilidad de probar que en el caso concreto la cláusula suelo fuera lícita porque se hubiera informado suficientemente sobre su existencia y sobre sus efectos al prestatario y este hubiera decidido realizar el contrato con pleno conocimiento de causa sobre el coste real del crédito. Cualquier letrado hábil, en un proceso individual, podrá alegar que su cliente no puede ser de peor condición que los miles de prestatarios de las entidades condenadas por la STS 9 mayo 2013 [...] que han obtenido automáticamente un pronunciamiento de nulidad de sus cláusulas suelo, con independencia de cuáles hubieran sido sus circunstancias concretas,

to en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba.

En este sentido, en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia»<sup>207</sup> (FD 2.º 5).

«La cláusula cumple los requisitos de transparencia exigidos por la sala, en la medida en que, como declarábamos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, “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”.

Esto es [...] lo verdaderamente relevante. No que en el análisis del control de transparencia la Audiencia tenga que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir, en aquel caso, que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia<sup>208</sup>.

---

teniendo en cuenta que entre los mismos sin duda habría personas muy bien informadas sobre la existencia de cláusulas suelo y su incidencia en el coste de crédito como registradores, notarios, directivos de banca, magistrados, abogados especialistas en derecho bancario o profesores de derecho civil o mercantil. Hay que plantearse si no significa esto haber ido demasiado lejos. Si la STS 9 mayo 2013 [...] es excesiva, no lo es por las obligaciones de información que impone a las entidades financieras, sino porque al resolver la cuestión del carácter abusivo en un proceso colectivo de cesación ha convertido a las cláusulas suelo prácticamente en una cláusula de la lista negra, esto es, en una cláusula que es abusiva siempre –aunque se dijera en la referida sentencia que sólo lo es por una falta de transparencia– con independencia de las circunstancias del caso concreto y *serán puramente excepcionales los casos, como el de la STS 9 marzo 2017 [...] en los que una cláusula suelo sea considerada válida*» [cursiva mía; (2017) pp. 74-76, y v. además pp. 168-178, también pp. 251-253].

<sup>207</sup> Tras referirse a las STS, 1.ª, P, 09.05.2014, STS, 1.ª, P, 08.09.2014, STS, 1.ª, P, 24.03.2015, AGÜERO ORTIZ indica que «el cambio de criterio del TS en la STS de 9 de marzo de 2017 [...] queda patente cuando se sostiene [...]» [en esos puntos suspensivos, la autora reproduce el párrafo de la STS que reproduzco en el cuerpo del texto adscrito a esta nota a pie de página], «reconociendo ahora la capacidad del notario de suplir el incumplimiento del deber de transparencia que sólo a la entidad prestamista competía, en contra del criterio adoptado de antiguo» [CCJC (2017) ap. IV.2].

<sup>208</sup> En cuanto al acercamiento del control de transparencia al error vicio *por parte del TS*:

a) Refiriéndose a esta S, 1.ª, P, 09.03.2017, AGÜERO ORTIZ, además de lo que indica *supra* notas 203 y 205, señala que «el TS instaura un tratamiento diferenciado en función

de que la validez de la cláusula hubiera sido impugnada por medio de una acción individual o mediante una acción colectiva» (p. 176); «en una acción individual el control de transparencia no consiste ya en un “control de transparencia documental” o “abstracto”, sino que se puede atender a circunstancias concurrentes u otros hechos relevantes mediante los cuales probar que el consumidor conocía la cláusula pues “*En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia*”./ Esto no es más que el “control” de excusabilidad del error vicio, que recuerda a la doctrina del TS relativa al error en la contratación de productos financieros [...]. Dicho de otro modo, si el control de transparencia abstracto no lo es de la cláusula ni, incluso, de la información precontractual, sino que su apreciación permite valorar las circunstancias concurrentes, hemos salido de facto del plano de dicho control para introducirnos en el terreno del error en el consentimiento. Es decir, se aplica el error vicio a una cláusula específica del contrato y no al contrato por entero» (p. 177). V. además p. 178. La conclusión de AGÜERO ORTIZ es, que «con la STS de 9 de marzo de 2017, al menos a nivel interno, parece constatarse cada vez más que el control de transparencia (pretendidamente documental y abstracto), no es más que una evaluación del error en el consentimiento del contratante, pero sin aplicar las consecuencias que de él derivarían» (p. 179). Todas las citas de *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2017). V. AGÜERO ORTIZ, *CCJC* (2017) segundo ap. III, y ap. IV.1 *in fine*.

b) CÁMARA LAPUENTE considera que, con esta *S, 1.ª, P, 09.03.2017*, el TS muta su entendimiento de la transparencia: pasa de una «transparencia objetiva» (consumidor medio y parámetro abstracto de validez) a una «transparencia subjetiva» (concreto consumidor, admisión de nuevas pruebas, y comprobación del consentimiento pleno del adherente) y se acerca al error vicio. Según CÁMARA LAPUENTE, «[c]onviene recordar cómo quedó cristalizado el fundamento o justificación del control de transparencia en la STS 241/2013, de 9 de mayo [*supra* [25]]: se consideró desde el inicio (§ 210) un “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””. La STS (Pleno) 464/2014, de 8 de septiembre [*supra* [26]-[28]] (que versaba sobre varias acciones individuales acumuladas) recalcó (FD 2.7) que el estar el control de transparencia fuera del paradigma del contrato por negociación y del expediente de los vicios del consentimiento es la causa de que “no tenga por objeto el enjuiciamiento de la validez del consentimiento otorgado, ni el plano interpretativo del mismo, irrelevantes (...), sino, en sentido diverso, la materialización o cumplimiento de este deber de transparencia en la propia reglamentación predispuesta”. Este fundamento –el incumplimiento de deberes de información precontractual por el predisponente y la referencia a tratarse de un “parámetro abstracto de validez– se ha repetido y mantenido incesantemente hasta la STS 171/2017 objeto de actual análisis, incluso en las sentencias que comenzaron a aplicar la doctrina de la STS 241/2013 (pues podría objetarse a ese parámetro “abstracto” que la configuración proviene de una acción colectiva de cesación) al resolver acciones individuales. Así, la STS (Pleno) 139/2015, de 25 de marzo [*supra* [32]-[33]] (ya sobre acción individual) añadió (FD 10.º) que las cláusulas suelo, “en principio lícitas, carecerán de trascendencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el párrafo 225 de la sentencia [241/2013]”. Incluso en un proceso derivado de una acción colectiva [...] al identificarse cláusula no transparente con cláusula abusiva ha de resultar posible examinar, además de la naturaleza del objeto contractual y las demás cláusulas del contrato, «todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración», como exige el artículo 82.3 TR-LGDCU (= artículo 4.1 Directiva 93/13), sin que ello suponga descender a comprobar el grado de consentimiento o comprensión de cada consumidor involucrado, sino el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal hubiese advertido la importancia y el alcance de la cláusula./ En resumen, según la jurisprudencia previa del TS: el control de transparencia es un parámetro abstracto de validez, se funda en los especiales deberes de información precontractual que corresponden al predisponente y es distinto de la evaluación del consentimiento propia de la acción de anulabilidad por error-vicio» (p. 1740); «en la delimitación de esta transparencia “objetiva”, correctamente el Tribunal Supremo había apelado a la comprensión no de un concreto consumidor, sino de un *consumidor medio* a la luz de las circunstancias (principalmente documentales, pero no sólo, en función, por ejemplo de las testificales aportadas sobre el proceso de formación y conclusión del contrato) que rodearon los contratos litigiosos. Así, correctamente, lo hacía ya la STS 241/2013, de 9 de mayo, la cual, tras

De hecho, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, fue objeto de aclaración por auto de 3 de junio de 2013, en este mismo sentido: / [...] / Este mismo criterio subyace a la argumentación vertida en el auto de 21 de septiembre de 2016 [...] para la inadmisión de un recurso de casación [...]» [FD 2.º 7; para el AATS 03.06.2013, *supra* [25] g) en caja más pequeña].

#### 4.9 LA STS, 1.ª, P, 25.05.2017 (PTE EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIONES INDIVIDUALES)<sup>209</sup>

[39] *Según la entidad bancaria* (recurrente en casación), al haber apreciado el carácter abusivo de la cláusula suelo, la Audien-

recordar que el artículo 3 de la Directiva “delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula” y que tampoco la norma española concreta más qué es el desequilibrio contrario a la buena fe, por lo que “no es posible limitarla a la esfera subjetiva”, concluye (§ 253): “antes bien, *es necesario proyectarla sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre*”. Y la STS 138/2015, de 24 de marzo [*supra* [29]-[31]] (aunque también resolviendo una acción colectiva) reincidente en que el control abstracto de validez debe tomar el punto de vista del consumidor medio y rechaza el alegato de que el control de transparencia sólo pueda ser apreciado caso por caso, porque eso impediría el control abstracto propio de los procesos colectivos. / Si ahora, por efecto de la STS 171/2017, de 9 de marzo, se difuminan por un lado los parámetros objetivos de verificación de que se suministró la información pertinente, se da valor destacado a nuevas pruebas acerca de la comprensión del consumidor concreto del caso y se busca primordialmente constatar la existencia de un consentimiento pleno del adherente, en lugar de hacer un examen más neutro acerca de si cualquier consumidor medio, a la luz de las circunstancias de *ese* caso hubiese comprendido la cláusula (más o menos compleja en función de la complejidad del propio contrato y su objeto) por haber adoptado el predisponente los cauces informativos necesarios para ello *se habrá producido un tránsito desde una “transparencia objetiva” a una “transparencia subjetiva”*” (p. 1741); «[I]as especiales circunstancias probatorias del caso que desembocó en la STS 171/2017, de 9 de marzo, [...], hacen que *haya podido culminar una doble mutación*: en el entendimiento de fondo de esta sentencia, *la comprensión prácticamente equivaldría a la negociación y, dado que lo que ha de evaluarse es el consentimiento del adherente, el control de transparencia estaría aproximándose mucho, casi identificándose, con la evaluación de los vicios del consentimiento (error-vicio)*» (p. 1742); v. además pp. 1745 y 1746; todas las cursivas y citas de *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2017). Cfr. *supra* nota 124.

<sup>209</sup> HECHOS: El 16.03.2007, Ezequiel y Agueda celebraron con *Caixanova* (luego *NGC Banco, S.A.* y ahora *Abanca*) un préstamo hipotecario con cláusula suelo y techo, y el 25.08.2006, Ignacio y Clementina celebraron con dicha Caja otro préstamo hipotecario con cláusula suelo y techo. Los prestatarios presentaron conjuntamente demanda, pidiendo la declaración de nulidad de la cláusula suelo por abusiva, la condena a la devolución de las cantidades pagadas de más hasta dicho momento y las pagadas después por la cláusula suelo, y el pago de los intereses legales de las cantidades indebidamente cobradas. En *primera instancia se estimó* abusiva la cláusula *por falta de reciprocidad* –«la limitación al alza era “totalmente desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones que asume cada parte”»– cláusula no puesta en el contrato, y se estimaron las pretensiones restitutorias. La sentencia de primera instancia se dictó *antes* de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 (en 12.11.2012). En *segunda instancia se desestima* la apelación del prestamista por considerar la cláusula *no transparente* (esta otra S se dictó *después* de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, en 14.04.2014). El prestamista interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación. FD 1.º El TS *no casó* (Fallo). En la S se mencionan los casos *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español*, y *Banco Primus del TJ* (y a través de este último, de *Banco Primus*, el TS cita el caso *Aziz del TJ*).



cia Provincial desconoció la jurisprudencia de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* (aps. 229 y 250; sobre esos apartados, *infra* [61] *Cuarto*), en cuanto «que la apreciación de la falta de transparencia de una cláusula no “conlleva su nulidad” directamente», siendo preciso «que las cláusulas, en contra de las exigencias de la buena fe, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes» (ap. 233 de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*) (FD 4.º 1).

*Ante ello, el TS* –que recuerda lo que indicó en el ap. 264 (FD 15.º) de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [*supra* [25] *k*)]– señala que esa cuestión ya la resolvió en las *STS, 1.ª, 24.03.2015* (*supra* [31])<sup>210</sup> y *STS, 1.ª, 29.04.2015* (apostilla), además de referirse a la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017* (*supra* [37]). *En esencia*, el TS recuerda que la nulidad de una cláusula por falta de transparencia exige el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, incompatible con la buena fe, pues, puede suceder que la falta de transparencia sea inocua para el consumidor («que no tuvieran efectos negativos para él»; FD 4.º 2). *Ahora bien*, lo anterior no sucede en la cláusula suelo, en la que el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe, reside en la imposibilidad de que aquél se represente «las consecuencias de la cláusula suelo en el préstamo a interés variable y le priva de la posibilidad de comparar lo realmente contratado con otras ofertas existentes en el mercado» (FD 4.º 2). Y en su *S, 1.ª, P, 29.04.2015*, se apostilló que puede declararse abusiva la condición general si la no transparencia provoca subrepticamente una alteración del equilibrio subjetivo entre precio y prestación (FD 4.º 2).

El TS *también* señala que su anterior «doctrina se acomoda a la jurisprudencia» de la *STJ 26.01.2017 (Banco Primus)* (FD 4.º 3; *supra* [10] y nota 58 para los hechos). Por último, el TS apunta una *nueva idea*, de interés y que conecta con el TJ: que «el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe [...] se centra [...] en si [el predisponente] “podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”» y, con el contenido de la cláusula suelo, en la que, alcanzado el suelo, el consumidor no puede beneficiarse de la bajada de los tipos de interés, el TS considera difícil que a este le fuera indiferente su inclusión en el contrato, si hubiera habido negociación indivi-

<sup>210</sup> *STS, 1.ª, P, 25.05.2017*: en la *STS, 1.ª, P, 24.03.2015* «salimos al paso de la crítica de que el “juicio de abusividad queda diluido en el juicio de transparencia, de modo que toda cláusula suelo no transparente es abusiva”» (FD 4.º 2).

dual (FD 4.º 4). El TS añade que hay *frustración parcial*, no total, *de la expectativa generada en el consumidor* (FD 4.º 4).

En relación con lo que indico en el último párrafo del presente [39]:

«A la hora de aplicar los criterios contenidos en la STJUE de Banco Primus, conviene advertir que, en un caso como el presente, en que la cláusula afectada por la falta de transparencia es la que fija un suelo en un préstamo convenido a interés variable, “el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe”, no puede referirse al equilibrio objetivo entre precio y prestación, que escapa al control judicial.

Como afirmamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril, ha de venir referido “al equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”. Más bien consiste en que impide al consumidor representarse el impacto económico que le supondrá el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que le priva de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado.

Por otra parte, el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la buena fe no se centra en que la entidad financiera que introdujo la cláusula suelo tuviera o no previsiones muy certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino en si “podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual” como recuerda el TJUE en Banco Primus (ap. 60), con cita de Aziz (ap. 69).

Esta valoración habría de realizarse por el tribunal fijándose, como advertíamos, no en el equilibrio objetivo sino en el subjetivo entre precio y prestación, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Es difícil que, a la vista del contenido de la cláusula suelo, que comporta para el consumidor que no pueda beneficiarse de la bajada de los tipos una vez alcanzado el suelo, le hubiera resultado indiferente su inclusión en el contrato si hubiera existido una negociación individual.

Aunque una cláusula suelo como la pactada, en el momento en que se pactó, no frustre totalmente la expectativa que podía generarse el consumidor que contrata este préstamo hipotecario a interés variable, sin ser consciente de las implicaciones de la cláusula suelo, pues obviamente se ha podido beneficiar algo de la bajada de tipos hasta el suelo introducido en el contrato, sí que se frustra en parte, respecto de la bajada de los tipos por debajo del suelo» (FD 4.º 4).

4.10 LA STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (PTE EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>211</sup>

[40] *Ante la alegación de la entidad bancaria de que la previa sentencia estimatoria de la acción colectiva, que declaró la abusividad de la cláusula suelo, carecía de trascendencia para resolver la acción individual de nulidad de la cláusula suelo ejercitada ahora por el consumidor, y nulidad que consideraba debía denegarse*<sup>212</sup>, el

<sup>211</sup> HECHOS: El 05.12.2007, Adolfin y su marido celebraron un préstamo hipotecario con cláusula suelo con el *Banco de Andalucía* (después fusionado con el *Banco Popular Español*). En la escritura pública del préstamo hipotecario, el notario hizo constar, entre otras cosas, que a la operación se le aplicaba la *OM 05.05.1994*, que la acreedora le había exhibido la oferta vinculante a la que se refería el artículo 5 de dicha OM, coincidiendo, a su juicio, con las cláusulas financieras de la escritura, que el resto de cláusulas no financieras no son comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras, y que el prestatario renunciaba a examinar la escritura en los tres días de que disponía según dicha OM. Adolfin demandó al *Banco Popular Español* y pidió la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, su eliminación del contrato y la devolución de las cantidades satisfechas por ella. En *primera instancia se desestimó* la demanda: la cláusula suelo se incorporó al contrato y fue transparente. La *Audiencia Provincial desestimó* la apelación de Adolfin: la cláusula suelo se incorporó al contrato y, sobre el control de transparencia, *si bien* la cláusula suelo, como constaba en la escritura, no contenía «más información sobre su carácter de elemento definitorio del objeto principal del contrato», se enmascara entre otros datos, no constaban simulaciones de escenarios diversos y no se advirtió «de forma clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad, el consumidor» *adquirió* «un conocimiento adecuado de la importancia, funcionamiento y trascendencia» de la cláusula, *porque* su redacción no era «especialmente oscura ni compleja, y resulta accesible su contenido para una persona media sin necesidad de complicadas interpretaciones», *porque* Adolfin había suscrito, paralelamente (vinculado al préstamo hipotecario) y con el banco, un contrato de permuta de tipos de interés (impugnado por error vicio en otro juzgado) y *porque* el marido de Adolfin, que suscribió el préstamo, «trabajaba en una empresa que asesoraba a empresas que querían establecerse en Méjico». Adolfin recurrió en casación. (FD 1.º). El *TS casó*: declaró nula la cláusula suelo por abusiva, dispuso su eliminación del préstamo hipotecario, y la devolución de las cantidades cobradas por ella, con intereses legales (Fallo 2.3 y 2.4; FD 6.º 26). En la S se mencionan los casos *Vertrieb, Kásler, Matei, Van Hove, Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez* y *Banco Popular Español* del TJ. V. la nota que sigue a esta.

<sup>212</sup> La entidad bancaria (*Banco Popular Español*) se refería a la *STS, 1.ª, P, 23.12.2015*, S en la que *OCU* había ejercitado una acción colectiva de cese de cláusula suelo contra dicho *Banco Popular Español* y en la que el *TS* había declarado la cláusula abusiva y nula (*supra* nota 197).

En cuanto a la presente *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*, el *Banco Popular Español* argumenta concretamente: «Dicha acción colectiva dio lugar al proceso que finalizó mediante la sentencia de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre [*supra* [35]] [...] [que] declaró el carácter abusivo, y por tanto la nulidad, de la misma cláusula suelo objeto de este litigio, y ordeno a Banco Popular que cesara en el empleo y difusión de tal condición general, que la eliminara de sus condiciones generales y se abstuviera de utilizarla en lo sucesivo./ *Banco Popular* que reconoce que la cláusula suelo utilizada por su entonces filial Banco de Andalucía es la misma que fue objeto de la acción colectiva, alega que la sentencia que estimó la acción colectiva carece de trascendencia en la resolución de este recurso, pues este versa sobre una acción individual, por lo que la decisión a adoptar no debe venir determinada por lo que se resolvió en la sentencia sobre la acción colectiva, y que pese a que esta declaró la nulidad de tal cláusula suelo y acordó la cesación en su utilización, el presente recurso debe ser desestimado y la sentencia de la Audiencia Provincial, que denegó la nulidad pretendida, debe ser confirmada» (cursiva mía; FD 2.º 1, *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*). Para el *TS* –que casó y revocó la sentencia de la Audiencia Provincial, v. la nota que prece-

*TS tiene que pronunciarse sobre los efectos de la acción colectiva en el posterior litigio en el que el consumidor ejercita una acción individual. Pero antes, el TS advierte que está ante cuestión distinta de la tratada en sus S, 1.ª, P, 24.02.2017 (supra [36]), S, 1.ª, P, 25.05.2017 (supra [39]) y S, 1.ª, 06.06.2017, en las que «se planteaba la eficacia que pudieran tener los pronunciamientos de la sentencia desfavorables para el consumidor que no ha sido parte en el proceso en que se ejercitó la acción colectiva respecto de un proceso posterior en el que tal consumidor ejercita una acción individual, y concluimos que tales pronunciamientos desfavorables carecen de la eficacia de la cosa juzgada respecto de esos procesos posteriores donde el consumidor ejercita una acción individual, pues no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir» (cursiva mía; FD 2.º 4)<sup>213</sup>.*

[41] *Situándose ya en la cuestión jurídica planteada por la entidad bancaria (supra [40]), por un lado, el TS recuerda los diferentes objeto y efectos de las acciones colectivas e individuales (su diferente naturaleza; FD 2.º 5<sup>214</sup>), lo que supone la no extensión automática de la cosa juzgada de la acción colectiva, a la individual (FD 2.º 6). Por otro lado, el TS señala que ha de tenerse en cuenta la función tuitiva de la acción colectiva derivada del artículo 7 Dir 93/13/CEE (transcrito supra nota 7), «frustrada si el éxito de una acción colectiva careciera de cualquier trascendencia en procesos pendientes o futuros en que se ejercitara la acción individual respecto de dicha cláusula» (cursiva mía; FD 2.º 6)<sup>215</sup>. Apuntados esos*

de a esta, la 211– «no concurre ninguna circunstancia excepcional que excluya la vinculación de la resolución a adoptar en un litigio sobre una acción individual como el que ha dado lugar a este recurso a lo resuelto por sentencia firme en el litigio en el que se ejercitó la acción colectiva, por lo que debe apreciarse la nulidad de la cláusula suelo objeto de este litigio» (cursiva mía; FD 6.º 26).

<sup>213</sup> VENDRELL CERVANTES apunta que en la citada STS, 1.ª, P, 24.02.2017 (supra [36]) no se indicó que su doctrina (la del TS) fuera para el pronunciamiento desfavorable; expongo su pensamiento infra nota 216 a).

<sup>214</sup> El TS hace referencia a la STJ 14.04.2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, a la STC 148/2016, 19.09 (doctrina que se reitera en las SSTC 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12.12) (FD 2.º 5), SS a las cuales ya se refirió en la S, 1.ª, P, 24.02.2017: supra [36] b) y [30] c).

<sup>215</sup> El TS señala, que afirmó en S «401/2010, de 1 de julio» y S, 1.ª, P, 09.05.2013 «que la defensa de los intereses colectivos en el proceso civil no está configurada exclusivamente como un medio de resolución de conflictos intersubjetivos de quienes participan en el pleito. Está presente un interés ajeno que exige la extensión de sus efectos *ultra partes*, como instrumento para alcanzar el objetivo señalado en el artículo 7.1 de la directiva 93/13/CEE de que cese el uso de cláusulas abusivas y, consecuentemente, la expulsión del sistema de las cláusulas declaradas nulas» (FD 2.º 6). Y el TS también se refiere a la STJ 26.04.2012, asunto C-472/10, en la que, entre otras cosas, se dijo que el artículo 6.1, en relación con el artículo 7, 1 y 2, ambos de la Dir 93/13/CEE «no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta

*diferentes elementos* –como telón de fondo en su búsqueda de solución a la cuestión de la incidencia de la sentencia *estimatoria* de la acción colectiva (fundamentada en la falta de transparencia), en la acción individual (también fundamentada en la falta de transparencia)– el TS señala que ha de tenerse en cuenta que la *acción colectiva* opera con el *consumidor medio* y que la *abusividad* de una condición general que regule un *elemento esencial* del contrato, por su *no transparencia*, reside en el *déficit de información* del predisponente, que *impide* al *consumidor decidir* con *conocimiento claro* sobre la *carga económica del contrato* y su *posición jurídica*, *no permitiéndole comparar correctamente las ofertas existentes en el mercado*. En la *acción colectiva* se tiene en cuenta la *conducta estándar del predisponente en el suministro de información al consumidor*, la *redacción de la cláusula y su encuadre en el contrato*. La sentencia *estimatoria* de la *acción colectiva* determina el *cese* en el uso de la cláusula y *trae como consecuencia que en los litigios pendientes en los que se ejercite una acción individual sobre la cláusula suelo, la regla sea que el juez aprecie la abusividad de esa cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia estimatoria, y solo podrá no considerarla abusiva cuándo en el litigio de la acción individual consten circunstancias excepcionales sobre el perfil del cliente, o la información que el predisponente hubiere dado, en ese concreto caso, se hubiere significativamente apartado del estándar medio y justifique que las razones por las que se declaró la abusividad de la cláusula en la sentencia de la acción colectiva no sean aplicables a la acción individual* (salvedades sobre las que más adelante el TS se pronuncia: *infra* [43] y [44]). [Más allá de lo anterior, es oportuno indicar ahora, que otras *posteriores* SSTs han *reiterado* la anterior doctrina de la STS, 1.ª, P, 08.06.2017, como las STS, 1.ª, 07.11.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres) y la STS, 1.ª, 24.11.2017, lo que explicito en los siguientes apartados [B] y [C]].

[A] STS, 1.ª, P, 08.06.2017:

«9. La solución a la cuestión planteada ([de] qué efectos debe tener la sentencia *estimatoria* de una acción colectiva en un posterior litigio en que se ejercita una acción individual sobre nulidad de una condición general abusiva por falta de transparencia) debe buscarse tomando en consideración los distintos criterios a que se ha hecho referencia.

---

efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación» (FD 2.º 7).

Ha de tenerse en cuenta que en la resolución de la acción colectiva de cesación, el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio. Así lo pusimos de manifiesto en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148, 152 y 253 de la sentencia 241/2013 [09.05.2013].

Es también relevante cuál es la naturaleza de la abusividad de la condición general. En el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado.

Por tanto, en el enjuiciamiento de una acción colectiva de cesación de una cláusula suelo por falta de transparencia se toma también en consideración cuál ha sido la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conociera la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente su incidencia en el precio. Así lo afirmamos también en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, con referencia a los apartados 148 y 157 de la sentencia 241/2013 [09.05.2013].

En la [...] [STS, 1.ª P, 23.12.2015], en la que se estimó la acción colectiva [la cual se refiere el *Banco Popular*], se declaró la nulidad de la cláusula suelo empleada por el Banco Popular (que según reconoce este, coincide con la empleada por su entonces filial Banco de Andalucía) y se ordenó el cese en su utilización, se tuvo en cuenta la redacción de la cláusula y su encuadre en el contrato, junto con otras cláusulas, desde el punto de vista del consumidor medio. Asimismo, el Banco Popular no acreditó la existencia de una práctica estandarizada en su modo de contratar que supusiera la comunicación al consumidor de información precontractual adecuada sobre la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio (el interés a pagar por el prestatario).

10. La sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte del Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se está ejerciendo una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.

El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula cuando consten en el

litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predispone en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual» (FD 2.º).<sup>216</sup>

<sup>216</sup> Sobre la relación acción colectiva/acción individual *a propósito de la transparencia*, en la *doctrina de los autores* se ha apuntado [además de lo expuesto por PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *supra* nota 200 b)]:

a) VENDRELL CERVANTES: señala que esta STS, 1.ª, P, 08.06.2017 y la STS, 1.ª, 24.11.2017 –sobre esta última, v. en el cuerpo del texto la siguiente letra [C] que remite a [B]– *corrigen* la doctrina sentada en la STS, 1.ª, P, 24.02.2017 (*supra* [36]) en el sentido de que esta última «se refería a un caso singular, por tratarse de pronunciamientos desfavorables», *pero* en dicha STS, 1.ª, P, 24.02.2017 «nada se dijo acerca de que su doctrina respondiera al hecho de que el pronunciamiento en cuestión fuera desfavorable», y, se *sienta* «una nueva doctrina (para los pronunciamientos favorables para el consumidor incluidos en el procedimiento derivado de una acción colectiva sobre cláusulas suelo)» (p. 78). La *nueva doctrina* del TS «contiene una regla razonable en términos generales, coincidente con la adoptada desde el ordenamiento alemán. [...], en este ordenamiento, se ha concluido que las sentencias que estiman una acción colectiva no surten efectos, de manera excepcional, respecto de los consumidores individuales cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o del juicio de sorpresividad y se ha acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso concreto, esa falta de transparencia abstracta [...]. Así, en el particular caso de la falta de transparencia (o carácter sorpresivo) de la cláusula, se aplica una excepción a la regla general de extensión de efectos del artículo 11 de la Ley sobre las acciones de cesación en materia de consumo [...]» (p. 79). *Ahora bien* –indica VENDRELL CERVANTES– la doctrina jurisprudencial española «presenta importantes matices y sombras, entre ellos, los que se desprenden de su falta de apoyo normativo expreso, de su relación con lo dispuesto en el artículo 222.3 de la LEC y de su falta de correspondencia con lo expresado en pronunciamientos anteriores, como el ya citado auto de 3 de junio de 2013 de aclaración de la STS de 9 de mayo de 2013», y además, dicha doctrina jurisprudencial española «–al menos, en los términos en que se ha formulado por ahora– podría tener como consecuencia, al margen de la solución al caso de las cláusulas suelo, que las acciones colectivas tengan a partir de ahora un alcance muy limitado» [p. 79; todas las citas de *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017)]. V. *supra* nota 200 a) para VENDRELL CERVANTES.

b) RUIZ ARRANZ: «el Derecho alemán prevé, en el § 11 de la Ley sobre acciones de cesación en materia de consumo [...] que los efectos de la sentencia derivada de una demanda colectiva [...] en un procedimiento de cesación [...] de condiciones generales de la contratación se proyecta, cuando la cláusula es declarada nula, sobre los procedimientos individuales. [...]. El ordenamiento alemán tan solo excluye esta vinculación inmediata del procedimiento declarativo de la nulidad respecto de los procedimientos individuales, cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o sorpresividad, y se ha alegado y acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso, esa falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula. Esta es una excepción a la regla general» (p. 1779). Sobre la presente STS, 1.ª, P, 08.06.2017, RUIZ ARRANZ afirma: «se adopta –con algunos matices y muchas más sombras– la regla alemana especial para las acciones colectivas concnientes a la falta de transparencia sustantiva: la acción colectiva de cesación, y la sentencia dictada en su marco, vincula a las acciones individuales, al menos de manera claudicante, pues podrá analizarse la concurrencia de circunstancias particulares *muy excepcionales* que fundamenten y permitan un fallo distinto» [cursiva del original; p. 1779; todas las citas ADC (2017)].

c) VÁZQUEZ MUIÑA: «en materia de cláusulas suelo, consideramos que las acciones colectivas únicamente tendrán efectividad entre las partes que han iniciado el procedimiento, aun cuando se haya dispuesto en la sentencia la extensión de sus efectos *ultra partes*.

De hecho, dado que el estudio de la información precontractual proporcionada por el pre-disponente ha de analizarse caso por caso, el control de transparencia debería quedar relegado a las acciones individuales, pues en la resolución de las acciones colectivas de cesación, el juez debe tomar como referencia el consumidor medio, punto de vista que puede llevar a resultados injustos, en tanto puede beneficiarse a aquel adherente que posea un nivel de conocimientos jurídicos-financieros superior a la media –como un empleado de banco o un abogado– y puede perjudicarse a aquel que tenga un nivel de conocimientos inferior a la media. En esta línea se sitúa el Auto núm. 18/2013, de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 15 de febrero de 2013 [...], que considera que deviene improcedente una acción colectiva fundamentada en la falta de información porque en ésta y en los vicios del consentimiento existen derechos individuales y subjetivos específicos de cada persona que intervino en los contratos y que exigen de manera inexcusable el análisis de cada caso concreto» [CCJC (2017) ap. I *in fine*]. También VÁZQUEZ MUIÑA: «[d]e ahí que se sostenga que el control de transparencia cualificado deba quedar circunscrito a las acciones individuales» (p. 253); «a nuestro juicio, resulta más adecuado el enjuiciamiento de las cláusulas suelo caso por caso y no adoptando la perspectiva del consumidor medio» (p. 256) [(2018) pp. 253-259].

d) Conectando con la última idea de VÁZQUEZ MUIÑA, otros autores apuntan, a propósito de la STS, 1.ª P, 09.05.2013 (*supra* [25]), lo inadecuado de que en una acción colectiva se conozca de la transparencia de la cláusula (suelo). Por ejemplo:

d.1) ALFARO ÁGUILA-REAL: «El *segundo [error; cursiva mía]*, y más relevante a nuestro juicio para solucionar de una vez por todas el monumental lío que han causado las cláusulas-suelo, es el de considerar que puede declararse intransparente una cláusula pre-dispuesta *urbi et orbe* y para todos los casos en los que una cláusula con idéntico tenor literal a la discutida en el pleito ante el Supremo se haya incluido en un contrato. [...] / [...] el Supremo se equivocó al declarar, en el marco de una acción colectiva, que la cláusula-suelo era intransparente (nunca dijo que fuera abusiva, esto es, perjudicial para el consumidor con menoscabo de sus derechos) y se equivocó al declarar la nulidad de la cláusula en los contratos celebrados por los bancos demandados. Sencillamente porque el Supremo no tenía a la vista información sobre las circunstancias concretas que rodearon la celebración de los contratos concretos en los que se había incluido la cláusula-suelo. Y no la tenía porque, equivocadamente, los demandantes no habían pedido la declaración de intransparencia de la cláusula-suelo, sino la declaración de su carácter abusivo, sin darse cuenta de que la cláusula suelo es una cláusula que regula los elementos esenciales del contrato y, por tanto, no está sometida a un control jurídico de validez» (p. 6); «[s]i la Sala 1.ª revoca expresamente la doctrina sentada en la sentencia de 9 de mayo de 2013 en los dos aspectos expuestos [en los segundo y tercer errores; el *tercer error* –el establecimiento de criterios rígidos y desproporcionados para determinar si hubo transparencia– se encuentra expuesto *supra* nota 183 b)] enviaría un mensaje claro y prudente a las Audiencias y a los Juzgados para que procedan a enjuiciar las cláusulas-suelo como lo han venido haciendo muchos de ellos hasta ahora; examinando las circunstancias que rodearon la celebración del contrato concreto para decidir si la cláusula se incorporó de forma transparente al contrato o, por el contrario, el banco se la coló “de rondón” al consumidor. Tengo decenas de conocidos que tienen cláusula-suelo en sus préstamos hipotecarios y que saben que la tienen y sabían que la tenían en el momento de celebrar el contrato, y no obstante, decidieron no dirigirse a otro banco que no incluyera suelo en sus préstamos. Y tengo conocidos a los que les colaron de rondón la cláusula, normalmente, porque se subrogaron en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor de la vivienda que financiaron, de manera que no participaron en la negociación del contrato y no se molestaron en comprobar si existía la cláusula porque, lógicamente, no la “esperaban” ya que los bancos y cajas que la utilizaron se guardaron mucho de hacer publicidad de un término contractual que hacía que su oferta fuera menos atractiva que la de sus competidores. / Por esa razón, es necesario decidir caso por caso si procede o no declarar la nulidad de la cláusula-suelo por intransparente» (p. 7). Todas las citas de *InDret* (2017). En la STS, 1.ª, 24.11.2017, el TS señala que la exigencia de transparencia en los elementos esenciales se aplica a la subrogación, y a la novación, del préstamo hipotecario: *infra* [47].

d.2) BUSTOS LAGO: «Lo que tampoco resulta viable es la acumulación a la acción de cesación de acciones de nulidad, de anulabilidad o de invalidez contractual fundadas en vicios del consentimiento (ordinariamente fundadas en incumplimientos de las obligacio-



[B] STS, 1.ª, 07.11.2017<sup>217</sup>:

«[...], no queremos decir que lo ya resuelto en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre [*supra* [35]], tenga efecto de cosa juzgada en este procedimiento, porque en aquella ocasión se enjuició una acción colectiva y en ésta una acción individual (para evitar inútiles reiteraciones nos remitimos a lo dicho en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero [*supra* [36]], que se pronunció sobre la interrelación entre las acciones colectivas e individuales y la jurisprudencia constitucional y comunitaria al respecto –STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14; y SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, y 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre–).

Pero ello tampoco quiere decir que el pronunciamiento de la sentencia 705/2015 no surta ningún efecto en este procedimiento. Como hemos dicho en la sentencia de Pleno 367/2017, de 8 de junio (también en un caso del Banco Popular), la sentencia que estimó la acción colectiva debe tener como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de esta cláusula suelo, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que

---

nes de información precontractual a cargo de las entidades financieras o de crédito) [...] y ello por cuanto la acción de cesación es necesariamente colectiva, careciendo los consumidores particulares de legitimación activa para su ejercicio [*ex artículo* 54 TRLGDCU [...]]. Con similar fundamento debe considerarse que resulta difícilmente viable admitir que se pueda pretender la nulidad de una cláusula de condiciones generales de la contratación por no superar el control de transparencia a través del ejercicio de una acción colectiva de cesación. Por esta razón resulta criticable el pronunciamiento contenido en la STS, Civil – Pleno, 241/2013, de 9 de mayo [...]. En efecto, a diferencia de la abusividad por razones de fondo, la falta de transparencia incorpora un juicio de cognoscibilidad que ha de apreciarse caso por caso. [...]. Por el contrario, las cláusulas abusivas, por razones de fondo o de contenido, en todo caso constituyen supuestos de ilicitud, de contravención de norma imperativa y, por lo tanto, es susceptible de verificarse en abstracto. Por esta razón, las cláusulas abusivas pueden ser objeto de una acción colectiva de cesación, mientras que la no incorporación de una cláusula a un contrato concreto requiere un análisis del grado de comprensibilidad y consentimiento a la cláusula en cuestión por el adherente en el caso particular o individualizado de que se trate» [«Artículo 54 TRLGDCU» (2015) pp. 661-662].

e) FERRERES COMELLAS: transcribimos sus consideraciones *infra* nota 333 párrafo II.  
<sup>217</sup> HECHOS: El 11.04.2007, Leopoldo suscribió una escritura de préstamo hipotecario con cláusula suelo con el Banco de Andalucía, actualmente Banco Popular, al que demandó, solicitando la nulidad de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades por ella pagadas. En primera instancia se estimó la demanda: se declaró nula la cláusula suelo por falta de transparencia y se condenó a la devolución de lo pagado por ella con intereses. La Audiencia Provincial estimó la apelación de la entidad financiera (la cláusula era clara y sencilla, y estaba individualizada en el contrato; el notario leyó la escritura pública; y no hubo contradicción entre el contenido de la escritura pública y la oferta vinculante) y revocó la sentencia, y desestimó la demanda. (FD 1.º). Leopoldo recurre en casación. El TS casó y confirmó la sentencia de primera instancia: consideró la cláusula no transparente y abusiva (FD 4.º 11, v. FD 4.º, 6 y 8; Fallo 1 y 2). En la S se citan los casos RWE Vertrieb, Kásler, Matei, Van Hove, y Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español del TJ.

se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen un fallo diferente» (FD 3.º 2).

«Como quiera que hemos adelantado que un supuesto muy similar al presente ha sido tratado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, nos remitiremos en buena medida a la allí resuelto» [FD 4.º 1; v. FD 3.º 1)].

[C] El FD 5.º 2 de la *STS, 1.ª, 24.11.2017* expone, en esencia, las ideas que he transcrito en la anterior letra [B] del FD 3.º 2 de la *STS, 1.ª, 07.11.2017*. (Para *otros* aspectos de la *STS, 1.ª, 24.11.2017*: en concreto, para la transparencia en la subrogación y en la novación del préstamo hipotecario, *infra* [47]).

*Por último*, en la presente *S, 1.ª, P, 08.06.2017*, el TS se preocupa de dejar claro que la apreciación de que existan algunos de esos supuestos excepcionales en los que la sentencia estimatoria de la acción colectiva no vincule la decisión de la acción individual, *no obstaculiza a que la empresa condenada cese completamente en el uso de la condición general declarada abusiva en la acción colectiva*.

«12. Debe dejarse claro que el hecho de que en supuestos excepcionales la sentencia firme que estima una acción colectiva de cesación no extienda sus efectos a litigios en que se ejerciten acciones individuales no obsta, naturalmente, a que la empresa condenada al cese en el uso de una condición general, por abusiva, deba cumplir efectivamente la condena y cesar completamente en el uso de dicha condición general en su actuación en el mercado» (FD 2.º).

[42] Sentado lo anterior, el TS se refiere al *control de transparencia* de la cláusula suelo, *reiterando anteriores consideraciones suyas*. En concreto, el TS: *a)* menciona la doctrina de los casos *RWE Vertrieb, Kásler, Matei, y Van Hove* del TJ, de que, además de la redacción clara y comprensible de las cláusulas, el consumidor ha de tener un conocimiento real de ellas que le permita prever sus consecuencias económicas [FD 6.º 2; *supra*[10] j)]; *b)* que su jurisprudencia ha exigido para las condiciones generales en contratos con consumidores, con base en los artículos 4.2 Dir 93/13/CEE y 60.1 y 80.1 TRLGDCU, el requisito de su transparencia (FD 6.º 3)<sup>218</sup>; *c)* que además del requisito de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC), «debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato», a fin de que el adherente pueda conocer con sencillez la carga económica y la jurídica del contrato (FD 6.º 4); *d)* que «[a] las condi-

<sup>218</sup> Recuérdese lo indicado *supra* nota 41 *a)* en [7] *b)*, acerca de fundamentar la transparencia en el artículo 60.1 TRLGDCU.

ciones generales» sobre «elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita» al consumidor «adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato» (FD 6.º 5)<sup>219</sup>. *En cuanto al concreto caso*, el TS consideró que la cláusula suelo *no había superado el control de transparencia* (FD 6.º 6-15, 19).

[43] Y para el *control de abusividad* de la cláusula (siguiente paso), el TS señala que ha de considerarse el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las demás cláusulas del contrato o de otro del este que dependa, y *todas las circunstancias concurrentes cuando su celebración* (arts. 4.1 Dir 93/13/CEE y 82.3 TRLGDCU) y, *cuando el control de transparencia está en juego, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, dadas sus circunstancias personales, están correctamente informados de la trascendencia de la cláusula. Ahora bien*, que el consumidor tenga cierta formación *no encaja*, considerado solo en sí mismo, dentro de esas excepcionales situaciones relevantes en el juego del control de transparencia y ello sucede con el marido de la cliente-demandante –licenciado en Derecho y asesor de empresas, lo cual no le supone un conocimiento experto en los contratos bancarios–. *Pues, al consumidor no se le puede exigir una ocupación intensiva en el examen de las condiciones generales para descubrir aquellas que influyen decisivamente en los elementos esenciales del contrato y que, pese a su naturaleza, no se trataron adecuadamente y modifican, sorpresivamente, la carga económica y jurídica del contrato que el consumidor consideró.*

«16. [...] es cierto que en el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración “todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”, como prevén los artículos 4.1 de la Directiva y artículo 82.3 TRLCU.

Es por eso que, pese al carácter más objetivo del enjuiciamiento de la abusividad de las condiciones generales, cuando está en juego el control de transparencia, en el que la información al consumidor

---

<sup>219</sup> Continúa el FD 6.º 5: «Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

sobre la incidencia que la cláusula suelo tiene en el precio del contrato es fundamental, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, por sus circunstancias personales, se encuentren correctamente informados sobre la trascendencia de la cláusula. Cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido, que es justamente la existencia de consentimiento del consumidor respecto de tales cláusulas.

Además de lo anterior, no otorgar relevancia a estas circunstancias excepcionales cuando de ellas resulta con claridad que el consumidor conoce adecuadamente la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio, sería contrario a las exigencias de la buena fe, que informan todo el ordenamiento jurídico.

17. Lo anterior no implica que la protección que la exigencia de transparencia de las cláusulas sobre los elementos esenciales del contrato y la no vinculación a las cláusulas abusivas supone para el consumidor, quede enervada en el caso de que este tenga cierta formación.

Como hemos visto anteriormente, al predisponente se le exige un plus de información sobre las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado. En la contratación en masa, el consumidor centra su atención y, por ello su consentimiento es pleno, en el precio y en la prestación que recibe a cambio. No le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, una ocupación intensiva en el examen del condicionado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato.

18. En el caso objeto del recurso no concurren esas circunstancias excepcionales que enerven la consideración de la cláusula suelo como no transparente. Que el marido de la demandante sea licenciado en Derecho, que haya homologado en España su título de licenciado en Derecho expedido por una universidad mejicana, y que trabaje en una empresa que asesora a empresas que quieran establecerse en Méjico, no supone que tenga un conocimiento experto de los contratos bancarios que le permita, sin necesidad de estudiar pormenorizadamente el contrato en el que interviene como consumidor, conocer la existencia de la cláusula suelo sobre cuya presencia y trascendencia no ha sido adecuadamente informado.

Buena prueba de esa falta de conocimiento experto, predicable por lo general de quien se dedica profesionalmente a la banca o a

una actividad similar, es que contratara un swap de tipos de interés, que le suponía la realización de pagos cuando el euribor bajara, vinculado al préstamo hipotecario con cláusula suelo» (FD 6.º; v. además FD 6.º 26).

[44] *En cuanto a la otra circunstancia excepcional de que, en el concreto caso, el predisponente hubiera informado adecuadamente al cliente* —«[l]a información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar»— el TS considera que ello no sucedió en el caso (FD 6.º 21, 22, 26). *Por otro lado*, el TS se pronuncia sobre si la posible actuación del notario suple o excluye la exigencia de información precontractual del predisponente. El TS recuerda algunos de sus anteriores pronunciamientos y la oportuna jurisprudencia del TJ (casos *RWE Vertrieb*, *Matei*, *Van Hove*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez*, y *Banco Popular Español*) y señala que la intervención del notario no excluye, no sustituye, la necesidad de la información precontractual suficiente por parte del predisponente a efectos de la transparencia de la cláusula. *Y si el predisponente facilitó información adecuada, la intervención del notario viene a completar la información dada al consumidor.*

En la *STS, 1.ª P, 08.09.2014* [en el original de la S se indica el año 2013], «declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia» (FD 6.º 19; *supra* [27]).

En la *STS, 1.ª P, 24.03.2015*, «llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda (lo habitual en el caso de consumidores es que el préstamo hipotecario sirva para pagar el precio de la vivienda que acaba de comprarse en la escritura otorgada justo antes y ante el mismo notario), por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada, pues si lo hace, no podría pagar el precio de la vivienda que acaba de comprar» [FD 6.º 19; *supra* [30] a)].

Y en la *STS, 1.ª P, 09.03.2017*, «dijimos que “en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia [...]”» (FD 6.º 23; *supra* [38]).

*Ahora bien*, esa última declaración «no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. En el supuesto objeto de ese recurso [el de la STS, 1.º, P, 09.03.2017], el consumidor había sido informado previamente de la existencia de tal cláusula suelo, hasta el punto de que este la había comparado con la ofertada por otras entidades bancarias y consiguió una rebaja en el suelo propuesto. [...] tal circunstancia [...], sí que servía para acreditar que en la fase precontractual el consumidor tuvo cumplida información de la existencia y trascendencia de la cláusula suelo. En estas circunstancias, cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual» (FD 6.º 23)<sup>220</sup>.

<sup>220</sup> a) Con posterioridad, el TS vuelve a pronunciarse sobre la función del notario en conexión con la exigencia de transparencia al predisponente, *reiterando anteriores afirmaciones suyas*:

a.1) En la STS, 1.º, 07.11.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres) se citan las SSTs, 1.º, P, 08.09.2014 [en el original se indica 2013] y 08.06.2017 en las que se indica que «la lectura de la escritura pública y [...] el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia»; *que* en la STS, 1.º, P, 24, 03.2015 se llamó «la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda [...] por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con fundamento en una información inadecuada [...]» (FD 4.º 7); y *que* en la STS, 1.º, P, 09.03.2017 se dijo que el notario «[...] puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas [...] y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]». Pero tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir» (FD 4.º 9).

a.2) En la STS, 1.º, 16.11.2017 (Pte Excmo Sr D Ignacio Sancho Gargallo) se lee: «[e]ste deber de poner a disposición del consumidor la información relativa a la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en la determinación del interés, en un contrato de préstamo hipotecario con interés variable, no puede quedar reducida a que los prestatarios puedan acceder a la minuta de la escritura en que se instrumenta el contrato, dentro de los tres días previos a su firma. No cabe cuestionar que la minuta o proyecto de escritura hubiera estado a disposición de los prestatarios tres días antes de la firma del contrato, *sino si esto colma los deberes de transparencia*» (cursiva mía; FD 2.º 2); y se reitera que «[e]s cierto que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que “en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia”. Pero, como también hemos puntualizado en las sentencias 367/2017, de 8 de junio, y 593/2017, de 7 de noviembre, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir» (FD 2.º 2).

a.3) En la STS, 1.º, 24.11.2017, en su FD 2.º 5, también se indican las consideraciones apuntadas en las anteriores letras a) y b) sobre el notario, citándose las STS, 1.º, P, 08.09.2014 [en el original se indica 2013], STS, 1.º, P, 09.03.2017 y STS, 1.º, P, 08.06.2017. (Para otros aspectos distintos al de la intervención del notario, *infra* [46] para la STS, 1.º, 24.11.2017).

[45] *Por último*, en mi extracto de esta S, voy a referirme a la contraposición, hecha por el TS, entre la exigencia de transparencia y el error vicio (no pueden confundirse). Según el TS, *en la transparencia*, el control, de la cláusula y del proceso de contratación, es más objetivo (si bien es preciso tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes cuando la celebración del contrato; arts. 4.1 Dir 93/13/CEE, 82.3 TRLGDCU), se declara la nulidad de la cláusula, el contrato subsiste sin la cláusula, y supone la restitución, por el predisponente, de lo por aquella recibido<sup>221</sup>. Y *en el error*, las

a.4) Y esas anteriores afirmaciones del TS sobre la función del Notario y el deber de transparencia del predisponente se reiteran *para el «préstamo multimonedado con garantía hipotecaria»* (cursiva mía) en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017, citándose las STS, 1.ª, P, 08.09.2013, STS, 1.ª, P, 24, 03.2015, STS, 1.ª, P, 09.03.2017 y STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 8.º 36-39; Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena).

b) Sobre el papel de los notarios y la exigencia de transparencia, VÁZQUEZ MUIÑA: «En nuestra opinión, conviene tener presente que son los bancos quienes tienen el deber de proporcionar la información precontractual pertinente, pues son ellos quienes están ofertando al consumidor el producto o servicio en cuestión, y a los que se presume, en consecuencia, un conocimiento extenso de los efectos e implicaciones de tales productos. La labor informativa de los fedatarios públicos, y más concretamente de los notarios, es un mero complemento que no sustituye en ningún caso la obligación de suministrar la información precontractual adecuada que recae sobre las entidades financieras, pues, aunque los notarios cuentan con unos sólidos conocimientos jurídicos, no se les presumen unos conocimientos tan vastos en materia financiera, máxime cuando se ofertan actualmente en el mercado productos y servicios financieros con efectos de notable complejidad. En este sentido, dado el elevado desconocimiento que en ocasiones poseen los propios empleados de banca sobre los productos o servicios que ofertan, se antoja difícil imaginar que los notarios –profesionales cualificados del Derecho, pero no del ámbito financiero– puedan llegar a tener, en todo caso, un conocimiento profundo del funcionamiento de estos productos. Por otra parte, la prueba de que la actuación del notario ha sido la que ha garantizado la adecuada comprensión de las cláusulas del contrato por parte del adherente, no hace más que evidenciar que la entidad financiera no ha desempeñado correctamente su obligación de información precontractual./ Respecto a las cláusulas suelo, la actuación de los notarios se limita a comprobar que las entidades financieras han cumplido con las previsiones exigidas por la normativa de transparencia bancaria [*infra* nota 341], o lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha denominado criterios objetivos de valoración de la transparencia, de tal manera que la declaración del carácter abusivo de la cláusula corresponde a los jueces y tribunales. Es cierto que los fedatarios públicos deben colaborar activamente en el proceso de expulsión de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con consumidores. Sin embargo, dicha competencia debe quedar circunscrita a aquellos supuestos en los que no sea necesario una ponderación de las circunstancias concurrentes del caso. De esta manera, los notarios y registradores únicamente pueden denegar la autorización e inscripción –cada uno en el ámbito de sus competencias– de aquellas cláusulas que consideren abusivas, bien porque éstas hayan sido declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 84 LGDCU/2007), bien porque pertenezcan a la denominada “lista negra” que abarca los artículos 85 y siguientes de la LGDCU/2007. En el caso de la cláusula suelo, esta no podrá subsumirse en ninguno de los dos supuestos expuestos porque el carácter abusivo de dicha estipulación requiere un estudio individualizado de cada caso concreto –el juez tiene que examinar caso por caso si la entidad financiera ha informado debidamente al cliente o no–, y porque la cláusula suelo no pertenece a la conocida como “lista negra”» [cursiva mía; CCJC (2017) ap. II. 1.2]. V. *supra* ORDUÑA MORENO, nota 186, acerca de la función preventiva de los notarios y la transparencia.

<sup>221</sup> En su *Voto particular* a la STS, 1.ª, P, 25.03.2015 (*supra* [32]-[33]), ORDUÑA MORENO, voto al cual se adhirió el Excmo Sr D Xabier O’Callaghan Muñoz, caracteriza la ineficacia en la contratación seriada (sobre este tipo de contratación *supra* [23]) como

circunstancias personales de los contratantes son fundamentales, el error debe ser esencial y excusable, se anula todo el contrato, y ambas partes deben recíprocamente restituirse lo recibido.

«15. No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.

Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el

---

sigue: «el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, nos informa, con carácter general, de la caracterización del régimen de ineficacia que resulta aplicable. En este sentido, acorde con la naturaleza y función de este fenómeno jurídico, la forma o el modelo de ineficacia responde a los parámetros de una *ineficacia funcional, relativa, parcial e insanable*. [...] la ineficacia es [...] *funcional, porque* la reglamentación predispuesta, por su naturaleza, no contiene ninguna irregularidad en su estructura negocial y nace [...] regularmente firmada y eficaz; sin embargo, funcionalmente su ejecución lleva a un resultado que el ordenamiento jurídico no permite consolidar, esto es, la lesión del consumidor adherente por la falta de equilibrio prestacional o de transparencia real./ [...] la ineficacia es *provocada* pues se permite que los consumidores y usuarios puedan operar dicha ineficacia con la correspondiente pretensión de impugnación. [...] la ineficacia es *relativa y parcial porque* despliega sus efectos entre las partes (no tiene proyección “erga omnes”) y afecta sólo a la cláusula declarada abusiva, que es objeto de la ineficacia, no así el resto del contenido contractual (principio de conservación del contrato en interés del consumidor). [...] la ineficacia *es más bien insanable en relación a la cláusula declarada abusiva, pues* no se permite su moderación, ni su integración en el contrato subsistente./ [...] *la naturaleza y función del control de abusividad y de la acción ejercitada, de acuerdo a la anterior caracterización general, nos concretan ya el alcance del mecanismo restitutorio que opera como una consecuencia directa de la situación de ineficacia de la cláusula declarada abusiva*. [...], el control de abusividad, como control de eficacia de la reglamentación predispuesta se formula, necesariamente, *desde una perspectiva declarativa del carácter abusivo de la cláusula*, esto es, de la lesión o perjuicio que se infiere al consumidor en la reglamentación predispuesta y, por tanto, con remisión a la propia celebración del contrato que funcionalmente los causaliza. De ahí *su correspondencia con el examen de legalidad o idoneidad [sic]* que también, necesariamente, [...], toma como referencia temporal *el momento de la celebración del contrato para valorar el posible desequilibrio prestacional o la falta de la debida transparencia real*./ [...] En esta misma dirección, se desenvuelve la naturaleza y función de la *acción individual de impugnación* que se ejercita. [...], de acuerdo con el carácter de ineficacia provocada señalado, [...], lo cierto es que el específico tratamiento o concreción de la ineficacia resultante en el fenómeno de las condiciones generales queda informado, en este punto, por la pretensión de impugnación del consumidor adherente dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que declare el carácter abusivo de la cláusula en cuestión y, por tanto, su nulidad e ineficacia contractual. Desde esta innegable perspectiva deben tenerse en cuenta dos criterios que delimitan el alcance del pronunciamiento judicial. El primero obedece a la propia estructura sistemática de nuestro Código Civil, en donde *el mecanismo de la restitución viene referido como una consecuencia ineludible de la situación de ineficacia contractual derivada de la nulidad o anulación del contrato, en nuestro caso de la nulidad de la cláusula abusiva*. Tratamiento unitario que resulta indiscutible en la estructura sistemática de nuestro Código Civil. El segundo, obedece a la propia naturaleza o formalidad del mecanismo de la restitución *que conduce, en principio, a que las consecuencias o efectos de la misma haya de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, esto es, con un claro alcance “ex tunc”*» (cursiva mía; FD 5.º).



error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses

16. No obstante, es cierto que en el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración “todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración”, como prevén los artículos 4.1 de la Directiva y artículo 82.3 TRLCU» (FD 6.º; este párrafo transcrito del ap. 16 también lo está *supra* [43], además de la transcripción del resto de dicho ap. 16).<sup>222</sup>

<sup>222</sup> En la relación *abusividad por falta de transparencia/error vicio*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ y VÁZQUEZ MUIÑA apuntan la mejor protección que el consumidor obtiene a través de la primera, frente al segundo, por lo que a efectos prácticos le es más conveniente la abusividad por falta de transparencia. En concreto:

a) PERTÍÑEZ VÍLCHEZ se ocupa de lo anterior en diversas ocasiones. Algunas de sus consideraciones coinciden con las del TS.

En 2017, según PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *aunque el TS incardine la cláusula suelo como cláusula abusiva por falta de transparencia, ello «no excluye la posibilidad de contemplar la falta de información sobre estas cláusulas desde la perspectiva del vicio de error, si concurren los requisitos [...] del supuesto de hecho del artículo 1266 CC, [...] error [...] esencial, en el sentido de recaer sobre el objeto o condiciones de la cosa que hayan sido motivo de la realización del contrato y [...] excusable para el prestatario»*. Pero, «[l]a perspectiva desde la que se valora la concurrencia de error vicio es distinta [...] desde la que se valora la cláusula abusiva por un defecto de transparencia. [...] en este último supuesto lo relevante es la conducta del predisponente, en particular, la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe, en [...] [el] vicio error, el centro de atención se sitúa en la persona de quien lo sufre, pues es preciso probar, [...] la concurrencia de un error, en este caso, el desconocimiento de una cláusula que incide sobre el precio y de su trascendencia sobre el coste del crédito y, [...] la excusabilidad por [...] quien lo padece, si bien en este juicio de excusabilidad influye decisivamente la información proporcionada por la otra parte./ La concurrencia de error vicio requiere, por lo tanto, un plus respecto de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula por defecto de transparencia: la diligencia del prestatario. Esto es, una cláusula suelo podría ser abusiva por falta de transparencia, por no haber superado la entidad financiera el estándar de información definido por la STS 9 de mayo 2013 [...] y, sin embargo, podría no poder probarse en el mismo caso la concurrencia de error excusable por parte del consumidor» (pp. 132-133). *Ahora bien*, «la anulación por error vicio por falta de información sobre el coste del crédito por la inclusión de una cláusula suelo choca en nuestro ordenamiento con el principal obstáculo de la consecuencia de la nulidad total del contrato. La nulidad parcial ha aparecido fundamentalmente asociada en nuestra práctica jurisdiccional a los supuestos de contravención de normas imperativas que afecte sólo a un aspecto de la reglamentación negocial del contrato» [cursiva mía; p. 134; v. además pp. 107-110; y más allá, para la con-

#### 4.11 LA STS, 1.<sup>a</sup>, 24.11.2017 (PTE EXCMO SR D IGNACIO SANCHO GARGALLO; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>223</sup>

[46] El TS recuerda que para valorar si el predisponente ofreció *suficiente información* precontractual y también cuándo la celebra-

tratación entre empresarios, p. 141, e *InDret* (2016) p. 5; salvo la cita inmediatamente anterior de *InDret*, todas las demás citas de (2017); v. además *RCDI* (2017) p. 1214].

Y en 2004, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ señalaba, que «las normas sobre vicios del consentimiento [...] no aportan soluciones adecuadas a la forma de tutela prevista en relación a la predisposición negocial, y en particular, de las mismas no se puede extraer una exigencia de transparencia en relación a las prestaciones principales que sea conforme con la requerida por el inciso final del artículo 4.2 de la directiva [93/13/CEEE]» (p. 138). *En cuanto a los requisitos*, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ señalaba que la regulación del error (y del dolo) se fundan «en la recíproca distribución de las cargas informativas entre partes iguales conforme a la diligencia ordinaria, que marca la frontera entre el deber de información y el deber de informarse» y de ahí la irrelevancia del error inexcusable (diligencia ordinaria), y «[e]l error sobre el contenido de las condiciones generales relativas al precio y al objeto del contrato es inexcusable, porque si han recibido cumplimiento los requisitos de incorporación del artículo 5 [...] LCGC [...], el cliente habrá contado con una posibilidad de conocer su contenido. Por lo tanto, al predisponente para evitar el error le basta con el cumplimiento de las condiciones de cognoscibilidad» (p. 139). Y sobre la «intención de engañar [del dolo] [...] no siempre existirá en los supuestos de predisposición no transparente de las cláusulas relativas al precio y al objeto y aun cuando existiera, su prueba sería muy difícil para el consumidor» (pp. 139-140). La «asimetría informativa» que hay entre el predisponente y el consumidor sitúa al primero «en una posición de garante de la información que debe ser recibida por el consumidor respecto del precio y del objeto del contrato. Por ello, la obligación de transparencia del predisponente en relación a las cláusulas relativas al precio y a la prestación del artículo 4.2 de la directiva [93/13/CEE], es más amplia que la exigida a una parte para evitar el vicio del consentimiento de la otra parte. No puede limitarse al ofrecimiento de una posibilidad de conocimiento, sino que exige mucho más del predisponente, exige que redacte las cláusulas relativas al precio y al objeto de tal forma, que el consumidor pueda conocer antes de que el contrato sea vinculante y sin necesidad de una ocupación intensiva, el plano comprensivo de las ventajas y desventajas del contrato, a fin de que pueda elegir conscientemente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado» (p. 140). *En cuanto a los efectos*, «la consecuencia jurídica» de «los vicios del consentimiento, no es adecuada al carácter tuitivo de la normativa sobre cláusulas predisuestas; al cliente le interesa la nulidad parcial de la cláusula y la subsistencia del resto del contrato y no la nulidad total, pues así puede satisfacer su interés contractual positivo»; la LCGC y la LGDCU «prevén como consecuencia normal de la declaración de abusividad de una cláusula la nulidad parcial y la subsistencia del resto del contrato». PERTÍÑEZ VÍLCHEZ apunta que, si bien el Derecho general de contratos admite la nulidad parcial, esta se condiciona «a la voluntad hipotética de ambas partes en la conservación parcial del negocio» y es difícil que, versando la cláusula predispuesta sobre el precio o el objeto, «la voluntad hipotética del predisponente sea la validez del negocio sin ella» (p. 140). Además, «[l]a nulidad parcial impuesta, contra la voluntad del predisponente [...] es una sanción que no puede aplicarse sino es una [*sic*] mediante una norma expresa que la determine, y esta forma de nulidad parcial impuesta no se prevé en las normas generales sobre formación de los contratos» (pp. 140-141). Todas las citas de (2004).

b) Según VÁZQUEZ MUIÑA, «para el enjuiciamiento de las cláusulas predisuestas, la teoría de los vicios del consentimiento resulta inadecuada, a pesar de que sea una vía perfectamente admitida por nuestro ordenamiento y ejercitada por los adherentes» (p. 294) «[e]n cualquier caso, resulta más beneficioso para el consumidor la declaración del carácter abusivo de la cláusula en cuestión, conservándose el resto del negocio –siempre que este pueda mantenerse sin las cláusulas declaradas nulas (artículo 83 TRLGDCU)–, pues ello le permite seguir disfrutando de una financiación que necesita y que puede devolver paulatinamente en función de las cuotas establecidas» (p. 296) [(2018) pp. 292-300, en particular hasta p. 298].

<sup>223</sup> HECHOS: El 17.07.2008, Evangelina celebró con el *Banco Pastor* un préstamo hipotecario de 140.000 €, con cláusula suelo y a devolver en treinta años y en cuotas men-

ción del contrato sobre la cláusula suelo (cumplimiento de la transparencia), hay que tener en cuenta, entre otros extremos, si el consumidor es *experto en el tipo de contratos de que se trate*. Si lo es, se justifica una información *menor* por el predisponente. Para el caso, dada la condición de la cliente y consumidora –*empleada de banca*–, la *Audiencia Provincial* consideró *innecesaria* la información precontractual por el predisponente, además de que, por la claridad de la cláusula suelo, *presumió que aquella estaba en condiciones de conocer su existencia y funcionamiento*. En cambio, para el TS, acreditada la no información a la consumidora, más allá de la lectura de la escritura pública por el notario, *no se justificaba la menor información por el predisponente*, pues, la *consumidora* operaba en actividades *ajenas* al préstamo hipotecario y la *entidad*, para la cual trabajaba, *no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios*.

«[T]anto la suficiencia de la información precontractual como la que se aporte al tiempo de la firma del contrato, para que pueda entenderse cumplido el deber de transparencia, está en función de otras circunstancias, como el que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos. Así lo entendió la sentencia 367/2017, de 8 de junio [*supra* [40]-[45]], al exponer los límites del carácter vinculante de la sentencia que estima una acción colectiva en la que se pedía la nulidad de una cláusula por falta de transparencia, respecto de una acción individual posterior.

La sentencia ahora recurrida ha entendido que la condición de empleada de banco de la prestataria hacia innecesaria la información precontractual, y presume que, a la vista de la claridad de la cláusula, estaba en condiciones de conocer la existencia de la cláusula y cómo operaba o qué incidencia tendría en la determinación del interés.

Es cierto que un empleado de banca familiarizado con estos contratos, aunque tenga la condición de consumidor cuando concierta un préstamo hipotecario con un banco para financiar la

---

suales. Desde 1991 y en el momento de la firma del contrato, Evangelina era empleada de banca en entidad distinta a la del *Banco Pastor*. Evangelina demandó al *Banco Popular Español* (sucesor del *Banco Pastor*) y pidió la nulidad de la cláusula suelo por abusiva y falta de transparencia y la restitución del exceso cobrado por ella. En *primera instancia* se estimó la demanda: la cláusula suelo no fue transparente y fue abusiva, debiéndose eliminar del contrato. La *Audiencia Provincial* estimó la apelación del banco, absolviéndole, «pues no se quebró el principio de transparencia material exigible» (la condición de empleada de banca de Evangelina permite presuponerle un conocimiento en la materia; la cláusula se expresa de modo claro y comprensible; se le atribuye que conoció la existencia y funcionamiento de la cláusula suelo). (FD 1.º). Evangelina recurre en casación por infracción del artículo 80.1 TRLGDCU (motivo segundo), pues la Audiencia Provincial hizo «un análisis de la cualificación profesional o perfil de la Sra. Evangelina propio de las acciones en las que se insta la anulabilidad del contrato por la existencia de un error vicio en el consentimiento, acción que ninguna relación guarda con la ejercitada en las presentes actuaciones» (FD 2.º 3). El TS *casa* y confirma la sentencia de primera instancia (Fallo 1 y 2; FD 2.º 5 *in fine*; su argumentación la indico en el cuerpo del texto en este [46]). En la S se mencionan los casos *Kásler*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez* y *Banco Popular Español*, y *Banco Primus* del TJ.

adquisición de una vivienda, pues actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, precisa de menos información (sobre todo [*sic*] precontractual) relativa a en qué consiste y qué efectos tiene la cláusula suelo.

Pero, aunque no cabe descartar que en algún caso los conocimientos sobre la materia de una determinada clase de consumidores puedan justificar que la información que reciban sea menor, pues no resulta tan necesaria para conocer el contenido de la cláusula y, sobre todo, la carga económica y jurídica que representa, en este caso no es así.

En primer lugar porque la Audiencia parte de que no ha quedado acreditado ninguna clase de información previa antes de la firma del contrato, ni durante la misma, más allá de la lectura de la escritura por el notario; y, en segundo lugar, porque no consta que la actividad prestada por la demandante en el banco guardara relación con la contratación de este tipo de pólizas de préstamo hipotecario con interés variable y cláusula suelo. La demandante era gestor operativo en actividades ajenas a la concesión y contabilización de créditos hipotecarios y la entidad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios» (FD 2.º 5).

#### 4.12 LA STS, 1.ª, 24.11.2017 (PTE EXCMO SR D RAFAEL SARAZA JIMENA; ACCIÓN INDIVIDUAL)<sup>224</sup>

[47] El TS precisa que la exigencia de transparencia en los elementos esenciales del contrato *también se aplica, tal y como la*

<sup>224</sup> HECHOS: Por escritura pública de 27.10.2006, Luis se subrogó en el préstamo hipotecario en su día concedido al promotor (este último vendía la vivienda a Luis) y en escritura pública de 24.04.2009, Luis novó dicho préstamo. En la escritura de subrogación, el banco «incremento el “suelo” estipulado con el promotor, para después volver a bajarlo en la escritura de novación». Luis demandó al *Banco Popular Español* y suplicó la nulidad de las cláusulas suelos de ambas escrituras por abusivas y falta de transparencia. En *primera instancia* se consideró que no superaban el control de transparencia, se declaró su nulidad y se condenó a la restitución de las cantidades por ellas pagadas (no eran transparentes, pues no constaba «que el banco hubiera suministrado información precontractual»; la cláusula suelo «recibía un tratamiento impropiaemente secundario»; «[n]o constaba que se hubieran presentado al prestatario simulaciones de subidas y bajadas del índice de referencia ni advertencias del coste en comparación con otros productos del banco»; por otro lado, «[n]o es hasta el año 2013 que, en las comunicaciones del demandante con el banco, consta que aquel fue consciente de la cláusula suelo»). La *Audiencia Provincial* estimó la apelación del *Banco Popular*: a) para la cláusula suelo en la subrogación, «puesto que el demandante [Luis] no solicitó la concesión de un préstamo hipotecario sino que se subrogó en uno previamente concertado por la empresa que le vendió la vivienda, estaba en sus manos haber pedido al vendedor las condiciones de la hipoteca y haberlas examinado antes de optar por la subrogación», y Luis «no se limitó a solicitar la subrogación sino que negoció con el banco una ampliación del préstamo y se fijaron nuevas condiciones»; b) para la cláusula suelo en la novación, «se fijaron nuevas condiciones (plazo, periodo de carencia, periodo de amortización, intereses y comisiones) y se rebajó el tipo mínimo en un punto», y «es difícil pensar que [Luis] no tuviera conocimiento del límite a la variación del tipo de interés y de su importancia». Para la *Audiencia Provincial*, las cláusulas suelo fueron transparentes: se redactaron de modo claro y comprensible, y «fueron o pudieron ser conocidas por el actor de forma suficiente antes de adoptar la decisión de suscribir las escrituras». Luis recurre en casación. (FD 1.º). El TS casó y confirmó la sentencia de primera instancia

entiende, al supuesto de la subrogación en el préstamo hipotecario<sup>225</sup>. Y lo mismo en la novación del préstamo hipotecario. En cuanto al caso, el predisponente no cumplió la exigencia de transparencia para las cláusulas suelo, ni cuando el consumidor se subrogó en el préstamo hipotecario, ni cuando, con este último, aquél lo novó.

«[E]l hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Una parte considerable de las compras de vivienda en construcción o recién construida se financia mediante la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario concedido al promotor, con modificación, en su caso, de algunas de sus condiciones. Si se eximiera a la entidad financiera de esa exigencia de suministrar la información necesaria para asegurar la transparencia de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, se privaría de eficacia la garantía que para el cumplimiento de los fines de la Directiva 93/13/CEE y la legislación nacional que la desarrolla supone el control de transparencia» (FD 5.º 8).

«La sentencia del Juzgado Mercantil declaró (y la Audiencia Provincial no ha modificado esa conclusión) que el banco no suministró información alguna al prestatario sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo antes de la firma de las escrituras, la de subrogación y la de novación, por lo que cuando el prestatario adoptó su decisión no tenía la información que le permitiera valorar la trascendencia de tal cláusula en la economía del contrato, pues la existencia del suelo limitaba significativamente la posibilidad de variación a la baja del tipo de interés, hasta el punto de que en la primera de las escrituras, estando pactado que el tipo de interés durante el primer periodo sería del 4,015% anual, se establecía un suelo del 4%, por lo que en la práctica el tipo de interés solo podía variar al alza» (FD 5.º 9 *in fine*).

«[Q]ue la redacción de las cláusulas suelo, aisladamente consideradas, fuera clara y comprensible, que la primera escritura fuera de subrogación en un préstamo hipotecario anterior, no de concepción *ex novo* del préstamo, y que se ampliaran el capital prestado o el plazo de devolución, o que el prestatario pidiera una novación ante su dificultad para afrontar el préstamo y se ampliara el plazo de devolución (de treinta a cuarenta años) y se estableciera un

---

(Fallo; FD 5.º, 10 y 13). En la S se mencionan los casos *RWE Vertrieb*, *Matei*, *Van Hove*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez* y *Banco Popular Español*, y *Andriciu* del TJ.

<sup>225</sup> Sobre la transparencia en la subrogación hipotecaria, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 182-188; VÁZQUEZ MUIÑA (2018) pp. 246-253. V. la consideración de ALFARO ÁGUILA-REAL sobre la transparencia de la cláusula suelo a propósito de la subrogación en el préstamo hipotecario, *supra* 216 *d.1*).

periodo de cuatro años de carencia en la amortización de capital ante las dificultades económicas por las que pasaba el prestatario, no permite afirmar que las cláusulas suelo fueran transparentes y que se hubiera suministrado al prestatario información adecuada para que el mismo conociera la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la economía de un contrato de préstamo que iba a vincularle durante un periodo muy largo de tiempo» (FD 5.º 12).

4.13 LA STS, 1.ª, 01.12.2017 (PTE EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN INDIVIDUAL; NÚM. DE RESOLUCIÓN 655/2017)<sup>226</sup>

[48] Para el TS, que, en el caso, *no se hubiere aplicado durante cierto tiempo la cláusula suelo*, insertada cuando se novó el préstamo hipotecario (novación modificativa), *no convierte a aquélla en una cláusula transparente*. Pues el predisponente *debe* cumplir ese plus de información y de tratamiento principal que se le exige cuando se trata de los elementos esenciales del contrato, información que permite al consumidor comparar ofertas y adoptar su decisión de contratar con conocimiento real (pleno) de la carga económica y jurídica del contrato.

«La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato.

El diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide

<sup>226</sup> HECHOS: Juan Francisco y Dolores se subrogaron en un préstamo hipotecario con el *Banco Popular Español*. Con posterioridad, novaron el préstamo (novación modificativa) incorporándose la cláusula suelo. Juan Francisco y Dolores demandaron al *Banco Popular Español*, pidiendo, entre otros extremos, la nulidad de la cláusula suelo por no superar los controles de incorporación y transparencia. En *primera instancia se estimó* la demanda («la entidad bancaria no había dado la importancia o la relevancia que para el cliente tenía la información de dicha cláusula para la correcta comprensión de la economía del contrato»). La *Audiencia Provincial estimó* la apelación del *Banco Popular Español*, revocó la sentencia de primera instancia y *desestimó* la demanda (para la esencia de su razonamiento, v. la nota que inmediatamente sigue a esta). Juan Francisco y Dolores recurrieron en casación. (FD 1.º). El *TS casa* y confirma la sentencia de primera instancia (Fallo). En la S se mencionan los casos *Kásler*, *Gutiérrez Naranjo*, *Palacios Martínez*, y *Banco Popular Español*, y *Andriciuc* del TJ.

contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

En el presente caso, la sentencia recurrida se aparta de esta jurisprudencia, pues en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la conclusión de la citada escritura de novación modificativa, en la que fue introducida la cláusula suelo, la entidad bancaria realizó ese plus de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a los clientes adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba.

Control de transparencia que, por otro lado, no puede ser reconducido o asimilado al mero contexto circunstancial que refiere la sentencia recurrida con relación al hecho de que el interés variable pactado haya estado por encima del interés mínimo establecido<sup>227</sup>. Pues con independencia de esta referencia circunstancial, el control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato sujeto a condiciones generales de la contratación. De modo que el mero hecho de que la cláusula suelo no haya sido objeto de aplicación durante un periodo de tiempo no la convierte, sin más, en transparente» (FD 2.º 2).

---

<sup>227</sup> Según la *Audiencia Provincial*: «[...] En situaciones como la presente, esta sección ha entrado en la valoración de las concretas circunstancias del contrato litigioso (como consecuencia de la aplicación del criterio acerca de las acciones individuales derivadas de la sentencia de la Sala Primera del TS de 9 de mayo de 2013) *para averiguar si, en cualquier caso, los intereses variables que eran los pactados se convertían a través de ese mínimo incluido en fijo. Pues bien, el interés de referencia establecido en el contrato firmado el 15 de junio de 2005 era el EURIBOR al que debía añadirse un 0,75 de diferencial. Si se tiene en cuenta que el EURIBOR en el momento en que se firma la escritura se encontraba en 2,099 y su variación en el año siguiente osciló entre el 2,098, en el mes de agosto, y el 2,636 en mayo de 2006, el resultado de añadir el 0,75 al Euríbor lo situaba entre el 2,848 y el 3,386; al haberse fijado el suelo en un 2,50, la comparación determina que siempre haya estado por encima de la cláusula suelo, en concreto entre un 0,348 y un 0,886% lo que determina un cierto recorrido y una conclusión exigida consistente en que en ningún momento el interés variable se convirtió en fijo.* Para concluir este fundamento debe reseñarse un párrafo del auto de aclaración a la sentencia de 9 de mayo de 2013, fechado el 3 de junio siguiente, en el que en su punto 17 puede leerse: “La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable, cuando el índice de referencia o su evolución previsible para el profesional, a corto o a medio plazo lo convertirá en interés mínimo fijo, variable nada más al alza, constituye uno de los diferentes supuestos de falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito”. Puesto que esta circunstancia no ha concurrido y la expresión de la mencionada cláusula era suficientemente clara, debe entenderse la comprensión de la parte actora acerca de la misma como consecuencia de que la escritura de “novación modificativa de préstamo hipotecario” es suficientemente clara y concisa en relación con los dos únicos aspectos que se modificaban en el préstamo en el que se subrogaban los compradores sin que se vea afectada su comprensión por encontrarse entre otras dos a las que se refiere el fundamento segundo de la sentencia de instancia» (FD 1.º 5). Para otros aspectos del *AATS 03.06.2013, supra* [25] g).

4.14 LA STS, 1.<sup>a</sup>, 01.12.2017 (PTE EXCMO SR D FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO; ACCIÓN INDIVIDUAL; NÚM. DE RESOLUCIÓN 654/2017)<sup>228</sup>

[49] En esta S, el TS considera que el predisponente *cumplió* su deber de transparencia con la cláusula suelo. Conviene que resalte esto. Pues, a excepción de esta STS y de la STS, 1.<sup>a</sup>, P, 09.03.2017 (*supra* [37]-[38]) –además del *Voto particular* a la STS, 1.<sup>a</sup>, P, 08.09.2014 (*supra* [28])– en las que el TS aprecia que el predisponente *cumplió su deber de transparencia con la cláusula suelo, en las demás SSTS* que he seleccionado y extractado del periodo temporal que acoté (de mayo de 2013 a 2017; *supra* [24]), el TS consideró que el predisponente *no cumplió* su deber de transparencia con la cláusula suelo. Es un significativo dato estadístico.

Volviendo a la presente STS, 1.<sup>a</sup>, 01.12.2017 (núm. de resolución 654/2017), esta S, del mismo Ponente (Orduña Moreno) y fecha que la extractada en el anterior apartado 4.13 (*supra* [48]; núm. de resolución 655/2017), *decide* sobre una acción individual ejercitada por el consumidor, *la demandada* es la misma entidad financiera que en

<sup>228</sup> HECHOS: Pelayo contrató con *Banco Popular Español* un préstamo hipotecario con cláusula suelo. La contratación se realizó «de acuerdo a la publicidad que la entidad bancaria realizaba en su página web de publicidad relativa al producto “Hipoteca@0,40 Cambio de casa”. En dicha página, autorizada por el Banco de España, se contemplaba que el tipo mínimo del préstamo hipotecario sería el 2,25%»; esa misma información sobre la cláusula suelo también se contempló «en la aprobación provisional de la operación solicitada que la entidad bancaria hizo llegar a los clientes; en donde, de forma sintética y destacada, se contemplaba: “Revisión anual de intereses: Euríbor+0,38%. Sin redondeo y con un tipo de interés mínimo de 2,25%”»; la información también se reiteró «en la oferta vinculante y en la minuta de la escritura» entregada «a los clientes antes de su firma»; y en la escritura pública de préstamo hipotecario de 30.11.2005 se contempló la cláusula suelo en la estipulación tercera *bis*, apartado 4.º (Límites de variabilidad del tipo de interés aplicable). Pelayo demandó al *Banco Popular Español*, solicitando la nulidad de la cláusula suelo por «abusiva con base en la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación». En *primera instancia* se *desestimó* la demanda: la entidad bancaria había superado el control de transparencia exigible. La *Audiencia Provincial desestimó* la apelación de Pelayo y confirmó la sentencia de primera instancia. Tras indicar que «[r]esumidamente podemos decir que la validez o nulidad de la cláusula dependerá de la información que la entidad financiera haya proporcionado al prestatario, antes de celebrar el contrato, sobre los efectos de dicha cláusula si los índices de referencia bajan del mínimo pactado. Si la entidad ha informado de forma comprensible al cliente que el préstamo que va a suscribir tiene un interés mínimo fijo, cualquiera que sea la bajada del índice de referencia, la cláusula será válida», la *Audiencia Provincial* señala, para el caso, que «en la publicidad por la que el Banco anunciaba sus préstamos en Internet se decía que el tipo mínimo sería el 2,25%. Esa información que se reitera en la aprobación provisional de la operación solicitada que se hizo llegar a los clientes, que en dos hojas resume las condiciones fundamentales del préstamo, en la que se dice textualmente “Revisión anual de intereses: Euríbor +0,38%. Sin redondeo y con un tipo mínimo del 2,25%”. La redacción de dicha estipulación es fácilmente comprensible. En tercer lugar, esa cláusula se incluye nuevamente en la minuta de la escritura que se entregó a los clientes antes de su firma, así como en la oferta vinculante». Pelayo recurre en casación. (FD 1.º). El TS *no casó* (Fallo). En la S se mencionan los casos *Kásler*; *Gutiérrez Naranjo*; y *Andriuc* del TJ.



la STS, 1.<sup>a</sup>, 01.12.2017, núm. de resolución 655/2017, y la redacción de su FD 2.<sup>o</sup> 2 es igual en ambas SSTS, 1.<sup>a</sup>, 01.12.2017, a salvo la indicación de que, en el presente caso, la sentencia recurrida no se apartó de la jurisprudencia y el cliente sí pudo comparar ofertas y adoptar su decisión de contratar.

«En el presente caso, la sentencia recurrida no se aparta de esta jurisprudencia, pues expresamente valora que esa exigencia de información para la comprensibilidad de la cláusula suelo se ha realizado de forma principal y clara desde la fase pre-contractual del préstamo hipotecario. De modo que el cliente, de acuerdo con dicha información, pudo perfectamente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar con la citada entidad bancaria» (FD 2.<sup>o</sup> 2 *in fine*).

## 5. TEXTOS JURÍDICOS QUE, DE APROBARSE, REGULARÍAN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO DERECHO POSITIVO NACIONAL

[50] En 2016, Sánchez Martín, *Magistrado Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo*, apunta que «[d]e *lege ferenda* [...] sería deseable que el legislador recogiese normativamente del [*sic*; el] control de transparencia junto con el control de contenido, lo que facilitaría mucho la *labor* del intérprete»<sup>229</sup>. Por su parte, Marín Castán, *Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, en un trabajo de 2016, sintomáticamente titulado «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley», informa de que «[s]i tuviera que elegir una palabra para definir qué predomina en las deliberaciones y consiguientes decisiones del Tribunal Supremo

<sup>229</sup> SÁNCHEZ MARTÍN (2016) p. 233; asimismo lo apunta al tratar la ejecución patrimonial: «[l]a aplicación conjunta de estos dos controles [de transparencia y de contenido] y su examen de oficio, en la ejecución patrimonial, se facilitaría si el legislador, recogiendo la jurisprudencia más autorizada en la materia, introdujera los cambios normativos oportunos para que el juicio de transparencia fuera una auténtica realidad en su aplicación por los Tribunales, al mismo nivel que el control de contenido» [(2016) p. 227]. En 2015, el autor ya apuntaba la necesidad del cambio normativo: «El espaldarazo o confirmación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia de esta Sala que viene aplicando este mecanismo de control [de transparencia], constituyen una llamada al legislador para que, como se ha realizado con el juicio de abusividad, plasme positivamente en nuestra legislación este control, en el marco de la normativa de la [*sic*; las] condiciones generales de la contratación o bien de la normativa protectora de consumidores y usuarios» [*La Ley* (2015) p. 7].

Y desde el ámbito académico, CÁMARA LAPUENTE: «[e]n conclusión [...], es de todo punto necesario que el *legislador* transponga el artículo 4.2 de la Directiva [93/13/CEE] y clarifique la naturaleza y consecuencias del control de transparencia. Teniendo presente la jurisprudencia del TJUE y del TS y el Derecho comparado, el legislador mismo debería dar reglas generales claras y comprensibles, relevando a los tribunales de la carga de construir paulatinamente este nuevo control desde la base parcial que procuran los casos concretos» [*AAMN* (2015) p. 615, v. hasta p. 618; v. *supra* [6] y nota 23 de CÁMARA LAPUENTE; *supra* nota 152 párrafo II para MIRANDA SERRANO; v. además, *supra* [7] b) y oportunas notas].

sobre estas materias [préstamo hipotecario] yo elegiría la de *equilibrio*: intentar que la sentencia no se limite a resolver el caso concreto planteado por el recurso de casación sino que, sobre todo, se midan y se evalúen las consecuencias de la decisión» (cursiva del original)<sup>230</sup>. De inmediato se refiere a la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* (*supra* [25]) «sobre las cláusulas suelo [que] dio lugar a críticas muy severas desde algunos sectores por haber declarado la nulidad, pero también desde otros por haber rechazado la retroactividad»<sup>231</sup>. Y más adelante advierte: «[y]o [Marín Castán] tengo que admitir que cualquier solución que no tenga un apoyo claro e inequívoco en la ley es discutible, pero también les diré que desde el Tribunal Supremo procuramos resolver los recursos teniendo presentes, hasta donde nos resulta posible, todas las consecuencias de nuestros pronunciamientos»<sup>232</sup>.

Apuntado lo anterior, en estos momentos, hay dos textos jurídicos sobre el control de transparencia, que, de aprobarse, facilitarían

<sup>230</sup> MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) p. 497.

<sup>231</sup> MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) p. 497. Efectivamente y cómo he ido exponiendo, dicha *STS, 1.ª, 09.05.2013* ha dado lugar a «críticas muy severas»: sobre la nulidad de la cláusula suelo por su no transparencia, *supra* nota 183, y sobre la limitación temporal de la retroactividad del efecto restitutorio derivado de la nulidad de la cláusula suelo, *supra* nota 169. Para CORDERO LOBATO, además: «No queremos terminar este comentario [a la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*] sin expresar nuestra convicción sobre el daño que pronunciamientos como el comentado están haciendo al Derecho de Contratos, y a los consumidores del futuro como conjunto. Si los aplicadores del Derecho de Contratos no son capaces de dar a los conflictos respuestas que respeten los más elementales principios contractuales, se estará prestando un flaco servicio a los consumidores venideros. La razonabilidad de los pronunciamientos jurisdiccionales [*sic*; jurídicos] sólo puede predicarse de aquellos que están fundados en reglas jurídicas, y únicamente las sentencias razonables posibilitan la previsibilidad inherente a la seguridad jurídica a la que cada contratante aspira en un Estado de Derecho» [*CCJC* (2014) ap. 8; también se muestra crítica CORDERO LOBATO, *supra* nota 36].

<sup>232</sup> MARÍN CASTÁN, *ADC* (2016) p. 498. Informa además, de que «[e]n el Tribunal Supremo estamos siempre dispuestos a afrontar nuestras responsabilidades, asumiendo las críticas que recibamos y sin adoptar posturas cómodas como sería la de dejar los recursos aparcados hasta que pase la tormenta» (p. 499). MARÍN CASTÁN destaca el objetivo perseguido de la seguridad jurídica: «[e]l panorama, pues, tiene mucho de incierto, y algunos dirán que hasta de inquietante, pero desde la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se intenta aportar seguridad jurídica, por más que la tarea no sea nada fácil porque hay que llevarla a cabo con un ojo mirando a la ley española, como era tradicional en la jurisprudencia, pero con el otro mirando al TJUE, que viene cuestionando seriamente nuestra legislación. En suma, estamos en la época del llamado “diálogo entre tribunales”, que otros prefieren denominar “el siglo de la jurisprudencia” y otros, con más malevolencia, la de la elección de tribunal supremo por los jueces nacionales» (p. 497).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO expone brevemente cómo los tribunales, en los últimos años, han venido dado respuesta inmediata a un conjunto de problemas evidenciados por la crisis económica—así, «las ejecuciones hipotecarias y las demandas sobre dación en pago»; «la polémica por no poder alegar la existencia en el contrato de préstamo hipotecario de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria»; «fue el turno de la polémica en relación a los swaps, participaciones preferentes y subordinados: productos financieros complejos vendidos en masa a clientes minoristas»; «cláusulas suelo»— respuesta «a veces algo titubeante y a veces con respuestas controvertidas o dispares entre los diversos juzgadores, ante un legislador más lento en su reacción, cayendo en ocasiones en un inmovilismo injustificado por alargarse en el tiempo» [*RDC* (2016) pp. 69-71].

en principio la labor del aplicador del Derecho. Uno es la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta* del Grupo Parlamentario Socialista de noviembre de 2017 (*PTGPS*)<sup>233</sup>. El otro es el *Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario* de noviembre de 2017 (*PLCCI*)<sup>234</sup>. Son textos con objetivos diferentes, pero que conectan con la exigencia de transparencia.<sup>235</sup> Procedo a dar cuenta de ellos a continuación y en lo que interesa. (Por otro lado, recuérdese lo que indiqué *supra* [8]).

## 5.1 EL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA *PTGPS*

[51] Como indica su título, la *PTGPS* tiene como fin general impulsar la transparencia en la contratación predispuesta. En la Exposición de Motivos (EM) I de la *PTGPS* se lee, entre otras cosas, que «resulta incuestionable que la noción de transparencia, como ideal o valor de lo justo, ha arraigado plenamente en las aspiraciones de nuestra sociedad civil», y «[l]a apuesta por este ideal de transparencia constituye [...] una exigencia inaplazable en aras a la plasmación de aquellos nuevos valores o principios que están llamados a mejorar la vertebración y cohesión de nuestra sociedad». «[E]l reconocimiento de la transparencia, como norma y como principio general de derecho, en el marco de la regulación de nuestra contratación sujeta a condiciones generales o predispuestas por el profesional o empresario, representa tanto un presupuesto para la mejora de la calidad de negociación que requiere nuestro tráfico patrimonial, como una salvaguarda para el logro de la máxima protección jurídica que los consumidores, y los ciudadanos en general, se merecen y nos demandan en una sociedad avanzada de Derecho como la nuestra» (EM I). Por otro lado, «el impulso de esta Ley (*PTGPS*) para garantizar el pleno reconocimiento normativo del control de transparencia, como control de legalidad de la

<sup>233</sup> 122/000142 *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta, por la que se modifica el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro y el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores* (BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B Proposiciones de Ley, 10.11.2017, núm. 176-1).

<sup>234</sup> BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A Proyectos de Ley, 17.11.2017, núm. 12-1.

<sup>235</sup> Por su parte, CÁMARA LAPUENTE ha propuesto «la *oportunidad de la creación de una auténtica “Comisión de cláusulas abusivas”*» (cursiva del original; p. 641), señalando que la Comisión de cláusulas abusiva francesa «nos podría servir de modelo», la cual «cumple dos funciones: una consultiva y de recomendación, tanto positiva como negativa» [p. 642; pero v. desde p. 639 hasta p. 643; *AAMN* (2015)].

reglamentación predispuesta por el profesional o empresario, también comporta una respuesta, ajustada y de futuro, a la necesaria adaptación de nuestro Derecho interno a la Directiva 93/13/CEE [...], con arreglo al progresivo desenvolvimiento jurisprudencial que viene realizando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (EM I). «En suma, una decidida y firme apuesta por el valor de la transparencia que, como germen del cambio social y paradigma de la nueva cultura en este modo de la contratación, nos permitirá avanzar en los modelos sociales de protección jurídica que nos demandan no solo los consumidores y usuarios, sino también los pequeños y medianos empresarios y los clientes, en general, de productos y servicios cuya reglamentación contractual resulta predispuesta por el profesional o empresario» (EM I).

La *PTGPS modifica diversas normas jurídicas*, como paso a exponer.

[52] *En el TRLGDCU*, la *PTGPS* propone diversas reformas. Una consiste en la *modificación* del Capítulo II («Cláusulas abusivas») del Título II («Condiciones generales y cláusulas abusivas») del Libro II («Contratos y garantías») del TRLGDCU (arts. 82 a 91). Dicho Capítulo II modificado regularía el control de contenido, siendo su leyenda la de «Cláusulas abusivas. Control de contenido» y en él, en concreto en su sección 1.<sup>a</sup>, artículo 83.1 TRLGDCU, se recogería la primera regla del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE [v. *supra* [8] c); y además nota 52]. La *otra reforma* de la *PTGPS* en el TRLGDCU consistiría en *añadir* a ese Libro II, Título II, del TRLGDCU, un Capítulo III, rubricado «Cláusulas abusivas. Control de transparencia» (arts. 90 *bis* a 90 *ter*) y otro Capítulo IV, con el título «Régimen de ineficacia contractual de la cláusula declarada abusiva» (arts. 90 *quater* a 90 *octies*).<sup>236</sup> La *PTGPS* no modificaría los vigentes artículos 80 y 81 TRLGDCU.

<sup>236</sup> EM II *PTGPS*: «En primer lugar, el Capítulo II, del Título II, del Libro III [del TRLGDCU], referido, con carácter general, a las “Cláusulas abusivas” pasa a concretarse en relación al “Control de contenido”. Las razones de este necesario cambio responden a criterios conceptuales y sistemáticos de la materia objeto de regulación. De esta forma la Ley [TRLGDCU] contempla la distinta función que tienen en la actualidad estos dos instrumentos que sirven al control judicial de la legalidad de la reglamentación predispuesta. Así, de un lado, el referido control de contenido, centrado en el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y del otro, el control de transparencia, referido a la comprensión material de la reglamentación predispuesta. Esta concreción no solo favorece, de inicio, la mejor comprensión del control de abusividad en sus dos vertientes, pues permite visualizar la relevancia del control de transparencia, que con un Capítulo III nuevo y específico adquiere carta de naturaleza en la presente Ley [TRLGDCU], sino también favorece su mejor sistematización como antecedente de un posterior y nuevo Capítulo IV dedicado específicamente al régimen común de la ineficacia derivada de la cláusula declarada abusiva. A su vez, se aprovecha esta nueva regulación del Capítulo II para adaptar el control de contenido a su moderna formulación y precisar las pautas de valoración que comporta. En esta línea, una vez indicado su fundamento, conforme al principio general de buena fe y su proyección en el marco de la reglamentación pre-

[53] *Situándome en lo que sería, según la PTGPS, la nueva regulación del control de transparencia en el TRLGDCU*, la EM II de la PTGPS me permite exponer, antes de reproducir los artículos 90 bis y 90 ter TRLGDCU, las claves de la regulación.

Según la EM II, la «adición [al TRLGDCU de un capítulo dedicado al control de transparencia] constituye, sin duda, el eje central de la reforma, pues supone el reconocimiento normativo de la transparencia en la base misma del modelo de protección de los consumidores y usuarios. De forma que el ideal de la transparencia pasa a integrarse en el contenido sustancial de la protección jurídica dispensada./ La modificación operada [...] garantiza el reconocimiento normativo del control de transparencia en su máximo nivel de expresión». «[L]a Ley [TRLGDCU] apuesta por la concepción más eficaz y proteccionista, de suerte que la falta de transparencia de la cláusula predispuesta determine directamente la declaración de abusividad, sin requerir del examen o ponderación de otros elementos de valoración de la relación contractual más propios del control de contenido (desequilibrio de derechos, determinación del perjuicio, etc.)» (EM II). «La razón de esta concepción del control de transparencia radica en que la cláusula no transparente, en sí misma considerada, supone tanto una infracción directa del principio de transparencia, como una merma del nivel de calidad negocial y seguridad jurídica que requiere este importante sector del tráfico patrimonial; de ahí la conveniencia y justificación de su sanción directa, con independencia del perjuicio patrimonial que pueda causar al consumidor y usuario» (EM II). «[L]a Ley [TRLGDCU], también por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, reconoce el valor de la transparencia tanto como norma jurídica, como principio general del derecho, es decir, tanto como fundamento, como razón positiva de su aplicación como control de legalidad, que ya se realiza de acuerdo con el cambio social operado y con el desenvolvimiento de nuestras directrices de orden público económico en favor de una mayor plasmación de los postulados de justicia contractual» (EM II). Tras recordar «la pionera STS 406/2012, de 18 de junio<sup>237</sup>, continuado por las SSTS 241/2013, de 9 de mayo<sup>238</sup>, y 464/2014, de 8 de septiem-

---

dispuesta, la Ley [TRLGDCU] destaca su aplicación de oficio por los jueces y tribunales, determina su ámbito de aplicación, con la exclusión de la reglamentación referida a la definición del objeto principal del contrato, y precisa el presupuesto del perjuicio del consumidor en el estricto plano jurídico del desequilibrio de derechos observado, sin que se requiera, además, de su incidencia económica relevante con relación al importe del contrato suscrito./ En segundo lugar, una vez definido y diferenciado el control de contenido, la Ley [TRLGDCU] dedica al control de transparencia un específico y nuevo “Capítulo III”.

<sup>237</sup> *Supra* [7] a) y [B].

<sup>238</sup> *Supra* [25].

bre<sup>239</sup>, y confirmado por la importante STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-280 [*Kásler*]<sup>240</sup>», en la EM II se indica que «la Ley [TRLGDCU] consolida esta transformación jurídica en pro de los postulados de justicia contractual al situar el control de transparencia en el plano de la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de la relación negocial predispuesta». Con dicho «cambio», «y fuera de una concepción meramente formal o documental de la noción de la transparencia», los consumidores y usuarios «pueden exigir del predisponente que la reglamentación negocial resulte idónea para la comprensión no solo de su significado general, sino también del alcance jurídico y económico de los compromisos que» aquéllos asumen (EM II).

La Ley (TRLGDCU), además del «reconocimiento pleno del control de transparencia, como control abstracto de la legalidad de la reglamentación predispuesta», procede «a la concreción técnica del contenido y aplicación» del control de transparencia (EM II). Y al respecto, tras «reconocer su aplicación de oficio por jueces y tribunales, [...] precisa que la exigencia de la comprensibilidad material del clausulado predispuesto radica en los previos y especiales deberes de información que incumben al profesional o empresario. De ahí, la [...] sanción de abusividad por el incumplimiento de estos deberes de configuración contractual» (EM II). La Ley (TRLGDCU) «extiende el ámbito del control de transparencia no solo a las cláusulas que determinan el objeto principal del contrato, aspecto ya contemplado por la Directiva 93/13/CEE [...], sino también al resto del clausulado predispuesto aunque su alcance en la relación contractual sea accesorio», y, «precisa que el cumplimiento de estos deberes especiales de información debe realizarse desde el inicio de la oferta negocial del producto o servicio de que se trate, sin esperar al momento puntual de la firma o suscripción de la reglamentación predispuesta» (EM II). (Cfr. con la tesis de Orduña Moreno, *supra* [23]).

Artículo 90 *bis* TRLGDCU (*PTGPS*): «Concepto y caracterización.

1. Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente, así como las prácticas no consentidas expresamente por los consumidores y usuarios, podrán ser objeto del control de transparencia con relación a la legalidad de la reglamentación predispuesta por el profesional.

<sup>239</sup> *Supra* [26]-[28].

<sup>240</sup> *Supra* [10] y nota 54 para los hechos.

2. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales<sup>241</sup>, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de transparencia y en los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los previos y especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definen el producto o servicio ofertado, su correcto cumplimiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos.

3. La infracción de estos deberes contractuales, sin necesidad de que concurra el perjuicio o lesión para el consumidor y usuario, comportará que la cláusula afectada sea declarada abusiva».

Artículo 90 *ter* TRLGDCU (PTGPS): «Ámbito de aplicación y criterio de valoración.

1. Quedan sujetas a control de transparencia tanto las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, como las del resto del clausulado predispuesto<sup>242</sup>.

<sup>241</sup> Al, en su día, comentar la STS, 1.ª P, 09.05.2013 (*supra* [25]), SÁNCHEZ MARTÍN indicaba entre sus conclusiones: «El último aspecto relevante que sugiere el tratamiento procesal de este control es si, al tener su fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva del 93, puede ser objeto de un examen judicial de oficio cuando, en el marco de un procedimiento judicial, aflora una cláusula que define el objeto principal del contrato y de la que puede deducirse, de forma más que probable, que no ha superado el filtro de transparencia. De esta forma, se daría el mismo tratamiento que el de las cláusulas propiamente abusivas. Esta hipótesis, sin duda, eliminaría cualquier óbice de incongruencia en la Sentencia analizada [de 09.05.2013]» [*Revista del Poder Judicial* (2013) p. 60]. V. además SÁNCHEZ MARTÍN, *La Ley* (2013) pp. 5-6.

<sup>242</sup> MIRANDA SERRANO considera: «muy desafortunada la previsión contenida en la *Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta*, recientemente presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, según la cual se propone incorporar al TRLGDCU un artículo 90 *ter* en el que se fija el ámbito de aplicación del control de transparencia en los siguientes términos: “[q]uedan sujetas a control de transparencia tanto las cláusulas que configuran el objeto principal del contrato, como las del resto del clausulado predispuesto”. Desde nuestro punto de vista [MIRANDA SERRANO], esta norma es tan desacertada que no merece más comentario que el deseo –y la esperanza– de que no llegue nunca a publicarse en el BOE (deseo –y esperanza– que hacemos extensivo a todo el texto de la *Proposición de Ley* –al menos en su actual redacción–, dado los muchos errores –técnicos y de política legislativa– en los que incurre). De lo contrario, van a introducirse en el Derecho de contratos, en general, y en el regulador de la contratación estandarizada, en particular, muchas quiebras y disfunciones difícilmente justificables en una comunidad jurídica como la nuestra, que en materia de contratación ha alcanzado un notable grado de rigor y desarrollo» (cursiva del original; p. 19); además: «la opción que menos nos convence [MIRANDA SERRANO] –al menos, si pervive en los términos actuales– es la representada por la *Proposición de Ley de impulso a la transparencia en la contratación predispuesta*. Su orientación excesivamente programática y sus desaciertos en los planos de la técnica jurídica y de la política legislativa desaconsejan que este texto sea finalmente aprobado./ Desde nuestro punto de vista [MIRANDA SERRANO], la respuesta jurídica al problema de la transparencia en la contratación celebrada a través de clausulados predispuestos ha de ser mucho más breve que la que se propone en este texto prelegislativo» (p. 67). Todas las citas de *InDret* (2017). V. *supra* nota 152 párrafo II para MIRANDA SERRANO.

2. Para el cumplimiento del deber de transparencia deberá tenerse en cuenta que el profesional haya establecido, en el iter de la relación negocial, los criterios precisos y comprensibles para que el consumidor y usuario pueda reconocer el alcance jurídico y económico del compromiso que va a asumir en la reglamentación predispuesta.

3. Dicho control de transparencia en la contratación bajo condiciones generales será de aplicación tanto en la contratación presencial, como en la contratación a distancia y electrónica».

[54] De aprobarse, la *PTGPS* también reformaría la LCGC, a la que añadiría, dentro de su Capítulo I, un nuevo artículo 6 *bis* que regularía el control de transparencia. Dado el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC (art. 2), el control de transparencia se aplicaría al consumidor (art. 6 *bis*, 1 y 3, LCGC) y también al *adherente empresario* (art. 6 *bis*, 1 y 2, LCGC)<sup>243</sup>. Ahora bien, «a diferencia de la contratación con consumidores [donde el control de transparencia es apreciable de oficio; arts. 6 *bis*, 1 y 3, LCGC, 90 *bis*.2 TRLGDCU, *supra* [53]], [...] su aplicación [exige] que el empresario contratante lo solicite expresamente y acredite su condición de mero adherente en la reglamentación predispuesta objeto de impugnación» (EM IV; art. 6.*bis* LCGC).

Según la EM IV de la *PTGPS*, «[c]on la extensión del control de transparencia a la contratación entre empresarios se evita, además, que la tutela que debe ser dispensada discurra indirectamente por otros cauces técnicamente no apropiados para este modo de la contratación, caso del recurso a la aplicación genérica del principio de buena fe del artículo 1258 del Código Civil, cuya aplicación, como se sabe, resulta más acorde en el marco de la integración contractual que se derive del contrato por negociación. De esta forma

<sup>243</sup> EM III *PTGPS*: «[...] no hay argumento o razón práctica convincente para que la calidad de negociación y seguridad jurídica que reporta el control de transparencia en la contratación predispuesta con los consumidores, no resulta igualmente aplicable para todos aquellos contratantes que, en idéntica posición jurídica de los consumidores, es decir, sin posibilidades reales de negociación y con una clara inferioridad y asimetría de información sobre los productos o servicios ofertados, resulten meros adherentes de la reglamentación predispuesta por el profesional o empresario». EM IV *PTGPS*: «La modificación de este aspecto de la Ley 7/1998 [...], sede natural del control de transparencia, ha sido y es una justa y constante demanda de los pequeños y medianos empresarios que dependiendo de la imprescindible financiación para el desarrollo de su actividad económica, del necesario acceso a servicios básicos para su actividad y, en su caso, de la consecución de la obra o encargo para el mantenimiento de la empresa, han tenido que aceptar, como meros adherentes, las condiciones y reglamentaciones predispuestas por la entidad financiera, por la empresa de servicios o por el contratista principal de la obra./ Para evitar los posibles abusos en este sector de la contratación, la extensión del control de transparencia, como tutela del empresario adherente, representa también una legítima opción en pro de la calidad y seguridad de este modo de contratar con base a los mismos valores y postulados de justicia que han justificado su aplicación en el ámbito de la contratación de consumidores y usuarios».



se gana también en precisión conceptual y sistemática a la hora de aplicar la presente Ley [LCGC]».

[A] En esas últimas palabras de la EM de la *PTGPS*, posiblemente, esté *implícitamente* presente, entre otros extremos, la importante y conocida *STS, 1.ª, P, 03.06.2016* (Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno) que conoció de un préstamo hipotecario con cláusula suelo celebrado entre empresarios para «financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia» (el *Banco Popular* fue el prestamista; FD 1.º). En la S, el TS *rechaza* la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios porque dicho control se conecta con el juicio de abusividad y este juicio es aplicable al consumidor y *no* al empresario. Además, el legislador –*opción legislativa; no hay una laguna legal para la analogía*– ha decidido *no disponer* una modalidad *especial* de protección al empresario, más allá de remitirse a la legislación civil y mercantil y los tribunales no pueden crearla. Tras ello, el TS acude a la buena fe del artículo 1258 CC (y del art. 57 CCO) *en su función de expulsar del contrato determinadas cláusulas, así las que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente*.

Según el FD 4.º de la citada *STS, 1.ª, P, 03.06.2016*:

«3. Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. [...].

Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor.

4. Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “*tertium genus*” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya de suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores».

Y según el FD 5.º de la *STS, 1.ª, P, 03.06.2016*:

«1. Establecidas las conclusiones precedentes y vista la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la

exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los artículos 1258 CC y 57 CCom establecen que [...] puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el *contenido natural del contrato* (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias –publicidad, actos preparatorios, etc.– se derivan de la naturaleza del contrato).

2. En esta línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente [...]» [cursiva del original; en el FD 5.º 2 se mencionan los artículos 1:201 y 4:110 PECL; el apartado (2) del artículo 4:110 PECL lo transcribí *supra* nota 49 b)].<sup>244</sup>

La tesis, de que una de las funciones de la buena fe del artículo 1258 CC es (podría ser) la de *expulsar* del contrato la cláusula contraria a ella, fue propuesta por Miquel González en 2002. El autor afirma que el artículo 8 LCGC viene a indicar que en la contratación entre empresarios no opera un control específico de contenido de las condiciones generales, aplicándose el régimen general de todos los contratos<sup>245</sup>.

<sup>244</sup> En cuanto al caso, el TS entiende, que «no podemos afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por [...] la prestamista. Al contrario, se ha declarado probado que hubo negociaciones intensas entre las partes y que la prestataria tuvo perfecta conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1256 y 1258 CC y 57 CCom» (FD 6.º 2).

Comparten la anterior doctrina, las *STS, 1.ª, 20.01.2017* (FD 3.º y 4.º; Pte Excmo Sr Pedro José Vela Torres) y *STS, 1.ª, 30.01.2017* (FD 5.º, 6.º y 7.º; Pte Excmo Sr D Pedro José Vela Torres; *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno).

<sup>245</sup> MIQUEL GONZÁLEZ: «la función del precepto [del art. 8 LCGC] es precisamente dejar claro que el régimen de nulidad de las condiciones generales en los contratos entre empresarios es el general. [...] El artículo 8 [ap. 1, LCGC], pese a su apariencia de precepto inútil al remitir a las reglas generales (imperativas y prohibitivas), señala que no hay un control específico del contenido de las condiciones generales entre empresarios. La función del precepto es por tanto regular negativamente lo que debía ser el núcleo de una ley de condiciones generales. En otras palabras, el artículo 8 sí cumple una misión: hacer inútil la LCGC al privarla de un propio control de contenido, que era lo mínimo que se podía esperar de una ley de condiciones generales» [p. 433; v. pp. 430-432, si bien es

## [B] Artículo 6 bis LCGC (PTGPS): «Control de transparencia.

1. Una vez las cláusulas predispuestas resulten incorporadas a las condiciones generales de la contratación de que se trate, quedarán sujetas al control de transparencia. Dicho control, aplicable de oficio por jueces y tribunales, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de transparencia y en los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correc-

---

una idea presente a lo largo del comentario del autor]. A MIQUEL GONZÁLEZ, la anterior decisión del legislador le resulta «sorprendente» (p. 454). Por otro lado, «[c]uestión incierta es determinar hasta dónde llegan esas reglas generales» (p. 436; v. p. 452; de interés pp. 457-459, 461-462). Y sobre el artículo 1258 CC: «[e]n mi opinión [MIQUEL GONZÁLEZ], un desarrollo jurisprudencial y doctrinal de un control de contenido de las condiciones generales debería apoyarse en el artículo 1258 CC reinterpretado más allá de una función integradora del contrato. Si la buena fe puede añadir deberes contractuales que pueden alterar las previsiones de una de las partes e imponerse en contra de su voluntad, no se ve por qué no puede suprimir pactos que cercenen las facultades, poderes y derechos que el derecho dispositivo otorgue al adherente y que correspondan a una valoración neutral de los intereses en juego en relación con el fin contractual. A una cláusula general como la del artículo 1258 debería reconocérsele una fuerza expansiva que salte los muros de las palabras que emplea. Es ahí donde radica la mejor justificación de un desarrollo jurisprudencial del control de contenido de las condiciones generales, que, a la postre, será la mejor crítica que se pueda hacer a la ley [LCGC]» (p. 464; v. además pp. 449-450); el artículo 1258 CC «tiene una función integradora del contenido contractual a la que habría que añadir, mediante su desarrollo jurisprudencial y doctrinal, una función controladora del contenido que propiamente sólo se encuentra con carácter general en el artículo 1255. Para ello sería preciso sostener [...] que del mismo modo que los contratos obligan a lo que exija la buena fe, aunque no se haya pactado, no obligan a lo pactado que no sea conforme con ella» (p. 465; y v. en general pp. 463-466). Todas las citas de «Artículo 8 LCGC» (2002).

Sobre la presente STS, 1.ª, P. 03.06.2016 y su posición –aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes, con fundamento en el artículo 1258 CC, para los contratos entre empresarios–, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Indret* (2016) pp. 6, 11-18, en particular pp. 15 y 17, y para una exposición general del control de transparencia en préstamos entre empresarios (2017) pp. 134-155. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, teniendo presente a Cámara Lapuente, entiende que la vinculación del control de transparencia al control de incorporación es «solución bien argumentada al problema existente en el marco de las cláusulas suelo con empresarios, que puede tener una perfecta acogida en nuestro ordenamiento» (p. 90) y considera que lo que importa es la condición de adherente, no la de empresario o consumidor [RDC (2016) pp. 88-91, 97, 99-100]. MATO PACÍN, quien tiene presente la tesis de Miquel González expuesta en el anterior párrafo de esta nota 245 [«[s]uscribimos por completo la idea de Miquel» (p. 404)], apoya en la buena fe del artículo 1258 CC el control general de contenido para las condiciones generales en los contratos entre empresarios [(2017) pp. 403-448, en particular pp. 420-421, 426-429, 434, 446-448; «Esta aplicación de la buena fe del artículo 1258 CC más allá de su función integrativa es un desarrollo del Derecho *extra legem* pero *intra ius*: no supone una distorsión de nuestro Ordenamiento jurídico pues se protege al empresario adherente débil [...] recurriendo a reglas generales de obligaciones y no a un control específico como en el Derecho de consumo, que es lo que rechaza la LCGC» (p. 447, y v. p. 421)]. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA se refiere a la «[t]esis doctrinal que propone la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios/as; [sic] siendo posible anclar dicho control no solo en el control de inclusión (primer filtro de claridad gramatical) sino, también en el control de transparencia cualificado (segundo filtro de transparencia real)-tesis que sostiene el voto particular de esta sentencia y que hemos defendido en varias ocasiones ya» [CCJC (2017) ap. II.2.

to funcionamiento y los riesgos asociados al mismo. De forma que el consumidor y usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos.

2. La tutela dispensada por el control de transparencia, con idénticos fundamentos y deberes de configuración negocial, podrá extenderse a la contratación entre empresarios. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación.

3. La aplicación del control de transparencia se realizará de acuerdo con el régimen normativo previsto en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre».

[55] Por último, la *PTGPS* extiende el control de transparencia al contrato de seguro, incorporando un nuevo artículo 3 *bis* a la Ley del contrato de seguro<sup>246</sup> (v. EM V). Y asimismo la *PTGPS* extiende dicho control de transparencia al cliente minorista de productos y servicios financieros en el mercado de valores<sup>247</sup>, mediante el que sería un nuevo artículo 224 *bis* del Texto Refundido de la Ley del mercado

<sup>246</sup> Artículo 3 *bis* LCS (*PTGPS*): «Control de transparencia./ 1. Las condiciones generales no podrán tener carácter abusivo para los asegurados./ 2. Con base al principio general de transparencia, al contrato de seguro le será aplicable el régimen normativo del control de transparencia previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios./ 3. Sin perjuicio de los requisitos formales y los deberes de claridad y precisión contemplados en el artículo precedente, el control de transparencia tiene por objeto, principalmente, examinar si la reglamentación predispuesta por el asegurador facilita la comprensión material, que no formal y gramatical, del contenido de las cláusulas delimitadoras del riesgo y de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. De forma que éste pueda comprender no solo el significado general de la contratación, sino también el alcance jurídico y económico que se deriva de los compromisos asumidos./ 4. Las aseguradoras, en aras al cumplimiento de estos especiales deberes de configuración negocial, podrán incluir en la contratación del seguro los protocolos o instrumentos de transparencia que favorezcan la comprensibilidad real del asegurado en los términos expuestos».

<sup>247</sup> EM VI de la *PTGPS*: «[...] al igual que sucede en los otros ámbito de contratación señalados [contratación entre empresarios, y contrato de seguro], que estos deberes que incumben a las entidades que prestan servicios de inversión [arts. 213, 214 del *Real Decreto Legislativo 4/2015*, test de idoneidad y de conveniencia] orbitan, necesariamente, alrededor del principio de transparencia, es decir, de la obligación de la entidad financiera de ofrecer la información del producto financiero de forma “comprensible y adecuada” al cliente. De ahí también la justificación de la extensión del control de transparencia a este sector de nuestro sistema financiero, pues el plus de protección que otorga este control queda íntimamente ligado a la finalidad última que justifica estos deberes de información, cual es que el profesional facilite la “comprensibilidad material” de los aspectos o elementos que caracterizan el funcionamiento del producto financiero, así como de los concretos riesgos asociados al mismo. De forma que el cliente minorista, fuera de una concepción formal o documental de estos deberes, comprenda no solo su significado general de lo que contrata, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos. Todo ello en beneficio no exclusivamente de los clientes, sino también del incremento de la calidad de negociación y seguridad jurídica de este sector del sistema financiero».

de valores (TRLMV; Real Decreto Legislativo 4/2015, 23.10)<sup>248</sup>. Según la EM VI de la *PTGPS*, «[d]icho artículo [224 bis TRLMU], además, resulta compatible con el ejercicio de la acción anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado que, en su caso, quiera ejercitar el cliente minorista. A su vez, la extensión del control de transparencia, permite un régimen de ineficacia más preciso y funcional, pues solo afecta a la cláusula declarada abusiva y no a la validez del contrato celebrado, a diferencia del error vicio en el consentimiento que comporta la nulidad del mismo»<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> Artículo 224 bis del *Real Decreto Legislativo 4/2015* (Sección 4.ª Deberes de información y control de transparencia) (*PTPSOE*): «1. Los deberes de actuación y de información contemplados en la sección 2.ª del presente capítulo tienen su fundamento de aplicación en el principio general de transparencia./ 2. A las entidades financieras, con base en dicho principio general, en la comercialización de productos financieros y prestación de servicios de inversión a clientes minoristas, les será de aplicación el régimen normativo de control de transparencia previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios./ 3. Dicho control, que deberá ser solicitado judicialmente por el cliente minorista, tiene por objeto, principalmente, examinar si la información suministrada por la entidad financiera facilita la comprensibilidad material, que no formal y gramatical, del correcto funcionamiento y de los concretos riesgos asociados a los productos y servicios financieros objeto de contratación. De forma que el cliente minorista pueda comprender no sólo su significado general, sino también el alcance jurídico y económico de los compromisos que asume./ 4. Las entidades financieras, en aras al cumplimiento de estos especiales deberes de configuración negocial, podrán incluir en la contratación de los productos financieros los protocolos o instrumentos de transparencia que favorezcan la comprensión real y adecuada del cliente minorista en los términos expuestos./ 5. Las condiciones y cláusulas cuya información no se ajuste al principio de transparencia serán declaradas abusivas, siéndoles de aplicación el régimen de ineficacia contractual previsto para la contratación predispuesta por el profesional con consumidores y usuarios».

<sup>249</sup> Como es conocido, el TS ha estimado (jurisprudencia asentada) la anulación, ejercitada por el cliente minorista con fundamento en el error vicio (art. 1266 CC), de contratos de productos y servicios financieros complejos [v. por ejemplo, FENYO PICÓN, *ADC* (2017) [214]-[216] pp. 661-668]. ORDUÑA MORENO, conocedor de dicha jurisprudencia (p. 190, v. hasta p. 193), propone un sistema de solución alternativo «que articula una protección del cliente de carácter más objetivo y sustentada conceptualmente no en un mero plano procesal de la inversión de la carga de la prueba [en relación con el error vicio], sino en el plano sustantivo de la nulidad derivada por la contravención de las normas imperativas que la legislación sectorial establece al respecto (artículo 78 y siguientes de la LMV, desarrollados por el Real Decreto 217/2008); especialmente en orden al necesario cumplimiento de los deberes de información a cargo de las entidades bancarias en el marco de la consideración de estos productos y servicios financieros, y de su ajuste, en última instancia, con los deberes de transparencia real que deben considerarse implícitos en los deberes generales de información de las entidades bancarias» (p. 193; en pp. 194-198). El autor hace un ensayo de ese sistema alternativo, en donde se constata su disfavor para la solución del error vicio, y tras ello advierte: «obsérvese como la propia doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando aplica estos deberes de información sobre el plano del error vicio del contrato, fuera del tratamiento propio de la excusabilidad del error en el contrato por negociación [sobre la distinción de ORDUÑA MORENO entre la contratación seriada y la contratación por negociación, *supra* [23]], atiende, en realidad, a los criterios de transparencia real, esto es, si la cláusula, al margen de su inteligibilidad formal a la hora de explicar el funcionamiento operativo incorporado, proyectó los concretos riesgos que asumía el contratante, es decir, si se acompañaba a dicha inteligibilidad formal los criterios precisos y comprensibles para que el contratante pudiera evaluar los riesgos reales que asumía. Casos, entre otros, de la nulidad por error vicio en la contratación de Swap, en donde se valora principalmente el conocimiento real del contratante acerca de la cuantía del coste que para él supone la

## 5.2 LA FUNCIÓN DEL NOTARIO Y LA TRANSPARENCIA EN EL *PLCCI*

[56] Al igual que hice con la *PTGPS*, la EM del *PLCCI* me permite explicar lo que de este último me interesa: esto es, la función que al notario se le asigna en la comprobación del cumplimiento de la transparencia material. Qué papel desempeña el Notario, a propósito de la transparencia exigida al predisponente en el préstamo hipotecario, es algo sobre lo que el TS se ha pronunciado en diversas ocasiones [*supra* [27], [30] a), [38], [44] y nota 220 a)].

[57] Con carácter general, el *PLCCI* tiene un objetivo «doble. Por un lado, [...] incorpora parcialmente al ordenamiento jurídico español el régimen de protección previsto en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010» (EM II; v. DF 10.<sup>a</sup> *PLCCI*)<sup>250</sup> –transposición cuya fecha límite era la de 21.03.2016 (art. 42 Dir 2014/17/UE)– y, «[p]or otro lado, se introducen una serie de previsiones cuya la [*sic*] finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria» (EM II). El *PLCCI* se aplica a los consumidores, de conformidad con la Directiva 2014/17/UE, aunque se ha considerado «necesario que la legislación nacional vaya más allá de esta previsión y extender su régimen jurídico a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores» (EM III)<sup>251</sup>.

[58] Uno de los «aspectos diferenciados» que el *PLCCI* regula consiste en la disposición de «normas de transparencia y de con-

---

cancelación anticipada de dicho producto financiero, así como la comprensión del verdadero funcionamiento de la figura, que no opera como un mecanismo tradicional de cobertura del riesgo, sino con base [*sic*; en] la fluctuación de tipos de interés contrapuestos». Todas las citas de (2016).

<sup>250</sup> Para una visión general de la Directiva 2014/17/UE [DOUE L 60, 28.02.2014], DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO (2015) pp. 13-41, 46-52; también (visión general y antecedentes de la Directiva 2014/17/UE), ARROYO AMAYUELAS, *InDret* (2017) pp. 4-31, quien además informa sobre un anteproyecto de julio de 2016 y otro anteproyecto de marzo de 2017 de transposición de la Directiva 2014/17/UE al Derecho español (pp. 31-36); v. además PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 76-87.

<sup>251</sup> El texto de la EM III continúa: «Esta ampliación de la esfera subjetiva de protección de la Ley frente a la Directiva sigue la línea tradicional de nuestro ordenamiento jurídico de ampliar el ámbito de protección a colectivos como los trabajadores autónomos. Así se configura el ámbito de aplicación de la vigente normativa de transparencia en materia de créditos hipotecarios que se regula en el capítulo II del Título III de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios». Para dicha Orden, *supra* nota 175 párrafo II.

ducta que imponen obligaciones a los operadores, complementando y mejorando en el nivel legal el actual marco existente de la referida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamo o crédito» (EM III)<sup>252</sup>. El Capítulo II del *PLCCI* «establece las normas de transparencia y de conducta» del prestamista y «[e]n este sentido, la Ley [*PLCCI*] contribuye a la implantación de un mercado único europeo más transparente, competitivo y homogéneo, con contratos de crédito que afecten a bienes inmuebles más equitativos y que aseguran un elevado nivel de protección a las personas físicas que obtienen financiación» (EM IV). Dicho Capítulo II del *PLCCI* consta de tres Secciones, interesando la Sección 1.<sup>a</sup>. En la EM IV se indica, que «[e]ntre los aspectos más novedosos de la Ley se establece una regulación detallada de la fase precontractual [...] [y] se ha optado por ir más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17 con el objetivo de garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y [...] se pueda considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material» (v. arts. 4 a 13).

[59] *Por lo que respecta a las funciones del notario, el PLCCI le atribuye «la [...] de asesorar imparcialmente al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato, y de comprobar que tanto los plazos como los demás requisitos que permiten considerar cumplido el citado principio de transparencia material, especialmente los relacionados con las cláusulas contractuales de mayor complejidad o relevancia en el contrato, concurren al tiempo de autorizar en escritura pública el contrato de préstamo o crédito hipotecario./ De este modo, se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario– de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos dicha documentación y el segundo podrá ejercer el derecho, que presupone también la existencia de un deber, a conocer las consecuencias de aquello a que se obliga» (EM IV). El extenso artículo 13 *PLCCI* es el que preceptúa las oportunas normas jurídicas para el notario, en coordinación con el también extenso artículo 12.1 *PLCCI*.*

*En síntesis, según el artículo 13.1 PLCCI, el prestatario ha de comparecer ante el notario, que elija, para obtener presencialmente el asesoramiento descrito en el resto de apartados de dicho artículo*

---

<sup>252</sup> Para la Orden EHA/2899/2011, *supra* nota 175 párrafo II. El texto de la EM III continúa: «En segundo lugar, [el *PLCCI*] regula el régimen jurídico de los intermediarios de crédito inmobiliario y los prestamistas inmobiliarios. Finalmente, [el *PLCCI*] establece el régimen sancionador para los incumplimientos de las obligaciones contenidas en la Ley».

13 PLCC. El notario, además, *verificará* la documentación acreditativa de que el prestamista, intermediario de crédito, o su representante, han cumplido los requisitos que el artículo 12.1 PLCCI exige, y acreditado ello, en un *acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario* *hará constar* que se cumplieron: a) los plazos legales de puesta a disposición del prestatario de los documentos indicados en el artículo 12.1 PLCCI; b) las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento que el notario prestó (ejemplos de aplicación práctica de cláusulas financieras, en especial sobre tipos de interés, sobre instrumentos de cobertura de riesgos financieros); c) la información individualizada sobre cláusulas específicas de la FEIN y de la FIAE, además de que el prestatario respondió a un test, en presencia del notario, cuyo fin es concretar la documentación entregada e información suministrada; d) la manifestación manuscrita y firmada del prestatario declarando que recibió, con una antelación mínima de siete días, los documentos indicados en el artículo 12.1 PLCCI, y que comprende y acepta su contenido, y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación<sup>253</sup> (art. 13.2 PLCCI). Como muy tarde, el prestatario comparecerá ante el notario el día anterior a la autorización de la escritura pública de préstamo para que aquél pueda extender el acta

<sup>253</sup> A mayo de 2017, FERNÁNDEZ SELIÓ: «Al intentar normativizar el principio de transparencia parece que el legislador español pretende resucitar al Minotauro, es decir, parece que pretende pautar de nuevo formalmente el modo en el que se comprobará que una cláusula ha sido incorporada al contrato de modo transparente./ Para cumplir ese objetivo el Anteproyecto [de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario] en el artículo 6, titulado *comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material*, establece que cuando el prestatario acude al notario para formalizar el préstamo en el acta notarial habrá de constatarse “*la manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 5.1, así como que comprende y acepta su contenido*”./ Esta fórmula supone la resurrección del Minotauro ya que no se trata de una norma sobre control de transparencia, sino la preconstitución de un instrumento de prueba a favor del prestatario, que es la parte que dispone ya de suyo de una posición más fuerte, preconfigura a su favor un medio de prueba que evite o diluya el control de transparencia: Si se constata la existencia de ese ritual manuscrito se entenderá que las cláusulas se han incorporado al contrato de modo transparente. El Tribunal Supremo había derrotado al Minotauro afirmando en 2013 que “*no existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado*”. El legislador cuatro años después introduce ese medio tasado: la manifestación manuscrita./ No sólo introduce una fórmula rígida de preconstitución de prueba, sino que además se traslada el [*sic*; al] notario ese control, de manera que, en el último trámite del contrato, cuando el prestatario ya ha tomado la decisión firme de contratar, se verifican y convalidan todas las exigencias de información transparente que se tuvieron que realizar en las fases previas de la contratación./ En la época de la informatización de la vida cotidiana, en los tiempos de la tecnificación casi absoluta, resulta que una fórmula manuscrita puede tener el efecto *mágico* de acreditar que el prestatario recibió información suficiente sobre las consecuencias económicas de todas y cada una de las cláusulas incluidas en el contrato de préstamo o crédito./ Se alteran las normas sobre carga de la prueba ya que el redactado de la futura norma determinará que se presuman incorporadas de modo transparente aquellas cláusulas en las que conste esa manifestación manuscrita a la que se refiere el artículo 6.2.b) del Anteproyecto» [cursiva del original; *Actualidad Civil* (2017) pp. 7-8].



(art. 13.3 *PLCCI*). Si no se acreditó documentalmente el cumplimiento de las obligaciones del artículo 12.1 *PLCCI*, en tiempo y forma, o si el prestatario no compareció en plazo para recibir el asesoramiento, el notario lo expresará en el acta y no podrá autorizar la escritura pública de préstamo (art. 13.4 *PLCCI*). «*[E]l contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material*» (cursiva mía; art. 13.5 *PLCCI*). Por último, en la escritura pública de préstamo, el notario insertará una reseña identificativa del acta, expresando en la misma el conjunto de datos que se le indican (art. 13.6 *PLCCI*), y el acta no generará conste arancelario para el prestamista (art. 13.7 *PLCCI*). La DD única del *PLCCI* deroga el artículo 6 de la *Ley 1/2013, 14.05, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* (Ley 1/2013)<sup>254</sup>. Y más allá de lo anterior, la DF 6.<sup>a</sup> *PLCCI* da nueva redacción al artículo 84 *TRLGDCU*<sup>255</sup>.

<sup>254</sup> BOE núm. 116, 15.05.2013. 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 concorra 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». Según la EM de la Ley 1/2013: «Además, se faculta expresamente al Notario para que advierta a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva. Dichas modificaciones se adoptan como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto por el que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993» (asunto *Aziz*). V. la nota inmediatamente anterior a esta. V. *supra* nota 175 párrafo II, la consideración de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ.

<sup>255</sup> Artículo 84 *TRLGDCU* según redacción de la DF 6.<sup>a</sup> *PLCCI*: «*Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas.* Los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas *que sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas o hubieran sido declaradas nulas por abusivas en sentencia del Tribunal Supremo con valor de jurisprudencia* o por sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación» (la cursiva serían dos expresos legales supuestos de hecho, comparando con el vigente artículo 84 *TRLGDCU* transcrito *infra* nota 343). Sobre el supuesto de la contradicción a norma imperativa o prohibitiva, v. RDGRN 01.10.2010 y por ejemplo CARBALLO FIDALGO (2013) pp.278-279.

Artículo 13 *PLCCI*: «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material.

1. Sin perjuicio de las explicaciones adecuadas que el prestamista, el intermediario de crédito o su representante, en su caso, debe facilitar al prestatario, durante el plazo previsto en el artículo 12.1, el prestatario habrá de comparecer ante el notario por él elegido a efectos de obtener presencialmente el asesoramiento descrito en los siguientes apartados.

2. El notario verificará la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 12.1. En caso de que quede acreditado su cumplimiento hará constar en un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario:

a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 12.1.

b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo.

c) En todo caso, el notario deberá informar individualizadamente haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FIAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. Igualmente, y en presencia del notario, el prestatario responderá a un test que tendrá por objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

d) La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación.

3. El prestatario deberá comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

4. Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 12.1 o si no compareciese para recibir el asesoramiento en el plazo señalado en el apartado 3, el notario expresará en el acta esta circunstancia. En este caso, no podrá autorizarse la escritura pública de préstamo.

5. Conforme al artículo 17 bis apartado 2.b) de la Ley del Notariado y el artículo 319 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, el contenido del acta se presumirá veraz e

íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material.

6. En la escritura pública de préstamo el notario autorizante insertará una reseña identificativa del acta a la que se refieren los apartados anteriores.

En dicha reseña se expresará el número de protocolo, notario autorizante y su fecha de autorización, así como la afirmación del notario bajo su responsabilidad, de acuerdo con el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo.

7. El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario alguno». [Cfr. arts. 29 y 30 *Orden EHA/2899/2011 infra*, nota 341, b)].

Artículo 12 *PLCCI*: «Normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

1. El prestamista, intermediario de crédito o su representante designado, en su caso, deberá entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de siete días naturales respecto al momento de la firma del contrato, la siguiente documentación:

a) la FEIN, que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad durante el plazo pactado hasta la firma del contrato que, como mínimo, deberá ser de siete días.

b) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el *[sic]* tipos de interés aplicable, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés en los que aquél esté referenciado, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera.

c) en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

d) una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de los documentos referidos en las letras anteriores e incluirá, de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los gastos estimados que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría.

e) cuando el prestamista, intermediario de crédito o su representante, en su caso, requiera al prestatario la suscripción de una póliza de seguro en garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo, así como la suscripción de un seguro de daños respecto del inmueble objeto de hipoteca y del resto de seguros previstos en la normativa del mercado hipotecario, deberá entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías del seguro que exige.

f) cuando esté previsto que el préstamo se formalice en escritura pública, la advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija el prestatario para la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo, sobre el contenido y las consecuencias de la información contenida en la documentación que se entrega conforme a este apartado.

Esta documentación deberá remitirse también al notario elegido por el prestatario a los efectos de lo dispuesto en el artículo siguiente. La remisión de la documentación se realizará por medios telemáticos a través de la interconexión de las plataformas de los prestamistas y del Consejo General del Notariado»<sup>256</sup>.

## 6. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA EXIGENCIA, AL PREDISPONENTE, DE LA TRANSPARENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO, FRENTE AL CONSUMIDOR

[60] En el apartado 3 del trabajo expuse las distintas tesis de un conjunto de autores, explicando cómo entienden qué han de controlarse, para el Derecho español, los elementos esenciales del contrato (el objeto principal) cuando los mismos *no fueron transparentes*, habiéndose celebrado el contrato entre un predisponente empresario y un adherente consumidor<sup>257</sup>. Conscientemente, el criterio, que

<sup>256</sup> El artículo 12 *PLCCI* continúa: «2. Solo podrán repercutirse gastos o percibirse comisiones por servicios relacionados con los préstamos que hayan sido solicitados en firme o aceptados expresamente por un prestatario o prestatario potencial y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos que puedan acreditarse./ 3. Si se pactase una comisión de apertura, la misma se devengará una sola vez y englobará la totalidad de los gastos de estudio, tramitación o concesión del préstamo u otros similares inherentes a la actividad del prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo./ 4. Sin perjuicio de la libertad contractual, podrán ser aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito».

<sup>257</sup> *Supra* [12]-[23]. Así acoté la temática de mi trabajo *supra* [1], si bien también me he referido, incidentalmente, a la transparencia de los elementos esenciales del contrato celebrado con condiciones generales, siendo empresario el predisponente y consumidor el adherente, *supra* [54] [A].

para la clasificación empleé, fue uno amplio, en el sentido de que procedí a una *caracterización básica y genérica* en el título del correspondiente apartado (*supra* 3.1, 3.2, etc.) a fin ubicar y discernir la posición de cada autor, en un global panorama doctrinal.

Y así, para un *conjunto de autores* existe un *independiente control de transparencia* del objeto principal del contrato. He ubicado aquí, cada uno con sus propias particularidades y alcance explicativo, a Miquel González<sup>258</sup>, a Pertíñez Vílchez<sup>259</sup>, a Moreno García<sup>260</sup>, a Ana Cañizares<sup>261</sup> y a Vázquez Muiña<sup>262</sup>. Si resulta que el predisponente *incumple* su deber de transparencia, surge la cuestión de si ello supone la *directa o automática* abusividad de la cláusula contractual (Vázquez Muiña<sup>263</sup>) o hay que *proceder a valorar y decidir* sobre su posible abusividad (Pertíñez Vílchez<sup>264</sup>, Moreno García<sup>265</sup>, Cañizares Laso<sup>266</sup>). Tiene razón esta última autora, cuando apunta que «aquí quizá resida la mayor complicación»<sup>267</sup>.

*Otros autores*, en cambio, consideran que la comprobación del cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia en el objeto principal del contrato ha de realizarse *en el control de incorporación* de las condiciones generales. Así, Cámara Lapuente<sup>268</sup> y González Pakanowska<sup>269</sup>. Llegado este punto, conviene resaltar la incidencia de la Dir 93/13/CEE y de su interpretación en el Derecho español (Derecho interno, nacional). Como presupuesto previo a su posición, Cámara Lapuente destaca que la Dir 93/13/CEE no dispuso cuáles eran los efectos del incumplimiento del deber de transparencia, lo que apoya en ciertos autores (Ebers, Armbrüster), en el DCFR y en el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, correspondiendo a los Derechos nacionales decidir cuál es el efecto, o cuáles son los efectos, del incumplimiento, por parte del predisponente, de la exigencia de transparencia –y ciertamente los datos del DCFR, y del citado *Informe* sobre el art. 5 Dir 93/13/CEE (transparencia), que he con-

<sup>258</sup> *Supra* [12].

<sup>259</sup> *Supra* [13].

<sup>260</sup> *Supra* [14].

<sup>261</sup> *Supra* [15].

<sup>262</sup> *Supra* [16].

<sup>263</sup> *Supra* [16].

<sup>264</sup> *Supra* [13].

<sup>265</sup> *Supra* [14].

<sup>266</sup> *Supra* [15].

<sup>267</sup> *Supra* [15].

<sup>268</sup> *Supra* [17].

<sup>269</sup> *Supra* [18].

sultado, apoyan sus afirmaciones—<sup>270</sup>. Pero la anterior interpretación contradice la que Pertíñez Vílchez hace del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, quien entiende que el propio artículo 4.2 Dir 93/13/CEE asocia el incumplimiento de la transparencia con el control de abusividad<sup>271</sup>. A lo anterior ha de añadirse, que el TJ ha asociado la infracción de la transparencia sobre el objeto principal del contrato (art. 4.2 Dir 93/13/CEE) con el control de abusividad (art. 3.1 Dir 93/13/CEE) en las *STJ, Gran Sala, 21.12.2016 (Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español), STJ, Sala 1.ª, 26.01.2017 (Banco Primus) y STJ, Sala 2.ª, 20.09.2017 (Andriciu)*<sup>272</sup>, asociación que, a propósito de la STJ citada en primer lugar—*Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez y Banco Popular Español*— ha criticado Cámara Lapuente. Cámara Lapuente considera que pudiera ser que el TJ se hubiera extralimitado en sus funciones, y entiende que en la interpretación del TJ sobre la Dir 93/13/CEE está influyendo el Derecho alemán<sup>273</sup>. Esto es, que hay una *relectura* de la Dir 93/13/CEE, hecha con el prisma del Derecho alemán *posterior* a la Dir 93/13/CEE —mediante el § 307 BGB<sup>274</sup>— y ello por la formación alemana de algunos abogados generales y magistrados del TJ<sup>275</sup>.

Un *tercer sector doctrinal* (Alfaro Águila-Real<sup>276</sup>, Pantaleón Prieto<sup>277</sup>), bajo el *presupuesto* de que la Dir 93/13/CEE no ha dispuesto los efectos del incumplimiento del deber de transparencia en relación con el objeto principal del contrato<sup>278</sup>, encauzan dicho incumplimiento *al dolo incidental (del predisponente) contemplado en el artículo 1270.II CC* (figura esta flexible en cuanto a sus efectos jurídicos). Se está ante un problema de consentimiento viciado del consumidor, con causa en la conducta desplegada por el

<sup>270</sup> *Supra* [17] y en particular las notas 121, 122; en relación al DCFR y la *Nota 5 de Derecho comparado* del artículo II.-9:402 DCFR, *supra* nota 49 a). Para el artículo 5 Dir 93/13/CEE, *supra* [3] y nota 7.

<sup>271</sup> *Supra* [13]. Como expuse, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ llega a reformular el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE como sigue: «siempre que las cláusulas relativas al objeto del contrato o al precio no sean redactadas de manera clara y comprensible, debe procederse a la valoración de su carácter abusivo». Para el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, *supra* [3] y nota 6.

<sup>272</sup> *Supra* [10] k).

<sup>273</sup> *Supra* [10] k) en caja más pequeña.

<sup>274</sup> *Supra* [5]; v. además [4].

<sup>275</sup> *Supra* [10] k) en caja más pequeña.

<sup>276</sup> *Supra* [19].

<sup>277</sup> *Supra* [20].

<sup>278</sup> Indiqué que ALFARO ÁGUILA-REAL señala, entre otros extremos, que «según ha estudiado en detalle Cámara, el legislador europeo dejó la cuestión del tipo de ineficacia de las cláusulas predisuestas en mano de los derechos nacionales» (*supra* [19]); y para PANTALEÓN PRIETO, que «no hay base para afirmar» que sus tesis contradicen al artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, «[d]iga lo que diga el TJUE (caso de que se sepa realmente lo que dice al respecto)», pues «dicho artículo no se pronuncia en modo alguno sobre la consecuencia jurídica de la falta de transparencia: no impone que sea, necesariamente, la establecida en el artículo 6 [Dir 93/13/CEE] para las condiciones generales abusivas» [...] (*supra* [20]).

predisponente, y para su solución, dichos autores acuden a la normativa del Código civil.

Otro *cuarto sector doctrinal* considera que la solución, al problema del que trato, se encuentra en la figura de las *cláusulas sorprendentes o sorpresivas* (Agüero Ortiz, Miranda Serrano). Como es conocido, la figura de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas no fue finalmente incluida en la LCGC<sup>279</sup> y es de reconocimiento doctrinal. En relación con el control de transparencia, Agüero Ortiz considera que «[e]s el antiguo problema de las “cláusulas sorprendentes” cuya resolución se produce mediante el error vicio esencial-parcial»<sup>280</sup>. Para Miranda Serrano, el control de transparencia «es posible residenciarlo en la *regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes*» (cursiva del original)<sup>281</sup>.

*Finalmente*, dediqué un específico apartado a Orduña Moreno<sup>282</sup>, por su condición de Magistrado del TS y participación como Ponente en relevantes SSTS para la temática objeto del trabajo. Orduña Moreno apoya su tesis en la STS, 1.ª, 18.06.2012<sup>283</sup>, a la que califica de «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos, particularmente de la STS de 8 de septiembre de 2014<sup>284</sup> [...] y de la [...] STS 2 de diciembre de 2014<sup>285</sup>», sentencias todas las cuales fue su Ponente<sup>286</sup>. Para Orduña Moreno, dentro

<sup>279</sup> *Supra* [22] y nota 152 párrafo I. En cambio, algunos textos jurídicos prelegislativos sí regulan las cláusulas sorprendentes o sorpresivas en los contratos con condiciones generales: artículo 430-3.2 del *Anteproyecto de Código Mercantil*, artículo 1261.3 PMCC, y artículo 525-6.5 PCCAPDC (*supra* nota 151).

<sup>280</sup> *Supra* [21]; hay modificación sorpresiva de los elementos esenciales del contrato tal y como los contratantes se los representaron; en la cláusula suelo, el consumidor.

<sup>281</sup> *Supra* [22]; «merecen denominarse sorprendentes las estipulaciones relativas al objeto principal o parte económica del contrato (precio y prestación) que, de conformidad con las circunstancias y, en especial, con el tipo o naturaleza del contrato celebrado y su contexto, resultan tan insólitas o inesperadas para el adherente que producen el efecto de contravenir de forma manifiesta las legítimas y razonables expectativas que dicho sujeto se había forjado a la hora de decidirse a celebrar el contrato con el predisponente»; MIRANDA SERRANO considera que son indicios de la prohibición de las cláusulas sorprendentes la interpretación del TS del artículo 3 LCS, y el artículo 61 TRLGDCU, si bien su fundamento último serían los artículos 1258 CC y 61 TRLGDCU, y para los contratos entre empresarios, los artículos 1258 CC y 57 CCO (*supra* nota 152 párrafo I, y v. [22]).

<sup>282</sup> *Supra* [23].

<sup>283</sup> *Supra* [7] a).

<sup>284</sup> *Supra* [26]-[27] para el Pleno.

<sup>285</sup> *Supra* [23] y nota 164 párrafo II.

<sup>286</sup> También MARTÍN SÁNCHEZ destaca la importancia de la STS, 1.ª, 18.06.2012 para el control de transparencia sobre el objeto principal, y también menciona a la STS, 1.ª, 11.04.2013 por su alusión al control de transparencia [*supra* notas 164 párrafo I y 30 b), [25] f) en caja más pequeña]. MARTÍN SÁNCHEZ es Magistrado Letrado del Gabinete Técnico del TS y ha escrito la *Parte Segunda* de la obra *Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable* (2016). El autor de la *Parte Primera* de esa obra es ORDUÑA MORENO, quien, además, indica las características de dicha obra y finalidad (*supra* nota 160).

de la *contratación seriada* –auténtico modo de contratar<sup>287</sup>– el *pre-disponente* tiene unos especiales deberes de configuración contractual en relación con el equilibrio prestacional y con la *comprensibilidad real* de las condiciones generales (transparencia), y el control de transparencia «forma parte integrante del control de abusividad». Conocedor de la doctrina alemana, Orduña Moreno, ante la no transparencia, es partidario de la abusividad directa, pues con la transparencia no solo se tutela el específico interés del consumidor (la cláusula le es perjudicial), sino que se protege «con mayor claridad en el control de transparencia, el interés general de suprimir del tráfico patrimonial seriado todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a la transparencia debida, protegiéndose la calidad de la negociación y la correcta competencia entre las empresas»<sup>288</sup>. Y ciertamente, es importante que las condiciones generales no transparentes sean expulsadas del mercado (acción colectiva). Por cómo Orduña Moreno construye y concibe el control de transparencia, dicho autor *no sitúa el mismo como un problema de consentimiento del consumidor*, y de ahí, que el control de transparencia opere al margen de la figura del error vicio regulado por el Código civil<sup>289</sup>.

*La anterior síntesis sobre las distintas tesis doctrinales* muestra la existencia, en la *doctrina científica española*, de una pluralidad de entendimientos y soluciones jurídicas, argumentadas, acerca de cuál sea el tratamiento jurídicamente correcto, para controlar los elementos esenciales (objeto principal) en los contratos celebrados con condiciones generales por el empresario (predisponente) con el consumidor (adherente). *Procediendo a una caracterización simplemente aproximativa*, puede decirse que *unas tesis* enfocan su solución más desde el lado del predisponente –este debe cumplir con la transparencia– y *otras* lo enfocan más sobre el efecto que al consumidor produce que el predisponente haya incumplido la transparencia –la incidencia que ello tiene en el consentimiento del consumidor a propósito de su decisión de contratar–.

[61] Frente a la expuesta doctrina científica, *¿cómo funciona la práctica?* Concretamente, *¿qué solución acoge el TS*, y *cómo la ha ido construyendo en el tiempo?* *Conviene separar e ir destacado ideas y problemas* (pluralidad de cuestiones). *Conviene apuntar que el TS ha evolucionado e ido perfilando su jurisprudencia. Y conviene apuntar por último que, habiendo una esencia nuclear de un modelo básico, se percibe también la existencia de los submode-*

<sup>287</sup> Y diferente de la contratación por negociación regulada por el Código civil, *supra* [23].

<sup>288</sup> *Supra* [23].

<sup>289</sup> Con gran claridad, ello se percibe en la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014*, de la que Orduña Moreno fue su Ponente, *supra* [26].



los. Todo lo anterior complica en algo la caracterización de la jurisprudencia, pero, pueden identificarse una serie de criterios jurisprudenciales que procedo a exponer.

*Primero:* Para el TS existe en el Derecho español un control de transparencia del objeto principal del contrato, independiente de los controles de incorporación y de contenido. Aquel control fue gestado (*obiter dicta*) en la STS, 1.ª, 18.06.2012 [«control por la vía de la inclusión y de transparencia», FD 2.º 3.d); «el control de inclusión y de transparencia», FD 4.º 3]<sup>290</sup>. La STS, 1.ª, 11.04.2013 habló de un «control referido al criterio de transparencia» (FD 2.º 3) (*obiter dicta*)<sup>291</sup>. Y la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 aplicó (*ratio decidendi*) el control de transparencia –«doble filtro de transparencia», FD 12.º 2.2– a la cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario<sup>292</sup>, continuando desde entonces<sup>293</sup>.

*Segundo:* Identificado el independiente control de transparencia, el problema –la necesidad– es *dónde residenciarlo normativamente*, teniendo presente que el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE no ha sido expresamente incorporado al Derecho español<sup>294</sup> y que la LCGC y el TRLGDCU no diseñan expresamente un *independiente* control de transparencia. Y aquí, *habiendo una evolución jurisprudencial*, el TS ha ubicado el control de transparencia, en esencia, en el artículo 80.1 TRLGDCU. Por distintos motivos, algunos han criticado esa fijación normativa. Pertíñez Vílchez y Martínez Escribano apuntan la conexión del control de transparencia con el artículo 60 TRLGDCU<sup>295</sup>, lo cual, a su vez, otros

<sup>290</sup> *Supra* [7] a) [B], y nota 30; ORDUÑA MORENO califica a la STS, 1.ª, 18.06.2012 de «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos [...]», «de la anticipación mostrada por la STS de 18 de junio de 2012 [...]», sentencia «pionera», sentencia «paradigmática» (*supra* [23] y nota 164 párrafo I); MARTÍN SÁNCHEZ, de la «pionera» STS, 1.ª, 18.06.2012, «germen del reconocimiento» por el TS «del denominado control de transparencia» (*supra* nota 164 párrafo I), «verdadero antecedente de esta figura» del control de transparencia [*supra* nota 30 b)].

<sup>291</sup> *Supra* [25] f) en caja más pequeña; MARTÍN SÁNCHEZ se refiere a la STS, 1.ª, 11.04.2013, *supra* nota 30 b)].

<sup>292</sup> *Supra* [25] f).

<sup>293</sup> *Supra* [26] ss.

<sup>294</sup> No incorporación que habitualmente apuntan los autores, y que se debió a un error del legislador y no a la toma de una consciente decisión legislativa (*supra* [6] y nota 22). CÁMARA LAPUENTE destaca que «[e]l legislador [español] ha tenido el menos tres ocasiones patentes de “aclarar” y “regularizar” la falta de transparencia del artículo 4.2 de la Directiva 93/13: con la Ley 44/2006, con el RDL 1/2007 con el que se aprobó el Texto Refundido de la LGDCU y con la Ley 3/2014, de 27 de marzo de transposición de la Directiva 2011/83/UE. Ha preferido seguir en mora, pasivo y, por tanto, con su propia falta de transparencia ha generado parte de la confusión» [cursiva del original; *supra* nota 23 b)]. CÁMARA LAPUENTE apunta la necesidad de la expresa incorporación del artículo 4.2 Dir 93/13/CEE al Derecho español [*supra* nota 23 a) y b) y nota 229 párrafo II].

<sup>295</sup> Artículo 60.1 TRLGDCU (Información previa al contrato): «Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitar de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas».

critican (Cordero Lobato, Cañizares Laso)<sup>296</sup>. Y en el (*subyacente*) diálogo entre el TS y los autores, en algunas de sus sentencias, el TS apunta el fundamento del artículo 60 TRLGDCU junto con el artículo 80 TRLGDCU<sup>297</sup>. Además de lo anterior, el TS conecta el control de transparencia, tal y como lo interpreta y ubica normativamente, con la jurisprudencia del TJ sobre el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, acudiendo a la interpretación del Derecho español (Derecho interno, nacional; art. 80.1 TRLGDCU) a la luz de la letra y finalidad de la Dir 93/13/CEE<sup>298</sup>. En las extractadas SSTS sobre cláusula suelo en préstamo hipotecario continuamente se encuentran referencias a las oportunas SSTJ<sup>299</sup>, y en relación con el control de transparencia, es oportuno recordar la mención que a la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb) se hace en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 para apoyar el control de transparencia<sup>300</sup>. En su momento, al TS se le indicó que con la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 creaba derecho, lo cual aquel rechazó<sup>301</sup>. Con posterioridad, Martín Sánchez ha señalado que en la STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler) el TJ refrendó el control de transparencia del TS<sup>302</sup>. Y Orduña

<sup>296</sup> *Supra* nota 41 a), y para CORDERO LOBATO también *supra* nota 183 a).

<sup>297</sup> SSTS indicadas *supra* nota 41 b). E incluso en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017 («préstamo multimonedado con garantía hipotecaria») se realiza una *reinterpretación de la historia* al afirmar: «las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre [sic; mayo], hemos fundado en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas». Por otro lado, dentro de los autores, VÁZQUEZ MUIÑA sitúa el control de transparencia en el artículo 80.1.c) TRLGDCU, destacando que en la STS, 1.ª, P, 08.06.2017 no se mencionan los apartados a) y b) del artículo 80 TRLGDCU, cuando el TS ubica, en dicho precepto, el control de transparencia [*supra* nota 41.a)].

<sup>298</sup> STS, 1.ª, P, 23.12.2015 [FD 4.º, a) Primer motivo, Decisión de la Sala, 3].

<sup>299</sup> Sobre la jurisprudencia del TJ para el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, *supra* [10]. MARÍN CASTAN destaca «que la tarea [del TS] no sea [es] nada fácil porque hay que llevarla a cabo con un ojo mirando a la ley española, como era tradicional en la jurisprudencia, pero con el otro mirando al TJUE» (*supra* nota 232 párrafo I). En las oportunas notas en las que extracto los HECHOS de las SSTS, indico qué STJ o SSTJ son citadas a propósito de la temática que analizo en el trabajo (advertido *supra* [24]).

Más allá de lo anterior, pero dentro de la interrelación Derecho español/TJ, me referí a la STJ, 1.ª, 03.06.2010 (Caja Madrid y Monte de Piedad de Madrid), en la que el TJ consideró que los artículos 4.2 y 8 Dir 93/13/CEE «deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal [*la española*], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible» (lo indicado en cursiva es mío). Sobre la incidencia de dicha STJ, 1.ª, 03.06.2010 en la doctrina española y en el TS, apoyándome en la descripción de GONZÁLEZ PACANOWSKA, *supra* [7] a).

<sup>300</sup> *Supra* [7] b), nota 168 párrafo I *in fine*, y [25] f). Sobre la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb) *supra* [10] y nota 53 para los hechos. Pero FERNÁNDEZ SEIJÓ apunta que el TS hizo público su fallo el 20.03.2013, por lo que la STJ 21.03.2013 (RWE Vertrieb) pudo incidir en la redacción de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, pero no en su deliberación (*supra* nota 42).

<sup>301</sup> Por ejemplo, STS, 1.ª, P, 24.03.2015 y STS, 1.ª, P, 23.12.2015, *supra* [7] b).

<sup>302</sup> *Supra* [7] b) y en caja más pequeña a); para la STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler), *supra* [10] y nota 54 para los hechos.

Moreno, quien niega que el TS haya creado Derecho con el control de transparencia, señala que *la jurisprudencia del TJ* «con cuerda tanto en el contenido, como en el procedimiento, con la caracterización dada por el Tribunal Supremo» al control de transparencia, y cita la *STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)*<sup>303</sup>.

*Tercero:* La transparencia supone que el predisponente *informe* al consumidor (información precontractual) de modo que este último pueda, de modo sencillo, sin una ocupación intensiva, conocer la carga económica que el contrato le supone (el sacrificio patrimonial) y la carga jurídica (su posición jurídica en los elementos típicos del contrato y los riesgos en la ejecución del contrato)<sup>304</sup>. Se trata de permitir la *comprensibilidad real del consumidor*, de ahí que, para que el predisponente cumpla con la exigencia de transparencia, *no le baste la sola claridad gramatical de la cláusula*. Las anteriores ideas son, con mayor o menor similitud, reiteradamente afirmadas por la jurisprudencia del TS<sup>305</sup>.

*En cuanto a la concreta información que el predisponente ha de suministrar al consumidor*, la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* enumeró una serie de parámetros para la cláusula suelo (en su ap. 225 y Fallo 7.

<sup>303</sup> *Supra* [7] b) y en caja más pequeña b) párrafo II; para la *STJ, Sala 4.ª, 30.04.2014 (Kásler)*, *supra* [10] y nota 54 para los hechos.

<sup>304</sup> En la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* se hace referencia a la carga económica y a la jurídica. En el germen que para el control de transparencia supuso la *STS, 1.ª, 18.06.2012* se hacía referencia a la carga económica, y en la *STS, 1.ª, 11.04.2013* se hizo referencia a la carga económica y a la jurídica. *Supra* [25] f).

<sup>305</sup> *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* [*supra* [25] f)]; *STS, 1.ª, P, 08.09.2014* (*supra* [26]); *STS, 1.ª, P, 24.03.2015* [*supra* [29]]; además, esta *STS* reproduce la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* en cuanto que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica y la jurídica del contrato (FD 3.º 3)]; *STS, 1.ª, 29.04.2015* [en esta *STS* también se reproduce el párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato (FD 14.º 3)]; se afirma además: «Es preciso que [...] sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá» (FD 14.º 3)]; *STS, 1.ª, P, 23.12.2015* [también reproduce ese párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato (FD 4.º a) *Primer motivo, Decisión de la Sala, 2*; y «la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte [...]» (FD 4.º b) *Segundo motivo, Decisión de la Sala, 3*]; *STS, 1.ª, 09.03.2017* (también reproduce ese párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato, «[d]octrina que ha sido corroborada por las sentencias 464/2014, de 8 de septiembre; 138/2015, de 24 de marzo; 139/2015, de 25 de marzo; 222/2015, de 29 de abril, y 705/2015, de 23 de diciembre» (FD 2.º 2); «y que este [el consumidor] estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba» la cláusula» (FD 2.º 5)]; *STS, 1.ª, P, 08.06.2017* (*supra* [42]); *STS, 1.ª, 07.11.2017* (FD 4.º, 3 y 4); *STS, 1.ª, 16.11.2017* (FD 2.º; con cita de la *STS, 1.ª, 07.11.2017*); *STS, 1.ª, 24.11.2017* (núm. de resolución 642/2017; reproduce ese párrafo de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013* sobre el control de transparencia y la carga económica y jurídica del contrato; FD 2.º 4); *STS, 1.ª, 24.11.2017* (*supra* [47] y FD 5.º, 3 y 4); *STS, 1.ª, 01.12.2017* (*supra* [48]); *STS, 1.ª, 01.12.2017* (núm. de resolución 654/2017; FD 2.º 2).

°<sup>306</sup>). El posterior AATS 03.06.2013 esclareció que tales parámetros, que permitían formar *el juicio de valor abstracto* sobre las cláusulas suelo analizadas, *no constituían una relación exhaustiva (no eran medios tasados)* y la presencia aislada de alguno o algunos no bastaba para la calificación de no transparente. Pues, la clave para considerar cumplida la transparencia es lograr *el resultado del consumidor perfectamente informado, resultado insustituible*<sup>307</sup>. En varias de sus SS, el TS alude a dicho AATS 03.06.2013 y a su aclaración<sup>308</sup>. Y en la STS, 1.ª, P, 29.04.2015, el TS señaló que los criterios de transparencia adoptados en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, y confirmados por las STS, 1.ª, P, 24.03.2014 y STS, 1.ª, P, 25.03.2015, es doctrina jurisprudencial aplicable a «todas las que constituyan cláusulas [suelo] no negociadas en contratos concertados con consumidores»<sup>309</sup>.

*Cuarto: El TS conecta la falta de transparencia de los elementos esenciales del contrato (definición del objeto principal del contrato) con el control de abusividad (desequilibrio; art. 82 TRLGDCU).* En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS, tras considerar no transparentes las

---

<sup>306</sup> *Supra* [25] g) transcribí esos parámetros; v. además las consideraciones del TS *supra* en nota 179. Según el Fallo 7.º de la STS, 1.ª, P, 09.05.2013: «Declaramos la nulidad de las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos con consumidores descritas en los apartados 2, 3 y 4 del antecedente de hecho primero de esta sentencia por/ 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».

En el año 2017 hay dos importantes SSTS a propósito del control de transparencia y la información que el predisponente ha de suministrar al consumidor para la comprensión real de la carga económica y jurídica del préstamo contratado: a) la STS, 1.ª, P, 15.11.2017 (Pte Excmo Sr D Rafael Saraza Jimena; acción individual) sobre préstamo multimonedado con garantía hipotecaria, en la que el TS consideró no transparentes las cláusulas discutidas porque el predisponente (*Barclays Bank*) no informó adecuadamente sobre ciertos riesgos en relación con dicho préstamo (sobre la información a suministrar, FD 8.º, 25-33; v. además FD 8.º 51-55); y b) la STS, 1.ª, P, 14.12.2017 (Pte Excmo Sr D Pedro José Varela Torre; *Voto particular* del Excmo Sr D Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo Sr D Francisco Javier Arroyo Fiestas; acción individual) para el préstamo hipotecario a interés variable con tipo de referencia *IRPH Entidades*, en la que el TS señala qué información *no* es exigible que el predisponente dé al consumidor, se refiere a decisiones, que al primero corresponde tomar en cuanto a lo que oferta en el mercado, y consideró transparente la cláusula controvertida (FD 6.º 6-11, 13-14).

<sup>307</sup> *Supra* [25] g) en caja más pequeña.

<sup>308</sup> STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (FD 2.º 7), STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 6.º, 6 y 7), STS, 1.ª, 07.11.2017 (FD 4.º 4), y STS, 1.ª, 24.11.2017 (núm. de resolución 643/2017, FD 5.º 4).

<sup>309</sup> *Supra* [34] con más detalle; lo mismo en la STS, 1.ª, 29.04.2015 (FD 14.ª 5); STS, 1.ª, P, 23.12.2015 (FD 2.º, c) *Cuarto motivo, Decisión de la Sala*, 1 y 2).

cláusulas suelo (*primer paso*), indicó que quedaba por «analizar [*segundo paso*] si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio del consumidor» (FD 15.º 249). En otras ocasiones, el TS conecta, con apoyo en el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, la no transparencia con el juicio de abusividad<sup>310</sup>.

*Sobre el tipo de desequilibrio que permite la calificación de la cláusula suelo como abusiva, hay diversos y sucesivos pronunciamientos del TS. Así:*

a) En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS indicó que la cláusula suelo daba «cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”» (cursiva mía; FD 15.º 264)<sup>311</sup>. Según Carballo Fidalgo, la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 «parece avalar la tesis» de Pertíñez Vílchez<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> STS, 1.ª, P, 24.03.2015 (*supra* [29]); STS, 1.ª, 29.04.2015 (FD 14.º 3); STS, 1.ª, P, 23.12.2015 [FD 4.º, a) Primer motivo, Decisión de la Sala, 2]; STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (FD 2.º 2); STS, 1.ª, 24.11.2017 (núm. de resolución 642/2017; FD 2.º 4).

También en el *Voto particular* de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014 se hace esa conexión: «El control de transparencia tal y como ha sido admitido por la jurisprudencia de esta Sala, primero, en un razonamiento *obiter dicta* en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, y después en una argumentación *ratio decidendi* en la Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, tiene su justificación en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse [...] [en los puntos suspensivos se reproducen dicho artículo]. Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente» (*Voto particular* 2).

<sup>311</sup> *Supra* [25] k) con más detalle.

<sup>312</sup> CARBALLO FIDALGO: «Entre las diversas tesis barajadas en la exégesis de la norma comunitaria [art. 4.2 Dir 93/13/CEE], se opta [en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013] claramente por la que exige que la falta de transparencia se traduzca en un desequilibrio normativo contrario a la buena fe como condición necesaria para la declaración de nulidad de la cláusula enjuiciada. Pero el mérito de terciar en un escenario controvertido con la adopción de una opción razonable no debe ocultar los claroscuros del pronunciamiento [...]. [...] no deja de sorprender el contraste entre la profusión de argumentos con que el tribunal justifica algunos de sus razonamientos (en ocasiones superfluos) y la brevedad con que salda dos cuestiones cruciales en la senda que emprende. En primer término, omite cualquier alusión a los criterios determinantes de la distinción entre cláusulas relativas al objeto principal del contrato, de contenido económico, y cláusulas accesorias, de contenido normativo. Únicamente, y de modo implícito, ha de concluirse que entre tales criterios no figura la *eventualidad* de la aplicación de la estipulación y de su consecuente repercusión sobre el precio, pues en otro caso las cláusulas suelo se situarían entre las puramente accesorias, sujetas sin discusión a control de equidad. En segundo término, es llamativa la parquedad con que el tribunal resuelve el nudo gordiano de su decisión, a saber, el enlace existente entre el defecto de transparencia y el carácter abusivo de la cláusula. Tras un elaborado desarrollo de la tesis de la “doble transparencia” y de la constatación de su incumplimiento por las entidades demandadas, se resuelve con excesiva urgencia la incidencia de tal falta de transparencia en la justicia del contrato. Pese a la parquedad apuntada, la confrontación por el tribunal del “desequilibrio abstracto en el reparto de riesgos” y “las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés

b) En la *STS, 1.ª, P, 09.08.2014* puede leerse, que «[e]n la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. *La impronta del control de transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación*» (cursiva mía; FD 2.º 4). En dicha *STS, 1.ª, P, 08.09.2014*, también se lee, «*que el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada*» (cursiva mía; FD 2.º 8)<sup>313</sup>. El Ponente de la *STS, 1.ª, 08.09.2014* es Orduña Moreno, partidario de la abusividad directa de la cláusula por falta de transparencia<sup>314</sup>.

Y c) en la *STS, 1.ª, P, 24.03.2014*, el TS afirma que «*la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados*» (cursiva mía; FD 3.º 3), y que, las «*condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el efecto de la transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concu-*

---

pactado como «variable» (...)” parece avalar la tesis, defendida entre nosotros por PERTIÑEZ VÍLCHEZ, que localiza el carácter abusivo de la cláusula no transparente en la producción de una alteración subrepticia de la onerosidad o del desequilibrio económico del pacto alcanzado por las partes» [la última cursiva mía, mayúsculas del original; (2013) p. 118; v. 114-120]. Para la tesis de Pertíñez Vílchez, *supra* [13].

<sup>313</sup> Párrafo transcrito *supra* [26] en caja más pequeña.

<sup>314</sup> *Supra* [23] expongo su tesis, y v. además lo dicho *supra* [60] para dicho autor.

rrentes en la contratación» (FD 3.º 3)<sup>315</sup>. Esas ideas, de que la falta de transparencia priva al consumidor de la posibilidad de comparar las diferentes ofertas existentes en el mercado y de que no se controla el equilibrio objetivo, recuerdan la tesis de Miquel González, y eso mismo, junto con la idea de que la falta de transparencia puede provocar una alteración subrepticia del equilibrio subjetivo, recuerdan la tesis de Pertíñez Vílchez, hecho que el propio autor resalta<sup>316</sup>. Pues bien, la anterior doctrina de la STS, 1.ª, 24.03.2014 – presente ya en el Voto particular de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014<sup>317</sup> – es recogida de modo más o menos amplio –y más o menos amplio, dado que algunas SS solo se refieren a la privación de la posibilidad de comparar las ofertas existentes en el mercado– en otras posteriores SSTs<sup>318</sup>.

Por otro lado, en la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS advirtió que «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las cláusulas] sean desequilibradas» (FD 15.º 250; cfr. FD 14.º 229). Y en relación con esa afirmación, en la STS, 1.ª, P, 24.03.2015, el TS indica que la misma «se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición

<sup>315</sup> *Supra* [29].

<sup>316</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ lo indica en la *Introducción* de su monografía *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios* (2017), cuyas palabras reproduzco *supra* [13]; y en esa misma obra de 2017, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ lo indica en otras ocasiones (al respecto *supra* notas 202 y 204). Para MIQUEL GONZÁLEZ, *supra* [12].

<sup>317</sup> En el *Voto particular* (3) de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014 se lee: «Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó». (Cfr. STS, 1.ª, P, 09.03.2017, *supra* [37]; v. además *Voto particular*, 2, *in fine* de la STS, 1.ª, P, 08.09.2014, que, salvo mínima diferencia, coincide con lo transcrito *supra* [37], en caja más pequeña, primer párrafo).

<sup>318</sup> STS, 1.ª, 29.04.2015 (FD 14.º 3; se indica además: «Así lo hemos declarado también en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo»); STS, 1.ª, P, 23.12.2015 (FD 4.º, a) *Primer motivo*, *Decisión de la Sala*, 2; v. además FD 4.º, b) *Segundo motivo*, *Decisión de la Sala*, 3); STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (*supra* [37]; v. *supra* notas 316, 317, 202 y 204); STS, 1.ª, P, 25.05.2017 (*supra* [39]); STS, 1.ª, P, 08.06.2017 (FD 6.º 25); STS, 1.ª, 07.11.2017 (FD 4.º 10); STS, 1.ª, 24.11.2017 (núm. de resolución 642/2017, FD 2.º 5); STS, 1.ª, 01.12.2017 (*supra* [48]), STS, 1.ª, 01.12.2017 (núm. de resolución 654/2017, FD 2.º 2).

económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente./ Pero no es ese el supuesto de las llamadas “cláusulas suelo” [no son inocuas; tienen efectos negativos para el adherente]. La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones generales provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con “cláusula suelo” en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado»<sup>319</sup>. Lo anterior se reitera en las *STS, 1.ª, P, 25.05.2017*<sup>320</sup>, *STS, 1.ª, P, 08.06.2017* (FD 6.º 25) y *STS, 1.ª, P, 07.11.2017* (FD 4.º 10). Cámara Lapuente considera que en las *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*, *STS, 1.ª, P, 08.09.2014* y *STS, 1.ª, P, 24.03.2014*, el TS adopta la solución de la «abusividad directa por falta de transparencia»<sup>321</sup>.

<sup>319</sup> *Supra* [31].

<sup>320</sup> *Supra* [39].

<sup>321</sup> Para la argumentación y crítica de CÁMARA LAPUENTE, *supra* nota 191.

MARTÍNEZ ESCRIBANO también considera que, para el TS, no superado «el control de transparencia, automáticamente la cláusula suelo es abusiva» (p. 4). La autora propone una *interpretación alternativa* para determinar, en el concreto caso, si la cláusula suelo causa, o no, el desequilibrio entre derechos y obligaciones del artículo 3.1 Dir 93/13/CEE (cláusula abusiva) y acude a la *causa del contrato* (criterio jurídico, y no criterio económico). Argumenta: «Según ha indicado el Banco de España en su informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, la causa básica del establecimiento de las cláusulas suelo radica en mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones, lo cual no se conseguiría con tipos de interés por debajo del suelo pactado. Podría entenderse que esta es la finalidad, la causa (en sentido jurídico), de esta cláusula del contrato. Atender a la causa y no al porcentaje que se fije como suelo es un criterio jurídico y no económico. Si aceptamos esto, tal vez podríamos abordar el tema del desequilibrio en atención al elemento causal (causa del contrato) como parámetro jurídico de abusividad. De acuerdo con ello, se podría entender legítimo introducir una cláusula suelo que proteja a la entidad financiera de los riesgos de impago y los costes del contrato, y le asegure un margen mínimo de rentabilidad frente a escenarios de índices de referencia especialmente bajos, o incluso de 0 o negativos, como hemos observado en épocas recientes. Tal cláusula suelo creo que no debería considerarse abusiva, sino que habría de considerarse lícita aunque no sea transparente» (p. 5); «En mi opinión, parecería lógico entender que si partimos de la validez de las cláusulas suelo, salvo que sean abusivas en el caso concreto, una cláusula suelo que únicamente permita este fin, en principio legítimo, de establecer una garantía mínima en el contrato con relación a su rentabilidad, costes y cobertura de riesgos, debería ser lícita. Por otra parte, es ingenuo pensar que un banco, al ofrecer un préstamo hipotecario, no va a tratar de proteger sus intereses frente a escenarios en que los tipos de interés estén tan bajos que la rentabilidad de la operación quede en entredicho. Y esto lo puede hacer con un suelo, o con un diferencial mayor, pero lo va a hacer, de manera que el suelo que simplemente persigue este fin no parece que esté produciendo un desequilibrio en perjuicio del consumidor, porque lo que es irreal es pensar que el banco está dispuesto a tener que pagar él al consumidor si el índice de referencia llega a ser negativo y el diferencial es muy bajo. Hablar de desequilibrio en perjuicio del consumidor simplemente porque éste no puede beneficiarse de determinadas bajadas de los tipos de interés significa, a mi jui-



*Quinto:* El TS aplica el control de transparencia en la acción colectiva –de cesación de la cláusula suelo– y en la acción individual –ejercitada por el consumidor y pidiendo la declaración de abusividad por falta de transparencia de la condición general que versa sobre la cláusula suelo y la consecuente restitución de lo pagado, por ella, en exceso<sup>322</sup>–. Se ha criticado que el control de transparencia se aplique en las acciones colectivas (de cesación). En esencia, la crítica reside en que en la acción colectiva se considera al consumidor medio y se hace una valoración abstracta/control abstracto del cumplimiento por parte del predisponente de la transparencia (de la comprensibilidad real) para los elementos esenciales (objeto principal) del contrato y puede suceder que, siendo la cláusula suelo *no transparente en abstracto*, hubiera sido *transparente para el concreto consumidor* –pues este, al celebrar el préstamo hipotecario, comprendió realmente su carga económica y jurídica– no mereciendo por consiguiente protección. En esta línea pueden situarse las consideraciones de Pertíñez Vílchez<sup>323</sup>, de Váz-

---

cio, desconocer la realidad del sector financiero y hacer una visión parcial de la cuestión./ Frente a ello, la cláusula suelo que se exceda de tal finalidad legítima de cubrir ciertos riesgos aparejados a la variabilidad de los intereses sí que estaría provocando, desde mi punto de vista, un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y en contra de las exigencias de la buena fe. No alcanzo a apreciar en este caso una causa lícita que permita justificar un suelo impuesto al consumidor sin la transparencia exigible. Aunque podría llegar a admitir la validez de un suelo que persiga los fines del supuesto anterior aun cuando no fuera transparente./ Es cierto que el consumidor busca un tipo de interés lo más bajo posible, pero creo que concluir que toda cláusula suelo no transparente sea abusiva porque le resulta perjudicial es, además de una visión parcial del problema, un enjuiciamiento del desequilibrio en atención a parámetros económicos y no jurídicos. Recordemos que el desequilibrio es en los derechos y obligaciones, no en el precio, que queda fuera del control judicial. El consumidor legítimamente buscará en el mercado el préstamo que le resulte más barato, pero igualmente legítimo es que la entidad financiera trate de asegurarse una mínima rentabilidad del negocio y cubrir los riesgos derivados de los impagos. El consumidor tiene derecho a beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés en un préstamo con interés variable, pero la entidad financiera también tiene derecho a asegurarse mínimamente la rentabilidad de la operación sin que por ello deba tacharse su conducta como abusiva./ De aceptarse este razonamiento, podría entenderse que una cláusula suelo es lícita en principio, pero si el límite a la baja de los tipos de interés se establece en términos que no se corresponden con la causa lícita de la entidad financiera de protegerse frente a ciertos riesgos, provocará un desequilibrio jurídico importante en perjuicio del consumidor, y podría concluirse entonces que es abusiva. Para ello habría que atender a las circunstancias concretas del caso (nótese que la determinación del carácter abusivo en este contexto ha de determinarse caso por caso, según jurisprudencia reiterada del TJUE: véase la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14 y las sentencias que en ella se citan)» [Actualidad Civil (2017) pp. 5-6].

<sup>322</sup> Para la restitución, efecto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, por su abusividad por falta de transparencia, *supra* nota 169. En los extractos de las SSTs y en el título del correspondiente apartado (*supra* [25]-[49]) he ido advirtiendo si se ejercitó una acción colectiva o individual.

<sup>323</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *supra* nota 206.

quez Muiña<sup>324</sup>, de Alfaro Águila-Real<sup>325</sup> y de Bustos Lago<sup>326</sup>. Pero, como he indicado, el TS aplica el control de transparencia en la acción colectiva<sup>327</sup> y en la individual y de ahí sus pronunciamientos sobre *cómo incide (vincula) la sentencia fruto de la acción colectiva en el posterior ejercicio de la acción individual por parte del consumidor –esto es, los efectos de la cosa juzgada de la primera sentencia en el segundo procedimiento–*.

En la STS, 1.ª, 24.02.2017, el TS apunta que las acciones colectivas e individuales no tienen una identidad de objeto, apoyándose, entre otros datos, en el TJ –STJUE 14.04.2016– y en el TC –STC 148/2016, 19.09, y 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12.12– e indica, para los consumidores no personados en la acción colectiva, que su llamamiento no basta para justificarles la extensión de la eficacia de la cosa juzgada del artículo 222.3 LEC, y que, interpretados conjuntamente los artículos 15, 222.3 y 221 LEC, la sentencia estimatoria de la acción colectiva solo afecta a los consumidores no personados que la propia sentencia determine (art. 2221.1.1.ª LEC). La Audiencia Provincial había considerado que la STS, 1.ª, P, 09.05.2013 «no surte[ía] efecto de cosa juzgada material respecto del caso enjuiciado, porque se dictó en un proceso en que se había ejercitado una acción colectiva, mientras que en el presente se ejercita una acción individual», y el TS, en la citada S, 1.ª, 24.02.2017, no casó<sup>328</sup>. Comentando la STS, 1.ª, P, 24.02.2012, Pertíñez Vílchez señala que la misma «no se anda con sutilezas» y «que parece excluir “in totum” cualquier efecto de cosa juzgada entre ambos procedimientos y permitir que se abra en el procedimiento individual el debate sobre todas las cuestiones que formaron parte del objeto del proceso colectivo, incluida la validez de la cláusula suelo, como si el procedimiento colectivo y su sentencia firme no hubieran existido o como si fueran totalmente ajenos al procedimiento individual. [...] cabe sostener, siguiendo siempre la lógica de la STS 24 febrero 2017, que [...] las circunstancias del caso concreto [...] deberían permitir reabrir

<sup>324</sup> VÁZQUEZ MUIÑA, *supra* nota 216, c).

<sup>325</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, *supra* nota 216, d.1).

<sup>326</sup> BUSTOS LAGO, *supra* nota 216, d.2).

<sup>327</sup> En la STS, 1.ª, P, 09.05.2013, el TS apuntó, entre las características del control abstracto de la acción de cesación, la de que «[n]o permite valorar de forma específica las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por concreto consumidor adherente» [*supra* [25] h) para el resto de características]. Por otro lado, v. las consideraciones del TS, en su S, 1.ª, P, 24.03.2014, acerca de la «destacada importancia [de las acciones colectivas] en el control de las cláusulas abusivas», en las que se tiene en cuenta al «consumidor medio [...] y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa» [*supra* [30] b)].

<sup>328</sup> Para los HECHOS de la STS, 1.ª, 24.02.2017, *supra* nota 198, y para dicha STS *supra* [36]; v. VENDRELL CERVANTES *supra* nota 200 a).

el debate sobre la validez de la cláusula, pues estas circunstancias del caso concreto –fundamentalmente la información proporcionada al consumidor, así como sus circunstancias subjetivas (formación, profesión, experiencia financiera, etc.) y el momento en que se realizó el préstamo– en lo que puedan tener realmente incidencia es justamente en la validez de la cláusula suelo»<sup>329</sup>. Pertíñez Vílchez consideró que «presumiblemente [la cuestión] aboque a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo»<sup>330</sup>.

Y efectivamente, pocos meses después, el TS volvió a pronunciarse. En la *STS, 1.ª, P, 08.06.2017*, el TS señala que, si hubo una *anterior* sentencia *estimatoria* de la acción *colectiva* que decidió que el predisponente cesara en el uso de la cláusula, en el *posterior* litigio, en el que el consumidor ejercite la acción *individual*, la regla es que el juez *aprecie de oficio la abusividad de la cláusula (suelo) por las razones indicadas en la anterior sentencia estimatoria de la acción colectiva. Ahora bien*, la regla cuenta con *dos excepciones*, en las que el juez puede, en la acción individual, *no* considerar abusiva la cláusula. *Una*, por las circunstancias excepcionales del perfil del cliente. *La otra*, que la información que en el concreto caso el predisponente dio se apartó significativamente de su estándar medio de información, y justifica que las razones por las cuales en la acción colectiva se declaró la abusividad de la cláusula no se apliquen en la acción individual.<sup>331</sup> La anterior doctrina jurisprudencial se reitera en la *STS, 1.ª, 07.11.2017* y en la *STS, 1.ª, 24.11.2017*<sup>332</sup>. Vendrell Cervantes y Ruiz Arranz han destacado que, en el Derecho alemán, las sentencias que estiman una acción colectiva de cesación por falta de transparencia, o por sorpresividad, de la condición general, *excepcionalmente no* surten efectos para el consumidor individual si se acredita que las circunstancias concretas (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar, o excluir, la falta de transparencia abstracta (§ 11 Ley sobre acciones de cesación en materia de consumo)<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> Indicado *supra* nota 200 b).

<sup>330</sup> Continúa: «En el origen de todo está nuevamente el desacierto de la STS 9 mayo 2013 al resolver sobre la nulidad de cláusulas suelo por falta de transparencia en un procedimiento colectivo, a lo que se añade la falta de sutileza de la STS 24 febrero 2017 al declarar, en general, que las sentencias dictadas en procesos colectivos no producen efecto de cosa juzgada respecto de los procedimientos individuales». *Supra* nota 200 b) con más detalle.

<sup>331</sup> *Supra* [41] [A].

<sup>332</sup> *Supra* [41] [B] y [C].

<sup>333</sup> *Supra* nota 216 a) (para VENDRELL CERVANTES) y b) (para RUIZ ARRANZ). Además, sobre la doctrina jurisprudencial de la *STS, 1.ª, P, 08.06.2017* (y de la *STS, 1.ª, 24.11.2017*), VENDRELL CERVANTES señala que «presenta importantes matices y sombras, entre ellos, los que se desprenden de su falta de apoyo normativo expreso, de su relación con lo dispuesto en el artículo 222.3 de la LEC, y de su falta de correspondencia con lo expresado en pronunciamientos anteriores [...]» [*supra* nota 216 a)].

FERRERES COMELLAS considera: «sería oportuno que una eventual reforma de la regulación de nuestro sistema de tutela colectiva arrojará luz sobre el eventual efecto vinculante,

Resulta evidente la similitud de solución del Derecho alemán y de la jurisprudencia del TS para la presente cuestión, y parece oportuno recordar cómo entre nuestros autores se destaca la general influencia del Derecho alemán en el nuestro en la materia de las condiciones generales (Cámara Lapuente, Alfaro Águila-Real)<sup>334</sup>.

Por último, en la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017* se advierte que para enjuiciar la transparencia *en una acción individual* no ha de atenderse «exclusivamente al documento en el cual está inserta [la cláusula]

siquiera limitado en relación con las acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas, de las acciones de cesación. En efecto, el hecho de que la acción de cesación mediante la que se articula el denominado *control abstracto* tenga un objeto distinto del que es propio de las acciones individuales de nulidad y restitución o indemnización, no significa que no existan ciertas zonas de coincidencia en el respectivo ámbito de enjuiciamiento./ [...] / [...] más dudas ofrece la cuestión del efecto vinculante que una sentencia dictada en el ejercicio de una acción de cesación deba tener respecto a los reclamantes individuales en el ámbito de acciones declarativas de la abusividad de condiciones generales de contratación, a las que se acumulan acciones de restitución y/o indemnización./ No debería haber problema en reconocer a dichas resoluciones los efectos vinculantes que, de hecho, les conceden nuestros jueces y tribunales en aquellos supuestos en los que, como resultado de la aplicación de los denominados control de incorporación y control de contenido, se declara la abusividad de la condición general. Se entiende en tal caso que, en la acción individual de nulidad correspondiente [...], el consumidor afectado por la cláusula que ha sido previamente declarada nula en una acción de cesación se beneficia del carácter vinculante de aquella declaración general de nulidad. De tal forma que el empresario demandado en la acción individual tan solo puede oponer el carácter negociado de la condición general en cuestión (para convertir en irrelevante aquella declaración general de abusividad resultante del control abstracto), quedándole vedado alegaciones tendentes a revisar con carácter general las cuestiones de la transparencia o contenido abusivo de la cláusula./ Más delicada, es [...] la cuestión de qué efectos vinculantes para las acciones individuales de nulidad deba concederse a la sentencia que haya desestimado la acción de cesación, al haberse constatado que la condición general controvertida supera el control abstracto resultante de la aplicación de los llamados control de incorporación y control de contenido. En tal supuesto, cualquier consumidor podrá, sin duda, iniciar una acción individual solicitando la nulidad de la cláusula en atención a circunstancias particulares de su caso concreto que determinen que, más allá del control abstracto, la condición general debe invalidarse en tal caso; podrá reproducir, en fin, pero en relación con las circunstancias personales que concurren en su concreta contratación –y por lo tanto, desde un prisma necesariamente distinto al del control abstracto mediante el que las entidades con legitimación para ello persiguen que se obligue judicialmente a los empresarios a expulsar de sus contratos cláusulas abusivas–, el análisis del control de transparencia y de contenido propios de la Directiva 93/2013, como parte de una tutela encaminada, en última instancia, a verificar las condiciones en las que se conformó el consentimiento en su caso particular./ Pero acaso quepa reconocer cierto efecto vinculante a la sentencia desestimatoria dictada en la acción de cesación respecto de las acciones individuales: el consumidor que inicie una acción individual no podrá limitarse a esgrimir la falta de transparencia o el contenido abusivo *en general* de la cláusula (pues ello ya habrá sido previamente resuelto) y deberá alegar y acreditar por qué en su caso concreto la cláusula no ha resultado clara y transparente (en las distintas formulaciones del control de transparencia) o por qué en su caso concreto la cláusula sí resulta abusiva./ Es esta una cuestión, en cualquier caso, que debería ser objeto de específica previsión en una eventual modificación de nuestra regulación de la tutela colectiva» [cursivas del original; *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) pp. 28-30]. Las anteriores consideraciones se insertan en un trabajo cuyo fin es «contribuir a la reflexión sobre el sentido y alcance que debería tener una eventual propuesta de modificación de nuestro sistema de acciones colectivas», proponiéndose FERRERES COMELLAS «analizar [...] algunas cuestiones relacionadas con los presupuestos básicos de la tutela colectiva y ofrecer al respecto algunas pautas sobre qué aspectos deberían modificarse de la regulación actualmente vigente, y en qué medida y sentido habría que hacerlo» (p. 24, página en la que sintéticamente avanza las cuestiones de las que tratará, a efectos de su mejora).

<sup>334</sup> *Supra* nota 9 párrafo III.

sula suelo] o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula [suelo] en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que este estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba»<sup>335</sup>.

*Sexto:* En el periodo temporal acotado para el análisis de la jurisprudencia del TS –desde 09.05.2013 hasta 31.12.2017<sup>336</sup>– la pretensión del consumidor, de que se declare la abusividad de la cláusula suelo por falta de transparencia (acción individual), ha sido *estimada* en la *mayoría* de los casos. *No se admitió* en la STS, 1.ª, P, 09.03.2017<sup>337</sup>, ni en la STS, 1.ª, 01.12.2017<sup>338</sup>. Lo anterior es un interesante y relevante dato estadístico acerca de cómo ha podido funcionar la realidad de la contratación del préstamo hipotecario.

En la valoración de todas las circunstancias concurrentes al momento de la celebración del contrato, en el control de transparencia exigible al predisponente, el TS se ha fijado *en la experiencia o conocimientos del consumidor*, mostrándose estricto. Al TS *no le basta*, para considerar no infringida la transparencia y entender que el consumidor conoció adecuadamente la cláusula suelo, que este último tenga *cierta formación*. No le basta que el marido de la demandante fuera Licenciado en Derecho, con título homologado en España, y trabaje asesorando a empresas que quieran establecerse en Méjico –por ello, *no se le supone un conocimiento experto en contratos bancarios*–; pues, al consumidor «[n]o le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, una ocupación intensiva en el examen del condicionado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato» (cursiva mía; STS, 1.ª, P, 08.06.2017, FD 6.º 17 y 18)<sup>339</sup>. Para el TS, *tampoco* la consumidora es *experta*, en el tipo de contrato celebrado, por ser empleada de banca, dado que opera en actividades ajenas al préstamo hipotecario y la enti-

<sup>335</sup> *Supra* [38].

<sup>336</sup> Más explicaciones sobre dicho periodo *supra* [24].

<sup>337</sup> *Supra* [37]-[38]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, P, 09.03.2017, *supra* nota 201.

<sup>338</sup> *Supra* [49]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, 01.12.2017, *supra* nota 228.

<sup>339</sup> *Supra* [43]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, P, 08.06.2017, *supra* nota 211.

dad para la que trabajaba no incluía cláusulas suelo en sus préstamos hipotecarios (STS, 1.ª, 24.11.2017)<sup>340</sup>.

El TS también ha prestado atención a la actuación del notario que, cumpliendo con la oportuna normativa aplicable –lo que al nivel normativo de Orden Ministerial ha de tenerse en cuenta–, ha de informar al consumidor, ha de advertirle, entre otros extremos, sobre la existencia de la cláusula suelo<sup>341</sup>. ¿Cómo índice la actuación del notario en la exigencia de transparencia al predisponente?

<sup>340</sup> *Supra* [46]; para los HECHOS de la STS, 1.ª, 24.11.2017, *supra* nota 223.

<sup>341</sup> Dado que los préstamos hipotecarios pueden llegar a tener una larga duración (por ejemplo, hasta los treinta años), los Tribunales han de considerar distintas normas de diferente rango normativo. Lo mismo le sucede a los autores, en su tarea de análisis y sistematización del ordenamiento. En el periodo temporal acotado para la jurisprudencia del TS (*supra* [24]), por la fecha de celebración del préstamo hipotecario, la OM 05.05.1994 es la aplicable, orden derogada por la vigente Orden EHA/2899/2011 (sobre ambas OOMM, *supra* notas 174 y 175). Además de otras indicaciones sobre la función de información y advertencia del notario en relación con el préstamo hipotecario (aparte del art. 6 Ley 1/2013, ya transcrito *supra* nota 254), interesa (con carácter amplio):

a) *En la derogada OM 05.05.1994*: Artículo 6: «Cláusulas financieras del contrato [negrita en el original]./ 1. Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas./ Excepcionalmente, en el caso de contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden que, por su naturaleza especial, no puedan adecuarse íntegramente al modelo de cláusulas financieras establecidas en el citado anexo II, podrán las entidades de crédito someter a la verificación previa de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera los correspondientes modelos de contrato, justificando adecuadamente las circunstancias que impiden acomodarse a las cláusulas del citado anexo. Transcurridos dos meses sin que recaiga resolución expresa, se entenderá verificado favorablemente el modelo./ 2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades./ b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo./ 3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias: 1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden./ 2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden»; Artículo 7: «Acto de otorgamiento [negrita en el original]./ 1. En materia de elección de Notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial y demás disposiciones aplicables./ 2. El prestatario tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El prestatario podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría./ 3. En cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario: 1. Comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación./ 2. En el caso de préstamo a tipo de interés

variable, advertir expresamente al prestatario cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: / a) Que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de esta Orden. / b) Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores. / c) Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el Notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes. / 3. En el caso de préstamos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que, calculado conforme a las reglas establecidas por el Banco de España, se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo. / 4. En el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer por el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo, o que dichas facultades del prestatario se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al prestatario. / 5. En el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio. / 6. Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el prestatario comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras» (cursiva mía).

En la breve e interesante EM de la OM 05.05.1994 se lee: «[...] la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario. / A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas. [...]».

b) En la vigente Orden EHA/2899/2011: Artículo 29: «Documentación contractual. / Los documentos contractuales y las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras cuyo contenido mínimo se ajustará a la información personalizada prevista en la Ficha de Información Personalizada. Las demás cláusulas de tales documentos contractuales no podrán, en perjuicio del cliente, desvirtuar el contenido de aquellas. / En particular, con las peculiaridades previstas en los siguientes apartados, se fijará el tipo de interés aplicable, así como la obligación de notificar al cliente las variaciones experimentadas en ese tipo de interés» (cursiva mía, salvo la de la leyenda del artículo); artículo 30: «Acto de otorgamiento. / 1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables. / 2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría. / 3. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en esta orden y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá: / a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia. / b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: / 1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea

El TS ha hecho diversas afirmaciones. En concreto, en la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014*, se afirma que la *comprensibilidad real* ha de inferirse *del desarrollo* de la reglamentación predispuesta y «la lectura de la escritura pública y [...] el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario [tarea del notario], *no suplen, por ellos solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este deber especial de transparencia*» del predisponente (FD 2.º 9)<sup>342</sup>. En la *STS, 1.ª, P, 24.03.2015*, se recuerda qué ha de hacer el notario según los artículos 84 TRLGDCU<sup>343</sup>, 7.3.2.c) *OM 05.05.1994*<sup>344</sup>, y se destaca que su intervención se produce «al

---

*uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27./ 2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores./ 3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre: / i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia./ ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés./ c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo./ d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria./ e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio./ f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras./ g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente./ h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención./ 4. La decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o la inscripción de alguna de sus cláusulas deberá efectuarse mediante escrito motivado, ordenado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los plazos y forma previstos para el recurso de alzada» (cursiva mía, salvo la de la leyenda del artículo).*

<sup>342</sup> *Supra* [27]; para la opinión de ORDUÑA MORENO sobre la función preventiva de los notarios, e indicación de la importancia y significado de la *STS, 1.ª, P, 08.09.2014* para la función notarial, *supra* 186.

<sup>343</sup> Artículo 84 TRLGDCU: «*Autorización e inscripción de cláusulas declaradas abusivas* [cursiva del original]./ Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Cfr. con el artículo 84 TRLGDCU del *PLCCI*, *supra* nota 255.

<sup>344</sup> Transcrito *supra* nota 341 a) en cursiva.



final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada» (FD 5.º 3)<sup>345</sup>. En la STS, 1.ª, P, 09.03.2017 se indicó, para el préstamo hipotecario y la acción individual, que «puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia» (FD 2.º 5)<sup>346</sup>. Y en la STS, 1.ª, 08.06.2017, tras recordar su declaración sobre el notario de su anterior S, 1.ª, P, 09.03.2017, que he acabado de reproducir, el TS afirma (matiza, apostilla) que ello «no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. [...] cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual» (cursiva mía; FD 6.º 23). La consideración jurisprudencial de que la intervención del notario *no excluye* la necesaria y suficiente información precontractual por parte del predisponente (transparencia) se reitera en las STS, 1.ª, 07.11.2017, STS, 1.ª, 16.11.2017 y STS, 1.ª, 24.11.2017 para la cláusula suelo (y para el «préstamo multimonedado con garantía hipotecario», en la STS, 1.ª, P, 15.11.2017)<sup>347</sup>. Vázquez Muiña considera que «[l]a labor informativa de los fedatarios públicos, y más concretamente de los notarios, es un mero complemento que no sustituye en ningún caso la obligación de suministrar la información precontractual adecuada que recae en las entidades financieras»<sup>348</sup>.

<sup>345</sup> *Supra* [30].

<sup>346</sup> *Supra* [38]. AGÜERO ORTIZ apunta que en esta STS, 1.ª, P, 09.03.2017, el TS reconoce «ahora la capacidad del notario de suplir el incumplimiento del deber de transparencia que sólo a la entidad prestamista competía, en contra del criterio adoptado de antiguo» (*supra* nota 207). Por su parte, ORDUÑA MORENO, para la anterior STS, 1.ª, P, 08.09.2014, indica que en dicha STS se precisa «que el desarrollo meramente formal de dicho control, referido a la lectura e información del contenido de la escritura pública, *sin protocolo o actuación específica respecto de un examen de fondo de la eventual abusividad que pueda presentar la reglamentación predispuesta*, no sufre por ella sola, el cumplimiento del especial deber de transparencia que incumple [*sic*; incumbe] al predisponente en este modo de contratar» (cursiva mía; *supra* nota 186).

<sup>347</sup> *Supra* nota 220 a).

<sup>348</sup> *Supra* nota 220 b), con mayor detalle sobre su opinión.

Dado lo anteriormente descrito, es oportuno recordar las atribuciones que, para el notario, se pretenden en el artículo 13.5 *PLCCI*: las de asesorar al prestamista y controlar su comprensibilidad real, lo que aquél plasmará en un acta cuyo contenido se presume «veraz e íntegro» y que hace «prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material»<sup>349</sup>. De aprobarse la norma, se estaría ante un *importante cambio normativo*, que apuntaría a la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*. Según la EM del *PLCCI*, con ello se constituye una prueba que beneficia *al prestamista*, en cuanto que ha cumplido con sus obligaciones de entregar la documentación en plazo, y *al prestatario*, quien podrá ejercitar su derecho (lo que supone que existe un deber) de conocer las consecuencias de a lo que se obliga. Puede discutirse que esos beneficios para prestamista y prestatario se encuentren en un mismo nivel (por cuanto que pudiera ser más favorable al prestamista)<sup>350</sup>.

*Séptimo:* La información, que el predisponente ha de suministrar al consumidor para cumplir con la transparencia, opera en diversos supuestos de hecho; en concreto, *cuando* el préstamo hipotecario es «concedido directamente al consumidor», *cuando* el consumidor se subroga en el «préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda», y *cuando* nova el préstamo hipotecario con el predisponente (*STS, 1.ª, 24.11.2017*<sup>351</sup>; para la novación, también *STS, 1.ª, 01.12.2017*<sup>352</sup>).

<sup>349</sup> *Supra* [59]; v. también *supra* [58].

<sup>350</sup> V. las consideraciones críticas de FERNÁNDEZ SEIJÓ, *supra* nota 253, para el entonces *Anteproyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*. Resulta conveniente recordar las preguntas y consideración de CORDERO LOBATO a propósito del control de transparencia de la *STS, 1.ª, P, 09.05.2013*: «pero ¿cómo puede verificarse que el consumidor ha comprendido lo que consiente? ¿De verdad el consumidor estará “más informado” de la trascendencia económica del contrato si es informado por la entidad del carácter de “elemento definitorio del objeto principal del contrato” que tiene la cláusula suelo? [...] ¿cómo llegará la entidad a verificar esa actitud psicológica del consumidor para comprender lo que se le explica? [...] la entidad deberá procurarse pruebas que acrediten que informo hasta el aburrimiento al consumidor [...]» [transcrito *supra* en nota 183 a)].

<sup>351</sup> *Supra* [47]; en la citada *STS, 1.ª, 24.11.2017* se lee, entre otros extremos y como se vio, que «el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, [...]». En lo anterior se refleja la idea de que el predisponente no puede descargar el cumplimiento de su exigencia de transparencia en un tercero (aunque este de algún modo le sea cercano), idea también presente en relación con la intervención del *notario* en el préstamo hipotecario y la exigencia de transparencia al predisponente (v. en este mismo [61] la anterior conclusión en *Sexto*).

<sup>352</sup> *Supra* [48].

*Octavo:* La no aplicación (temporal) de la cláusula suelo no transparente –pues el interés variable acordado estuvo por encima del interés mínimo establecido– no convierte a aquélla en cláusula transparente. El predisponente debe informar –información precontractual– de la cláusula suelo y de su incidencia en el precio del contrato, con claridad y con un tratamiento principal. (STS, 1.ª, 01.12.2017<sup>353</sup>).

*Noveno:* Con frecuencia, el TS advierte que se encuentra en el marco del control de transparencia y por tanto, fuera del ámbito del error vicio (art. 1266 CC). Ahora bien, en sus razonamientos sobre la exigencia de transparencia en los elementos esenciales (objeto principal) del contrato se percibe la *cercanía argumentativa* con la figura del error (art. 1266 CC) y también con la del dolo omisivo (art. 1279 CC)<sup>354</sup>. Conviene recordar que algunos autores admiten la aplicación del error (Cordero Lobato<sup>355</sup>, Pertíñez Vilchez<sup>356</sup>), o la del dolo incidental (Alfaro Águila-Real<sup>357</sup>, Pantaleón Prieto<sup>358</sup>), o consideran que el problema podría resolverse con los vicios de la voluntad (González Pacanowska<sup>359</sup>). También conviene recordar que otros autores han apuntado que el TS ha ido acercando el control de transparencia al error vicio (Agüero Ortiz<sup>360</sup>, Cámara Lapuente<sup>361</sup>).

Si bien depende de la concreta sentencia analizada, en la que puede encontrarse bien uno u/y otro término, o locución, *expresándome globalmente*, en las SSTS puede encontrarse razonamientos como: *que* la cláusula suelo frustra las expectativas del consumidor; *que* la expectativa del consumidor se frustra en parte, en cuanto a la bajada de los tipos de interés por debajo del suelo; *que* la cláusula suelo fue incluida de forma sorpresivo (oculta); *que* hay una alteración subrepticia del precio del préstamo, sobre el que el prestatario dio su consentimiento a partir de

<sup>353</sup> *Supra* [48].

<sup>354</sup> E incluso un recurrente ha apuntado la *concomitancia* entre el control de transparencia y el error vicio [STS, 1.ª, P, 24.03.2015 [*supra* [30] y b)]. En cambio, en otra ocasión, otro recurrente marca la *diferencia* entre aquel control y el error, pues alega que la Audiencia Provincial hizo «un análisis de la cualificación profesional o perfil de la Sra. Evangelina propio de las acciones en las que se insta la anulabilidad del contrato por la existencia de un error vicio en el consentimiento, acción que ninguna relación guarda con la ejercitada en las presentes actuaciones» (STS, 1.ª, 24.11.2017, *supra* nota 223).

<sup>355</sup> *Supra* nota 183 a).

<sup>356</sup> *Supra* nota 222 a).

<sup>357</sup> *Supra* [19].

<sup>358</sup> *Supra* [20].

<sup>359</sup> «[C]omo se apunta por algunos autores», si bien la autora es partidaria de llevar a cabo el control de los elementos esenciales (objeto principal) del contrato en el control de inclusión; *supra* [18].

<sup>360</sup> *Supra* notas 203, 205, y 208 a), a propósito de la STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (*supra* [37] y [38]).

<sup>361</sup> *Supra* 208 b), a propósito de la STS, 1.ª, P, 09.03.2017 (*supra* [37] y [38]).

la información suministrada por el prestamista; *que* el defecto de transparencia provoca una alteración subrepticia del equilibrio subjetivo de precio y prestación, esto es, cómo se lo pudo representar el consumidor atendiendo a las circunstancias concurrentes en la contratación; *que* la autonomía de la voluntad rige en los contratos de adhesión con consumidores y para el precio y la contraprestación, lo cual implica la plena capacidad de elección del consumidor sobre las ofertas existentes en el mercado y para ello dicho consumidor precisa tener un conocimiento cabal y completo del precio y su contraprestación antes de celebrar el contrato; *que*, si por un defecto de transparencia, el consumidor no pudo, antes de celebrar el contrato, conocer y valorar la cláusula suelo, falta la base para excluir el control de contenido, que es la existencia de consentimiento; *que* la falta de transparencia de la cláusula suelo priva al consumidor de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supone obtener la prestación según contrate con una u otra entidad financiera, o contrate una u otra modalidad de préstamo de entre los varios ofertados; *que* la oferta no completada con una información adecuada se revela engañosa; *que* la cláusula suelo se encuentra enmascarada entre abundantes informaciones (tratamiento secundario, marginal) no permitiendo al consumidor hacerse una idea cabal de su significado y trascendencia en la economía del contrato (la cláusula suelo no afecta directamente a las inmediatas preocupaciones del prestatario); *que* se exige un plus de información al consumidor, para con las condiciones generales sobre los elementos esenciales del contrato, para que aquel pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica del contrato, sin precisar de un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. *Incluso*, en la STS, 1.ª, P, 23.12.2015, el TS apunta que «la cláusula suelo [no transparente] *puede inducir a error* al cliente sobre un *aspecto fundamental* del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable “puro” con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente» [cursiva mía; FD 4.º b) 4]<sup>362</sup>. *Finalmente*, en la STS, 1.ª, P, 08.06.2017, el TS indica que *no puede confundirse* la evaluación de la transparencia con el enjuiciamiento del error. El control de transparencia y el error *difieren* en sus *requisitos* –en el *primero* se hace un control más

<sup>362</sup> *Supra* [35].

objetivo de la cláusula suelo y del proceso de contratación; en el *segundo* son fundamentales las circunstancias personales de los contratantes para determinar la existencia del error y de su excusabilidad— y en sus *efectos* —con el *primero*, la cláusula es nula, subsiste el contrato, y el predisponente restituye lo recibido por la cláusula abusiva; con el *segundo*, todo el contrato se anula y las partes han de restituirse recíprocamente lo percibido en virtud del contrato—<sup>363</sup>.

Siendo así las cosas, en mi opinión, sí puede considerarse que la cláusula suelo (objeto principal del contrato) *no transparente* podría encajar en el error. Algo que, como antes apunté, admite por ejemplo Pertíñez Vílchez<sup>364</sup>. Entiendo *que* el no conocimiento —la no comprensión real— de dicha cláusula al celebrar el préstamo hipotecario, pudo haber determinado al consumidor a su perfección, *que* dicho error puede considerarse esencial —en cuanto que el consumidor tuvo una falsa representación del contenido, de la naturaleza del préstamo hipotecario, y de la distribución de los riesgos, incidiendo ello en su valoración sobre el coste de aquél— y *que* puede llegar a ser un error excusable —pues antes de la celebración del préstamo hipotecario, el prestamista no informó adecuadamente y con suficiente antelación de un elemento que define el objeto principal del contrato, información que había de suministrar al consumidor—. Ciertamente, lo anterior recuerda a la doctrina jurisprudencial que admite la impugnación por error de contratos de *swap* y otros contratos financieros complejos, y así lo ha apuntado Cámara Lapuente a propósito de la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*<sup>365</sup>. Como expuse y desde el acercamiento contrario,

<sup>363</sup> *Supra* [45].

<sup>364</sup> Así lo indica en 2017, destacando la distinta perspectiva de valoración del control de transparencia (en la conducta del predisponente) y del error (en la persona que lo sufre) [*supra* nota 222 a) párrafo I]. En cambio, en 2004, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ apuntaba, entre otras consideraciones, que «[e]l error sobre el contenido de las condiciones generales relativas al precio y al objeto del contrato es inexcusable, porque si han recibido cumplimiento los requisitos de incorporación del artículo 5 [...] LCGC [...], el cliente habrá contado con una posibilidad de conocer su contenido. Por lo tanto, al predisponente para evitar el error le basta con el cumplimiento de las condiciones de cognoscibilidad» (texto transcrito *supra* nota 222 a) párrafo II).

<sup>365</sup> CÁMARA LAPUENTE: «[...] en las citadas conclusiones [a propósito de la *STS, 1.ª, P, 09.03.2017*] obra el peso o inercia de las numerosísimas sentencias del Tribunal Supremo que en los últimos años han reformulado el criterio de la excusabilidad en el error viciado, de manera que se ha facilitado la anulabilidad del contrato cuando la entidad financiera no cumplió todos sus derechos informativos con el cliente bancario que no fuese inversor profesional; radicar en el incumplimiento de las exigencias de información precontractual una parte importante del examen del consentimiento viciado, hace que este examen pueda hermanarse con cierta facilidad con el control de transparencia que, [...], tiene una premisa similar, y más aún cuando lo que está en análisis es el consentimiento relativo a los elementos esenciales de un contrato de adhesión por parte de un consumidor. Este es el punto de intersección (deberes informativos más auténtico consentimiento) donde confluyen ambos expedientes y donde es preciso profundizar para determinar si el

la *PTGPS* extiende el control de transparencia al cliente minorista de productos y servicios financieros en el mercado de valores (nuevo art. 224 *bis* TRLMV) y en su EM VI se precisa que dicho artículo 224 *bis* TRLMV «resulta compatible con el ejercicio de la acción de anulabilidad por error vicio en el consentimiento prestado que, en su caso, quiera ejercitar el cliente minorista»<sup>366</sup>. En mi opinión, la abusividad *por falta de transparencia* de la cláusula suelo y el error son instrumentos a los cuales el consumidor puede acudir en defensa de sus intereses (*en su zona de intersección*). Ahora bien, es cierto que el control de transparencia ofrece mayores y mejores ventajas jurídicas al consumidor, que las del error, en lo analizado<sup>367</sup>. Al respecto destaca, que, en el control de transparencia, si existe previa sentencia estimatoria de una acción colectiva de cesación, el consumidor, en su posterior ejercicio de la acción individual, puede beneficiarse de ella sin perjuicio de las excepciones que el TS señala (*supra Quinto*). Asimismo, el control de transparencia, según la construcción del TS (*STS, 1.ª P, 08.06.2017*), supone «un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación», haciéndose el enfoque desde la perspectiva del predisponente, mientras que en el error, «las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales»<sup>368</sup>, y, en el conjunto de las analizadas SSTS sobre la cláusula suelo, subyace la mayor facilidad de la prueba sobre la falta de transparencia (criterios más estandarizados; *supra Tercero y Sexto*), comparando con el enjuiciamiento del error del con-

control de transparencia en España [...], que es un control genuino de los contratos de adhesión en masa (TR-LGDCU, Directivas), debe coincidir con la evaluación de los vicios del consentimiento, que es un instrumento propio de los contratos negociados (Código civil)» (p. 1743). CÁMARA LAPUENTE no está de acuerdo con esa confluencia, reafirmando en su tesis de que el control de transparencia se encuentra en el control de inclusión: «[...] a mi juicio la respuesta debería ser negativa, el control de transparencia debería ser siendo objetivo y el cauce más idóneo para darle curso sería el existente control de incorporación, no el error vicio (ni tampoco el dolo incidental, igualmente basado en la evaluación del consentimiento, como recientemente proponen algunos autores [en nota 50 a pie de página menciona a Pantaleón Prieto y a Alfaro Águila-Real]» (p. 1743). Todas las citas de *Boletín del Colegio de Registradores de España* (2017). Para la tesis de CÁMARA LAPUENTE *supra* [17].

<sup>366</sup> *Supra* [55]. Y v. además nota 249, para la solución alternativa que propone ORDUÑA MORENO.

<sup>367</sup> No se olvide, además, la evidente ventaja de la apreciación de oficio por el juez de la abusividad de la condición general, cuando el juez cuente con los oportunos elementos de hecho y de derecho, a lo que el consumidor puede oponerse (trámite de audiencia), apreciación de oficio que en reiteradas ocasiones ha señalado el TJ. Cfr. artículo 83 TRLGDCU; y también cfr. artículo 90.2 *bis* *PTGPS* en «Cláusulas abusivas. Control de transparencia», *supra* [53] en caja más pequeña y nota 241, y en «Cláusulas abusivas. Control de contenido», artículo 83.2 *PTGPS*: «Dicho control [de contenido], aplicable de oficio por jueces y tribunales [...]». V. DOMÍNGUEZ ROMERO (2018) pp. 197-231. V. MIRANDA SERRANO, *InDret* (2018) p. 40.

<sup>368</sup> *Supra* [45], y nota 222 a) para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ.

sumidor<sup>369</sup>. Además, se apunta como desventaja del error, que este lleva a la anulabilidad total del contrato, algo no beneficioso para el consumidor en un préstamo hipotecario por el total e inmediato efecto restitutorio que aquella anulabilidad conlleva, mientras que el control de transparencia supone la nulidad de la cláusula suelo (Pertíñez Vílchez, Vázquez Muíña<sup>370</sup>). Pero, la elección de cómo encajar jurídicamente la defensa de su interés es algo que corresponde decidir al consumidor. Conviene advertir que, aunque el TS no admita la anulabilidad parcial del contrato por vicio del consentimiento<sup>371</sup>, algunos autores lo admiten bajo ciertos presupuestos<sup>372</sup>.

<sup>369</sup> Traté del error en la jurisprudencia del TS y en la doctrina de los autores en *ADC* (2016) [204]-[223] pp. 641-678.

<sup>370</sup> *Supra* nota 222 a) para PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, y nota 222 b) para VÁZQUEZ MUIÑA.

<sup>371</sup> JUAN GÓMEZ, *Actualidad Civil* (2017), pp. 6-7 (v. desde p. 4); el autor no es partidario de la anulabilidad parcial, teniendo presente el carácter esencial del error.

<sup>372</sup> Por ejemplo, y en relación con casos presentes en los Tribunales en los últimos años:

a) Para el préstamo hipotecario en divisas, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ plantea «si es posible decretar solo la anulación parcial del contrato por vicio que afecte únicamente a la cláusula de fijación en una divisa del capital y de las obligaciones del prestatario y deje el resto del préstamo vigente como un préstamo hipotecario denominado en euros desde el primer momento, lo que conllevaría un recálculo del préstamo y la compensación con parte del capital pendiente de amortización de los excesos que hubieren sido pagados por el prestatario hasta la declaración de nulidad. En principio, cabría suponer que la nulidad parcial de un contrato es incompatible con la concurrencia de un error vicio, dada la exigencia de que el error sea esencial, esto es, que recaiga sobre el objeto y además sea de tal magnitud que el contrato no hubiera sido celebrado de haberse conocido el error. Sin embargo, que el error sea esencial, en los términos del artículo 1266 del Código Civil, no quiere decir necesariamente que el contrato no pueda subsistir sin la parte afectada por el error por quedar sin alguno de sus elementos esenciales (artículo 1261 del Código Civil), pues el error puede no afectar a todo su objeto, sino solo a una parte del mismo, sin dejar por ello de ser esencial./ Es lo que ocurre en el caso de la hipoteca concertada en una divisa extranjera que podría subsistir como un préstamo en el que el capital y las obligaciones del prestatario estén estipuladas en euros [...]. Además, cuando el préstamo hipotecario contiene la opción “multidivisa”, en las propias condiciones del préstamo se dispondrá cuál es el tipo de interés nominal aplicable para el caso de que el préstamo quede fijado en euros. [...]» (p. 1222); «[l]a cuestión [...] resulta compleja y no puede quedar zanjada definitivamente a favor de la nulidad total, puesto que podría esgrimirse a favor de la nulidad parcial del préstamo, reconvertido desde su inicio en euros, sobre todo en los casos en los que el prestatario sea un consumidor y el vicio del consentimiento sea imputable a una deficiente información de la entidad financiera, que la nulidad parcial coactiva, al margen de la voluntad hipotética de las partes en el mantenimiento del contrato con la parte que queda en pie y al margen de la ponderación del equilibrio de las prestaciones resultante [*sic*; resultantes] del contrato subsistente, es la consecuencia jurídica que mejor se adecua a la protección del consumidor. En este sentido, en relación a la nulidad de las cláusulas abusivas, en la nueva redacción del artículo 83 TR-LGDCU dada por la Ley 3/2014 [...] ha desaparecido como supuesto de nulidad total del contrato el de que las cláusulas subsistentes determinen una posición no equitativa de las partes, [...]. Por eso, análogamente, se podría sostener que cuando el vicio del consentimiento sea imputable a la entidad financiera por falta de información y el prestatario fuese un consumidor la consecuencia habría de ser la subsistencia del contrato sin la parte afectada por la nulidad, esto es, en el caso concreto de los préstamos hipotecarios concertados en divisas, como préstamo reconvertido desde el inicio a euros./ La posición a favor de la nulidad parcial como solución que mejor protege al consumidor ha sido refrendada por la doctrina del TJUE en las STJUE [...]. Esta doctrina comunitaria, si

Se está ante una vieja cuestión. En 1999, cuando no existía el independiente control de transparencia, Pagador López señalaba que «nada impide que quien emite una declaración de voluntad

bien formulada para el caso de la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas, podría trasladarse a otros supuestos de ineficacia, como el error vicio, cuando el afectado fuese un consumidor y el error resultara imputable al empresario o profesional por incumplimiento de sus deberes de información [...]» (p. 1224; pero v. pp. 1221-1224; todas las citas de RCDI (2017)).

b) Para la cláusula de cancelación anticipada de un *swap*, que generaba al cliente un coste desproporcionado, dadas las circunstancias del caso, MARTÍNEZ ESCRIBANO apunta: «Nuestro ordenamiento positivo admite la anulación del contrato en base a una cláusula si el error es esencial, aunque no se refiere expresamente a la posibilidad de anular una concreta cláusula con base en el error. A pesar de ello, indica PARRA LUCÁN [...] que la jurisprudencia admite su existencia y la doctrina considera que no es una modalidad de invalidez distinta de la nulidad o de la anulabilidad, sino que la limitación de la ineficacia a una cláusula o parte del contrato es compatible tanto con la nulidad como con la anulabilidad, puesto que la parte inválida puede ser nula o anulable. Y añade que el anteproyecto de Código europeo de Contratos, en su artículo 146.3 expresamente recoge este planteamiento, al disponer que el régimen de la anulabilidad es aplicable cuando la causa de anulabilidad afecte a una sola cláusula del contrato o a la obligación de una de las partes de un contrato plurilateral, “siempre que una u otra gocen de una consistencia y validez jurídicas autónomas en relación con el contrato en su conjunto”. En caso contrario, si la parte el contrato anulable no goza de esta autonomía habrá que entender, continúa el precepto, que no es posible la nulidad sólo de la cláusula o de la obligación, sino que la nulidad se propagaría a todo el contrato./ En el caso concreto, el *swap* podría subsistir sin la cláusula de coste de cancelación, y de hecho los dos primeros *swaps* contratados no conllevaron un coste por cancelar anticipadamente el *swap*. Si el TS entiende que no hubo error en la contratación porque el *swap* fue querido en sí mismo, y que el problema de la cláusula relativa al coste de cancelación plantea el problema de que puede privar de facto al cliente de la posibilidad de cancelar anticipadamente el *swap* cuando por la evolución de los mercados, este producto financiero resulta contrario a sus intereses, no parece que hubiera existido óbice para mantener el contrato invalidando únicamente la cláusula sobre la que concurrió el error vicio. De este modo, se conservaría la validez del contrato, de acuerdo con los principios que deben inspirar esta materia, sin los efectos negativos de un elevado coste de cancelación que impidiera en la práctica poner fin al contrato de forma anticipada» [CCJC (2016) ap. 2.2).

c) Para un *leasing* y *swap* (cláusula sobre su coste de cancelación), NAVAS NAVARRO, con apoyo en Martínez Escribano [anterior letra b]): «Obviamente, las demandas se plantean cuando las liquidaciones arrojan saldo negativo; mientras que cuando son positivas, el cliente minorista contratante del *swap* no ve error alguno. Es, entonces, como en el caso presente, y tanto otros, cuando se interesa por su cancelación y es, solo entonces, cuando se da cuenta cabal del coste de la misma. Si el error vicio recae exclusivamente sobre el acuerdo relativo a la cancelación, cabe plantearse si se está ante un acuerdo accesorio o ante un elemento esencial determinante de la voluntad de contratar el *swap*. La argumentación de los bancos discurre por el primer cauce, la de los clientes, innecesario indicarlo, por el segundo. La jurisprudencia suele entender que se trata de un elemento esencial que incide en el resultado económico del contrato y, por supuesto, cabe declarar la nulidad de todo el contrato de *swap* por vicio del consentimiento [...]. En mi opinión, es cuestionable este planteamiento en la medida que se entienda que el elemento esencial lo representan las liquidaciones dinerarias respectivas siendo un elemento accesorio la cláusula de cancelación que no daría lugar a la anulación del contrato por vicio del consentimiento; [...]./ Sea lo que fuere, no existe inconveniente dogmático para declarar la nulidad de una cláusula de un contrato, dándose los requisitos, por concurrir error vicio en relación con ella, sin que sea preciso declarar la nulidad de todo el contrato siempre que éste pueda subsistir sin aquélla (C. Martínez Escribano [...]). En el supuesto que me ocupa, como en otros similares, es dudoso que el contrato de *swap* pudiera subsistir declarando tan solo nula la cláusula relativa a la cancelación anticipada del mismo. De hecho, éste es uno de los pactos más importantes del contrato» [CCJC (2017) ap. I].



enderezada a la celebración de un contrato mediante condiciones generales o cláusulas predispuestas y padece, al hacerlo, un vicio del consentimiento, impugne su declaración de voluntad y, por tanto, el contrato nacido con ella, conforme a los artículos 1262 [sic] y siguientes y 1300 y siguientes del Código Civil»<sup>373</sup>.

Consideraba «que, *excepcionalmente*, [...], pueda[e] prosperar la impugnación del cliente basada en la existencia de error jurídicamente relevante en cuanto al contenido regulador de una o varias cláusulas predispuestas, *aun habiendo recibido cumplimiento los requisitos de inclusión de los artículos 5 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*; nos referimos [Pagador López] al caso de cláusulas predispuestas que, por razón de su contenido de regulación material, puedan considerarse, por así decir, especialmente relevantes, desde el punto de vista del consentimiento del cliente, es decir, cláusulas que, pese a hallarse predispuestas, regulan extremos atinentes a los elementos esenciales del contrato, respecto de los cuales el cliente se ha forjado expectativas legítimas y razonables que ha coadyuvado a forjar su decisión de contratar. Son [...] cláusulas que afectan, alteran o modifican aquellos aspectos de la relación comercial directamente relacionados con las prestaciones fundamentales y, por tanto, con la naturaleza del contrato celebrado o que han sido objeto de negociación especial entre las partes o, simplemente, respecto de los cuales ambos contratantes pueden formarse una determinada representación mental y confiar en que no sean alterados, sin más, mediante la introducción de una simple cláusula predispuesta. Cuando se dan estas circunstancias [...], el error (ignorancia) acerca de la existencia de una de esas cláusulas *si reunirá la nota de esencialidad*, porque [...] son cláusulas que afectan a aspectos o elementos de la relación comercial sobre los que se forja la decisión de contratar; además, se tratará de un error *excusable* aun cuando hayan sido cumplidos los requisitos de inclusión, porque, por razón del contenido regulador de estas cláusulas, nadie está obligado a contar con su existencia dentro de un clausulado contractual predispuesto y, por tanto, a nadie le es reprochable el no haberlas conocido efectivamente, aunque haya podido hacerlo. [...], las cláusulas a las que nos venimos refiriendo son las que en el ordenamiento alemán (§ 3 AGB-G) se denominan *sorprendentes*; no es extraño, por ello, que la doctrina alemana haya advertido reiteradamente lo innecesario e inconveniente de instar la ineficacia de este tipo de cláusulas sobre la base del § 119 BGB, por cuanto ese mismo resultado puede ser obtenido de forma más sencilla y segura sobre la base de los §§ 3 y 6 AGB-G. Sucede [...] que en nuestro Derecho positivo se omitió deliberadamente la formulación de la regla de las cláusulas sor-

<sup>373</sup> PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) p. 4; el texto continúa: «[d]istinto es que ese mismo resultado puede ser obtenido *más fácilmente* mediante la aplicación de los distintos mecanismos de control establecidos por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (cursiva del original; p. 4).

prendentes, y, aun cuando en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es posible encontrar algunos materiales normativos dispersos que permiten *reconstruir* esta regla al menos con relación a los contratos en que tome parte una adherente-consumidor o usuario, no queda más remedio que afirmar que, en principio, la vigente disciplina jurídica especial de los contratos celebrados mediante condiciones generales no impide la eficacia de las cláusulas que, en los términos descritos, pueden reputarse *sorprendentes*. De ahí que a nuestro juicio [Pagador López] admitir la posibilidad de impugnación por error por parte del cliente con relación a este tipo de cláusulas no sea en nuestro ordenamiento *cuestión baladí*, y de ahí que, admitida tal posibilidad, se plantee de inmediato el problema de la determinación de las consecuencias negociales de una eventual impugnación exitosa o de una o varias cláusulas predisuestas por parte del cliente» (cursiva del original)<sup>374</sup>.

Y para ese *error esencial y parcial* del consumidor, Pagador López señala, bajo el presupuesto de la impugnación contractual por aquél, la consecuencia de la *anulabilidad parcial coactiva* del contrato, no admitiendo la anulabilidad total del contrato. Lo razona y construye como sigue. Según Pagador López, en «nuestro Código Civil [...] no se prevé expresamente la posibilidad de que el vicio no afecte a toda la declaración, sino sólo a una parte de ella y [...] nada se prevé para cuando tal sea el caso. No obstante [...] la mejor doctrina civilista admite que el error, sin dejar, por ello, de ser esencial, afecte sólo a una parte de la declaración. Lo que no está claro es cuáles habrán de ser las consecuencias jurídicas de la presencia de un *error esencial, pero parcial*» (cursiva del original)<sup>375</sup>. «A nuestro juicio [Pagador López], [...] los perjuicios derivados del error quedan perfectamente subsanados mediante el recurso a la técnica de la nulidad o anulabilidad parcial del contrato: la declaración de ineficacia de la cláusula o cláusulas sobre las que se produjo el error permitirá que desaparezca la discrepancia entre lo querido y lo declarado (si se considera que hubo error obstativo) o que prevalezca la voluntad que se formó y declaró como si tales cláusulas no existiesen (si se considera que hay error-vice). En consecuencia, no es admisible entonces que trate de desvincularse del contrato quien desde el principio quiso celebrarlo en esas condiciones. Por otra parte, puesto que el responsable del error es el predisponente, la regla aplicable al efecto de decidir si subsiste o no el contrato será la de la nulidad parcial coactiva de los artículos 9 y 10 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación o 10 bis 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y no, [...] la que resulte de la voluntad presunta de las partes. Será [...] irrelevante que se sepa que el predisponente no habría celebrado

<sup>374</sup> PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) pp. 5-6. Sobre la no regulación de las cláusulas sorprendentes, *supra* [22] y notas 152 y 151. Como expuse, reconducen la solución de las cláusulas suelo no transparentes a las cláusulas sorprendentes, AGÜERO ORTIZ (*supra* [21] y v. nota 150) y MIRANDA SERRANO (*supra* [22]).

<sup>375</sup> PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) pp. 6-7.

el contrato sin las cláusulas impugnadas y declaradas ineficaces porque es él el responsable de su introducción subrepticia dentro del clausulado predispuesto»<sup>376</sup>.

*Décimo.* Tras todo lo expuesto en el trabajo sobre el *status quo* y grado de madurez alcanzado por nuestro ordenamiento jurídico, me parece evidentemente necesario que, en relación con el adherente-consumidor, el legislador adopte una *expresa decisión sobre* el artículo 4.2 Dir 93/13/CEE, *sobre* el control de transparencia, y *sobre* las cláusulas sorprendentes en el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y otras leyes complementarias* (una nueva reforma puntual de los arts. 80 y ss. TRLGDCU). La seguridad jurídica ganaría (art. 9.3 CE).

## SENTENCIAS

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Fecha	Partes	Referencia
03.06.2010	Caja de Ahorros y Monte de Piedad/AUSBANC	C-484/2008; El Derecho, EDJ 2010/78261
21.03.2013	RWE Vertrieb AG/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen Ev	C-92/2011; El Derecho, EDJ 2013/26923
30.04.2014	Kásler y Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt	C-26/2013; El Derecho, EDJ 2014/64254
26.02.2015	B. Matey y I.O Matei/SC Volksbank România SA	C-143/2013; El Derecho, EDJ 2015/12786
23.04.2015	J-C. Van Hove/CNP Assurances SA	C-96/2014; El Derecho, EDJ 2015/53478
21.12.2016	F. Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, SAU; A.M.ª Palacios Martínez/BBVA; Banco Popular Español, SA/E. Irlés López y T. Torres Andreu	C-154/15, C-307/15, C-308/15 (asuntos acumulados); El Derecho 2016/226005
26.01.2017	Banco Primus, S.A/Gutiérrez García	C-421/2014; El Derecho, EDJ 2017/1414

<sup>376</sup> PAGADOR LÓPEZ, *La Ley* (1999) p. 7; más adelante, el autor concluye su trabajo sentando: «[...] albergamos la convicción de que muchos de los problemas generados por las denominadas *cláusulas sorprendentes* pueden ser satisfactoriamente solucionados mediante el recurso a las normas de nuestro venerable Código Civil. El tiempo dirá si nuestra convicción es o no acertada» (cursiva del original; p. 8).

## SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA I.ª)

Fecha	Ponente Excelentísimo Señor Don	Voto particular Excelentísimo Señor Don	Cendoj: Roj
18.06.2012	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 5966/2012
11.04.2013	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 2254/2013
02.12.2014	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 5771/2014
Pleno, 09.05.2013	Rafael Gimeno-Bayón Cobos		STS 1916/2013
Pleno, 08.09.2014	Francisco Javier Orduña Moreno	Ignacio Sancho Gargallo	STS 3903/2014
Pleno, 24.03.2015	Rafael Saraza Jimen		STS 1279/2015
Pleno, 25.03.2015	Eduardo Baena Ruiz	Francisco Javier Orduña Moreno; se adhiere Xavier O'Callaghan Muñoz	STS 1280/2015
29.04.2015	Rafael Saraza Jimena	Francisco Javier Orduña Moreno	STS 2207/2015
Pleno, 23.12.2015	Pedro José Vela Torres	Francisco Javier Orduña Moreno	STS 5618/2015
Pleno, 24.02.2017	Pedro José Vela Torres		STS 477/2017
Pleno, 09.03.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 788/2017
Pleno, 25.05.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 2016/2017
Pleno, 08.06.2017	Rafael Saraza Jimena		STS 2244/2017
07.11.2017	Pedro José Vela Torres		STS 3919/2017
Pleno, 15.11.2017	Rafael Saraza Jimena		STS 3893/2017
16.11.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 4065/2017
24.11.2017	Ignacio Sancho Gargallo		STS 4121/2017
24.11.2017	Rafael Saraza Jimena		STS 4092/2017
01.12.017	Francisco Javier Orduña Moreno		STS 4261/2017
Pleno, 14.12.2017	Pedro José Vela Torres		STS 4308/2017

## AUTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 1.ª)

Fecha	Ponente Excelentísimo Señor Don	Referencia Cendoj, Roj
03.06.2013	Rafael Gimeno-Bayón Cobos	AATS 5165/2013
06.11.2013	Rafael Saraza Jimena	ATS 10482/2013
04.04.2017	Rafael Saraza Jimena	ATS 2684/2017

## BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, Federico: *La identificación y alegación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*, Bosch/Wolters Kluwer (2017).
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Cambio de paradigma en el control de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente. Comentario a la STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 171/2017 de 9 de marzo», *CCJC*, núm. 104 (2017); Thomson Reuters Proview.
- «Cláusula suelo transparente porque el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017/55055)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 21 (2017) pp. 171-179.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *ADC* (2002), pp. 1133-1227.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho* (21.03.2017) 18 pp.
- «¿Y ahora qué?», *InDret* (1/2017), 7 pp.
- «Comentario del artículo 1 LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, Civitas (2002), pp. 97-141.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther: «La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», *InDret* (2/2017), 44 pp.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código civil*, Tecnos (2018).
- BECH SERRAT, Josep María: «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada», *InDret* (1/2018), 63 pp.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario del artículo 53 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi (2015), pp. 639-687.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret* (1/2017) 32 pp.

- «Las (seis) SS.T.S. posteriores a la S.T.J.U.E 21 diciembre 2016. El control de transparencia sigue en construcción, muta y mutará aún más: hacia la transparencia subjetiva. (Comentario a las SS.T.S. de 24 febrero 2017, 9 marzo 2017, 20 abril 2017 y 25 mayo 2017)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, año LII, núm. 42, pp. 1726-1746.
- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», versión escrita de la conferencia pronunciada el 26.03.2015, *AAMN*, tomo IV, curso 2014/2015, pp. 549-643.
- *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Thomson/Aranzadi Aranzadi (2006).
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *RDC*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre (2015) pp. 67-105.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente, Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Bosch (2013).
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 2.ª ed., Thomson Reuters Aranzadi (2017).
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Comentario a la Sentencia [del TS] de 9 de octubre [sic, mayo] de 2013», *CCJC*, núm. 94, enero-abril (1994). También publicada en coautoría con CARRASCO PERERA, en *Revista CESCO*, 25.09.2013.
- DÍAZ ALABART, Silvia/ÁLVAREZ MORENO, M.ª Teresa: «La Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial», en *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus (2015) pp. 13-52.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier: *Adquisición de Vivienda y Cláusulas abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*, BOE (2018).
- FENOY PICÓN, Nieves: «La revisión del tratamiento de la imposibilidad inicial y del error en los contratos, a través del análisis de diversos textos jurídicos», *ADC* (2017) pp. 473-785.
- FERNÁNDEZ SEIJÓ, José María: «Condiciones generales y control de transparencia (Ariadna y el laberinto del minotauro)», *Actualidad Civil* (2017) núm. 5, 01.05.2017, 9 pp.; *La Ley Digital*.
- FERRERES COMELLA, Alex: «Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (2017) núm. 45, pp. 23-35.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Artículo 80 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters (2015) pp. 1027-1083.
- «Artículo 82 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi/Thomson Reuters (2015) pp. 1103-1145.
- «Artículo 5 LCGC», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (1999) pp. 139-192.
- «Artículo 7 LCGC», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (1999) pp. 235-258.

- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «Nulidad parcial por vicios del consentimiento: una leyenda urbana», *Actualidad Civil*, núm. 4, abril (2017) 9 pp.; La Ley Digital.
- «Cláusulas suelo: crónica de una inseguridad jurídica», *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero (2017) 26 pp. La Ley Digital.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley», *ADC* (2016) pp. 495-500.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «El tratamiento judicial de las cláusulas suelo: una historia sin final», *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo (2017) 9 pp.; La Ley Digital.
- «Comentario a la Sentencia de 15 de septiembre de 2015. Alcance del error como vicio del consentimiento en la contratación de swaps», *CCJC*, núm. 100, enero/abril (2016); Thomson Reuters Proview.
- «El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 9 de mayo de 2013», *RDBB* (2014) núm. 133, pp. 295-344.
- «De nuevo sobre la validez de las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.ª, de 7 de octubre de 2011)», *RDBB* (2012) núm. 126, pp. 273-299.
- «Nulidad de “cláusulas suelo” de intereses en contratos de préstamo hipotecario. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Sevilla de 30 de septiembre de 2010 (Sentencia 246/2010)», *RDBB* (2011) núm. 121, pp. 209-239.
- MATO PACÍN, M.ª Natalia: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, BOE (2017).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM* (2013-I) núm. 27, pp. 223-252.
- «Artículo 82 TRLGDCU», en *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*, dir. Sergio Cámara Lapuente, Colex (2011) pp. 711-753.
- «Artículo 8 LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, Civitas (2002) pp. 428-482.
- «Artículo 10 bis.1, I y IV, LGDCU», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, Civitas (2002) pp. 893-964.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret* (2/2018) 76 pp.
- MORENO GARCÍA, Lucía: *Cláusulas suelo y control de transparencia, Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons (2015).
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Comentario a la STS, de 2 febrero 2017. Contrato de leasing y derivado financiero (swap). Deberes de información previstos en el artículo 79 bis LMV. Nulidad total o parcial de contrato. Apreciación del error vicio», *CCJC*, núm. 104, mayo/agosto (2017); Thomson Reuters Proview.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia*, Bosch (2014).
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «Parte Primera: Tratamiento doctrinal de la figura», en *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch (2016) pp. 15-198.

- «Las cláusulas suelo: el control de transparencia (Comentario a la STS de Pleno, 9 de mayo de 2013, núm. 241/2013)», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, tomo II, Thomson Reuters Aranzadi (2014) pp. 2363-2377.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier: «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley* 1151/2001; *La Ley Digital*.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho*, 12.03.2017.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil», *ADC* (2015) pp. 409-480.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, 2017.
- «Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016», *InDret* (1/2017) 15 pp.
- «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas», *RCDI*, núm. 761 (2017) pp. 1197-1238.
- «Buena fe ex artículo 1258 CC y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *InDret* (4/2016) 21 pp.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret* (3/2013) 28 pp.
- «Comentario del artículo 80 TRLGDCU», en *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*, dir. Sergio Cámara Lapuente, Colex (2011) pp. 696-710.
- *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Thomson/Aranzadi (2004).
- RUIZ ARRANZ, Antonio Ismael: «STC 148/2016, de 19 de septiembre y SSTC 206/2016, de 12 de diciembre; 207/2016, de 12 de diciembre; 208/2016, de 12 de diciembre; 209/2016, de 12 de diciembre; 218/2016, de 18 de diciembre; 221/2016, de 19 de diciembre; y 223/2016, de 19 de diciembre», *ADC* (2017) pp. 1775-1779.
- SAENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. buena fe», *RDC* (2016) vol. III, núm. 4, pp. 69-102; también en *RDBB* (2016) núm. 5.
- SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «Parte Segunda: Control procesal de las condiciones generales y tratamiento jurisprudencial sobre productos y servicios financieros complejos», *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*, Tirant lo Blanch (2016) pp. 199-298.
- «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* 963/2015; *La Ley Digital*.
- «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», *La Ley* 3128/2013; *La Ley Digital*.
- «Comentario de la STS –Sala Primera–, de 9 de mayo de 2013, sobre nulidad de “cláusulas suelo”», *Revista del Poder judicial*, núm. 96, quinta época (2013) pp. 55-60.



- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «1. El control de transparencia de la cláusula suelo en la contratación hipotecaria es inaplicable a los empresarios/as o profesionales por no ser consumidores/as», *CCJC* (2017) núm. 103; Thomson Reuters Proview.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol. I, ed. Christian VON BAR/Éric CLIVE, Sellier (2009).
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus (2018).
- «Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusula suelo», *CCJC*, núm. 105 (2017); Thomson Reuters Proview.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, (47-2017), pp. 69-81.



**Jornadas Internacionales sobre Actualización  
del Derecho de Obligaciones y Contratos,  
31 de mayo y 1 de junio de 2018, Universidad  
de Murcia\***

**ISUÉ NATALIA VARGAS BRAND**

Investigadora contratada predoctoral (FPI MINECO)  
Universidad Autónoma de Madrid

**ANTONIO ISMAEL RUIZ ARRANZ**

Investigador contratado predoctoral (FPU MECED)  
Universidad Autónoma de Madrid

**RESUMEN**

*Las Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y Contratos fueron celebradas en el claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia los pasados 31 de mayo y 1 de junio de 2018. En su marco, se han discutido importantes cuestiones inherentes a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Propuesta de la Comisión General de Codificación, la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil y el Derecho comparado. Este trabajo expone la síntesis de las ponencias presentadas en las Jornadas.*

**PALABRAS CLAVE**

*Derecho de contratos, modernización del Derecho de obligaciones y contratos, jurisprudencia del Tribunal Supremo, transparencia, cláusulas abusivas, seguridad jurídica, reforma del Derecho francés de obligaciones, promesa unilateral de contrato, vicios de la voluntad, determinación del precio, resolución, Nachfrist, rescisión, fraude de acreedores, desistimiento.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación «Remedios no fundados en el incumplimiento contractual y fundados en el incumplimiento. Aproximación de dos sistemas» (DER2017-84947-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cuyos investigadores principales son Nieves Fenoy Picón y Antonio Manuel Morales Moreno.

**ABSTRACT**

*The International Conference on Modernization of the Law of Obligations and Contracts organized by the Faculty of Law of Universidad de Murcia (Spain) was held on 31 May and 1 June 2018. This conference tackled the main issues that confront the modernization of the law of contract and there was discussion on how these issues have been addressed by the Spanish Supreme Court («Tribunal Supremo») in its case law, in the General Codification Commission's Proposal on the Modernization of the Law of Obligations and Contracts, in the Association of Civil Law Professors on the same matter and in foreign legal systems. This paper summarizes the presentations and arguments raised at the conference.*

**KEY WORDS**

*Contract law, modernization of the law of obligations and contracts, case law of the Spanish Supreme Court, transparency, unfair contractual terms, French contract law reform, unilateral binding promise, absence of consent, determination of price, Nachfrist, rescission, termination, creditor fraud, right of withdrawal.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*–II. *Una Mirada de las Jornadas a la reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés: resabios clásicos en lo moderno.*–III. *Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: en diálogo con el TJUE y la sociedad.* 1. La transparencia como posible supraconcepto jurídico y social. 2. Diferentes construcciones jurisprudenciales de las nuevas instituciones del moderno Derecho de obligaciones y contratos.–IV. *Reflexiones en torno a la senda española de modernización del Derecho de obligaciones y contratos a propósito del análisis de algunas instituciones.* 1. La eficacia vinculante de la promesa gratuita de contrato. 2. El espacio para el «ventajismo» como un nuevo vicio de la voluntad (la supresión de la violencia). 3. La determinación del precio en la interpretación del contenido del contrato. 4. Nuevas orientaciones del remedio de la resolución de la relación contractual en diversos textos jurídicos. 5. La protección e integración del patrimonio del deudor mediante la acción pauliana. 6. El desistimiento como herramienta en el moderno Derecho de contratos.–V. *Conclusiones.*

**I. INTRODUCCIÓN**

[1] Los congresos son, para la ciencia jurídica, las plazas que permiten medir el pulso de una disciplina en un momento del tiempo. En ellos, el rumor silencioso –y en ocasiones huérfano de interlocutor– de los autores condensado en monografías, estudios y comentarios adquiere, de repente, dimensiones dialécticas. Algu-

nas de las mejores ideas de la dogmática jurídica, pasada y presente, han nacido al calor de un congreso; y, cuando no, allí han sido, por lo menos, perfiladas. Es nuestra convicción que el espacio que brinda un congreso constituye una de las mejores maneras con las que el jurista puede proceder a la obligada rendición de cuentas que el oficio investigador impone (aunque por supuesto no es la única). Y es que «nada como la discusión serena y objetiva sirve tanto para que la verdad científica resplandezca»; decían, setenta años atrás, los propósitos fundacionales de este Anuario<sup>1</sup>.

En las líneas que siguen, se reseñan las *Jornadas sobre Actualización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, celebradas en la Universidad de Murcia los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018, bajo la dirección de Dr. D. Juan Roca Guillamón, Dr. D. Joaquín Ataz López y Dra. Dña. Carmen Leonor García Pérez.

Se pretende ofrecer una narración sucinta de lo acontecido en ellas, sin perjuicio de realizar, las menos de las veces, comentarios o tomas de posición que, sobre todo, animen al lector a adentrarse en cada uno de los temas de la mano de sus ponentes.

[2] La modernización y unificación del Derecho de obligaciones y contratos es una labor que ha orientado gran parte de la academia española en las últimas décadas.<sup>2</sup> Dicha labor académica ha tenido un impacto relevante y palpable en el plano normativo a través de los proyectos de modernización y actualización de Derecho de obligaciones y contratos, tales como la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC)<sup>3</sup>, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (ALM)<sup>4</sup> y, recientemente, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (en adelante, PAPDC)<sup>5</sup>. Entre tales instrumentos también se cuenta la reforma del Libro Sexto del Código civil de Catalunya en materia de obligaciones y

<sup>1</sup> «Propósitos», *ADC*, 1948-I, p. 8.

<sup>2</sup> En relación con esta nueva orientación de la doctrina española, se podría destacar la relevancia e importancia de las obras de Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6, Thomson Civitas, Pamplona, 2008; MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006; *Claves de la modernización del derecho de contratos*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2016; PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC*, 1991-III, pp. 1020-1092; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993-IV, pp. 1719-1746.

<sup>3</sup> Elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y publicada en el año 2009 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009, Suplemento).

<sup>4</sup> Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2014.

<sup>5</sup> ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

contratos (en adelante, CCC)<sup>6</sup>. A pesar de los grandes logros conseguidos al respecto, fruto del aporte recíproco entre la doctrina y la jurisprudencia, la sistematización de un «nuevo modelo» de Derecho de obligaciones y contratos en España sigue reclamando análisis jurídicos, debates académicos y, por supuesto, su divulgación entre los diferentes agentes jurídicos del país.

En este contexto, las *Jornadas* ofrecieron una perspectiva práctica y teórica de esta materia, para lo que se contó con la inestimable presencia de prestigiosos magistrados y académicos, como, por ejemplo, el Excmo. Magistrado y presidente de la Sala Civil del Tribunal Supremo, D. Francisco Marín Castán o el Catedrático de Derecho Civil D. Joaquín Ataz López de la Universidad de Murcia.

Es menester mencionar que varios de los conferenciantes e integrantes del Comité Científico de las *Jornadas* han sido participantes activos de la citada PAPDC<sup>7</sup>, lo que aportó una valiosísima perspectiva de primera mano de dicha propuesta.

[3] Las *Jornadas* se inauguraron con la intervención del Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán. A continuación, se estructuraron en tres mesas de discusión: la *primera mesa* se tituló «La eficacia vinculante del contrato en la modernización de obligaciones y contratos en Francia y España»; la *segunda mesa* «El actual derecho de contratos desde una perspectiva modernizadora»; y, la *tercera mesa* «Actualización y unificación del Derecho patrimonial».

[4] En el preámbulo de las *Jornadas* tuvo lugar la defensa y debate de las comunicaciones seleccionadas —espacio del que fuimos partícipes, por lo que, desde aquí, agradecemos al Comité Científico de las *Jornadas* la aceptación—. Como comunicantes intervinieron, por estricto orden de aparición, Andrea Salud Casanova Asencio (con «*La configuración de la mora y el retraso en el cumplimiento en el marco de la modernización del Derecho de obligaciones*»); Victoria A. González Álvarez-Silvosa (con «*El préstamo hipotecario multidivisa en la reciente doctrina del Tribunal Supremo*»); la profesora Dra. M. Pilar Morgado Freige (con «*La introducción de cláusulas de mediación en los contratos inmobiliarios*»); Antonio Ismael Ruiz Arranz (con «*Frutos en la restitución contractual y normas posesorias. Un debate a zanjar*»); Joaquina

<sup>6</sup> Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

<sup>7</sup> Nos referimos a los profesores y las profesoras Dr. D. Joaquín Ataz López, Dra. Dña. Isabel González Pacanowska, Dra. Dña. María Belén Andréu Martínez, Dra. Dña. Carmen Leonor García Pérez, Dr. D. Gabriel Macanás Vicente y Dra. Dña. María del Carmen Plana Arnaldos. Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, cit., pp. 12-14.

García Hernández («*El control de contenido de las cláusulas no negociadas entre empresarios*»); Andrés Marín Salmerón («*El anatocismo en la reforma del derecho de obligaciones*») e Isué Natalia Vargas Brand («*El derecho a sustituir la pretensión de cumplimiento por la indemnización de daños: la operación de reemplazo*»).

[5] Las diferentes temáticas presentadas por los conferenciantes en las *Jornadas* se pueden dividir en tres grandes áreas: (i) la reforma francesa de Derecho de Obligaciones y Contratos; (ii) la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la jurisprudencia española y (iii) la modernización del Derecho de obligaciones y contratos en la doctrina española.

Conviene indicar que el orden expositivo que seguiremos no se corresponde con el orden seguido durante las *Jornadas*.

## II. UNA MIRADA DE LAS JORNADAS A LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS FRANCÉS: RESABIOS CLÁSICOS EN LO MODERNO

[6] Las *Jornadas* no perdieron la oportunidad de analizar la reciente reforma del Derecho de obligaciones y contratos francés. Lo hicieron de la mano del profesor Jean-Jacques Taisne (Universidad de Lille), con la ponencia titulada «*La force obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations*», la cual tuvo lugar en la *primera mesa* de las *Jornadas*<sup>8</sup>. Taisne ofreció una panorámica general de la eficacia vinculante del contrato en la reforma del Derecho de contratos y obligaciones francés, mediante la *Ordonnance* núm. 2016-131 de 10 de febrero de 2016, que entró en vigor el 1 de octubre de 2016.

[7] En *primer lugar*, Taisne expuso los principales rasgos de la citada reforma. El ponente destacó:

(i) su carácter realista y pragmático, ya que se han codificado muchas construcciones de origen jurisprudencial;

(ii) su visión solidaria y de justicia, mezclando tradición e innovación. Así, por ejemplo, en relación con la protección de la parte más débil del contrato se ha consagrado instituciones como la «violencia económica» o el deber precontractual de información; y

(iii) su perspectiva simplificadora, en cuanto que ya no se habla de objeto y causa del contrato, sino de contenido del contrato, y, en general, el ponente aludió que la reforma hace un homenaje a la libertad contractual, a la eficacia vinculante del contrato y al principio de la buena fe.

<sup>8</sup> *Supra* [3].

[8] En *segundo lugar*, el ponente manifestó que, en la reforma, entre la libertad contractual y la buena fe, aparece el principio de eficacia vinculante del contrato [arts. 1124<sup>9</sup> y 1193 (en la forma más clásica) del Código Civil francés (en lo sucesivo, *Code civil*)]. En este sentido, el ponente destacó la positivización de la *teoría del cambio de circunstancias imprevisibles* (art. 1195 *Code civil*). Figura que se aplica cuando el contrato se hace excesivamente oneroso para el cumplimiento de una de las partes, permitiendo que la parte afectada pueda solicitar a su contratante la *renegociación del contrato*. El segundo párrafo del artículo 1195 *Code civil* recoge las consecuencias derivadas de la actitud de las partes ante la renegociación<sup>10</sup>. Según sus redactores, el espíritu de esta norma es preventivo, pues coloca a las partes entre la renegociación de común acuerdo y el riesgo de que sea el juez quien, de acuerdo con unos parámetros ciertamente indeterminados, decida su terminación<sup>11</sup>.

[9] En *tercer lugar*, Taisne se refirió al incumplimiento del contrato. El ponente señaló que el *Code civil* recoge todos los remedios del incumplimiento («*sanctions*») en su artículo 1217 I, los cuales no tienen un orden jerárquico y, por tanto, el acreedor puede pedir aquel que más le convenga, siendo algunos de estos acumulables entre sí<sup>12</sup>.

[10] A continuación, el ponente señaló las principales novedades en el ejercicio de cada uno de los remedios. De las cuales, creemos conveniente destacar las siguientes.

(i) En cuanto a la *excepción de contrato no cumplido* («*L'exception d'inexécution*», art. 1219 *Code civil*), la novedad ha consistido en que, antes de la reforma, se exigía que el incumpli-

<sup>9</sup> El párrafo segundo de este precepto dispone que la revocación de la *promesa unilateral de venta*, durante el tiempo concedido al beneficiario para optar, no impide la perfección del contrato. Taisne advirtió que este artículo contraría la anterior doctrina jurisprudencial que no obligaba al promitente a perfeccionar el contrato en caso de revocación, sino que le condenaba a indemnización de daños y perjuicios. Y, en este sentido, el conferenciante observó una posible contravención entre este precepto y el orden público (*vid.* arts. 1102 y 1162 *Code civil*).

<sup>10</sup> Conforme al artículo 1195. II *Code civil*, las partes pueden convenir la resolución del contrato o instar al juez para que, de común acuerdo, proceda a su adaptación. A falta de acuerdo, transcurrido un plazo razonable, la misma disposición permite que, a instancia de una de una las partes, sea el juez quien decida revisar el contrato o ponerle fin, en la fecha y según las condiciones que él mismo fije.

<sup>11</sup> MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2017, p. 14.

<sup>12</sup> En este sentido, el artículo 1217 II *Code civil* establece que los remedios que no sean incompatibles pueden acumularse, pudiendo agregarse siempre a la indemnización de daños.



miento fuera proporcionado y ahora, conforme a la reforma, se exige que el incumplimiento tenga que ser suficientemente grave.

(ii) En relación con la *pretensión de cumplimiento* («*L'exécution forcée en nature*», art. 1221 *Code civil*), independientemente de que el incumplimiento sea grave o no, en la reforma, se han consagrado ciertos límites para su ejercicio, tales como: la imposibilidad del cumplimiento y la desproporción manifiesta entre coste del cumplimiento *in natura* para el deudor y el interés para el acreedor.

(iii) Respecto de la *reducción del precio* («*La réduction du Prix*», art. 1223 NCCfr), la ponencia destacó que la nueva redacción hace una distinción clara entre si el acreedor ha pagado o no ha pagado. Si el acreedor ya ha pagado, tiene pedir la reducción al Juez. Si no ha pagado en su totalidad, podría notificar al deudor su decisión de reducir el precio de manera proporcional a la entidad del incumplimiento.

La ley de ratificación de la reforma del *Code civil* francés<sup>13</sup> ha clarificado algunos aspectos inherentes al remedio de la reducción del precio (art. 1223 *Code civil*). Entre estos, figura que la aceptación del deudor de la decisión del acreedor sobre la reducción del precio debe formularse ahora por escrito. Al respecto, Taisne manifestó su disconformidad, ya que la reducción de precio se configuraría como una decisión del acreedor.

(iv) Y, finalmente, en cuanto a la resolución («*La résolution*», arts. 1224-1230 *Code civil*), el ponente destacó que en este remedio se ha buscado luchar contra una forma de abuso, que consistía en exigir el cumplimiento *in natura* solo por el «placer de poner al acreedor en aprietos». Al respecto, Taisne señaló que, a veces, el deudor prefiriera ser condenado a indemnizar daños y perjuicios, antes que al cumplimiento *in natura*.

En este sentido, el ponente resaltó los diferentes modos de resolución de la reforma (que ahora son simples enunciados, y no condiciones), los cuales son: la cláusula resolutoria, la resolución unilateral del contrato (previamente creada por la jurisprudencia francesa) y la resolución judicial. A propósito de la cláusula resolutoria, Taisne expuso sus dudas sobre el grado de concreción que debe acompañar a esta, ¿deben las partes especificar las obligaciones concretas que facultan al acreedor a resolver o basta con que figure expresada en términos genéricos?

Por último, Taisne señaló el efecto de la resolución es el de poner fin al contrato, lo que supone abandonar las antiguas ficciones de la retroactividad del contrato (esto es, los efectos *ex tunc*).<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Loi n.º 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n.º 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>14</sup> Vid. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cit.

### III. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: EN DIÁLOGO CON EL TJUE Y LA SOCIEDAD

[12] La STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 10 de marzo de 2003<sup>15</sup> contiene, pese a tratarse de un supuesto gobernado por el Derecho público, una reflexión transversal que merece la pena rescatar al comienzo de este apartado. La citada resolución advirtió que la interpretación de las normas jurídicas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) encuentra una de sus más elevadas aplicaciones en el principio de interpretación conforme a la Constitución; ello frente a las consecuencias devastadoras de las antiguas reglas «*dura lex sed lex*» y «*fiat iustitia et pereat mundus*». A lo anterior le siguieron los siguientes párrafos que, por su indudable interés (y calidad literaria, dicho sea de paso), reproducimos:

«No se trata, pues de habilitar al intérprete, ni siquiera cuando éste es un juez, de una potestad anulatoria de la norma jurídica, sino de recordarle que *el derecho es para la vida* –precisamente porque es un medio, y no precisamente de escasa importancia, de hacer vividera la vida misma–, por lo que ha de transferir las normas jurídicas, en que ese derecho se manifiesta, desde ese plano abstracto en que las ha diseñado el legislador –que quiere dotar así de perdurabilidad a esa obra suya– al plano, quizá más prosaico, pero perfectamente concreto del vivir de cada día.

Todo esto no quiere decir, ni dice, que la aplicación de esa regla sea fácil; antes al contrario, debe ser manejada con exquisito tacto y prudencia suma. En lo cual tampoco hay que ver motivo de alarma sino mera constatación de algo que pertenece a la naturaleza de las cosas. Debiendo aceptarse, en todo caso, que el derecho está hecho de sutileza, y que no es mayor la delicadeza con que ha de proceder el médico, tanto si se ocupa de la salud física como si versa solo sobre la salud psíquica, que la que debe usar el operador jurídico en su cotidiano quehacer.

Y debemos decir también que entender el sentido último de ese sintagma que luce en el artículo 3.1 del Código civil, es aceptar que hay que rechazar, por falso, que haya conceptos quietos, inmóviles y que esa regla está *conminando al intérprete a aprender a pensar con nociones en marcha incesante en el tiempo*» (las cursivas son nuestras).

El extracto transcrito destaca, entre otras cosas, el papel de la aplicación del Derecho –y, en particular, la sentencia judicial– como instrumento inescindiblemente asociado a la realidad prácti-

<sup>15</sup> Cendoj Roj: STS 1601/2003, MP: Excmo. Sr. González Navarro.

ca que (cada vez) resulta más dinámica<sup>16</sup>. La ponencia inaugural de las *Jornadas* pronunciada por el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán –presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo– bajo el título «*Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios*», puso de manifiesto, ante todo, el peso que ostentan la prudencia y la reflexión responsable para nuestro Alto Tribunal. Veámoslo.

[13] En efecto, con una inicial referencia al Auto de 19 de octubre de 2017<sup>17</sup>, el ponente advirtió sobre la escrupulosa cautela que la Sala que preside mantiene a la hora de sentenciar, cuando están sobre el tapete elementos exegéticos propios del Derecho de la Unión Europea. Entre tales elementos (¡qué duda cabe ya a estas alturas!) se sitúa el *concepto de transparencia*, auténtica punta de lanza de la batalla judicial librada en España entre consumidores y entidades financieras a propósito de las denominadas «cláusulas suelo».

A juicio del conferenciante, el concepto de transparencia corre, sin embargo, el riesgo de banalizarse si termina equivaliendo a una transmisión de información al consumidor tan extensa que dé lugar a desinformación<sup>18</sup>. En este sentido, en el discurso inaugural de Marín Castán se dieron cita la *modernidad líquida* de Zygmunt Baumann, el *mundo sin ideas* de Franklin Foer y las aportaciones del filósofo surcoreano Byung-Chul Han. Aunque sin detenerse en exceso sobre los esquemas de estos pensadores, parece que el ponente habría tratado de advertir que, en un contexto caótico de «modernidad líquida», la inestabilidad conforma identidades volubles marcadas por una inasible y escurridiza pauta consumista que convierte a las personas en paquetes de datos dependientes, contro-

<sup>16</sup> Con infinita mayor elegancia expresó esta misma idea Federico De Castro: «La sentencia está entre la ley y la vida en continuado suceder» (DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 552).

<sup>17</sup> Cendoj: ATS 9713/2017; MP: Excmo. Sr. Sarazá Jimena.

Con este auto, la Sala 1.<sup>a</sup> eleva cuestión prejudicial al TJUE acerca de la posible vulneración de la Denominación de Origen Protegida (DOP) «Queso Manchego» mediante el empleo de elementos alegóricos evocadores de la región manchega por parte de una sociedad que comercializaba quesos no amparados por la denominación de origen antedicha, pero bajo las etiquetas «Adarga de oro», «Rocinante» y «Super Rocinante» y con elementos paisajísticos colmados con molinos de viento y ovejas.

<sup>18</sup> El ponente expuso reflexiones similares en su conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid el 16 de abril de 2015. En concreto sostuvo que «si lo que la crisis económica y financiera ha provocado es una crisis de confianza, lo que urge es recuperar la confianza. Para lograrlo hay que poner el acento en la información al consumidor, clara y comprensible, de los riesgos que asume al contratar, pero sin abrumarlo, porque un exceso de información también es desinformación» (vid. MARÍN CASTÁN, «Crisis económica, protección de los consumidores y evolución de la jurisprudencia civil», *El notario del siglo XXI: revista del colegio notarial de Madrid*, 2015, núm. 62, p. 143).

lables y, por tanto, vulnerables frente al poder de las grandes corporaciones. Corporaciones estas a las que se habría confiado, por efecto de la cultura tecnológica, algo más que la sola ejecución de una prestación contractual, pero soslayando el control de la información y el flujo de conocimiento<sup>19</sup>. Señaló el conferenciante que ahora el reto de las grandes empresas radica en convertir a los ciudadanos en *transparentes*, al tiempo que advirtió que lo único verdaderamente transparente es el vacío.

[14] Con estos mimbres, Marín Castán centró el objeto de su ponencia. A su juicio, la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, al tiempo que ha venido aplicando la doctrina emanada desde el TJUE, ha tratado que algún punto de extremismo del consumidor litigante no terminase perjudicando al consumidor general. En su opinión, la protección radical del consumidor puede dar lugar a una perversión en el mercado hipotecario español; el mismo mercado que permitió acceder a la vivienda en propiedad a un gran número de ciudadanos<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Sobre los efectos que el paso de un «estado sólido» a otro «líquido» de modernidad (en terminología de BAUMANN) provoca sobre el Derecho y la codificación, *vid.* GARCÍA RUBIO, «Modernidad líquida y codificación», *ADC*, 2016-III, pp. 744-750. Esta autora reconoce que ya no se requieren soluciones definitivas, inmutables, no adaptables o transformables, en un mundo donde todo es provisional, pasajero y maleable. Sin embargo, se rehúsa a caer en el pesimismo de quienes piensan que la categoría del «código», en su más amplio significado, está irremediablemente condenada a desaparecer (*Ibid.*, pp. 772-780).

Con todo, la crítica a la «estabilidad» del Derecho, como valor, ha estado presente en otras épocas indudablemente más «sólidas» que la presente. La literatura nos enseña, a veces, rescoldos de debates similares que, en épocas pasadas, trascendieron incluso lo jurídico. Ello se aprecia, por ejemplo, en el aleccionamiento de Mefistófeles a un estudiante en la primera parte del Fausto de Goethe: «*Las leyes y los derechos se suceden como una absurda enfermedad y se les ve pasar de generación en generación y arrastrarse sordamente de un punto a otro: la razón se convierte en locura y el beneficio en tormento. ¡Desdichado de ti, hijo de tus padres, por no tratarse nunca del derecho que nació con nosotros!*» Goethe, *Fausto*, Maxtor, Valladolid, 2007, p. 83). La reflexión que el autor coloca en boca de Mefistófeles parece insertarse en el contexto jurídico de finales del siglo XVIII como una alegación en contra del viejo Derecho y en defensa de la creación de uno nuevo adecuado al espíritu de la época. Es decir, afecta de lleno a la disputa sobre la codificación que existió entre Thibaut y Savigny, tomando el poeta partido aparentemente por las ideas del primero (*vid.* Nörr, «Savigny liest Goethe», *Studia in honorem Elemer Polay septuagenarii (Acta Universitatis Szegediensis. Acta Iuridica et Politica)*, Tomo 33, Fasc. 1-31, pp. 329-332). Sin embargo, Savigny, gran conocedor de la obra de Goethe y quizás en un ejercicio de contorsionismo, interpretó el precitado pasaje del Fausto en el sentido opuesto, esto es, como crítica a la legislación que maniat a «la fuerza oculta que trabaja sin descanso en la formación del Derecho» (*vid.* *Sistema del Derecho Romano actual*, I-II, reedición de la traducción de Mesía y Poley, Analecta Editorial, Pamplona, 2004, p. 85, nota 2).

Sirva este ejemplo, a raíz de las iniciales valoraciones de Marín Castán, para poner de manifiesto la íntima conexión que guardan los grandes debates jurídicos con las principales cuestiones filosóficas y sociales de cada período; hasta el punto de que los primeros no se entienden sin las segundas.

<sup>20</sup> Sobre el desarrollo del mercado hipotecario español a partir de 1982 y especialmente tras la crisis económica de 2007-2008, *vid.* DÍAZ FRAILE, «Presente y futuro de la hipoteca como instrumento del fomento del crédito en el contexto del Derecho comunitario (un proceso de reformas inacabado)», *ADC*, 2016-II, pp. 506-512.

Desde una perspectiva muy crítica, destacó el valor de la seguridad jurídica, como constante del Tribunal Supremo a lo largo de su historia. Una seguridad jurídica que, según apuntó, no resulta fácil de conseguir cuando incluso normas nacionales cuyo nacimiento ha venido motivado por resoluciones del TJUE han sido reducidas posteriormente a la nada por este mismo tribunal<sup>21</sup>. En este contexto, la tarea de la Sala 1.<sup>a</sup> ha sido especialmente ardua, en opinión del ponente, toda vez que «*no hay nada peor para un juez continental que encontrarse sin ley aplicable*». Y la crítica<sup>22</sup> de Marín se extendió hasta el propio legislador español, pues la falta de trasposición de la Directiva 2014/17<sup>23</sup> continúa dejando en el limbo jurídico innumerables cuestiones capitales<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Se refiere fundamentalmente a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; promulgada como consecuencia de la Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11; *Aziz*). Entre otros aspectos, esta ley modificó la redacción del artículo 693.2 LEC que, hasta entonces, permitía reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro. Con la modificación, el artículo 693.2 LEC pasó a establecer lo siguiente: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de *falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales* sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución» (cursiva nuestra).

La Sentencia TJUE de 26 de enero de 2017 (Asunto C-421/14; *Banco Primus, S. A.*) ha supuesto un aldabonazo sobre algunas de las novedades introducidas por la Ley 1/2013. Entre ellas, se incluye la nueva redacción del artículo 693.2 LEC. Y es que, según la sentencia, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693.2 LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional. Ahora no nos corresponde analizar los efectos de esta resolución.

<sup>22</sup> También del mismo ponente, *vid.* MARÍN CASTÁN, «La difícil tarea de la jurisprudencia cuando fracasa la ley», *ADC*, 2016-II, pp. 495-500.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Al momento de redactarse esta reseña, solo contamos con el Proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario, de 17 de noviembre de 2017; proyecto que si bien parece introducir considerables avances en la regulación de materias controvertidas como la transparencia, el reembolso anticipado, el vencimiento anticipado o los préstamos en moneda extranjera, también adolece de cierta terquedad regulatoria en una materia tan sensible como los intereses moratorios que fija imperativamente *en* el triple del interés legal del dinero para todo el período en que aquel resulte exigible (art. 23). La cifra resultante (9% con un interés legal actual del dinero al 3%; Ley 3/2017, de 27 de junio) es especialmente elevada si se compara, por ejemplo, con el importe a que ascienden los intereses de demora en Derecho alemán.

En el ordenamiento alemán, el interés de demora para contratos de préstamo con consumidores se calcula de conformidad con el denominado «*Basiszinsatz*» o «interés básico» (§ 497.1 BGB). De este modo, y por remisión al «*Basiszinsatz*», el interés de demora en contratos de préstamo con consumidores asciende a 5 puntos porcentuales sobre el deno-

[15] A propósito de lo anterior, Marín Castán entró en materia, comenzando –como quizás no podía ser de otro modo– por la STS de Pleno núm. 241/2013, de 9 de mayo. Como es sabido, esta sentencia declaró abusivas, por falta de transparencia, las cláusulas suelo de las entidades BBVA, Cajamar y Caja de Ahorros de Galicia. En la apertura de su intervención el conferenciante crítico la «*posverdad*», ciertamente generalizada en algunos sectores de la opinión pública española, de que (i) las cláusulas suelo fueron declaradas nulas por el TJUE (y no por el TS); y (ii) la cláusula suelo sea nula *per se*. En relación con el segundo punto, citó el ponente la reciente STS de Pleno núm. 205/2018, de 11 de abril<sup>25</sup> que reputa como válida la transacción sobre una cláusula suelo plasmada en un documento contractual posterior al 9 de mayo de 2013. Esta sentencia ha contado con un voto particular, emitido por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. El magistrado disidente, tras calificar los documentos suscritos como novación modificativa, considera que dicha novación resulta improcedente, dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación (art. 1208 CC). Tal y como indica el conferenciante, el

minado «*Basiszinsatz*» (según el § 288.1 BGB). El «*Basiszinsatz*» se regula en el § 247 BGB. A tenor de dicho párrafo, este tipo de interés se revisa cada semestre, es decir, el 1 de enero y 1 de julio de cada año. La modificación tiene lugar en tantos puntos porcentuales como haya variado el tipo de referencia, que viene constituido por la última operación principal de refinanciación realizada por el Banco Central Europeo antes del primer día natural del semestre de que se trate. Según estas prescripciones, es el Banco Federal Alemán el que da a conocer el «*Basiszinsatz*». Pues bien, el «*Basiszinsatz*» –para el período comprendido entre el 01/07/2018 y el 31/12/2018– se sitúa en el  $-0,88\%$ ; lleva situado en esa cifra desde julio de 2016 y en tipo negativo desde enero de 2013, cuando por primera vez se colocó en el  $-0,13\%$ . Todo ello arroja un interés de demora para préstamos (personales) con consumidores del  $4,12\%$  ( $-0,88+5$ ).

Y lo que es más; para préstamos inmobiliarios con consumidores (que se corresponden con aquellos préstamos con garantía real o vinculados a la adquisición de la propiedad de bienes inmuebles o derechos reales de carácter inmobiliario; § 491.3 BGB) el interés moratorio se sitúa en  $2,5$  puntos porcentuales sobre el interés básico (§ 497.4 BGB), lo que equivale hoy al  $1,62\%$  ( $-0,88+2,5$ ). El motivo de haber instaurado este cálculo del interés sobre 2,5 veces el «*Basiszinsatz*» estriba en el coste de refinanciación y, por tanto, el daño que al acreedor le provoca el retraso dentro del crédito inmobiliario (*vid.* SCHÜRNBRAND, «§ 497 BGB», en SÄCKER/RIXECKER/OETKER/LIMPERG, *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª ed., 2017, párr. 43). En efecto, según el diario de sesiones del Bundestag alemán relativo a la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, el establecimiento de un tipo de interés de demora inferior para los préstamos hipotecarios responde a que el coste promedio de refinanciación de estos es aproximadamente entre dos y tres veces más pequeño que en los préstamos personales (DEUTSCHER BUNDESTAG, *Drucksache* 14/6040, 14/05/2001, p. 256).

Para poner fin a este breve estudio comparativo con el interés de demora en el sistema alemán, resta por indicar que actualmente (y teniendo en cuenta las explicaciones precedentes) el interés moratorio para préstamos entre empresarios asciende a un  $8,12\%$ : nueve puntos porcentuales sobre el interés básico (§ 288.2 BGB).

<sup>25</sup> MP: Excmo. Sr. Sancho Gargallo.

Recientemente y sobre la misma cuestión, *vid.* VELA TORRES, «Validez de la transacción que rebaja en dos puntos la cláusula suelo a cambio de la renuncia a instar su nulidad», *La Ley*, núm. 9227, 27/06/2018.

voto particular parte de una concepción de las cláusulas suelo como ilícitas en sí mismas, cuando no lo son y la misma Sala 1.<sup>a</sup> ya ha considerado transparentes las de una entidad<sup>26</sup>. A este respecto, confirió el ponente importancia superlativa a las conclusiones del abogado general Nils Wahls presentadas el 14 de septiembre de 2017<sup>27</sup> que, en un supuesto de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, calificó a las normas que permiten a los demandantes desistir o renunciar a todo o a parte del recurso como absolutamente cruciales para una buena administración de justicia, por ser la expresión del principio dispositivo.

[16] Por otra parte, comentó que no todas las resoluciones procedentes de Luxemburgo dan sistemáticamente la razón al consumidor demandante. En particular, se refirió a la STJUE de 7 de diciembre de 2017<sup>28</sup>, que consideró inaplicable la Directiva 93/13/ CEE en un juicio real sobre derechos inscritos, frente al criterio del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jerez de la Frontera que pretendía apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas que habían motivado la ejecución, omitiendo que el juicio verbal en cuestión, procedente de una acción real (arts. 41 LH y 250.1.7.º LEC), no constituye una continuación del procedimiento extrajudicial inicial de ejecución de la hipoteca (art. 129 LH), sino más bien un procedimiento independiente consistente en garantizar la protección de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, como lo es el derecho real de propiedad. Es por ello que no resultan de aplicación las disposiciones protectoras contenidas en los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13, al tratarse de una relación independiente de la que vincula a acreedor y consumidor.

[17] El ponente no rehusó mencionar la reciente STS de Pleno 147/2018, de 15 de marzo, que, tras considerar abusiva la condición general que atribuía al prestatario todos los impuestos derivados de la constitución del préstamo hipotecario (*cfr.* STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre), recurrió a la jurisprudencia de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo interpretadora de los preceptos que regulan el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados; ello para determinar los efectos restitutorios derivados de dicha nulidad, que no afectan al prestamista en tanto que no se considera sujeto pasivo del pago del impuesto respecto de la cuota variable ni, en general, respecto de la cuota fija.

[18] Ni tampoco eludió hacer alusión a la STS de Pleno núm. 669/2017, de 14 de diciembre, que ha considerado transparente la cláusula por la que se determina el tipo de interés variable con arre-

<sup>26</sup> STS núm. 171/2017, de 9 de marzo (MP: Excmo. Sr. Sancho Gargallo).

<sup>27</sup> *Vid.* Párrafo 32; Asunto C-627/15; *Gavrilescu*.

<sup>28</sup> Asunto C-598/15 (*Banco Santander*; S. A.).

glo al índice IRPH. El conferenciante, sin dejar de reconocer la polémica suscitada por la sentencia –polémica que, según dijo, también estuvo presente en la deliberación de la Sala 1.<sup>a</sup>–, defendió el fallo de esta, indicando que su contenido ha sido deformado en gran medida por unas críticas que soslayan, por ejemplo, que el control de transparencia no puede realizarse sobre la base de un *sesgo retrospectivo*, sino que este control debe referirse al momento de celebración del contrato<sup>29</sup>; o que la fórmula de cálculo del índice Euribor es incluso más compleja que la del IRPH. Todo ello además frente al sinsentido que supondría regresar al paradigma histórico del artículo 1755 CC.

[19] La cuestión del *préstamo multidivisa* estuvo igualmente presente en la ponencia inaugural. En su análisis, Marín Castán contrapuso los hechos que derivaron en la renombrada STS de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre, donde el cliente solicitó a la entidad la concesión de un préstamo de estas características, frente a los que inspiraron la STS 608/2017, de 15 de noviembre. Esta última recoge la doctrina europea del caso *Andriiciuc*<sup>30</sup> para sostener que, en el marco de cualquier préstamo, la noción básica del consumidor medio es que los pagos tienden a disminuir el capital o que, al menos, este no puede aumentar con el tiempo.

[20] El magistrado prosiguió con un repaso a las novedades en materia de *vencimiento anticipado* e *interés de demora*. En ambos supuestos ha sido la propia Sala 1.<sup>a</sup>, reunida en Pleno, la que ha planteado sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE<sup>31</sup>.

[21] Respecto al *vencimiento anticipado*, recordó que la STS de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre, ya declaró abusiva aquella cláusula que permitía a la entidad financiera, no obstante, el plazo pactado, declarar vencido anticipadamente el préstamo «*por falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses*»; pero se reafirmó en la necesidad de evitar *interpretaciones maximalistas* que, bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito inmobiliario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. Ello porque no declarar vencido anticipadamente el préstamo, en aplicación de la cláusula, podría comportar consecuencias más perjudiciales para el deudor hipotecario. En particular, el conferenciante apuntó que la pérdida de los beneficios de la ejecución hipotecaria conduciría al consumidor a un

<sup>29</sup> Párrafos 53 y 54 STJUE de 20 de septiembre de 2017 (Asunto C-186/16; *Andriiciuc*).

<sup>30</sup> *Supra* nota 29.

<sup>31</sup> En el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, mediante el ATS de Pleno de 8 de febrero de 2017 (Cendoj Roj: ATS 271/2017; MP: Excmo. Sr. Vela Torres); y, en el caso de los intereses de demora, mediante el ATS de Pleno de 22 de febrero de 2017 (Roj: ATS 785/2017; MP: Excmo. Sr. Sarazá Jimena).



juicio declarativo ordinario no exento de problemas. Uno de los problemas consistiría en dilucidar si cabe resolver el contrato por incumplimiento del prestatario en el pago, cuando dogmáticamente se trata de un contrato unilateral y real (contrato de préstamo)<sup>32</sup>.

Junto a ello, Marín Castán declaró que el banco siempre va a poder dirigirse frente al deudor por las cantidades impagadas, subsistiendo además la garantía hipotecaria. Lo único que se perdería, a su juicio, es el procedimiento de ejecución, pero «*prolongar la agonía no es en sí mismo un beneficio*», añadió<sup>33</sup>. El Presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> se mostró firme defensor del sistema hipotecario español, habida cuenta de la «estabilidad social» que, a su entender, ha generado. En este sentido, anunció su temor de que el TJUE desconozca esta circunstancia cuando resuelva finalmente la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo español a propósito de la cláusula de vencimiento anticipado<sup>34</sup>.

[22] En cuanto a los *intereses de demora* en préstamos, Marín Castán defendió, nuevamente, el sentido de la responsabilidad de la Sala que preside, a la hora de plantear la cuestión prejudicial, en cuanto al criterio jurisprudencial que considera abusivo el interés de demora superior en dos puntos porcentuales al interés remuneratorio; y, especialmente, en lo referido a que se continúe devengando interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo, pese a la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula de intereses moratorios<sup>35</sup>. El conferenciante declaró compartir el criterio del abogado general, Sr. Nils Wahls, quien en sus conclusiones ha considerado que, consistiendo los intereses de demora en un incremento del tipo de los intereses ordinarios, solo procederá anular este incremento; sin que tal solución admita asimilarse, en ningún caso, a una integración del contrato, prohibida por la jurisprudencia<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> La reciente STS de pleno núm. 432/2018, de 11 de julio, recoge la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> sobre la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo (FD 2.<sup>o</sup>). Según esta resolución, cuando el prestatario que recibe el dinero asume otros compromisos, además del de devolverlo, el contrato se puede resolver por incumplimiento, resultando de aplicación el artículo 1124 CC.

<sup>33</sup> MARÍN CASTÁN, *La difícil tarea...*, cit., p. 499.

<sup>34</sup> Se trata del ATS de Pleno de 8 de febrero de 2017 (Cendoj Roj: ATS 271/2017; MP: Excmo. Sr. Vela Torres).

<sup>35</sup> Tal como han venido declarando las SSTS núm. 265/2015, de 22 de abril, núm. 470/2015, de 7 de septiembre, y núm. 469/2015, de 8 de septiembre, para préstamos personales; y núm. 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero, y 364/2016, de 3 de junio, para préstamos hipotecarios.

<sup>36</sup> Cfr. Párrafo 90 de las Conclusiones presentadas el 22 de marzo de 2018 (Asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17). La STJUE de 8 de agosto de 2018 (Asuntos C-96/16 y C-94/17) avala el criterio de la Sala 1.<sup>a</sup>, para determinar la abusividad de intereses moratorios, basada en si supera o no, en dos puntos porcentuales, el interés remuneratorio.

[23] Marín Castán aprovechó las reflexiones acerca de las dos cuestiones anteriores para reprochar el constante planteamiento de cuestiones prejudiciales que solo persiguen «enmendar la plana» al Tribunal Supremo, advirtiendo que se agradecería una cierta anticipación en el planteamiento de estas por parte de los juzgados y audiencias, si es que verdaderamente estiman necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (*cf.* art. 267 TFUE).

[24] El presidente de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo concluyó aludiendo a la jurisprudencia como válvula canalizadora del principio de *seguridad jurídica* (art. 9.3 CE). Se sirvió, para ello, varios ejemplos. El primero, el consagrado en el ATS de Pleno de 4 de abril de 2017<sup>37</sup> que no autorizó a obtener la revisión de una sentencia firme, dictada en materia de restitución de cantidades percibidas por efecto de la cláusula suelo, por el hecho de que otra posterior –en concreto, la STJUE de 21 de diciembre de 2016<sup>38</sup>– establezca una jurisprudencia incompatible con los argumentos que constituyen la *ratio decidendi* de la primera sentencia. Esta segunda sentencia no tiene la consideración de «documento» posterior a los efectos del artículo 510.1. 1.º LEC, mientras el ordenamiento jurídico español no permita que un cambio en la jurisprudencia abra la puerta a la revisión de sentencias firmes anteriores (principio de equivalencia). Acto seguido, hizo mención a la STS de 18 de mayo de 2018, según la cual, sin sentencia aún firme, cabe aplicar la doctrina emanada de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 en cuanto a los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de la cláusula.

Como contrapartida a su alegato en favor del papel desempeñado por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo para preservar la seguridad jurídica<sup>39</sup>, el ponente manifestó su decepción, en nombre de la sala que preside, por la escasa colaboración con el interés general prestada a veces por el resto de operadores jurídicos. Puso como ejem-

<sup>37</sup> Cendoj Roj: ATS 2684/2017; MP Sarazá Jimena.

<sup>38</sup> Sentencia TJUE (Gran Sala) 21 diciembre 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*).

<sup>39</sup> Sin perjuicio de que, en ocasiones y quizás por encontrarse sin ley a la que asirse, no se haya cometido cierto exceso en emplear el Derecho civil como instrumento sancionador de conductas. Exceso que, a nuestro juicio, ha encontrado ciertamente su refrendo en resoluciones del propio TJUE, como la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*). En el párrafo 63 de dicha sentencia se dice: «Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores» (*cf.* CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016», *InDret*, 1/2017, pp. 4-6 y 13-14).

plo la STS de Pleno núm. 294/2018, de 23 de mayo<sup>40</sup>, que a su entender evidencia cómo, en ocasiones, una postergación de la seguridad jurídica, como valor superior, deja desamparada a la judicatura, en cuya cúspide está el Tribunal Supremo.

## 1. LA TRANSPARENCIA COMO POSIBLE SUPRACONCEPTO JURÍDICO Y SOCIAL

[25] El segundo día de las *Jornadas* dio comienzo con una ponencia impartida por el Excmo. Sr. D. Javier Orduña Moreno, magistrado de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo que fue también Catedrático de Derecho civil. Su ponencia se tituló «*La transparencia como valor y como norma jurídica*» y quedó inserta en la *segunda mesa*<sup>41</sup>. Ciertamente, y como ahora veremos, el enfoque de esta ponencia se sitúa prácticamente en las antípodas del planteamiento ecuaníme esgrimido por Marín Castán.

[26] La ponencia de Orduña Moreno principió, al igual que la de Marín Castán, con referencia al actual contexto de cambio social y económico; cambio que –parafraseando el ponente al profesor L. Díez-Picazo– el derecho, como experiencia antropológica, no debe negar, sino hallar *valores* que sean capaces de ahormar tales procesos de cambio.

<sup>40</sup> MP: Excmo. Sr. Sarazá Jimena. Se trataba de un supuesto sobre la declaración de nulidad de la cláusula suelo y consiguiente restitución de cantidades. Con anterioridad a la sentencia de primera instancia sobrevino la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que obligaba a la restitución completa de las cantidades indebidamente percibidas en aplicación de la cláusula suelo, pero el suplico de la demanda –presentada el 21 de julio– limitaba la pretensión restitutoria a las cantidades indebidamente cobradas por la entidad, en aplicación de la hasta entonces vigente doctrina de la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo. Pues bien, dictada sentencia condenatoria por el juzgado aplicando dicha limitación restitutoria consignada en el *petitum*, confirmada en apelación, la Sala de lo Civil, admitido a trámite el recurso de casación, acordó plantear cuestión prejudicial ante el TJUE que versaría sobre la relación entre el principio de no vinculación al consumidor (art. 6.1 Directiva 93/13) y los principios procesales de justicia rogada, preclusión y congruencia. A raíz de ello, la entidad inicialmente demandada consignó las cantidades solicitadas por el demandante y presentó escrito de allanamiento al recurso de casación. Allanamiento que ha obligado a la Sala a dictar sentencia estimatoria del recurso de casación.

Particularmente desoladora es la conclusión que, en el FD. 2.º [3] de la precitada STS de Pleno núm. 294/2018, de 23 de mayo, arroja el Pleno de la Sala 1.ª: «*Este tribunal no puede dejar de resaltar los graves perjuicios que actuaciones como la adoptada por Liberbank en este proceso están causando al Tribunal Supremo, puesto que tras tramitarse el recurso de casación, deliberar el recurso el pleno de la sala y adoptar la decisión de dar audiencia a las partes sobre la pertinencia de plantear una cuestión prejudicial al TJUE para que resuelva las dudas sobre la interpretación de determinadas normas de Derecho de la Unión Europea con clara trascendencia en la litigiosidad existente sobre esta cuestión, Liberbank manifiesta que las cantidades que se le reclamaban eran «irrisorias» y que se allana al recurso».*

<sup>41</sup> *Supra* [3].

[27] El ponente abordó el *desarrollo* de la contratación seriada como fenómeno jurídico<sup>42</sup>. Este tipo de contratación debe venir, para él, acompañada de la *transparencia*, que constituye una noción completamente alejada del contrato por negociación, históricamente construido sobre los valores de *libertad e igualdad* (citando, a este respecto, el art. 1 CE), y que, por principio, obliga a sustituir los instrumentos de análisis de esta nueva forma de contratar<sup>43</sup>. El ponente declaró que su primera aproximación al fenómeno de la transparencia fue con la STS núm. 406/2012, de 18 de junio, a propósito de un supuesto de interés usurario<sup>44</sup>.

[28] A juicio del ponente, el elemento que diferencia la contratación seriada de la negociada es la ausencia de la regla de voluntad en la segunda. En esta línea argumental, la eficacia de la contratación seriada dependería del cumplimiento de una serie de condiciones y contrapesos, que persiguen además el estímulo de la competencia entre vendedores y prestadores de servicios<sup>45</sup>. Tales condiciones y contrapesos se concretan en el *control de transparencia*, como estándar desvinculado de los tradicionales vicios del consentimiento y, en particular, del error.

En efecto, dado que en la contratación seriada la voluntad del adherente no admite ser reconstruida, se hace necesario acudir a un plano objetivable que permita demostrar el efectivo cumplimiento de aquellos estándares que gobiernan el *iter* contractual seriado. Así, el control de transparencia se proyectaría sobre la comprensión real de la carga jurídica y económica asumida por el adherente, tomando en consideración todo el curso de la contratación seriada, es decir, desde la publicidad de la oferta del producto o servicio hasta la reglamentación predispuesta, propiamente dicha; todo ello como un fenómeno unitario sujeto a la valoración de este control<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Se refirió el conferenciante al trabajo de FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO («Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961-II, pp. 295-342), describiendo su contexto como uno donde la contratación seriada aún no estaba desarrollada suficientemente.

<sup>43</sup> A este respecto, ORDUÑA MORENO, «Tratamiento doctrinal de la figura», en ORDUÑA MORENO/SÁNCHEZ MARTÍN/GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina judicial aplicable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 10-30, 122. Cita de la versión disponible en 'http://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788491193173' [Última consulta: 03/07/2018].

<sup>44</sup> Sentencia considerada por el propio ponente en otra ocasión como «verdadero germen delimitador de la figura y de los posteriores desarrollos» (ORDUÑA MORENO, «Tratamiento...», en ORDUÑA MORENO/SÁNCHEZ MARTÍN/GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia...*, cit., p. 10).

<sup>45</sup> *Vid.* Considerandos 2 y 7 Directiva 93/13/CEE.

<sup>46</sup> ORDUÑA MORENO, «Tratamiento...», en ORDUÑA MORENO/SÁNCHEZ MARTÍN/GUILLÉN CATALÁN, *Control de transparencia...*, cit., p. 52.

En opinión del conferenciante, la transparencia guarda íntima conexión con las transformaciones sociales recientemente operadas en la sociedad española. El cambio social español requiere, a su entender, que la manifestación del artículo 1 CE no sea solo formal en cuanto a los valores proclamados, sino también material. Para él, la transparencia concierne, y mucho, al Estado social y democrático de Derecho, en un contexto donde se impulsa también la gestión transparente de la economía de mercado<sup>47</sup>.

[29] Tras esta toma de postura, Orduña Moreno se apresuró a puntualizar que lo relevante no es el *control de transparencia* en sí mismo, sino la transparencia como valor superior del ordenamiento jurídico. La tesis que defiende considera, por tanto, que la transparencia, como valor superior, posee la virtualidad de afectar, transformar y aunar el orden público europeo, constituyendo algo más que un simple control de interpretación de los contratos.

En efecto, el ponente vinculó el fundamento del fallo de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 al orden público europeo y, en concreto, el efecto disuasorio que, según esta resolución, el artículo 6.1 Directiva 93/13 (en relación con el artículo 7.1) pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores<sup>48</sup>.

[30] Por ello, Orduña Moreno abogó por una consagración de la transparencia como valor, sin que el hecho de su falta de positivización expresa obste a su reconocimiento jurisprudencial; ello a fin de evitar la constante injerencia del TJUE. Con todo, para una mejora de la calidad democrática y social, el magistrado entendió oportuno un desarrollo de la transparencia a nivel constitucional, incorporado en sentido inteligente y positivo, también como plusvalor para la empresa y los mercados. Con ello, concluyó su ponencia.

## 2. DIFERENTES CONSTRUCCIONES JURISPRUDENCIALES DE LAS NUEVAS INSTITUCIONES DEL MODERNO DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

[31] La ponencia del Excmo. Sr. D Antonio Salas Carceller fue la última intervención de un magistrado de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal

---

<sup>47</sup> Citó, en este sentido, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

<sup>48</sup> Cfr. Párrafos 60-63 Sentencia TJUE (Gran Sala) 21 diciembre 2016 (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; *Gutiérrez Naranjo*).

Supremo en las *Jornadas*. El objeto de la ponencia de Salas Carceller consistió en ofrecer un repaso a través de la reciente labor jurisprudencial en la modernización del Derecho de obligaciones y contratos<sup>49</sup>. No en vano, su ponencia se tituló «*Aportación de la jurisprudencia a la modernización del Derecho de contratos*», dentro de la *segunda mesa* de la *Jornadas*<sup>50</sup>. La exposición la dividió en dos partes: la *primera parte* estuvo dirigida a destacar la influencia de las construcciones jurisprudenciales sobre la PAPDC, con referencia a su exposición de motivos; mientras que en la *segunda parte* se detuvo en explicar con mayor detalle algunas instituciones recogidas en la PAPDC y cuyo desarrollo ha sido eminentemente jurisprudencial.

[32] En la *primera parte*, Salas Carceller aclaró que, «si bien es cierto que la jurisprudencia no nace espontáneamente, pues tiene un importante asidero en la doctrina, existe una diferencia fundamental entre la doctrina y la jurisprudencia, la cual consiste en que la doctrina es múltiple, pues a esta le subyacen diferentes opiniones, mientras que la jurisprudencia tiene una vocación de unificación, lo cual es importante en la aplicación del derecho». A continuación, el ponente resaltó varias de las construcciones de la doctrina jurisprudencial contenidas en la exposición de motivos de la PAPDC, tales como: (i) la definición de la figura del enriquecimiento injustificado; (ii) la división del Derecho de daños –en el que se acoge la doctrina según la cual hay dos ámbitos, uno gobernado por la culpa y otro por el simple riesgo creado (doctrina del riesgo)–; (iii) la doctrina de los actos propios; (iv) la posible revisión de los contratos de larga duración cuando se produce una notable e imprevista modificación de las circunstancias; (v) la unificación del plazo de prescripción a tres años, tanto para responsabilidad contractual como para la extracontractual (art. 612.1 PAPDC); entre muchas otros aspectos.

[33] En la *segunda parte* de la ponencia, el conferenciante señaló las principales –o, como expresó el ponente, las de su mayor interés– aportaciones de la jurisprudencia a la PAPDC. En *primer lugar*, se refirió al *enriquecimiento injustificado*, que, como bien señaló, no tiene una regulación general en el Código Civil (aunque existan ciertas manifestaciones de este, como el cobro de lo indebido). Salas Carceller fundamentó el importante papel de la

---

<sup>49</sup> Sobre el hecho incontestable de que, ante el silencio del legislador, la modernización del Derecho de obligaciones y contratos español ha sido liderada por la jurisprudencia, *vid.* VENDRELL CERVANTES, «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en DEL OLMO GARCÍA/BASOZABAL ARRUE (dirs.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, Derecho comparado y propuestas de modernización*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 305-307.

<sup>50</sup> *Supra* [3].

jurisprudencia en la definición y fijación de los contornos del *enriquecimiento injustificado*<sup>51</sup>. También, destacó el papel de la jurisprudencia en la configuración del denominado «enriquecimiento impuesto»<sup>52</sup>; tomando como base el artículo 66 *quáter* del TRLGDCU, que prohíbe el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

[34] En *segundo lugar*, Salas Carceller se refirió a la confección jurisprudencial de la «opción de compra», tampoco definida por el Código civil. Si bien esta institución no se encuentra expresamente regulada por la PAPDC, sí se apreciarían –a juicio de Salas Carceller– sus contornos dentro de la regulación de las promesas de contrato, lo que en opinión del ponente resulta apropiado, toda vez que la opción de compra únicamente subsiste en los denominados contratos de *leasing*. Sobre este tema, el conferenciante abrió el interrogante de cuándo debía entenderse por concluido el contrato, es decir, en qué momento se entiende que el consentimiento del optante es válido. Al respecto, Salas Carceller manifestó que la jurisprudencia (STS núm. 743/2016, de 21 de diciembre<sup>53</sup>) había optado por tomar partida por la teoría de la declaración de voluntad, en lugar de la de la recepción (cfr. art. 1262 CC).

[35] Y, en *tercer lugar*, el magistrado se refirió al aporte de la jurisprudencia en las interpretaciones fundamentadas en la equidad. Concretamente, se refirió a la *moderación de la cláusula penal*, analizando la evolución de la jurisprudencia. Al respecto, señaló que, si bien en los años 50 la Sala optaba por hacer prevalecer criterios de equidad en la moderación de cláusulas penales, a partir de los años 90 dicha postura fue reemplazada por otra que otorgaba prevalencia al principio del *pacta sunt servanda* (STS núm. 1033/1997 de 29 de noviembre<sup>54</sup>). Orientación esta que ha

---

<sup>51</sup> En particular aludió a la STS núm. 603/2007 de 25 de mayo (MP: Excmo. Sr. Villagomez Rodil), la cual sostiene que la justicia económica impide los enriquecimientos injustificados con evidente lesión patrimonial. STS núm. 603/2007, cit., p. 3 (FD 1.º).

Por nuestra parte, creemos que la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo no ha terminado de definir el contorno de la acción de enriquecimiento injustificado, lo que da lugar a algunas contradicciones por la existencia de atisbos de una concepción tipológica o diferenciadora, que conviven con resquicios de la concepción tradicional (es decir, con los requisitos materiales del enriquecimiento, el empobrecimiento, la relación de causalidad entre ambos y la falta de causa de la atribución) y unitaria (*vid.* VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 307-326).

<sup>52</sup> Recientemente sobre enriquecimiento impuesto o indirecto en la jurisprudencia, GARCÍA VICENTE, «Enriquecimiento sin causa: manca fineza», *Almacén del Derecho*, entrada de blog de 21 de febrero de 2018, «disponible en <http://almacenederecho.org/enriquecimiento-sin-causa-manca-finezza>». [Última consulta: 27/06/2018]; y VENDRELL CERVANTES, *El enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 294-305.

<sup>53</sup> MP: Excmo. Sr. Salas Carceller.

<sup>54</sup> MP: Excmo. Sr. Morales Morales.

sido mantenida durante muchos años. No obstante, Salas Carceller destacó que, recientemente, la jurisprudencia ha vuelto a la interpretación originaria, concretándolo en la STS núm. 530/2016 de 13 septiembre<sup>55</sup>, en la que el Tribunal Supremo se aproxima a la prevalencia de los criterios de equidad, pero esta vez con unos nuevos mecanismos: la vulneración de la moral y el orden público y la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Conviene recordar, en este punto, el artículo 1150 PMCC que habilita al juez a modificar equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido<sup>56</sup>.

Lo anterior, aduce Salas Carceller, en cuanto que la sentencia determina que, si la cláusula penal es excesivamente gravosa desde el momento en que se pacta, se tratará de pactos contrarios a la moral y al orden público. Mientras tanto, si la cláusula penal resulta excesivamente gravosa por circunstancias posteriores, se acude a la doctrina del *rebus sic stantibus*.

[36] El ponente también hizo mención de la aportación de la jurisprudencia en materias tan relevantes en la práctica, como son: la doctrina del *aliud pro alio*, en supuestos de vicios ocultos<sup>57</sup>, y la concreción de los incumplimientos resolutorios<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> MP: Excmo. Sr. Pantaleón Prieto.

<sup>56</sup> A modo de aclaración, creemos que, en la STS núm. 1033/1997 de 29 de noviembre, el Tribunal Supremo parece, más que intentar regresar a las interpretaciones basadas en la «equidad» propias de la doctrina jurisprudencial más tradicional, simplemente, introduce –tal como lo expresa– dos consideraciones a la vigente jurisprudencia; la cual sostiene que la cláusula penal deviene del efecto vinculante de la *lex privata* (art. 1091 CC) y del *pacta sunt servanda* que rechaza la «moderación de la cláusula penal cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento –total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación– que se hubiera producido» [entre otras, se citan las SSTS núm. 585/2006, de 14 de junio (MP: Excmo. Sra. Roca Trías), 170/2010, de 31 de marzo (MP: Excmo. Sr. García Varela), 470/2010, de 2 de julio (MP: Excmo. Sr. O’Callaghan Muñoz)]. Así, entonces, la jurisprudencia ha señalado que la cláusula penal se insertaría en el contrato por la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255) y con una función punitiva y liquidatoria (conforme al art. 1152 CC) [entre otras citadas, la STS de Pleno 21 de abril de 2014, 1228/2012 (MP: Excmo. Sr. Seijas Quintana)]. *Vid.* STS núm. 1033/1997, cit., pp. 6-8 (FD 3.º).

Las «dos consideraciones complementarias» que introduce el Tribunal Supremo a la jurisprudencia, en esta sentencia, son: (i) la perspectiva *ex ante* propia del juicio de validez de las cláusulas penales y (ii) la perspectiva *ex post*; que se dirige al análisis entre las consecuencias dañosas causadas al acreedor por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal y los daños que razonablemente se pudieron prevenir, en la celebración del contrato, por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal. *Vid.* STS núm. 1033/1997, cit., p. 9 (FD 3.º).

<sup>57</sup> Un análisis de la jurisprudencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo respecto a la doctrina del *aliud pro alio* y el incumplimiento (arts. 1101 y 1124 CC) puede verse en FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (evolución del ordenamiento español)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 189-197.

<sup>58</sup> Sobre la moderna caracterización del incumplimiento esencial, entendido como frustración del interés del acreedor, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* RODRÍGUEZ ROSADO, *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 211-229.



[37] Como se observa, el papel axial de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el proceso modernizador, como elemento de retroalimentación, fue insistentemente destacado por el magistrado durante su conferencia. Ello en un contexto espinoso de permanente puesta en entredicho de sus resoluciones por parte de muchos sectores de la sociedad<sup>59</sup>.

#### IV. REFLEXIONES EN TORNO A LA SENDA ESPAÑOLA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS A TRAVÉS DEL ANÁLISIS DE ALGUNAS INSTITUCIONES

[38] A continuación, nos referiremos a las reflexiones sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos español que, durante las *Jornadas*, el resto de los intervinientes expusieron en sus respectivas ponencias. Todas ellas compararon el estado actual de la cuestión con los instrumentos de modernización (en especial, con la PAPDC y, en menor medida, con la PMCC).

##### 1. LA EFICACIA VINCULANTE DE LA PROMESA UNILATERAL GRATUITA DE CONTRATO

[39] La ponencia del profesor Ataz López (Universidad de Murcia) vino anunciada con el siguiente título: «*Condiciones generales para la obligatoriedad de la promesa gratuita*»<sup>60</sup>. Ciertamente, el ponente ofreció al auditorio una serie de reflexiones muy sugerentes al hilo de una institución que acaso haya sido poco tratada.

[40] Ataz López partió de la fuerza obligatoria del contrato. A su juicio, las modernas orientaciones protolegislativas sobre derecho de obligaciones y contratos están cometiendo el mismo error en que incurrió el legislador decimonónico, aunque de modo inverso. Aquel no habría regulado el mundo de la contratación profesional; este soslayaría las relaciones entre particulares. Ni en uno, ni en el otro caso, la parte omitida dejó de existir. En particular, hoy, siguen existiendo importantes relaciones entre sujetos no profesionales. Por tanto, el ponente achacó a los nuevos textos una cierta miopía, al cambiar el foco, en lugar de ampliarlo.

<sup>59</sup> *Supra* [23].

<sup>60</sup> Esta conferencia se insertó dentro de la *primera mesa*; *supra* [3].

[41] A propósito de lo anterior, la ponencia de Ataz López pasó a centrarse en la eventual fuerza obligatoria de las promesas gratuitas, cuya regulación reputa inexistente en el Código civil, a excepción de lo dispuesto en el artículo 1289 CC que, como es sabido, se pronuncia en favor de la menor transmisión de derechos cuando el contrato es gratuito.

[42] Advirtió el conferenciante acerca de la tensión tradicional entre dos principios. Por un lado, el voluntarista –según el cual la sola voluntad bastaría para crear obligaciones– y, por otro lado, el de equidad que prefiere anteponer la prudencia a considerar obligado a quien promete algo a cambio de nada. Ataz López llamó la atención de que las modernas propuestas avanzan hacia el voluntarismo, pese a la conservada relevancia del principio de equidad.

[43] Ataz López aparcó la cuestión apuntada en el párrafo anterior para referirse a la herencia romana, cuyo derecho contractual se erigía –al menos hasta la época post clásica y dejando a un lado la *stipulatio*– sobre una lista taxativa de ocho contratos posibles, de los cuales cuatro eran gratuitos (el mandato, el comodato, el depósito y el mutuo). Y advirtió el ponente asimismo que, con la excepción del mandato, los contratos gratuitos romanos antedichos eran *reales*, esto es, requerían la entrega de la cosa para su perfección. No se admitía en Roma, por tanto, la obligatoriedad de la promesa puramente gratuita. Como tampoco se ha admitido, con carácter general, en el derecho angloamericano, donde tradicionalmente se ha exigido, bien la formulación de la promesa en escritura pública (*deed*), bien la concurrencia de «*consideration*» junto con esta –que actualmente se concibe a través de la reciprocidad<sup>61</sup>–.

[44] De vuelta al Código civil español, el ponente llamó la atención sobre la no regulación, en este, de la prestación gratuita de servicios (aunque sí de la donación). En el Código civil, comodato, depósito, préstamo y mutuo se consideran (aún) contratos reales, al igual que en Roma (arts. 1740 y 1758 CC). Así, quien promete prestar o depositar no quedaría, en principio, obligado a hacerlo. Igualmente, en la donación regulada en el Código civil, solo se producen obligaciones cuando esta se realiza de modo formal (arts. 619 y 622 CC).

[45] Hay que destacar la enorme honestidad del ponente, al reconocer que los argumentos pudieren no ser suficientes para sostener que las promesas gratuitas no poseen, por sí mismas, eficacia vinculante. Asimismo, el conferenciante no perdió de vista el prin-

<sup>61</sup> Anteriormente, la *consideration* se consideraba como una ganancia de una parte en detrimento de la otra. Vid. CALAMARI/PERILLO, *Contracts*, 3rd, Hornbook Series, West, 1987, p. 186. Ahora se considera si hay un lucro recíproco entre ambas partes del contrato. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, cit., vol. I, p. 77. Vid. § 71 del *Restatement (Second) of Contracts*.

cipio voluntarista, antes mencionado, pero invitó a los oyentes a hacer hincapié en la voluntad seriamente manifestada, pues una cosa es tener intención de obligarse y otra, bien distinta, tener intención de exigir al beneficiario de la promesa ir en contra de la voluntad de quien la presta.

[46] Por último, Ataz López insistió en que los textos de modernización son un paso más hacia el voluntarismo y, por tanto, hacia construir, acaso inconscientemente, una eficacia obligatoria de la promesa gratuita.

## 2. EL ESPACIO PARA EL «VENTAJISMO» COMO UN NUEVO VICIO DE LA VOLUNTAD (LA SUPRESIÓN DE LA «VIOLENCIA»)

[47] En la *segunda mesa* de la *Jornadas*<sup>62</sup>, intervino el profesor Gabriel Macanás Vicente (Universidad de Murcia), con la ponencia titulada «*Vida y muerte de los nuevos y viejos vicios de la voluntad*». El conferenciante elaboró un análisis crítico de la denominada «violencia» como vicio del consentimiento –contemplada en el art. 1299 PMCC<sup>63</sup>– y, consecuentemente, fundamentó las razones por las que en la PAPDC se prescindió de la «violencia» y se incluyó el «ventajismo» (art. 527-9 PAPDC<sup>64</sup>), como un nuevo vicio del consentimiento.

[48] Respecto de la supresión de «violencia», el conferenciante explicó que en la PAPDC no se contempló la violencia, como vicio de consentimiento, debido a que se entendió que, «si nos arrancan el consentimiento con una fuerza irresistible», no podría considerarse la existencia de una «voluntad viciada». Arguyó el ponente que lo que ocurre, simplemente, es que *no hay voluntad*. En efecto, Macanás Vicente sugiere que en todo caso sería mejor hablar de

<sup>62</sup> *Supra* [3].

<sup>63</sup> Artículo 1299 PMCC: «1. Podrá ser anulado el contrato por aquel de los contratantes que hubiera prestado su consentimiento por violencia o intimidación. 2. Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. 3. Hay intimidación cuando se inspira injustamente a uno de los contratantes el temor racional y fundado de un mal inminente y grave. 4. Para calificar la intimidación ha de atenderse a la edad y a la condición de la persona. 5. La violencia o intimidación harán anulable el contrato, aunque se hayan empleado por un tercero».

<sup>64</sup> Artículo 527-9 PAPDC: «Ventajismo. 1. Una de las partes puede anular el contrato que en el momento de su celebración otorga a la otra parte una ventaja excesiva, si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que, con conocimiento de causa, se ha aprovechado en contra de la buena fe de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. 2. También puede la parte perjudicada pretender el reequilibrio del contrato sobre la base del precio generalmente practicado en el mercado».

«intimidación» como vicio de la voluntad<sup>65</sup> [el cual, entre otras cosas, sí aparece regulado por el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* y en los *Principles of European Contract Law (PECL)*].

[49] Respecto de la inclusión del «ventajismo» en la PAPDC, el ponente propuso el ejemplo del hijo que convence a su padre para que le done todos sus bienes, teniendo todas las escrituras hechas e indicándole que, si se niega a firmarlas, este considerará que el padre no le quiere. En este ejemplo, Macanás Vicente estima

<sup>65</sup> La intervención de Macanás Vicente –tal como lo anunció– supuso una crítica a la doctrina consolidada por Federico de Castro de considerar la violencia como vicio del consentimiento.

DE CASTRO Y BRAVO, indicó que la diferenciación establecida por el Código civil entre la «violencia» y la «intimidación», como vicios del consentimiento, venía de lo dispuesto en el Proyecto de 1851 [vid. arts. 988, 990 y 991 en GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español (1852)*, Tomo III, Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, pp. 18-24]. En cambio, el autor indicaba, que lo mismo no ocurría en el Código Civil francés, en el que se definía la violencia como intimidación. Ello llevó a DE CASTRO Y BRAVO a cuestionarse el significado que el Código civil atribuía a la violencia como vicio de la voluntad y a tratar de averiguar qué elementos diferenciaban a esta de la intimidación.

DE CASTRO Y BRAVO señaló –citando a García Goyena– que la diferencia entre la «violencia» y la «intimidación» se desprendía de los antecedentes Romanos, del Fuero Juzgo y de Las Partidas. Más adelante (§ 171, p. 134), el autor consideró que para aceptar la diferenciación entre ambos conceptos habría que admitir la violencia en *sentido estricto*, es decir, una violencia que no requiriera reunir los requisitos de la intimidación para considerar que el contrato está viciado por violencia. Lo que no obstaba para que uno u otro concepto pudiesen utilizarse también en sentido amplio (vid. § 172, p. 134).

En relación con la «violencia en sentido estricto» (§ 173, p. 135), a DE CASTRO Y BRAVO no le parecía injustificado que el Código hubiese considerado la «violencia» como vicio especial del consentimiento al analizar los antecedentes de esta (anotaba que de los textos romanos se había deducido –citando el Digesto– la diferencia entre fuerza o violencia física y miedo o violencia moral. También, que, en los viejos textos españoles, al tratar de la fuerza y el temor, se diferenciaba de la intimidación en el supuesto de estar en la cárcel–). En este sentido, DE CASTRO Y BRAVO consideraba que tal diferenciación tenía interés práctico, no cuando la violencia física originara una intimidación «jurídicamente relevante», sino en los supuestos de falta de libertad, en los que no se aprecien o prueben los requisitos de la intimidación. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1971, pp. 133-135.

Resulta pertinente también destacar la matización que DE CASTRO Y BRAVO realiza sobre el temor conducente a la anulación del contrato por intimidación. A su juicio, la venta apresurada por exigencias económicas de un contratante no vicia el contrato por intimidación, como tampoco provocarían tal efecto las situaciones de «terror ambiental» en ambientes revolucionarios. En este último supuesto –y es importante precisar esto– DE CASTRO Y BRAVO advierte que nos encontramos, más bien, ante una conducta dolosa (art. 1269 CC) de quien se propone aprovechar, para obtener *ventajas injustas*, el temor insuperable que racionalmente pensado había de producir en el contratante que lo sufre (vid. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., §§ 182-183, pp. 141-142).

Por su parte, PRATS ALBENTOSA estima que la violencia vicia el consentimiento cuando «lo irresistible de la fuerza» se refiere a que, quien declaró, se encontraba en una posición de debilidad frente a la que no cabría resistencia, es decir, donde no cabía oposición eficaz, y donde implicaba una privación de la libertad de decidir. Por tanto, no se trata de una *vis ablativa* (en el sentido de que quien declaró sea forzado a emitir o hacer signos propios de la declaración). PRATS ALBENTOSA, «Violencia e intimidación sufrida por el representante y eficacia del acto jurídico celebrado por él», en Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (ed.) *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, vol. II, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 2605.

que es difícil encajar los supuestos de la violencia e intimidación (pues el padre está en todos sus cabales) y, por ello, en casos como este, se hablaría de «ventajismo». Los efectos del ventajismo, como indicó el conferenciante, serían los de anular la voluntad, en el supuesto que una de las partes contratantes tenga una ventaja excesiva y desproporcionada, aprovechándose de una serie de circunstancias –enunciadas de manera *ejemplificativa* en el art. 527-9 PAPDC<sup>66</sup>–. Finalmente, Macanás Vicente señaló que el supuesto del «ventajismo» está contemplado en el *DCFR*, en los *PECL* y en el Código civil de Catalunya (art. 621- 45), pero no regulado como vicio del consentimiento<sup>67</sup>.

### 3. LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONTRATO

[50] En la *tercera mesa*<sup>68</sup> de las *Jornadas*, intervino la profesora Carmen Leonor García Pérez (Universidad de Murcia), con la ponencia titulada «*Nuevas orientaciones en materia de determinación del precio*». Su ponencia, fundamentalmente, se dirigió hacia el planteamiento de los diferentes criterios de determinación del precio del contrato, conforme a los nuevos instrumentos del moderno Derecho de contratos y obligaciones. Lo anterior, debido a que, como sostuvo la conferenciante, en el régimen actual del Derecho español, la falta de dichos criterios ha llevado a entender, bien que el contrato no ha llegado a celebrarse, bien que es nulo por falta de estipulación del objeto (precio). Ello no sería adecuado, pues, como también expresó García Pérez, «la esencialidad del precio reside, precisamente, en su existencia, más no estriba en el *quantum* concreto». Partiendo de que, a pesar de la falta de determinación contractual del precio, el contrato se considere existente y válido, la ponente observó que la concreción del precio sería imprescindible para permitir el cumplimiento de la obligación.

<sup>66</sup> *Supra* nota 64.

<sup>67</sup> Podría cuestionarse, como así se hizo en el debate que siguió a la ponencia de Macanás Vicente, si el ventajismo, tal como figura regulado en el artículo 527-9 PAPDC no sería, en realidad, un supuesto de *lesión* que amparase la rescisión del contrato. En este sentido, el Código civil de Catalunya regula de manera conjunta, en la misma subsección, la «ventaja injusta» y la «lesión en más de la mitad» (*cf.*: arts. 612-45 y 621-46 CCC), estableciendo para ambas acciones el mismo plazo de prescripción (art. 621-48 CCC). En ambos supuestos, la legislación catalana trata de mantener el contrato; si bien en el caso de la ventaja injusta se precisa intervención judicial a petición de la parte interesada. La diferencia, eso sí, entre ambas instituciones es que la lesión en más de la mitad parte de un concepto objetivo de lesión, mientras que la ventaja injusta obliga, por definición, a atender a las circunstancias particulares.

<sup>68</sup> *Supra* [3].

[51] En la primera parte de su exposición, García Pérez señaló que no hace falta que las partes hayan establecido explícitamente un mecanismo de determinación del precio, ya que basta con este sea implícito y, a partir de la voluntad de las partes, se permita aplicar mecanismos sustitutorios que faciliten la ejecución de la prestación (por ejemplo, menciona, el precio generalmente practicado en el mercado).

[52] En la segunda parte de su presentación, la ponente, atendiendo a los criterios subjetivos expuestos en la primera parte de su exposición, señaló y explicó tres criterios de determinación del precio, como son (i) la determinación del precio por un tercero (recogida en el artículo 1277.2 PMCC y 525-4 de la PAPDC; (ii) la determinación del precio por las partes; y (iii) la integración judicial del precio<sup>69</sup>.

#### 4. NUEVAS ORIENTACIONES DEL REMEDIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL EN DIVERSOS TEXTOS JURÍDICOS

[53] Tampoco defraudó la conferencia impartida por la profesora Esther Arroyo Amayuelas, insertada dentro de la *tercera mesa*<sup>70</sup>. La ponente partió de que la *resolución* constituye una alternativa a la pretensión de cumplimiento que se da en contratos bilaterales con obligaciones recíprocas. La conferenciante no recogió el testigo del Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán cuando, en su conferencia inaugural, aludió, a propósito de la cláusula de vencimiento anticipado, al problema de determinar si en un contrato de préstamo es posible la resolución por incumplimiento<sup>71</sup>.

[54] Como fuere, Arroyo Amayuelas subrayó la existencia de una pluralidad de soluciones en los ordenamientos jurídicos en lo relativo a la resolución; soluciones deudoras de otra decisión de política legislativa. Antes de indicar en qué divergen los ordenamientos a este respecto, Arroyo Amayuelas apuntó que todos convergen entre la necesidad de ponderar el interés del acreedor en poner fin al contrato y el interés del deudor en mantenerlo, si todavía puede cumplir. Esta obligada ponderación explica que, para la resolución, se exija un incumplimiento de cierta entidad.

<sup>69</sup> Vid. GARCÍA PÉREZ, «El contenido del contrato y la determinación del precio en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil», *ADC*, 2017-III, pp. 1073-1137.

<sup>70</sup> *Supra* [3].

<sup>71</sup> *Supra* [21].

[55] Dicho esto, Arroyo Amayuelas se extendió sobre las distintas soluciones que ofrecen los ordenamientos, refiriéndose en particular a los derechos español civil común, francés y alemán.

[56] La ponente repasó que, en el ordenamiento español, rige aún el sistema de resolución judicial que permite al juez conceder al deudor un plazo, cuando concurren causas justificadas (art. 1124 III CC). Mientras tanto, en Alemania opera el reconocimiento de la resolución unilateral del acreedor, una vez transcurrido el plazo adicional de cumplimiento o *Nachfrist* (§ 323 BGB). El sistema francés, tras su reforma de 2016, permite la resolución extrajudicial, sin erradicar por completo la resolución judicial, que se declara compatible con cualquier otra. Valoró la ponente que, con este sistema, es de suponer que, al exigir la gravedad del incumplimiento, el deudor se oponga a la resolución y termine siendo el juez quien finalmente decida.

[57] No ocultó la ponente sus simpatías hacia un sistema de corte alemán, toda vez que no deja al acreedor a expensas de lo que el juez termine considerando sobre la esencialidad del incumplimiento, reforzándose así la seguridad jurídica y evitándose la siempre imprevisible decisión judicial. Para Arroyo Amayuelas, la solución alemana del *Nachfrist* cohonestaría tanto el interés del acreedor, conjurando costes de transacción, como el interés del deudor, que no queda absolutamente desamparado, gracias al plazo adicional. Criticó, por ello, la ponente la sugerida introducción de correctivos al sistema del plazo adicional de cumplimiento, basados en «dar voz» al juez. Con ello, entiende que se convierte en provisional la decisión del acreedor –que además queda privada de novedad– salvo en los supuestos donde el carácter esencial del incumplimiento resulta extremadamente evidente.

[58] También advirtió la conferenciante que en las directivas comunitarias se sigue el sistema del *Nachfrist*, con algunos matices, convirtiendo en incumplimiento esencial (y, por ende, resolutorio) aquel que inicialmente no lo era. Así, en el artículo 18.2 Directiva 2011/83<sup>72</sup>.

En este sentido, la ponente destacó la dificultad intrínseca de saber cuándo el incumplimiento es verdaderamente esencial, principalmente ante aquellos incumplimientos aparentemente de esca-

<sup>72</sup> Art. 18.2: «Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato».

Entre nosotros, se ha ocupado del análisis de este precepto, FENOY PICÓN, «La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores», *ADC*, 2013-II, pp. 767-768, 771-780 y 807.

sa relevancia en términos absolutos, pero que no lo son en términos relativos. Mencionó aquí el recurso, por alguna jurisprudencia alemana, de criterios como no considerar incumplimiento esencial la entrega de la cosa con desperfectos, cuando el coste de reparación no excede de un determinado porcentaje sobre el precio de venta inicial<sup>73</sup>.

[59] Volviendo al panorama español<sup>74</sup>, Arroyo Amayuelas manifestó que las soluciones modernas a las que se ha llegado, y a pesar de haberse relajado el carácter judicial de la resolución, siguen inspiradas en la idea de que, al final, es el juez quien debe valorar la *esencialidad* del incumplimiento<sup>75</sup>. Es por ello por lo que la ponente consideró acertada la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, cuyo artículo 518-14.1 permite al acreedor resolver el contrato si el deudor, en el plazo razonable que le fije para ello, no cumple o subsana la falta de conformidad. Plazo adicional que será razonable siempre que permita al deudor cumplir.

[60] Arroyo Amayuelas se refirió también al modelo catalán<sup>76</sup> (art. 621-41.3 CCC al que critica haber seguido el modelo del CESL (arts. 115 y 135). A estos efectos, el modelo del CELS solo se refiere a un retraso en el cumplimiento no esencial en sí mismo,

<sup>73</sup> Estos criterios de corte cuantitativo, para determinar la esencialidad del incumplimiento, corren el riesgo de situarnos ante la denominada «paradoja sorites» (del griego, «montón»). El fundamento de la citada paradoja parte de la pregunta de en qué momento un montón de arena deja de serlo: sabemos que uno, dos o tres granos no forman un montón y, al mismo tiempo, que un millón de granos sí lo hacen. No está claro, sin embargo, el punto exacto donde el montón, bien comienza, bien se desvanece como concepto.

Es justo indicar aquí que esta paradoja ya ha sido empleada por un eminente autor del ámbito de las ciencias penales a propósito de la escurridiza distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente (vid. MOLINA FERNÁNDEZ, «La cuadratura del dolo, problemas irresolubles, sorites y derecho penal», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 691-742).

<sup>74</sup> A juicio de Arroyo Amayuelas, un antecedente del *Nachfrist* en el Derecho español se aprecia en el artículo 1504 CC. A este respecto, vid. FENOY PICÓN, «La *Nachfrist*, el término esencial y la negativa del deudor a cumplir, y la resolución por incumplimiento en el Texto Refundido de Consumidores, en la Propuesta de Modernización del Código Civil, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, y en el Proyecto de Ley del Libro Sexto del Código civil de Cataluña», *ADC*, 2015-III, pp. 831-839.

Ha criticado la norma del artículo 1504 CC, defendiendo su derogación, PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases...», cit., p. 1733 y, sobre todo, nota 49.

<sup>75</sup> En relación con el *Nachfrist* en Derecho español y su reconocimiento; y a propósito de la conferencia dictada por el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller (*Supra* [31] a [37]), vid. STS núm. 348/2016, de 25 de mayo (MP: Excmo. Sr. Pantaleón Prieto).

Valiosos apuntes para una futura regulación del *Nachfrist* en Derecho español se contienen en SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, pp. 477-480. A juicio de esta autora, dos notificaciones serían idealmente pertinentes. Una concediendo un plazo adicional al deudor; otra declarando, en su caso, la resolución una vez transcurrido el plazo de forma infructuosa (*Ibid.*, p. 480).

<sup>76</sup> Sobre el pacto comisorio, analizado a la luz del *Nachfrist*, en el *Projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes*, FENOY PICÓN, «La *Nachfrist*...», cit., pp. 830-831.



pero no se ocupa de los casos de falta de conformidad no subsanada, donde la no subsanación no constituiría, a su juicio, un incumplimiento esencial.

[61] Arroyo Amayuelas puso fin a su exposición con varias reflexiones, que podrían resumirse en lo que sigue. En primer lugar, recalcó que, aunque la «esencialidad» como requisito primordial del incumplimiento ha bebido tradicionalmente de la necesidad de mantener el contrato, como principio, el actual contexto económico y tecnológico reduce los costes de comunicaciones y de devolución de mercancías, con lo que podría ser adecuado repensar su papel. En segundo lugar, advirtió acerca de lo incongruente que, en su opinión, resulta el establecimiento de un sistema de resolución en función del tipo de incumplimiento. Por último, llamó la atención sobre lo inadecuado que, a su modo de ver, sería recoger el sistema del plazo adicional de cumplimiento en contratos con consumidores.

## 5. LA PROTECCIÓN E INTEGRACIÓN DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR MEDIANTE LA ACCIÓN PAULIANA

[62] Cerró la última de las *mesas*<sup>77</sup> el profesor Juan Antonio Fernández Campos con una ponencia que llevó por título «*La regulación de la rescisión por fraude de acreedores en la PCC*». Su exposición se articuló en torno a la regulación de la rescisión en el Código civil vigente, cuyos antecedentes legislativos expuso con gran claridad. Así, informó que el Proyecto de Código civil español de 1851 decidió incluir la rescisión por fraude como supuesto de rescisión de los contratos; y de que el actual artículo 1111 CC tiene su origen en los artículos 1166 y 1167 *Code civil*. En esta línea, advirtió de lo entremezcladas que se encuentran, como consecuencia de la decisión del legislador decimonónico, la rescisión por lesión y la rescisión por fraude; al tiempo que destacó la labor de deslinde llevada a cabo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

[63] Acto seguido, Fernández Campos repasó los aportes de la PMCC. La PMCC contiene, a su entender, detalles importantes y que, según indicó, se han tenido en cuenta para la redacción de la PAPDC. Entre tales pormenores se encuentran, para él, (i) la enumeración de los actos (que no contratos) rescindibles que el artículo 1310 PMCC realiza; (ii) la incorporación de la presunción de fraude sobre aquellos actos gratuitos realizados con personas especialmente relacionadas con el deudor, tomada del Derecho concursal (arts. 71.3 y 93 LC); (iii) la posibilidad de que el deudor indem-

<sup>77</sup> *Supra* [3].

nice al acreedor defraudado, como forma de conjurar el perjuicio (art. 1311 PMCC); y (iv) el cómputo del *dies a quo* para el ejercicio de la acción (desde que hubiera resultado conocido o se hubiera debido conocer el acto fraudulento), en lo que supone una incorporación de la regla del artículo 37 LH (y del criterio del Proyecto de 1851). Con todo, el ponente criticó la asimilación que, a su juicio, la PMCC establece entre la acción pauliana y la nulidad, a propósito de lo dispuesto en el art. 1314 PMCC, en tanto que disciplina el regreso del bien enajenado al patrimonio del deudor. A su entender, lo razonable radica en que la rescisión por fraude no comporte la vuelta de los bienes enajenados al patrimonio del deudor.

[64] Con estos mimbres, Fernández Campos subrayó que la PAPDC comparte las mismas bases de la PMCC, pero incorporando un detalle que considera muy acertado: la separación de la rescisión por fraude de acreedores de la rescisión por lesión; en consonancia con la tesis de De Castro<sup>78</sup> y el Código civil italiano de 1942. No obstante, reputó erróneo, de la PAPDC, que en su artículo 519 no se incluya la posibilidad de reparar el perjuicio ocasionado al acreedor mediante la indemnización.

[65] No faltó en la última de las ponencias una luminosa relación del Derecho comparado sobre la materia. En concreto, Fernández Campos expuso la regulación francesa del *Code* tras su reforma de 2016, la italiana y la portuguesa (esta última, a su juicio, siempre injustamente defenestrada en España). Destacó el ponente lo decepcionante de la nueva normativa francesa, donde la rescisión no lleva aparejada la nulidad, sino que se reduce a una mera declaración de ineficacia. En contraposición, alabó la legislación italiana, más protectora del acreedor, incluso cuando la obligación se halla sometida a condición o término, o cuando el acto se realice con anterioridad al nacimiento del crédito. Elogios estos que mantuvo para la acción pauliana portuguesa, reproductora del Código civil italiano en este punto, pero titular de la interesante novedad de invertir la carga de la prueba de la insuficiencia de bienes en el patrimonio del deudor, la cual se hace descansar sobre el deudor o el tercero.

[66] Fernández Campos puso fin a su ponencia, y con ello a las *Jornadas*, alabando la regulación de nuestro Código civil en materia de rescisión por fraude de acreedores, que supera con creces, a su juicio, la del *Code*, sin perjuicio de las pertinentes necesidades de mejora que han aflorado tras más de un siglo de jurisprudencia y estudios doctrinales y que se recogen en sendas propuestas de reforma del Código civil de 2009 y 2016.

---

<sup>78</sup> DE CASTRO Y BRAVO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», *RDP*, 1932, p. 196; *El negocio jurídico*, cit., §§ 586-587, pp. 518-520.

## 6. EL DESISTIMIENTO COMO HERRAMIENTA EN EL MODERNO DERECHO DE CONTRATOS

[67] La quiebra de los principios tradicionales de igualdad de las partes contratantes y autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) a propósito de la contratación en masa y el Derecho de consumo estuvo también presente<sup>79</sup> en la conferencia impartida por el Ilmo. Sr. Miguel Ángel Larrosa Amante, Presidente de la Audiencia Provincial de Murcia, en una conferencia titulada «*La facultad de desistimiento en el moderno derecho contractual*»<sup>80</sup>. El magistrado inició su ponencia llamando la atención sobre las tres ideas básicas en torno a las que se ha articulado el derecho de desistimiento en el marco del actual Derecho de consumo, a saber, (i) la información precontractual; (ii) la existencia de normas imperativas que inciden directamente sobre el contenido del contrato; y (iii) la necesidad de proteger al consumidor mediante esquemas jurídicos sencillos (desistimiento como facultad).

[68] Como mecanismo de protección al consumidor, el ponente hizo hincapié en los esfuerzos comunitarios por la armonización, en contraste con el sistema español que regula un régimen general común del desistimiento que no responde a la trasposición de ninguna directiva comunitaria (arts. 68 y 69 TRLGDCU). Esta regulación general convive con otras regulaciones especiales, como es la presente en el propio TRLGDCU para contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil o a distancia.

[69] El magistrado dedicó especial atención a la idea de que, según el régimen general de desistimiento, este derecho solo se puede ejercer cuando se reconozca legal o contractualmente. Así, advirtió sobre la existencia de dos tipos de desistimiento, el legal y el contractual. Recogiéndose el primero allí donde el legislador lo ha previsto expresamente<sup>81</sup>. A juicio del conferenciante, el desistimiento legal estaría pensado para contratos más complejos celebrados normalmente a distancia, mientras que el contractual voluntariamente concedido como derecho por el empresario desplegaría sus efectos en el tráfico más cotidiano.

[70] En este sentido, llamó la atención sobre la incidencia que el régimen común del desistimiento del Derecho de consumo (arts. 68 y 69 TRLGDCU) presenta, para ambos tipos de desisti-

<sup>79</sup> *Supra* [27]; ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.

<sup>80</sup> Su ponencia se encuadró dentro de la *segunda mesa*; *supra* [3].

<sup>81</sup> Por ejemplo, en los artículos 102 y ss. TRLGDCU, en el artículo 10 LOCM, o en el artículo 12 de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

miento, en cuestiones como la carga de la prueba, la obligación de comunicar, el plazo de ejercicio unificado, la restitución de prestaciones, o la extinción de los contratos complementarios o vinculados al principal.

## V. CONCLUSIONES

[71] Las *Jornadas Internacionales sobre Actualización del Derecho de obligaciones y contratos* han significado una oportunidad inmejorable para abordar algunas cuestiones del proceso de modernización del Derecho de obligaciones y contratos español; proceso a día de hoy inconcluso.

[72] Es justo señalar el exquisito cuidado que los organizadores guardaron para congregar en las *Jornadas* hasta a cuatro magistrados como ponentes; tres de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo y uno de la Audiencia Provincial de Murcia. Y es que, como ya se ha apuntado, sería ingenuo negar el relevante papel desempeñado por la jurisprudencia en el proceso de modernización (y en la aplicación práctica del Derecho, en general). Este papel central tuvo su fiel reflejo en el cartel de las *Jornadas*.

[73] El rigor intelectual y la calidad técnica de las ponencias han dejado sobre la mesa valiosas ideas y reflexiones a beneficio de inventario de los asistentes. Los debates que se suscitaron durante el correspondiente turno de preguntas al final de cada exposición son prueba irrefutable de lo sugestivo y sustancioso de las intervenciones.

[74] Los resultados finales de las *Jornadas* se plasmarán en una obra colectiva coordinada por sus organizadores y que verá la luz a finales de este año.

[75] Solo resta concluir destacando el mérito del que las reseñadas *Jornadas* y sus organizadores son acreedores.

## BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

### Libros\*

**ANDERSON, Miriam/ARROYO AMAYUELAS, Esther (eds.): *The Impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*, Europa Law Publishing, Groningen, 2017, 460 pp.**

En el momento de escribir estas líneas (mayo de 2018), la Directiva 2014/17 UE todavía no se ha incorporado al Derecho español. A estas alturas somos los únicos que faltamos. No parece que como excusa sirva que el Proyecto de Ley, precedido de dos anteproyectos y presentado ya fuera de plazo en noviembre de 2017, persiga no solamente aquella incorporación sino también «potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria», según reza la Exposición de Motivos. Con todo, cabe achacar al menos en parte las dificultades de transposición a la Directiva misma; a la falta de claridad de sus objetivos y al complicado diseño de su propio ámbito de aplicación con los problemas de solapamiento y deslinde con el de otras normas, señaladamente la regulación del crédito al consumo. Una Directiva cuya gestación ha tardado más de doce años con variaciones de enfoque, sobre todo a raíz del impacto de la crisis económica a partir de 2007; y que terminó poniendo el acento en el préstamo responsable, en beneficio de los consumidores y de la estabilidad del sistema financiero. De ahí que la regulación se dirija, sobre todo, a las medidas preventivas que deben ser observadas por los prestamistas, tanto en lo que se refiere a su propia organización, como a la publicidad y a la información precontractual; con especial énfasis en el contenido personalizado de dicha información y el período de reflexión que necesariamente ha de procurarse a los consumidores prestatarios. Bastante menos detallada, en cambio, en lo que se refiere al contenido y la ejecución de los contratos, salvo en algunos aspectos; y con reducida incidencia en el régimen del derecho real de hipoteca, limitándose a algunas recomendaciones generales relativas a la ejecución pero dejando amplio margen a los Estados miembros. La transposición en los distintos ordenamientos no ha sido, en general, tarea fácil, observa Peter Sparkes (capítulo 2), y en algunos ha conducido a una nueva reorganización del régimen del crédito al consumo, como ha ocurrido en Alemania, a través de la modificación del Código civil.

La obra editada por Miriam Anderson y Esther Arroyo, como indica su título, analiza el impacto de la Directiva en varios Estados miembros. Su origen se encuentra en el *workshop* organizado en la Universidad de Barcelona en octubre de 2016, incorporando ahora las contribuciones de expertos de

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

otros Estados miembros que no participaron en aquel evento. El libro se divide en tres partes. La Parte I se compone de dos capítulos introductorios. En el primero, Esther Arroyo nos ilustra, con detalle y concisión, sobre los temas abordados por la Directiva y los aspectos principales de su transposición en los distintos ordenamientos, con la oportuna remisión a los informes nacionales: préstamo responsable (información y asesoramiento precontractual); prácticas de ventas vinculadas y combinadas; período de reflexión precontractual o facultad de libre desistimiento; evaluación de la solvencia del consumidor; pago anticipado; préstamos en moneda extranjera; sistemas de tasación del valor del inmueble; sistemas de ejecución, intereses moratorios y responsabilidad personal del deudor. En el segundo capítulo, Peter Sparkes analiza en clave crítica una Directiva cuyos titubeos sobre su ámbito de aplicación y el núcleo de su regulación –situado en torno a las medidas para fomentar el préstamo responsable y centrado en deberes previos o coetáneos a la celebración del contrato– probablemente han impedido una decidida y clara regulación del crédito garantizado con garantía inmobiliaria, no limitada a consumidores. La II Parte, la más extensa, se dedica a los once *National Reports* de España (Miriam Anderson y Héctor Simón Moreno, pp. 50 a 111), Bélgica y Francia (Benjamin Verheye y Vincent Sagaert, pp. 114-163) Inglaterra (Sarah Nield, pp. 166-204), Alemania (Dieter Krimphove y Christoph Lüke, pp. 206 – 233), Grecia (Anastasios Moraitis, pp. 236-272), Irlanda (Mark Jordan pp. 274 a 301); Italia (Elena Bargelli y Giulia Donadio, pp. 304 a 331), Malta (Kurt Xerri pp. 334 a 357); Holanda (J. Michael Milo, pp. 360-381), Polonia (Magdalena Habdas, pp. 384-421) y Portugal (Mariana Fontes da Costa, pp. 424-443). La III Parte cierra el volumen con el capítulo de J. Michael Milo de *Comparative remarks* en torno a la difícil armonización de una Directiva que incide sobre escenarios (fácticos y normativos) nacionales distintos, con un lúcido, aunque puntual y breve, análisis de las variantes en lo que se refiere al contrato de préstamo y los aspectos convergentes en la garantía inmobiliaria.

En los capítulos introductorios y en los sucesivos informes nacionales se suministra un acabado conocimiento, abundante a la par que incisivo y crítico, sobre el contenido y los objetivos de la Directiva. Pero, como el título de la obra ya nos advierte, su principal cometido es averiguar el impacto de su transposición. Cada uno de aquellos informes acusa la impronta de su propia experiencia ante la crisis económica, el alcance y las causas de su repercusión sobre el crédito hipotecario destinado (fundamentalmente) a vivienda, así como el cauce seguido para incorporar la Directiva a su respectivo ordenamiento. La mayoría de las contribuciones son prolijas en cuanto a los detalles de su propio sistema en lo que se refiere al marco socio-económico del mercado de la vivienda, las garantías inmobiliarias (tipos y rasgos principales), el entramado normativo del préstamo destinado a financiar su adquisición, así como en lo relativo a los organismos públicos encargados de intervenir en aquél mercado y velar por el cumplimiento de esta normativa. La cantidad y la calidad de la información contribuye, de por sí, a la indudable utilidad de una obra que ha logrado sintetizar aspectos de elevado interés para cualquier estudioso de la materia. Pero, más allá de la abundancia de datos, se descubren distintos niveles de lectura y de reflexión a partir del contenido de las *national reports*. En lo que sigue destacaré algunos de ellos.

Empecemos por la crisis y sus repercusiones. «Crisis? What Crisis?» titula Esther Arroyo su aportación, con reminiscencia de *Super Tramp*. La Directiva se ocupa y preocupa de la educación financiera de los consumidores y de

los requisitos, conocimientos y competencias exigibles al personal de las entidades que conceden préstamos; detalla la información precontractual personalizada e insiste en la ineludible evaluación previa de la solvencia como condicionante de la concesión del préstamo. Se observa por algunos autores que se trata de aprender de las enseñanzas del pasado reciente; se evitará la temeraria concesión de crédito irresponsable con devastadores efectos. Malta aparece como el paradigma de la encomiable prudencia que no solamente la resguardó de la tormenta sino que permitió una relativamente plácida incorporación de una Directiva que no suponía grandes novedades respecto de las reformas ya introducidas en 2011. Pero el informe de Italia revela el espíritu conservador, tanto de bancos como de consumidores, lo que no impidió el azote de una crisis económica, más que del sistema financiero.

Los deberes de información, aunque tengan aspectos positivos, ofrecen también el flanco a la crítica por su excesivo detalle y formalidad (especialmente en los *reports* de Bélgica y Francia, Alemania e Inglaterra). Sobre todo, no deja de ser una extraña respuesta a la crisis financiera llegar a la conclusión de que «*European consumers merely need to be educated better*» (P. Sparkes). En la mayoría de los informes (salvo, quizá, el de Alemania) se resalta que las preferencias se inclinan a tener una vivienda en propiedad. Opción favorecida e impulsada, además, por políticas públicas, con beneficios fiscales. La preferencia es notable no solamente en España, sino también (con detallada explicación de los motivos) en Francia, Inglaterra, Irlanda, Italia, Malta, Holanda o Portugal. En Bélgica se dice que los belgas nacen con «un ladrillo en el estómago»; y en Polonia, a pesar de la relativa juventud de su mercado hipotecario y del libre acceso a la propiedad privada, se observa la misma tendencia. ¿Opción irresponsable? En Inglaterra se ha observado que la utilidad de la extensa información como guía para la elección de los consumidores es muy relativa. Explica Sarah Nield que, en el ámbito tratado, la atención se focaliza en la vivienda que se pretende adquirir, más que en la hipoteca; adquiere relieve sobre todo el coste inicial de la operación, descuidando otros aspectos; la mayoría accede al mercado del crédito con poca experiencia frente a la amplitud de la de su contraparte, pero soporta íntegramente el riesgo del advenimiento de circunstancias adversas que le impedirán en el futuro el cumplimiento puntual. Para el consumidor no se trata simplemente de elegir en el mercado de los préstamos hipotecarios. No cabe desconocer, en este sentido, la importancia de otras alternativas para acceder a la vivienda, aspectos en los que también inciden Elena Bargelli y Guilia Donadio. En el diagnóstico ha de entrar la política pública de subvenciones y de vivienda social; la disciplina del contrato de arrendamiento y la protección y estabilidad que se brinda al arrendatario. La escasez de la primera y el escaso atractivo de la segunda son factores de necesaria consideración a la hora de abordar la regulación de los créditos dirigidos a la adquisición de vivienda.

La crisis, además, supuso el precipitado de cláusulas impuestas por los prestamistas que encontraron el terreno propicio de prestatarios con dificultades para cumplir puntualmente. Cláusulas muchas de las cuales gozaban de amplia solera, pero quizá habían tenido menor ocasión para mostrar su potencial; mientras que otras parecen de más reciente expansión (cláusulas suelo y préstamos denominados en moneda extranjera). Aunque no sea el cometido de la Directiva 2014/17, algunos de los *reports* ofrecen detallada información sobre las cláusulas y prácticas abusivas que, en sus respectivos sistemas, han provocado efectos perniciosos sobre todos los prestatarios, no solamente

consumidores. El informe español es, con diferencia, el más amplio sobre este punto, dando resumida cuenta de los efectos que entre nosotros ha tenido la jurisprudencia del TJUE, amén de los temas que han ocupado, y en ello seguimos, la atención de nuestros tribunales: intereses moratorios, vencimiento anticipado, cláusula suelo, gastos e impuestos; alcanzando su análisis a prácticas *unfair* (swaps, créditos multidivisa... etc.) y el papel que en este escenario han tenido y pueden tener en el futuro Notarios y Registradores. Mientras que algunos informes, en cambio, apenas inciden sobre estos aspectos (por ejemplo Bélgica, Francia o Alemania) en otros la mayor preocupación se manifiesta hacia alguna práctica en particular, señaladamente los préstamos en moneda extranjera (Irlanda, Grecia y Polonia),

La crisis, *last but not least*, extendió la incapacidad para hacer frente al pago regular de los préstamos y, con muy distinta intensidad, provocó el incremento de las ejecuciones hipotecarias; y todo ello en un escenario en el que el estallido de la burbuja inmobiliaria y la depreciación de la garantía engrandecían los defectos inherentes a la regulación. En este punto la obra nos ofrece un detallado e ilustrativo panorama de objetivos y medidas. En algunos países la respuesta tuvo lugar con relativa prontitud y ante los primeros síntomas. Medidas de diversa índole cuyo éxito en ocasiones ha sido muy limitado, por razón de los exigentes y restrictivos requisitos para su adopción (como ha ocurrido en España). Resulta de interés observar que la reacción en algunos sistemas ha provenido de los tribunales, más que de instancias normativas, provocando debate doctrinal y variedad de criterios; como se refleja en los informes de España, Grecia y Portugal. Proceso en el que además ha tenido importante papel la labor desarrollada por diversas asociaciones que, junto a los demás operadores jurídicos, han tenido decisiva influencia en la norma vigente y su futuro desarrollo, a decir de J. M. Milo.

La obra, en definitiva, ofrece un detallado panorama del terreno sobre el que la Directiva 2014/17 incidía, así como de las alternativas que ofrecía su implementación. El lector observará que por la mayoría se habían adoptado ya exigencias precisas de información y «educación», unidas a extensa supervisión por órganos públicos. Que el legislador había ensayado recetas para cumplir lo que venía a pedir el artículo 28 de la Directiva 2014/17 a los Estados miembros: la razonable tolerancia ante los impagos para evitar la ejecución; limitar intereses moratorios; no impedir el pacto marciano (expresamente contemplado en Italia) ni que la responsabilidad del deudor pueda limitarse a lo que se obtenga en la ejecución hipotecaria; establecer los cauces que permitan, en su caso, obtener el mejor precio en la ejecución (lo que puede implicar incluso descartarla por ineficiente, pero en cualquier caso sistemas de tasación adecuados), así como facilitar el reembolso de lo que, en su caso, no hubiere sido cubierto con aquella.

En lo que hace a la materia de la que la Directiva se ocupa con mayor extensión y detalle, se verá que la norma *ad hoc* no es la única y ni siquiera la solución más deseable para lograr la coherencia entre el Derecho nacional y la norma comunitaria. De otro lado, las opciones *opt in* y *opt out* de la Directiva y, por ende, el diseño de su ámbito de aplicación, han recibido distinta consideración; y son también variadas las previsiones a través de las cuales se han concretado en cada país aspectos relativos al contenido del contrato de préstamo y a la ejecución de las garantías inmobiliarias para cumplir con unas exigencias comunitarias algo evanescentes. Sirva de ejemplo de lo primero la regulación de las prácticas de ventas vinculadas; en la Directiva se describen en primer término como prohibidas (art. 12), para admitir a ren-



glón seguido excepciones; excepciones que en algunos países se han incorporado con la máxima amplitud (por ejemplo en Alemania), mientras que en otros se reducen a la cuenta de pago o ahorro (por ejemplo, en Grecia).

La mayoría de las reflexiones conclusivas, no obstante destacar algunos aspectos positivos, dan cuenta de una Directiva que acusa sus límites. Desde deberes, como la evaluación de la solvencia, para los que no se prevé consecuencia contractual; hasta problemas heredados del pasado reciente cuya solución no parece haberse facilitado (préstamos en moneda extranjera en curso; pretensiones del acreedor y sus límites ante los apuros del deudor; responsabilidad personal del deudor en caso de insuficiencia de la ejecución, etc.). Sobre todo, una Directiva que no ha querido, o no ha podido, abordar en profundidad lo que se apunta por varios como lo realmente necesario para un mercado transfronterizo: el régimen unificado del crédito hipotecario, acompañado por las medidas específicas que precise la protección de los consumidores. Cometido que se encuentra lejos de haber alcanzado, a pesar del nombre con el que, también en esta obra, habitualmente se la designa.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Murcia

**GRAMUNT FOMBUENA, Mariló/FLORENSA I TOMÀS, Carles E.**  
(dirs.): *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson,  
Madrid, 2017, 351 pp.

La editorial Dykinson publica el libro *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*. Esta publicación tiene su origen en el Congreso Internacional que, bajo el título «Diseño y codificación de instrumentos reequilibradores en contextos de asimetría negocial», tuvo lugar en la Facultad de Dret de la Universitat de Barcelona, durante los días 3 y 4 de marzo de 2016. La organización del Congreso corrió a cargo del GREDINT (Grup de Recerca en Dret Privat, Consum i Noves Tecnologies), el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid y la Escola de Postgraus de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona. El Congreso se enmarcaba dentro de las actividades del citado Grup de Recerca y suponía la culminación de un Proyecto de Investigación financiado por el entonces Ministerio de Economía y Competitividad, con el título «La nueva contratación privada: Diseño y codificación de instrumentos reequilibradores en contextos de asimetría negocial».

El Congreso comenzó con un acto homenaje en memoria de la Profesora Dra. María Rosa Llácer Matacás, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, que nos dejó de manera inesperada el 14 de junio de 2015, en el que intervinieron el Prof. Enoch Albertí Rovira, Decano de la Facultad de Derecho, el Prof. Antoni Mirambell Abancó, Director del Departamento de Derecho Civil, la Prof. Teodora Torres García, Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Valladolid, y la Prof. Mariló Gramunt Fombuena, Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Barcelona. Fue un acto emotivo y de sincero reconocimiento a la trayectoria académica de la Prof. Llácer Matacás, que concibió y organizó este Congreso, en

el que no podía imaginar que no iba a estar presente. Personalmente conocía a María Rosa Llácer hace mucho tiempo, porque había leído su abundante producción científica y porque había coincidido con ella en otros Congresos y Jornadas. Tuve además el honor de formar parte de la Comisión encargada de juzgar la plaza por la que accedió a la Cátedra de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 3 de mayo de 2011. Los integrantes de esa Comisión tuvimos oportunidad de valorar toda una vida consagrada a la Universidad, con una trayectoria académica impecable, y una labor investigadora encomiable. El segundo ejercicio de aquella Cátedra, con un enfoque original y un tratamiento profundo, se publicó poco después como monografía con el título «La autorización al tratamiento de información personal en la contratación de bienes y servicios». La última vez que tuvimos oportunidad de coincidir fue en Valladolid, en el homenaje a la Prof. Teodora Torres García. Como siempre, Rosa enfrascada en proyectos de trabajo, y con esa sonrisa que nadie puede olvidar.

De alguna manera, ese impulso de M.<sup>a</sup> Rosa y ese mismo espíritu de trabajo continúa en los integrantes del Grup de Recerca en Dret Privat, Consum i Noves Technologies, y buena prueba de ello es el libro que nos ocupa, que representa un nuevo enfoque de tradicionales problemas del Derecho de la contratación. Con anterioridad, algunas de las cuestiones que aquí se tratan ya habían sido abordadas en el Congreso celebrado el 25 de marzo de 2014 en la Universitat de Barcelona sobre «La codificación del Derecho de consumo en el Derecho civil catalán», y que fue posteriormente publicado con el título «La codificación del Derecho contractual de consumo en Derecho civil catalán» (Dykinson, Madrid, 2015). El libro que ahora comento (*Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*) va mucho más allá, en la medida que se ocupa de todo el Derecho estatal y del Derecho comparado, pero sobre todo porque trasciende al Derecho de consumo y entra en la médula del Derecho de contratos. Como afirmaba hace tiempo María Rosa Llácer («La revisión del acervo de consumo: la generalización del Derecho tuitivo y su relación con el marco común de referencia», en *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, I, Thomson-Civitas, 2008, p. 934): «El Derecho de consumo se manifiesta pues como un instrumento de reelaboración de la función igualitaria del derecho, con una función de desarrollo económico y social, en un contexto donde el individuo necesita mecanismos para recuperar su capacidad para gestionar sus intereses o su persona frente a otros agentes. De ahí que su reordenación, junto al interés práctico y científico, debe valorarse como un instrumento de construcción social, desde los valores que sustentan una sociedad de ciudadanos».

Antes de entrar en cada una de las aportaciones, sí me parece procedente destacar que en todas ellas se observa, junto a una moderna visión del Derecho privado, preocupada por las nuevas estructuras sociales y por los problemas reales que se plantean en la práctica, la apertura de nuevas líneas de investigación de cuestiones clásicas de Derecho civil, lo que lo hace doblemente atractivo desde el punto de vista dogmático. El libro recoge cada una de las colaboraciones en un orden similar –que no idéntico– al de las Ponencias del Congreso del que trae causa. Se echa en falta una agrupación de las mismas por bloque temáticos, solución de la que acaso se prescindió por tener en cuenta que todos los temas presentan zonas comunes y ramificaciones que hacen muy difícil su separación. No obstante en este comentario, y por razones de claridad, voy a estructurar las mismas en bloques, de una

manera en cierto modo similar –que no idéntica– a la estructura que proponen los directores de la obra en su «Presentación».

I. Un primer bloque está integrado por una serie de trabajos en los que se analiza la conveniencia o no de recodificar, de hacer un nuevo Código o de reformar los existentes, tanto en los que se refiere al Derecho de contratos como al Derecho de consumo.

a) El libro comienza con la aportación de la Prof. Teodora F. Torres García, titulada «El estado de la cuestión en la recodificación del Derecho contractual español». El trabajo se centra inicialmente en los orígenes y fundamento de la codificación, destacando la evolución de la codificación civil y constitucional como fenómenos socioculturales. La autora pasa después al estudio de la cuestión en el siglo XX, ocupándose de manera especial de la denominada descodificación, caracterizada por la proliferación de leyes especiales al margen de los Códigos, que dejan así de regular la generalidad de las relaciones entre privados. La Prof. Torres analiza las causas de esta descodificación y las peculiaridades que ofrece en algunos países, como el nuestro, por la coexistencia de los denominados en la actualidad Derechos civiles autonómicos. Estudia igualmente la incidencia que las modernas Constituciones han tenido sobre los Códigos civiles, al incorporar normas de aplicación directa que históricamente se contenían en éstos. En este punto, resultan especialmente interesantes las consideraciones que se hacen en cuanto al Derecho de la Persona y al Derecho de Familia, que se han visto afectados en mayor medida tanto por la descodificación como por la constitucionalización del Derecho civil, y sobre las que nuestro Tribunal Constitucional ha tenido (y sigue teniendo) ocasión de pronunciarse con algunas decisiones de un enorme calado.

El trabajo pasa después a centrarse en la recodificación del Derecho civil, como fenómeno inverso a la descodificación, que afecta sobre todo a las codificaciones civil y mercantil. La autora destaca las dos modalidades de recodificación que se han producido: por un lado, la sustitución del Código civil por otro totalmente nuevo, como ha ocurrido en Italia, Portugal y Holanda (o más recientemente en Rumanía, aunque en este caso motivado por un cambio radical en las estructuras políticas), y por otro, las reformas parciales, aunque profundas, de los Códigos tradicionales, como es el caso de Alemania o Francia. Se estudia igualmente la opción por una codificación conjunta del Derecho civil y del mercantil (Italia y Argentina), frente a la codificación separada de ambos.

La parte fundamental del estudio se dedica a la recodificación del Derecho contractual, auspiciada desde 1989 por el Parlamento Europeo, que ha desembocado posteriormente en diferentes textos de carácter armonizador. Destaca la Prof. Torres el papel que ha jugado el Derecho de Consumo en este fenómeno recodificador, y analiza pormenorizadamente cuál debería ser su ubicación sistemática: incorporarlo al Código civil (solución alemana) crear un Código de Consumo autónomo (solución francesa e italiana), o mantener su desarrollo en leyes especiales en función de la materia. Finalmente se analiza la recodificación del Derecho de Consumo en nuestro ordenamiento, poniendo especial énfasis en la solución adoptada por la Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación, y por el fallido Anteproyecto de Código Mercantil (con el que se muestra muy crítica por su carácter expansionista a materias ajenas al Derecho Mercantil).

b) La Prof. María Paz García Rubio titula su aportación «Codificar el Derecho de consumo en los tiempos de la modernidad líquida». La autora ya había desarrollado con anterioridad algunas de las ideas que desgrana en este trabajo en un artículo publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, titulado «Sociedad líquida y codificación». Recoge así el concepto de «modernidad líquida» que utiliza Bauman, para destacar que en el momento actual el Derecho se caracteriza por ser como un fluido que se adapta a las circunstancias, frente a la visión tradicional sólida del Derecho, como conjunto de normas racionales y coherentes cuya eficacia queda salvaguardada por el poder coactivo del Estado. En este sentido se pregunta si estamos o no ante un momento propicio para codificar, frente a los cambios acelerados que se están produciendo en nuestra sociedad, que parecen abocar a una cada vez mayor importancia de la jurisprudencia o de nuevas fuentes de producción de Derecho, como los códigos de conducta.

Con este planteamiento tan sugerente, la Prof. García Rubio se centra en la codificación del Derecho de Consumo, destacando que una de las preocupaciones de la Prof. Llácer, y de su grupo de investigación, era y es el encaje del Derecho contractual de consumo dentro del sistema codificado. La nueva concepción del contrato ya no se sustenta en el ideal liberal de la igualdad entre las partes, sino que el equilibrio solo puede alcanzarse a través de la protección del contratante más débil. Por otro lado considera que el Derecho contractual de consumo forma parte del Derecho civil, y no del Mercantil. A partir de aquí, y retomando el enfoque de la Prof. Torres García, la autora va analizando desde el punto de vista de Derecho Comparado las soluciones que se han ido adoptando en los diferentes países, a la par que los instrumentos armonizadores de Derecho contractual europeo e internacional. Se estudia igualmente la situación en el Derecho general del Estado y en la experiencia catalana.

Dentro de las diversas opciones, la autora apuesta decididamente por la elaboración de un nuevo Código, innovador, que no se limite a recopilar normas dispersas con un origen diferente, que podría ser de Obligaciones y Contratos (modelo suizo), o ubicarse en la parte correspondiente del Código civil (modelo alemán tras la reforma de 2002). No obstante considera que solo deberían codificarse aquellas normas nacidas en el seno de las relaciones *Business to Consumer* que sean susceptibles de ser generalizadas, por reflejar objetivos de política jurídica de alcance general (especialmente las dirigidas a proteger a la parte más débil de la relación contractual). Admite también la posibilidad de inclusión, con carácter excepcional, de algunas reglas exclusivas de la contratación con consumidores por su carácter paradigmático (como las relativas a las cláusulas abusivas).

Tras estos dos estudios, se pueden encuadrar en este bloque varias colaboraciones de juristas de otros países, que resultan especialmente sugerentes por la perspectiva de Derecho comparado que aportan, al haberse adoptado diferentes soluciones al mismo problema en ordenamientos de nuestro entorno.

c) La Prof. Elise Poillot dedica su estudio a la codificación del Derecho de Consumo en Francia y Luxemburgo, preguntándose si este es el camino que están siguiendo ambos países para la recodificación del Derecho Civil. La autora analiza los motivos que han llevado a la elaboración de un Código de Consumo: razones o motivos comunes pero que han conducido a contenidos diferentes en uno y otro caso, porque los respectivos legisladores han teniendo una visión igualmente diferente en cuanto a las materias que debían

incluirse en el Código. Seguidamente analiza las consecuencias a las que ha conducido la codificación del Derecho de Consumo, que van más allá de una simple descodificación del Derecho civil. Y ello, porque considera que, a pesar de la diversidad de contenidos de uno y otro Código, en ambos casos se ha ido formado un Derecho especial, alimentado de principios propios, que permiten un desarrollo más dinámico de las soluciones, frente a la rigidez de los Códigos tradicionales.

d) El Prof. Lorenzo Mezzasoma titula su amplio estudio «El modelo de codificación italiano». Frente al enfoque de la Prof. Poillot, entiende que en el caso italiano solo en sentido impropio se puede hablar de Código, tratándose más bien de un texto único que refunde la mayor parte, aunque no todas, de las disposiciones sobre Consumo. Partiendo de esta premisa, se analizan en profundidad las relaciones y conflictos entre el Código de Consumo y el Código civil, así como otras disposiciones especiales igualmente codificadas como los Códigos de turismo y de seguros privados. Seguidamente se estudia el impacto que la Directiva 2011/83 /UE, sobre derechos de los consumidores, ha tenido en la modificación del Código de Consumo italiano. Sobre esta cuestión, el autor se muestra contrario a la técnica de las Directivas de armonización máxima o plena. Finalmente, una de las partes más sugerentes del trabajo del Prof. Mezzasoma es la relativa a las relaciones entre el Derecho comunitario y los principios recogidos en la Constitución: a su juicio las normas comunitarias tienen primacía sobre el Derecho interno, pero no pueden contradecir principios constitucionales. Se trata de una polémica que no es nueva entre el TJUE y las jurisdicciones constitucionales nacionales, a la que el autor aporta puntos de vista novedosos.

e) El Prof. Martin Ebers presenta un interesante trabajo sobre el Derecho de Consumo alemán quince años después de la Ley de modernización del Derecho de Obligaciones de 2001. Frente a una discusión puramente dogmática sobre las ventajas e inconvenientes de incorporar o no al Código civil la normativa sobre consumo, el caso alemán sirve para valorar las consecuencias que ha tenido su incorporación al BGB, tras el esfuerzo realizado por el legislador para armonizar el Derecho de contratos general y el relativo a los consumidores. El Prof. EBERS destaca los numerosos problemas que esta técnica ha provocado (es muy gráfico el símil que utiliza, comparando la incorporación de la Directiva 1999/44 con un «caballo de Troya» dentro del Código). Para ello analiza, en primer lugar, la evolución del Derecho de Consumo alemán hasta 2000. Seguidamente estudia en profundidad cómo se integraron las Directivas sobre consumo en el BGB, y cómo se fusionaron con el Derecho de Contratos codificado. Y posteriormente, el papel que ha tenido el Tribunal Supremo alemán en la «descodificación» de algunas materias, por la negativa de los tribunales alemanes a interpretar el BGB en la misma línea que las sentencias del TJUE.

El Prof. Ebers termina reflexionando sobre si hubiera sido mejor, en términos jurídicos, regular el Derecho de Consumo al margen del BGB, formando un Código de Consumo como cuerpo separado. A su juicio, uno de los principales problemas que se han tenido que afrontar es que, al compás de los cambios que exigen las nuevas Directivas, cualquier cambio en el BGB afecta al resto del sistema y a los principios que lo inspiran. A ello se añade que el TJUE puede imponer una interpretación incompatible con el desarrollo de que haya sido objeto la materia en el Derecho interno (como ocurrió en el caso *Heininger*). E igualmente se muestra crítico con la técnica de las Directivas de armonización plena, que no dejan ningún margen de maniobra

al legislador, lo que impide a éste mantener la coherencia del sistema para ajustarlo a los principios generales, y provoca la aparición de microsistemas dentro del Código.

Posiblemente, como señala el Prof. Ebers la solución más eficaz sería la aprobación de un cuerpo de reglas a nivel europeo, lo que nos hace ser pesimistas si pensamos en el destino que ha tenido la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (CESL), y los problemas que plantea el principio de subsidiariedad. En cualquier caso, trabajos de investigación como los contenidos en la presente obra pueden contribuir a crear una base sólida que posibilite una futura armonización.

II. Un segundo bloque temático va referido al consumidor o, en general, a la protección del contratante en relaciones de asimetría negocial. A ello se unen varios estudios dedicados al mismo problema en la normativa sectorial.

a) El Prof. Carles E. Florensa i Tomàs realiza un amplio estudio sobre «La delimitación del concepto de consumidor en la reciente jurisprudencia del TJUE». El concepto de consumidor es precisamente lo que permite encajar una determinada relación jurídica, calificada como asimétrica, dentro de la regulación tuitiva prevista en las normas protectoras del Derecho de Consumo. El problema es que este concepto es más o menos amplio en función de la concreta regulación de que se trate, ya sea general o sectorial. Como destaca el Prof. FLORENSA, la noción de consumidor adquiere así la naturaleza de *protoconcepto*, por cuanto del mismo depende que una concreta relación jurídica se califique como «relación de consumo», determinando la aplicación de una normativa concreta.

Partiendo de estas premisas, el autor analiza la evolución del concepto de consumidor. Desde el punto de vista legal, diversas Directivas (paladinamente, entre otras, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores) se refieren al consumidor como la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, a lo que se une la idea económica de «destinatario final». Pero este concepto subjetivo ha sido objeto de una progresiva objetivación, que se estudia con detenimiento, si bien el autor se centra de manera especial en la interpretación realizada por el TJUE. En este sentido destaca que, frente al concepto subjetivo de consumidor, de carácter restrictivo, se ha ido desplazando el enfoque hacia los «actos de consumo» de adquisición de bienes y servicios, lo que permite obviar la necesidad de que se trate de un «no profesional». De esta manera una misma persona puede tener o no la condición de consumidor dependiendo de las circunstancias, apareciendo como corolario la noción de «consumidor no experto», como parte débil de una concreta relación jurídica. La jurisprudencia europea ha consagrado este «criterio funcional» para apreciar si concurre o no la condición de consumidor. A partir de aquí se hace un exhaustivo análisis de las decisiones del TJUE, y de manera especial de la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (caso *Costea*), destacando que el alto nivel de competencia técnica no basta para excluir la condición de consumidor. Paralelamente estudia el autor la situación inversa del garante persona física respecto a un contrato celebrado por un profesional. La propia jurisprudencia del TJUE ha evolucionado pasando a considerar como criterio determinante para negar la condición de consumidor al garante persona física, no la accesoriedad, sino la existencia de una vinculación funcional con el deudor principal.

Con posterioridad al trabajo del Prof. Florensa cabe apreciar la misma tendencia hacia la objetivación del concepto de consumidor, como parte débil a la que dispensar una especial protección. En nuestro Derecho la legislación proyectada puede llegar incluso a proteger a cualquier persona física, como parte débil, prescindiendo del concepto de consumidor. La Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, utiliza el concepto de consumidor de la Directiva 2008/48/CE (sobre contratos de crédito al consumo) como persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial o profesional. Pero, a efectos de su futura trasposición al Derecho interno, al tratarse de una Directiva de mínimos, el Proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario (con un futuro todavía incierto) ha optado por proteger directamente, con independencia de que tengan o no la condición de consumidor, a todas las personas físicas que intervengan en el contrato como prestatarios, fiadores o garantes, pero siempre que se trate de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial. Es el objeto del contrato lo que define el ámbito de protección: cualquier inmueble que pueda destinarse a residencia, con independencia de que su destino sea el de primera o segunda residencia, o que vaya a destinarse al alquiler. Con ello lo que se pretende es incluir en el ámbito subjetivo de aplicación de la futura Ley a los trabajadores autónomos, evitando los problemas que se han suscitado en la jurisprudencia en torno a si el prestatario reúne o no la condición de consumidor. Es la objetivación llevada a sus últimos extremos.

b) La Prof. Mariló Gramunt Fombuena presenta un estudio sobre «La protección del contratante en contextos asimétricos». Se parte del concepto de consumidor de la normativa comunitaria, como sujeto que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, aunque se reconoce una apertura a extender la protección a ciertos supuestos en que la finalidad adquisitiva no es estrictamente la no profesional. Pero el objeto del trabajo se centra en la asimetría que se produce durante el proceso de contratación. Desde esta perspectiva la autora analiza con rigor los conceptos de consumidor, usuario y cliente. Frente a los dos primeros, el concepto de «cliente», que se utiliza en la legislación especial (como el sector eléctrico y financiero), tiene un marcado carácter económico, y admite diversas categorías, en función de las cuales se le dispensa una mayor o menor protección.

Seguidamente, la Prof. Gramunt estudia las relaciones de consumo entre empresarios y consumidores desde una perspectiva dinámica: desde la publicidad hasta el cumplimiento íntegro del contrato. La autora analiza así, entre otras cuestiones, la situación de desequilibrio que se produce cuando una de las partes utiliza condiciones generales, o los mecanismos de resolución de conflictos de carácter extrajudicial. Pero se pone el énfasis sobre todo a la extensión de los mecanismos de protección a otros supuestos de contratación al margen del concepto estricto de consumidor. De manera especial en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, y en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico

La autora concluye que en aquellos ámbitos en que el proceso de contratación es complejo la protección se extiende a todos los destinatarios del producto o servicio, excepto a quienes tienen la consideración de profesionales. No obstante, pone de relieve la posibilidad de incluir en la protección a determinados profesionales en función de las circunstancias que puedan hacer aflorar la asimetría, destacando que el Código de Consumo de Cataluña pro-

tege a autónomos y a microempresas. Esta es precisamente la idea que late en todo el trabajo: la existencia de una asimetría negocial es la que provoca que la protección que se dispensa a las relaciones de consumo se extiendan a otros ámbitos, lo que permite combatir desviaciones provocadas por la situación de superioridad de una de las partes contratantes. En este sentido, recoge la idea expresada por la Prof. Llácer de que el Derecho de consumo cumple una función social reequilibradora de las relaciones negociales.

Finalmente, la Prof. Gramunt pasa a analizar las diversas fórmulas de incorporación de las normas de protección a los consumidores a los textos tradicionales del Derecho civil. Tras un recorrido por los diferentes modelos que ofrece el Derecho comparado, se centra en la solución adoptada por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro VI del CC de Catalunya, relativo a las obligaciones y los contratos. Dicha Ley evita introducir dos textos paralelos para la compraventa en general y para la compraventa de consumo, considerando las normas aplicable a los contratos de consumo como excepciones a la regla general, promoviendo así una interpretación integradora de la compraventa.

Dentro de este segundo bloque, podemos incluir otros trabajos que analizan otras asimetrías negociales, algunas de ellas en la legislación sectorial, tanto en el Derecho español como en otros ordenamientos.

c) El Prof. Vincenzo Ricciuto analiza «La protección del cliente en la legislación sectorial italiana», dedicándose de manera especial al cliente de servicios bancarios. Tras un análisis de la normativa aplicable concluye que en este sector el cliente no recibe una protección especial por actuar con un propósito ajeno a su actividad profesional, sino por encontrarse en una peculiar situación de asimetría negocial, caracterizada por estar completamente al margen de las reglas de funcionamiento del sistema bancario. En este sentido se muestra crítico con la referencias a un determinado modelo de contrato, y defiende su acomodación a la realidad socio-económica de cada momento, dado que el principio de proporcionalidad de la tutela del cliente, según su grado de experiencia, debe estar por encima de un concepto rígido de consumidor.

d) El investigador Raimondo Motroni integra también este bloque con un trabajo sobre las «Nuevas técnicas de tutela del contratante débil en los contratos financieros». Se comienza analizando la figura del contrato asimétrico en la normativa sobre consumo, centrada de manera especial en la Directiva 2011/83/UE, para pasar luego a centrarse en la normativa sectorial y en la figura del «cliente» de servicios financieros. Con un análisis de la Directivas 2004/39/CE y 2014/65/UE, relativas a los mercados de instrumentos financieros, se termina defendiendo que nos encontramos ante un Derecho especial, dentro del Derecho de Consumo, por lo que estos contratos disponen de reglas diferentes, y de mecanismos de equilibrio específicos.

Al autor le preocupa especialmente la evaluación de determinados aspectos personales del cliente de servicios financieros, de manera particular cuando se basa en un tratamiento automatizado de datos, ya que puede dar lugar a la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o de servicios de contratación en red, en los que no media ninguna intervención humana. Como principio general, el Reglamento 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, consagra en su artículo 22 el derecho de todo interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado,



incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar. No obstante, como destaca el propio autor, este derecho tiene algunas excepciones, en particular cuando la decisión sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento, o cuando esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, siempre que se establezcan medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, o finalmente, cuando se basa en el consentimiento explícito del interesado. Esta última cuestión se analiza luego en profundidad al estudiar el papel que juega la voluntad del cliente en la elaboración de perfiles, destacando los problemas que plantea que éste mienta deliberadamente durante el desarrollo del proceso. Tras el estudio de esta normativa sectorial, el autor concluye que el contrato asimétrico no constituye una categoría autónoma, sino que debe ser objeto de un tratamiento diferenciado en función de la normativa aplicable, que será la que sirva para determinar el tipo de desequilibrio que se pretende corregir.

e) La Prof. Carla Solinas estudia la tutela del consumidor en un trabajo sobre «El contrato de suministro de energía eléctrica», analizando quién es en cada caso el destinatario del servicio, para lo cual se hace preciso distinguir entre consumidor, usuario y cliente. A partir de aquí se analiza la normativa italiana y su encaje dentro del Derecho de Consumo. La autora considera que la figura del cliente en los contratos de suministro de energía eléctrica va más allá del concepto de consumidor del Código italiano de Consumo, y defiende la necesidad de una regulación especial frente a la general que se dispensa en el Código.

f) La Prof. Felisa María Corvo López presenta un estudio sobre «El cliente de servicios de telecomunicaciones en la sociedad de la información». Se centra de manera particular en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, así como la Carta de Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas, aprobada por RD 899/2009, de 22 de mayo. En estos textos los deberes de información respecto a los usuarios se refieren a aspectos muy concretos, que están en función del tipo de servicio que se va a prestar, y que ofrecen mayores especialidades en los casos de contratación telefónica. La autora realiza un estudio muy completo del derecho de desistimiento, del derecho de desconexión de determinados servicios, y del derecho a poner fin al contrato. Una de las partes más sugerentes del trabajo es la que analiza la compleja problemática de los compromisos de permanencia y de la denominada portabilidad. Por otro lado, la autora analiza en profundidad la modificación unilateral de las condiciones contractuales por parte del empresario, y todos los problemas relacionados con la facturación y el pago. Aparte del rigor dogmático, el trabajo presentado tiene el valor añadido de aportar un estudio de la jurisprudencia recaída sobre la materia, así como de cláusulas concretas que utilizan las principales compañías de telecomunicaciones.

g) Continuando con los estudios centrados en la legislación sectorial, cabe referirse, finalmente, al trabajo de la Prof. Elena Palomares Balaguer sobre «La protección de los clientes en los servicios de marca». Destaca la autora que en las empresas de bienes intangibles, como son los servicios, la empresa (y no el producto) es el elemento central de la marca. En estos casos la imagen y el nombre de la empresa se asocian de manera indisoluble al servicio, de manera que quien contrata lo hace con la marca, sin que se valore adecuadamente el verdadero servicio prestado, lo que provoca una com-

pleja situación de asimetría. Partiendo de esta idea se van desgranando complejos problemas, de manera especial los que surgen con las empresas que no son prestadoras originales del servicio, pero que lo comercializan, en relación con los consumidores y usuarios. Se van estudiando así soluciones a problemas concretos, como la dificultad de determinar los servicios que integran el contenido del contrato, quién debe responder en caso de incumplimiento o mal funcionamiento de los servicios comprometidos, o el lugar en que presentar las reclamaciones.

III. El tercer bloque de temas tiene como nexo común que se refiere a determinadas categorías del Derecho privado directamente relacionadas con las asimetrías negociales en general, o centradas en el Derecho del consumo. En este mismo bloque se incluyen otros estudios relativos al Derecho de consumo y al Derecho privado general.

a) La Prof. Esther Torrelles Torrea presenta un trabajo titulado «El criterio de la razonabilidad. Un elemento reequilibrador del contrato». Parte la autora de la utilización del concepto de «razonabilidad», procedente del *Common Law*, como instrumento para la unificación y armonización de las diferentes legislaciones. Aunque se trata de un concepto ajeno a la tradición romano-germánica, aparece ya recogido en la Convención de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías (CISG), por lo que no es desconocido en nuestro Derecho. El trabajo se centra en analizar si se pueden alcanzar los mismos resultados utilizando conceptos enraizados en nuestra tradición romana, como la buena fe, la diligencia del buen padre de familia o la equidad. En este sentido, la autora se muestra muy crítica con la utilización excesiva del estándar de lo «razonable» por considerar que se utiliza en muchas ocasiones de manera imprecisa e innecesaria, y porque concurre con principios de nuestra tradición jurídica, asentados y utilizados habitualmente por la jurisprudencia.

No obstante, la omnipresencia del criterio de la razonabilidad en los textos internacionales y en los textos armonizadores del Derecho contractual europeo obliga a un estudio del mismo. En este sentido, la autora constata que, frente a la indefinición del CISG, otros textos posteriores sí definen lo que se entiende por «razonable». Por un lado, los Principios de Derecho contractual europeo (PECL), y los *Acquis Principles*, que lo identifican con la buena fe, si bien añaden factores de concreción de la razonabilidad (naturaleza y objeto del contrato, circunstancias del caso, usos y prácticas del comercio). En cambio, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) y la Propuesta de Reglamento de una normativa común de la compraventa europea (CESL), abandonan el criterio subjetivo de la buena fe, objetivando al máximo el concepto de razonabilidad. Esta manera de enfocar el tema es la que se asumido en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [COM (2015) 635 final].

A partir de estos datos, la autora analiza el origen el estándar de la razonabilidad y las manifestaciones concretas de este principio: como modelo de conducta, como estándar de responsabilidad, y como estándar para conservar el equilibrio entre los intereses en conflicto. Finalmente hace un profundo estudio de la buena fe frente a la razonabilidad, y de la utilización de ambos conceptos en nuestra jurisprudencia, que se ha mostrado receptiva al contenido de los textos armonizadores, y que tendencialmente utiliza un concepto de «razonabilidad» cercano a la buena fe.

b) La Prof. Gemma Rubio Gimeno, presenta un complejo trabajo sobre el «Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias». Se enmarca en la doctrina Tribunal Supremo recogida, sobre todo, en las SSTs de 30 de junio y 15 de octubre de 2014, en las que, en contra de la jurisprudencia anterior, se defiende la aplicación de la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, entendiendo que la figura encuentra su fundamento último en las propias directrices del orden público económico, particularmente en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en el principio de buena fe. Frente a otros estudios superficiales o puramente exegéticos sobre la materia, la Prof. Rubio realiza un análisis crítico y profundo de la alteración de las circunstancias durante el tiempo de ejecución de un contrato de tracto sucesivo, sobre el que existen en el momento de la contratación dos respuestas posibles: a) Las partes deben regular mediante cláusulas explícitas la posible revisión del contrato si las circunstancias varían de manera más o menos significativa. b) En ausencia de previsión, deben suministrarse los remedios legales que permitan la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias, o en su caso la no vinculación de acuerdos que puedan ser manifiestamente lesivos para una de las partes.

La autora considera que no es una solución justa facilitar la salida del contrato a quien no tuvo previsión, y negársela a quien previó sin acierto la alteración de las circunstancias. No obstante, destaca que los textos armonizadores de Derecho contractual europeo se inclinan por dispensar protección a la parte perjudicada del contrato, y que las diferentes propuestas de modernización de nuestro Derecho atribuyen relevancia a la solución renegociadora del contrato, dejando un papel puramente residual a su posible extinción. Partiendo de estos datos, se realiza un análisis riguroso de la jurisprudencia y de los presupuestos que permiten la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Una de las partes más sugerentes del trabajo es la dedicada al estudio de los elementos definitorios de la alteración de las circunstancias que pueden conducir a la novación o extinción de un acuerdo válido y vinculante, y que en todo caso parten suponen un caso de asimetría sobrevenida: si la imprevisibilidad ha de ser razonable para que sea excusable, si la alteración de las circunstancias pudo ser anticipada por las partes, o en qué medida el elemento temporal resulta determinante. La autora defiende que este tipo de remedios debería restringirse a las relaciones asimétricas entre particulares, y solo cuando no existan vicios del consentimiento y concorra alguna ventaja injustamente obtenida por una de las partes. Resulta igualmente clarificador el tratamiento del desequilibrio sobrevenido en relación con la excesiva onerosidad y la frustración de la finalidad del contrato. La autora concluye pronunciándose de manera clara en contra de la discrecionalidad judicial, y a favor de una tipificación exhaustiva de los presupuestos de aplicación de la *rebus*.

c) La Prof. María Rosa Moreno Flórez realiza un tratamiento específico del problema anterior en un estudio sobre la «Alteración de las circunstancias en el ámbito del Derecho de familia». Considera la autora que en gran parte de los supuestos de ruptura de una relación familiar existe, desde el punto de vista patrimonial, una parte más débil frente a la parte obligada al cumplimiento de la prestación de que se trate (alimentos, pensión por desequilibrio, compensación por trabajo doméstico). No obstante, diversas circunstancias pueden provocar que esa mayor fortaleza económica se vea alterada, hasta el punto de imposibilitar el cumplimiento de la prestación, tal como se acordó o fue ordenada por el Juez. Partiendo de esta idea se realiza un análisis sistemá-

tico de la jurisprudencia recaída sobre el particular cuando se producen circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. Dentro de la compleja casuística existente sobre la materia, el estudio se centra en la pensión por desequilibrio, la pensión de alimentos y los pactos en previsión de una ruptura matrimonial.

La autora trata conjuntamente la pensión por desequilibrio y la pensión de alimentos, por entender que son similares los criterios para valorar la concurrencia de circunstancias que impliquen una alteración sustancial, de manera que puedan conducir a una modificación de la prestación correspondiente. Para afrontar este problema realiza un completo análisis de la jurisprudencia recaída sobre la materia, y concluye que no hace falta que la alteración sea absolutamente imprevisible, bastando con que no se haya previsto, pero exigiendo que se trate de circunstancias de una cierta relevancia, evitando así que cualquier modificación provoque de manera automática una disminución o supresión de la pensión.

Por lo que se refiere a los pactos en previsión de una ruptura matrimonial, celebrados antes o después del matrimonio, la autora considera que la alteración de las circunstancias ha de ser sustancial e imprevisible, y que solo puede tener consecuencias cuando exista un desequilibrio económico entre las partes. En este sentido se muestra favorable a un control sobre la libertad de las partes a la hora de celebrar un pacto de esta naturaleza y sus consecuencias, de manera que se garantice una correcta formación del consentimiento, lo que implicaría la obligación de los cónyuges de informarse recíprocamente de su respectiva situación financiera. La autora realiza, además, un estudio comparado de la regulación existente en distintos ordenamientos, analizando qué circunstancias en concreto se pueden considerar imprevisibles y relevantes en el momento de la celebración del acuerdo prematrimonial, para provocar su ineficacia posterior.

d) La investigadora Laura Arroyo San José estudia «La información precontractual como elemento reequilibrador en la contratación de consumo». La autora trata la información como herramienta para generar un contexto negocial equilibrado, tanto desde un punto de vista general, como especial o sectorial, atinente a concretas modalidades de contratación. Se estudian, como deberes que afectan a la calidad de la información, los de transparencia, veracidad y suficiencia. Se analiza la información en sede de publicidad, oferta y promoción, y sus consecuencias jurídicas, así como los deberes que afectan a la forma de exteriorización del contenido negocial. Junto a los anteriores, de carácter general, la autora dedica especial atención a la contratación de productos bancarios, dado que en los mismos existe un deber especial de asesoramiento, que constituye un *plus* en cuanto al deber general de información, y que implica la elaboración de un perfil del cliente para evaluar su solvencia. E igualmente, teniendo en cuenta el tratamiento que recibe en los PECL y en el DCFR, se incluye el estudio de los deberes precontractuales de advertir (*duties to warn*) a la otra parte de los riesgos típicos que pueden materializarse una vez que se haya celebrado el contrato y se haya empezado a prestar el servicio. Este completo recorrido por cada uno de los hitos que conforman la información precontractual culmina con el tratamiento de otros deberes, que se pueden considerar como instrumentales, por cuanto facilitan la accesibilidad al contenido informativo (idioma a utilizar, deber de inclusión de determinadas actividades en un registro público).

e) Dentro de este tercer bloque de materias, se incluye igualmente el trabajo de la Prof. Rosa Barceló Compte titulado «La ruptura del equilibrio inicial del contrato: la ventaja injusta». Se parte de la necesidad de proteger el equilibrio económico inicial del contrato y, dentro de las causas que pueden hacer quebrar este principio, analiza la ventaja injusta y la rescisión por lesión como supuestos de asimetría conducentes a la revisión o ineficacia del contrato. La autora compara el sistema de rescisión por lesión del Derecho civil catalán, basado en la causa onerosa de las prestaciones, con la solución que se acoge en los textos armonizadores de Derecho contractual europeo e internacional, en los que la cuestión se enfoca desde la perspectiva de la protección de la parte débil, utilizando diversos instrumentos reequilibradores de la economía contractual.

En su opinión debería adoptarse un nuevo instrumento corrector de la asimetría contractual, enmarcado dentro de los vicios del consentimiento. La autora analiza además la figura de la ventaja injusta como medida dirigida a proteger la integridad del consentimiento, y se muestra crítica con la solución adoptada por el Libro VI del CC de Cataluña, por acudir como remedio a la rescisión. A su juicio, los remedios jurídicos a utilizar para corregir el desequilibrio de las prestaciones deberían ser la renegociación *inter partes* y, en su defecto, la adaptación judicial. Incluso llega a considerar la posibilidad de que el juez resuelva el contrato si no se llega a ningún acuerdo o si la adaptación no es posible.

Finalmente en este bloque se encuentran otros estudios dedicados al Derecho privado general o al Derecho de consumo.

f) Al Derecho privado general se refiere el Prof. Agustín Luna Serrano con un sugerente estudio sobre «La verdad oficial de la negociación fiduciaria», en el que abunda sobre algunas ideas expuestas con anterioridad en la Lección inaugural del curso 2014/2015 de la Universidad de Zaragoza.

g) La investigadora Gisela Esteve García analiza «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios con consumidores». El trabajo se centra en el TRLGDCU tras las modificaciones introducidas en el mismo por Ley 3/2014, de 27 de marzo, que traspone la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores. Considera la autora que, frente al principio de cumplir lo pactado, este derecho encuentra su fundamento precisamente en el marco de las relaciones asimétricas, por lo que critica que en la ley española solo se reconozca a los consumidores o usuarios. Se realiza un estudio minucioso de los problemas que plantea el plazo de utilización de este derecho, así como de los efectos de su ejercicio, que conlleva el nacimiento de las obligaciones de restitución entre las partes. Finalmente se trata la nulidad de las cláusulas que impongan penalizaciones por el ejercicio del derecho de desistimiento. En este punto la autora se muestra especialmente crítica con artículo 74.4 TRLGDCU (cuando el usuario incumple el compromiso de permanencia adquirido con la empresa), no tanto por su contenido, ya que ha venido a solventar un problema muy habitual en la práctica, sino por su ubicación sistemática, que no encaja con los principios que inspiran el derecho de desistimiento tuitivo.

h) La Prof. Isabel Viola Demestre analiza «La mediación hipotecaria: un proceso preceptivo en el Código de Consumo de Cataluña». El estudio se enmarca dentro de los procedimientos destinados a alcanzar algún tipo de acuerdo para evitar la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual del deudor. La autora analiza las diversas soluciones ofrecidas por una normativa dispersa y en ocasiones contradictoria, para centrarse en el estudio del artículo

lo 132.4 del citado Código de Consumo, que imperativamente obliga a los servicios públicos de consumo a garantizar en estos casos que pueda llevarse a cabo un procedimiento de mediación, destinado a la resolución extrajudicial de conflictos previo a cualquier otro procedimiento judicial o a la intervención notarial. Igualmente las partes en conflicto, antes de interponer cualquier reclamación administrativa o demanda judicial, deben acudir a la mediación o pueden acordar someter la cuestión a arbitraje. Ello plantea el problema de la compatibilidad del precepto con el principio de voluntariedad de la mediación, que la autora estudia en profundidad.

i) La Prof. Carolina Mesa Marrero titula su aportación «Algunas notas sobre la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes». El estudio se centra en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes [COM (2015) 635 final], y en los cambios que se introducen respecto a la Directiva 1999/44/CE, sobre venta y garantía de bienes de consumo. Se analiza el enfoque del concepto de conformidad del contrato, en el que se combinan criterios subjetivos y objetivos, así como el momento en el que se debe apreciar la falta de conformidad. Se destaca la novedad que supone que el plazo para la inversión de la carga de la prueba se amplíe a dos años, y que se suprima el deber del consumidor de informar de la no conformidad en el plazo de dos meses. Y finalmente se tratan las formas de saneamiento.

En la actualidad debe tenerse presente una nueva Propuesta de Directiva, posterior a la publicación del libro. Me refiero a la Propuesta modificada de Directiva de 31 de octubre de 2017 [COM (2017) 637 final] relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. La nueva Propuesta modificada pretende extender el ámbito de aplicación de la anterior propuesta de 2015 a todas las compraventas, incluyendo las presenciales, celebradas entre un vendedor y un consumidor, por lo que se deroga expresamente la Directiva 1999/44. No varía, sin embargo, el concepto de conformidad del contrato del artículo 4, ni los requisitos adicionales que se contemplan en los preceptos subsiguientes, por lo que la aportación de la Prof. MESA MARRERO conserva todo su valor, teniendo en cuenta la ampliación del ámbito de aplicación de la nueva Propuesta modificada de Directiva.

Sin entrar en el debate sobre las ventajas e inconvenientes de una Directiva de mínimos (como la Directiva 1999/44/CE) frente a las que pretenden una armonización plena, no hay duda de que, de prosperar la última Propuesta de Directiva, en algunos países los derechos de los consumidores se van a ver disminuidos, como es el caso de Portugal, cuyo Decreto-Ley 67/2003, de 8 de abril, que traspone la Directiva 1999/44/CE, permite a los consumidores en caso de falta de conformidad elegir alternativamente, y sin ninguna jerarquía, cualquiera de los remedios, salvo que fuera manifiestamente imposible o se incurriera en abuso de derecho (art. 4.5)

IV. El libro merece, a mi juicio, una valoración muy positiva. En algunas de las colaboraciones se echa en falta una aclaración de las siglas utilizadas para identificar la normativa que se cita, lo que acaso hubiera hecho aconsejable una tabla de abreviaturas. Se trata, no obstante, de una cuestión

menor, que en nada empaña la calidad de la obra. En su conjunto ofrece una visión moderna y dinámica del Derecho privado. Estamos en una época en la que se ponen en jaque algunos de los pilares tradicionales e inamovibles del Derecho de la contratación: así sucede con el *pacta sunt servanda*, e incluso con el principio de responsabilidad patrimonial universal. En esta sociedad en constante evolución el Derecho de consumo ha introducido sabia nueva, obligando a replantear viejas estructuras.

El libro, sin embargo, no se centra solo en el Derecho del consumo y su relación con los Códigos tradicionales, sino que va más allá en el estudio de las situaciones de asimetría negocial. Hasta hace unos años se utilizaba la distinción entre empresario-profesional y consumidor para aplicar los remedios tendentes a corregir la asimetría negocial, como si estas situaciones subjetivas fueran la base del sistema. Pero más recientemente, parece que el enfoque trasciende a la propia noción de consumidor, en ocasiones demasiado rígida. Por una lado, porque la normativa sectorial extiende la protección a quienes no se ajustan a dicho concepto, ya sea porque se refieren a un destinatario diferente más amplio –el «cliente»–, o porque se considera que cualquier persona física está en situación de desequilibrio a la hora de realizar determinados negocios jurídicos (solución por la que opta el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario). Por otro lado, porque los recientes procesos codificadores o recodificadores del Derecho civil están incorporando nuevas fórmulas en las que integran instrumentos reequilibradores, abandonando la idea liberal, propia de las primeras codificaciones, de que los contratantes se encuentran en un plano de igualdad.

Termino de nuevo con el recuerdo a la Prof. María Rosa Llácer, con su ejemplo de trabajo constante y con unas palabras suyas que resumen bien estas ideas («La revisión...», cit., p. 921): «Frente a la multiplicación de normativa tuitiva, la respuesta debe ser la reconstrucción que traslade al nuevo contexto las ventajas dogmáticas y aplicativas de la sistematización y de la formulación de principios generales».

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

**MAZZILLI, Elisabetta: *La responsabilidad civil entre cónyuges y la tutela de sus derechos fundamentales. El contra ius constitucional y el daño moral*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017, 321 pp.**

La profesora Mazzilli aborda en esta monografía un tema de gran actualidad y aún no resuelto de forma pacífica, como es el de la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares. Especialmente, y según señala su título, la autora focaliza su atención en las relaciones conyugales y la posibilidad de indemnizar, conforme a las reglas generales de la culpa aquiliana y más allá de los mecanismos propios del Derecho matrimonial, los daños morales producidos por el incumplimiento de las obligaciones conyugales. Con ocasión de ello, este libro presenta a lo largo de 326 páginas de fácil lectura por su bien trabada estructura y redacción, una cumplida y sintética exposición de la situación actual, en la doctrina y jurisprudencia, no solo de dicho tema en concreto, sino de la responsabilidad civil en general, de la

juridicidad de las obligaciones conyugales y de las especiales características que cabe identificar en el resarcimiento en el ámbito intrafamiliar. Sin hurtar atención a ninguna de las numerosas e interesantes cuestiones que surgen al desbrozar su camino, la autora dialoga fructíferamente con un impresionante elenco de doctrina, ágil y respetuosamente expuesto, que abarca también temas conexos de Derecho de filiación o parte general del Derecho civil y de la persona. Y ello, no solo en la doctrina española, sino también en la italiana. Por consiguiente, la primera y más obvia constatación de la forma de trabajar de la doctora MAZZILI la encuentra el lector en la impresionante bibliografía que cierra las páginas de este libro, donde es sumamente difícil echar de menos un estudio, reciente o clásico, no ya del tema prometido en su título, sino de alguno de los colaterales que el discurrir lógico de la exposición va suscitando.

La monografía objeto de esta recensión es una investigación sólida y exhaustiva, estructurada de forma lógica y coherente, donde además de ofrecerse una síntesis completa del *status questionis* doctrinal y jurisprudencial, se defiende fundadamente propuesta encaminada a la mejora del ordenamiento jurídico. Y así, ya desde el mismo prólogo, la autora presenta la «grave carencia» que detecta en el ordenamiento jurídico español en cuanto al tratamiento del resarcimiento de los daños intraconyugales, específicamente de naturaleza moral. Y propone como modelo a seguir la solución alcanzada en el Derecho italiano, que conoce bien por razones de nacimiento y primera formación, propuesta que ilustra con la doctrina italiana más reciente y algunas de las resoluciones judiciales más relevantes que la han aplicado.

Pues bien, ya en ese breve prólogo el lector entrará en contacto con las características generales del libro: fluidez en la redacción, preocupación por una exposición sistemática y trabada que facilite la lectura (como ejemplo, la introducción con que se inicia cada uno de los cuatro capítulos), y un discurso bien trabado con un hilo argumental dirigido a la sólida fundamentación y defensa de la tesis propuesta. Así, en el primer capítulo se aborda, a partir de la construcción del daño moral y de la aplicación de la responsabilidad civil a las relaciones familiares, la posibilidad de reparación de los daños intraconyugales. Partiendo de un interesante *excursus* histórico, donde describe el paso desde la visión institucionalizada e inmune de la familia a la creciente individualización en la protección jurídica de cada uno de sus miembros, la autora ubica en la figura del daño moral el punto de conexión entre el Derecho de familia y el sistema general de responsabilidad civil en el Derecho español, para sostener su aplicación a los perjuicios causados en las relaciones conyugales. El capítulo segundo se dedica íntegramente a la exposición de la controversia existente en la doctrina española sobre dicha aplicación, lógicamente oponiendo argumentos a las posturas contrarias a sus tesis y apoyándolas en las opiniones favorables a ella. El tercer capítulo, tras una interesante síntesis histórica sobre la enunciación y contenido de los deberes conyugales, aborda el tratamiento que en la doctrina y jurisprudencia españolas ha recibido la violación de cada uno de ellos, con especial atención a los de fidelidad y respeto mutuo. Tras concluir que las respuestas dadas a los casos concretos sumen la cuestión en la insatisfacción, por su insuficiencia y falta de homogeneidad, dedica el último capítulo del trabajo a exponer el tratamiento dispensado al problema por el ordenamiento jurídico italiano, que no ha encontrado obstáculos en aplicarle las reglas de la responsabilidad civil pese a contar con



un sistema de divorcio causal con unos remedios de sanción y reparación específicamente limitados al ámbito conyugal. A partir de la insuficiencia demostrada por tales remedios dirigidos a la resolución de la crisis matrimonial con la separación o el divorcio, señala la autora que el Derecho italiano ha buscado una reparación ulterior o incluso independiente a dicha crisis, al paso que ha conseguido concienciar a los cónyuges de las consecuencias jurídicas de sus conductas incluso en situación de pervivencia matrimonial. Ahora bien, y siguiendo también en ello al ordenamiento italiano, la autora señala que es necesario identificar las vulneraciones de deberes conyugales susceptibles de generar reparación, excluyendo las ofensas leves y exigiendo un *plus iuris*, una gravedad o cualificación en el daño que reconduce a la violación de derechos fundamentales. Con ello, defiende la obtención de un criterio uniforme, objetivo, en la identificación del daño resarcible, que excluya la posibilidad de recurrir a tal vía ante conductas generadoras de daños que pueden calificarse de tolerables.

El libro termina con unas *Conclusiones* que sintetizan en ocho apartados lo expuesto en las páginas precedentes. El lector que, como yo misma, empiece en este punto la lectura del libro encontrará motivos suficientes para querer compartir con la autora, página a página, el camino recorrido hasta alcanzarlas, dadas las sugerentes ideas, de nuevo brillantemente expuestas, en ellas recogidas.

Cuanto ha quedado expuesto justifica (y aconseja) la lectura de este libro, por provechosa e instructiva. El buen hacer investigador de la profesora Mazzilli provoca en su lector interesantes reflexiones, preguntas nuevas y, probablemente, opiniones dispares. Porque lo delicado, complejo y abierto del tema, así como el amplio espectro abierto para su análisis, facilita que surjan puntos en disidencia con la autora. Personalmente, me pregunto si ese *plus iuris*, ese contra *ius* constitucional que identifica los supuestos resarcibles no hace irrelevante la relación conyugal, para ubicar la fuente del resarcimiento en la mera violación de los derechos fundamentales, y no en el incumplimiento de los deberes conyugales. Como demuestran, a mi modo de ver, las sentencias sobre responsabilidad consecuencia de la atribución indebida de un hijo, cuyo fundamento parece independiente de la relación conyugal. Y lo mismo puede decirse de las relativas al contagio culpable de SIDA, donde el daño que los tribunales estiman indemnizable no es el causado por la lesión del deber de fidelidad o de ayuda o socorro mutuo, sino por haber contraído la enfermedad. Por lo demás, defender la reparación de los incumplimientos conyugales en situación de normalidad, o de pervivencia matrimonial, parece más un encomiable y bien fundado ejercicio académico que una propuesta efectivamente aplicable a una realidad judicial ya de por sí suficientemente enmarañada y colapsada con la resolución de las complicadas rupturas matrimoniales.

Pero insisto, suscitar debate y opiniones encontradas es característica que identifica a un buen trabajo de investigación: sin duda, la primera monografía de Elisabetta MANZILLI lo es, y confío que las aptitudes demostradas en ella encuentren cauce y desarrollo en trabajos posteriores.

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO  
Catedrática (Acreditada) de Derecho civil  
Universidad de La Rioja

**PANIZA FULLANA, Antonia: *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Aranzadi, Pamplona, 2017, 327 pp.**

El estudio monográfico que ahora presento versa sobre un problema de perenne actualidad: la determinación de la filiación. El contenido del libro se ciñe a la coexistencia en los últimos años de diversos modos de determinación de la filiación en nuestro sistema. En el examen detenido de cuestiones suscitadas pone en tela de juicio la incoherencia técnico-jurídica en el empleo de los mecanismos que se utilizan en las resoluciones. De una parte, figura el régimen jurídico común del nacido de padre y madre en matrimonio conforme a la naturaleza, por cauce genético natural que abre las puertas al inicio de la vida humana; de otra parte, el acceso al título de estado de filiación por cauces distintos a los anteriores, fuera o al margen del vínculo matrimonial, que queda a resultas de un conjunto normativo asistemático y lleno de lagunas. Estas cuestiones plantean problemas de carácter técnico y una casuística que aumenta día tras día en materia de filiación. En este libro la autora reflexiona sobre los cambios normativos sobre filiación, materia que ha cambiado tanto en los últimos años. El estudio monográfico se centra en la verdad biológica y la realidad jurídica en sede de filiación, que «son la base y fundamento de este trabajo». El binomio verdad biológica y realidad jurídica incide de lleno en el modo de entender modernas relaciones en el Derecho de familia, con tendencias que divergen entre la ciencia biológica, técnicas de reproducción asistida, y los progresivos avances de la ciencia jurídica, que se distancian entre sí precisamente al acotar sectores del común origen de la vida de la persona como ser humano. La Ley de Técnicas de Reproducción Asistida culmina el proceso de distanciamiento entre la verdad biológica de la maternidad en el Ordenamiento jurídico con incidencia en el ámbito legislativo, particularmente en el Código Civil y Registro civil. En ese marco la jurisprudencia admite títulos diferentes para atribuir la filiación por ser diferentes los principios en que se basan los distintos textos normativos.

La autora del libro en comentario afronta el estudio del desmesurado problema precisamente a partir de las soluciones que recibe en nuestro derecho con las desmedidas consecuencias que se siguen. Denuncia el «bordeo», con visos de verdad: «a vueltas con la verdad biológica y la realidad jurídica». Expresión que me recuerda la que Diez Picazo emplea por la insistencia en materia de autonomía y sus limitaciones: «a vueltas con la autonomía de la voluntad». Efectivamente tienen dichas frases mucha relación; en ambos casos el juego de las declaraciones de voluntad como título de atribución de deberes y derechos ante el ámbito de la ley o lo imperativo.

El prologuista del libro, el catedrático de Derecho civil José Ángel Torres Lana, con méritos propios en la preparación académica de la profesora Antonia Paniza, se siente satisfecho con el instrumento de trabajo logrado, imprescindible para los profesionales y estudiosos del Derecho de filiación: la doctora se ha «zambullido» en el problema con su «habitual soltura». Por mi parte confirmo que la autora piensa bien y escribe sin dificultad. En la lectura de un libro bueno se siente la cercanía del autor.

La profesora Paniza Fullana, titular de Derecho civil, cumple con el tono académico en el modo y manera de plantear los problemas y proponer soluciones. Ello corrobora su acierto en la elección de los casos que merecen una reflexión, cuestiones interesantes, entre los más conflictivos: doble maternidad, reconocimiento de complacencia, gestación de sustitución en el ámbito

internacional. Siempre a partir de la disyuntiva entre verdad biológica y realidad jurídica, con especial atención a la interpretación que han hecho nuestros Tribunales, y con la mira puesta en extraer las principales incoherencias del «asistemático sistema» de filiación.

La estructura del libro es clásica y moderna. Parte de un bosquejo de supuestos de «doble maternidad» entre los cuales surten aspectos prácticos: las acciones de filiación; los requisitos procesales; el régimen jurídico de impugnación o extinción y sus consecuencias en diferentes planos, de familia, patria potestad, y el ámbito sucesorio. En el desbroce de cuestiones este primer campo de trabajo se ocupa de la creciente importancia que en las modernas reformas legislativas toma la declaración de voluntad en la configuración del título de atribución de la filiación. Por este cauce entran de lleno la fuerza de la autonomía y sus limitaciones en Derecho de familia; con talante didáctico insiste en que el tenor del consentimiento en la configuración de un título de estado difiere del tráfico jurídico. Tomado de algunas motivaciones de sentencias citadas el título de estado pretende impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación, cosificar a la mujer gestante.

El examen precedente da pie para exponer los medios y remedios en otras tendencias a concebir la filiación bastante extendidas, con sus manifestaciones probatorias, de tanto relieve como la posesión de estado, que merece un análisis especial; la pauta de conducta en las relaciones con otros parientes y «allegados», creencias verdaderas y falsas sobre la realidad en causa. La adopción del hijo del cónyuge o de la pareja y las opciones de impugnación son buena muestra de la problemática tratada. Sería suficiente esta muestra para estimar el interés teórico y práctico que ofrece la determinación de la filiación, pese al desajuste expuesto que pone de relieve la alta calidad de la autora en la investigación jurídica (pp. 25-45). El doble juego entre la naturaleza y declaración de voluntad con la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la posesión de estado motivan no solo conflictos de filiación sino de normas que salpican en la jurisprudencia y captan la atención de los profesionales en diversos ámbitos de Derecho. La perspectiva con que la autora enfoca la correlación entre realidad biológica y realidad jurídica cuando discrepan o entran en contradicción, ilustra las cuestiones de la filiación calificada según el título de estado. *Versus* abarca la falta de correspondencia, la divergencia, las soluciones opuestas, los supuestos carentes de solución; en definitiva, un rico escenario de cuestiones interesantes en torno a un punto común de referencia, la relación paterno filial: la protección integral de los hijos por los padres y madres, principio que armoniza posiciones discrepantes. Supuestos que nunca se han puesto en tela de juicio y testimonios deslumbrantes en nuevos modelos de familia.

Entre los ejemplos de disociación en el binomio Antonia Paniza atiende la problemática del reconocimiento, los supuestos de divergencia con predominio de la verdad biológica, y los simulados o fingidos. En este marco analiza con detalle el alcance de cada uno de los tipos de filiación reconocida, remedios y consecuencias, distinción entre la irrevocabilidad y la acción de impugnación, ineficacia sobrevinida con las consecuencias y las notas características en las circunstancias anómalas que amenazan la estabilidad del estado civil, vicios, error, fraude de ley y actos propios (pp. 53-66). El reconocimiento de complacencia y la acción de impugnación de la filiación y la filiación reconocida en el extranjero enlazan con el tema de fondo de la seguridad jurídica y el interés del menor.

Dentro de este cuadro, que pudiéramos calificar doctrina general, expuesta con la llaneza de lo claro y preciso, pone de relieve la distancia entre la realidad biológica de la gestación y los supuestos de la filiación por sustitución sostenidos con la fuerza de la publicidad registral (pp. 73-115). El tercer núcleo de problemas se reserva a la gestación por sustitución con un análisis detallado de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos humanos, en concreto de la sentencia 24 de enero 2017.

A partir de esa incursión en los grandes conflictos actuales afronta la comprobación del planteamiento por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con lo que finaliza el estudio. La obra se cierra con las conclusiones, la bibliografía amplia y un anexo de resoluciones de los Tribunales, hasta el año 2017. Distribuye la materia a lo largo de 331 páginas. Bibliografía (pp. 119-124), Normativa (p. 125), Resoluciones citadas (p. 127). Anexo jurisprudencial con antología de textos extranjeros (pp. 131-330).

Cumpliría el deber de una recensión completa de esta espléndida monografía la precedente exposición de la estructura del libro y método de trabajo. Excuso, no obstante, las ulteriores consideraciones personales de su lectura, que no alteran el motivo de su oportuna publicación y espero que faciliten a los lectores el porqué de la estima manifiesta con que lo hago. El estilo didáctico y dialogante de la autora en la exposición de supuestos de divergencia interesantes abunda en preguntas, cómo explicar la «brecha» en la realidad biológica, lo que permite al lector respuestas personales, naturalmente sin abuso porque las sugerencias previas de la autora siempre juiciosas.

Una reflexión autorizada de los principios en que se asienta la filiación en el Código civil y las normas que se han modificado en épocas de inflación legislativa es de suyo interesante. Si además el trabajo corrobora la alta capacidad investigadora que la doctora Paniza nos ha demostrado en publicaciones anteriores en esta materia, el nuevo esfuerzo en tan decisivo aspecto para todo profesional de Derecho como la filiación es motivo de gratitud. A fin de cuentas, la determinación de la filiación es la puerta de entrada al estado civil.

Como una prevención ante «lamentables confusiones», que se recogen en este libro, cambios normativos con una realidad jurídica más abierta que permite la posibilidad de lo que antes no era posible, conviene ir distinguiendo y aclarando: embrollos, como el que en lenguaje popular «madre no hay más que una», que contrasta con la largueza de la doble maternidad, introducida por vía legislativa y reconocida por la jurisprudencia, que abre a unas madres y cierra a otras la puerta de la filiación verdadera genética consentida de padre desconocido; hijo de madre embustera que oculta el padre biológico y cuenta *ad tempus*, hasta después del divorcio, con un padre gestor que no conoce la filiación extramatrimonial y paga los deberes ajenos; el reconocimiento por complacencia a quien con medida generosa se atribuye la filiación biológica, pese a que «con los hijos no se juega». No es necesario que la filiación como realidad jurídica coincida con el hecho biológico de la generación de una persona, la vida familiar no se limita a relaciones basadas en matrimonio, pero el confusionismo ha de ser aclarado. La profesora advierte que en las marcadas divergencias se ha ido» más allá de lo que se puede esperar de la interpretación de las normas». A ese más allá de lo previsible, que se recoge en este libro, se añade que la voz latina *versus* significa tanto «frente a» como dar la «vuelta a», hacia la realidad jurídica por consentimiento a través de la verdad biológica, lo que, efectivamente, va contra la seguridad

jurídica. Es necesario dar alimentos al hijo menor o niño, pero tal vez sea mejor para el desarrollo de su personalidad que lo hagan sus padres, cumpliendo así con su deber jurídico.

Nuestra autora expone todo ello con puntualizaciones críticas y adelanta unas bases para la deseable revisión. Cuenta con el copioso observatorio a lo largo de este trabajo de problemas que se aglutinan en torno a la filiación. Su propuesta de «extraer» de la realidad práctica lo que ya quedó revisado augura sucesivos estudios de creciente importancia en la adecuación de la verdad jurídico formal a la verdad biológica que se encuentra vinculada a dignidad de la persona (*vid.* SAP de las Palmas de 23 de octubre 2012, que la autora cita en p. 18).

José Antonio DORAL  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Navarra



## Revistas Españolas

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Contratos mercantiles.–III. *Derecho concursal*.–IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.–V. *Derecho de la Unión Europea*.–VI. *Derecho procesal*.–Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### INTRODUCCIÓN

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «La “eficacia territorial” del Derecho civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 35-62.

ANDINO LÓPEZ, Juan Antonio: «Las falacias argumentativas y su reflejo en la jurisprudencia», en *RJC*, núm. 4, 2017, pp. 893-908.

BALLESTEROS ALONSO, Manuel: «El Registro Mercantil Central: historia, régimen y Registros limítrofes», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 63-95.

BARRIO ANDRÉS, Moisés: «La nueva actividad regulatoria de la Administración», en *REDE*, núm. 1, 2018, pp. 7-28.

BUSTILLO TEJEDOR, Luis L.: «La cuestión foral: estado actual. Identidad nacional y ordenación racional», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 85-113.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.

ENDEMAÑO AROSTEGUI, José María: «La evolución social como justificación de la legislación civil de fuente autonómica», en *RJNot*, núm. 104, 2017, pp. 225-276.

- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 1-33.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier: «Naturaleza de las decisiones del notario en su función de Jurisdicción Voluntaria», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 535-600.
- GOSALBO BONO, Ricardo: «Quo vadis, coniunctio europae?», en *RDCE*, núm. 58, 2017, pp. 837-867.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Globalización y Derecho Privado», en *PDD*, núm. 134, 2018.
- LLUIS Y NAVAS, Jaime: «Análisis comparado de la costumbre como fuente del Derecho privado», en *REDE*, núm. 1, 2018, pp. 51-78.
- MAS BADÍA, María Dolores: «El alcance temporal de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes civiles: Especial referencia a las valencianas», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 317-386.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Nota sobre el Plan Normativo y sobre la Propuesta para la modernización del Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «La huella hispana en el Derecho notarial cubano», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 435-503.
- ROSELLÓ CHÉRIGNY, Elena: «Los beneficios de la desamortización: una escritura de cesión en la Barcelona de 1853», en *Indret*, núm. 1/2018.
- VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso: «Subsanación de errores en las escrituras. Especial consideración de la subsanación unilateral por el notario», en *RJNot*, núm. 105, 2018, pp. 89-133.

#### DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- AGUILAR RUIZ, Leonor: «Nueva lectura jurisprudencial de la curatela como figura de administración de los bienes del incapaz: Comentario a la Sentencia del TS de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505)», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 359-369.
- ARGELICH COMELLES, Cristina: «Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 123-180.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «Directiva 93/13/CEE. Primacía del derecho europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017 de 19 de junio de 2017 (RTC 2017, 75)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 563-576.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La protección de los menores en situación de desamparo», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3176-3215.
- BORETTO, Mauricio: «La persona humana en el nuevo Código civil y comercial de la República Argentina», en *REDE*, núm. 1, 2018, pp. 29-50.



- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores», en *ACM*, núm. 9, 2017, pp. 29-72.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Retraso en la reclamación judicial de un derecho y mala fe. Comentario a la STS de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 32)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 15-28.
- CUENA CASAS, Matilde: «Privacidad y mercado de crédito: los ficheros de solvencia positivos», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 505-533.
- DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: «El curador del mayor: Un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 445-460.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico: «Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 11-51.
- DI COMITE, Valeria: «Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño “europeo”: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 en el asunto Chávez-Vílchez», en *RDCE*, núm. 58, 2017, pp. 1041-1058.
- ELIZARRI URTASUN, Leyre: «Ingresos de personas mayores en centros residenciales», en *Indret*, núm. 1/2018.
- GIMÉNEZ COSTA, Ana, y VILLÓ TRAVÉ, Cristina: «Cuestiones problemáticas de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores», en *RJC*, núm. 2, 2017, pp. 393-420.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNEIRO DE PAZ, Juan: «La privación del ejercicio de derecho de sufragio activo de las personas con la capacidad modificada judicialmente: comentario al Auto del Tribunal Constitucional 196/2016, de 28 de noviembre», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 243-274.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Almudena: «La capacidad de obrar de los menores ante las Administraciones Públicas», en *RJC*, núm. 4, 2017, pp. 909-928.
- GUILLÉN CATALÁN, Raquel: «La vulneración de la protección de datos personales por las redes sociales», en *RDNT*, núm. 45, 2017, pp. 47-75.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio: «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 119-134.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «La dignidad de la persona, hasta la muerte», en *PDD*, núm. 132, 2017.
- «La transfusión de sangre a testigos de jehová mayores de edad», en *PDD*, núm. 135, 2018.
- MALDONADO, Javier: «El reconocimiento del derecho a la identidad sexual de los menores transexuales en los ámbitos registral, educativo y sanitario», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 135-169.

- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «El “interés del menor” en los sistemas español y anglosajón. De la tradicional divergencia a la actual convergencia entre sistemas jurídicos», en *RDP*, núm. 3-4, 2018, pp. 65-87.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: «El derecho constitucional a la vivienda», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 375-389.
- MÁS BADÍA, María Dolores: «Los ficheros de solvencia patrimonial en la proyectada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. ¿Un avance o una oportunidad perdida? (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en internet y redes sociales», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto: «La evolución del concepto de cesión o comunicación de datos personales», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Publicación de la imagen tomada en la sala de vistas, absolució del acusado y derecho al olvido. Los límites del derecho al olvido y el lícito ejercicio de la libertad de información: Comentario a la STS de 6 julio 2017 (RJ 2017, 3194)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 23-45.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Big data y protección de datos: especial referencia al consentimiento del afectado», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet: cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 181-209.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El TS reconoce al Gobierno de Gibraltar capacidad procesal para ejercer en España el derecho de rectificación: Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia 13 Septiembre 2017», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Ruidos, salud, medio ambiente, intimidad e inviolabilidad del domicilio», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 53-109.
- PALAO GIL, Francisco Javier: «We Cannot Turn the clock back: rigidez constitucional, formalismo jurídico y derecho civil valenciano», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 163-216.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «La facultad de administrar en el ejercicio de las medidas de protección jurídica, tutela y curatela (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- «Los derechos de la personalidad y la representación tutelar», en *RDP*, núm. 3-4, 2018, pp. 45-63.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Daños al honor. Intromisión ilegítima por inclusión indebida de datos en un fichero de morosos. Criterios de determinación del daño resarcible. Indemnizaciones simbólicas: Comentario a la STS de 21 septiembre 2017 (RJ 2017, 4056)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 225-238.

- PÉREZ DÍAZ, Raquel: «El ejercicio de las acciones de protección frente a la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos del menor», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- PLAZA PENADÉS, Javier: «Registro civil electrónico y protección de datos de carácter personal», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- «El nuevo modelo de protección de datos personales europeo y el modo de obtener un consentimiento lícito», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- QUICIOS MOLINA, María Susana: «Protección en España de las niñas en riesgo de sufrir mutilación genital», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 29-60.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Personas, animales y androides», en *REDE*, núm. 4, 2017, pp. 681-693.
- «Robots y personas», en *REDE*, núm. 1, 2018, pp. 79-90.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «El tercer sector de la mano de las fundaciones», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- VALDECANTOS, Maitane: «Sanción de la AEPD a Google por tratar sin consentimiento datos personales recogidos a través de redes WiFi con los coches de su servicio Street View», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- VAQUERO PINTO, María José: «Historia del caso de la talidomida. *Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil: prescripción y amparo constitucional», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 275-316.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Derecho al honor en Internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?», en *RDNT*, núm. 44, 2017.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulación del crédito», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 2843-2870.
- ALONSO SOTO, Ricardo José: «La información al tomador del seguro en la comercialización de productos financieros en forma de seguros», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 17-48.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «¿Es razonable que el arrendador de local de negocio pueda exigir siempre todo el cumplimiento en caso de terminación unilateral del arrendatario? Comentario a la STS, de 16 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2308)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 461-477.
- «El Tribunal Supremo insiste: No hay desistimiento en los arrendamientos para uso distinto de vivienda: Comentario a la STS de 3 octubre 2017 (RJ 2017, 4871)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 257-277.
- ANTOLÍ MÉNDEZ, Alberto, y BARQUERO CABRERO, José Daniel: «Nueva situación en las ciencias jurídicas de la subrogación del crédito en el ámbito del nuevo auge económico- inmobiliario español en 2017», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.

- ARANGUREN URRIZA, Francisco José: «Juicio de equivalencia de poderes otorgados ante notario extranjero», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 237-250.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 65-94.
- BECH SERRAT, Josep María: «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», en *Indret*, núm. 1/2018.
- BELLO TORES, Leticia, y FARIÑA, Rebeca: «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos. ¿Derecho de contratos o cobro indebido?», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 153-190.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Cláusulas abusivas en contratos con consumidores: Comentario a la STS –Sala Primera– núm. 511/2017, de 20 septiembre 2017 (RJ 2017, 4039)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 215-224.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comercialización de participaciones preferentes: la no realización de los test de idoneidad o de conveniencia no determina el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información. Comentario a la STS de 20 de abril de 2017 (RJ 2017, 1821)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 417-444.
- CADENAS OSUNA, Davinia: «La causalidad hipotética: estudio comparado y propuesta de interpretación según los textos de *soft law* europeo», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 183-205.
- CASADO CASADO, Belén: «El pacto de determinación unilateral de deuda y su posible abusividad (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- CASADO RONÁN, Javier: «La resolución contractual en el derecho civil español ID: “Los garantes en el procedimiento ejecutivo hipotecario: posición de los sujetos y cuestiones más destacadas”», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «¿Es abusiva la cláusula que prevé la posibilidad de la venta extrajudicial del bien hipotecado?: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2017 (RJ 2017/1734)», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 287-292.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario con consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- Aspectos esenciales de la futura Ley de Crédito Inmobiliario», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- «Los garantes en el procedimiento ejecutivo hipotecario: posición de los sujetos y cuestiones más destacadas», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.

- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen: «Los elementos integrantes de la responsabilidad civil en el supuesto de transmisión prenatal de enfermedades por los progenitores a los hijos», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre el aprovechamiento por turno arrendaticio “flotante”: ¿un s.o.s. para el *time-share* en España?», en *RD*, núm. 9-10, 2017, pp. 103-125.
- «Pisos turísticos y comunidades de vecinos: un posible caso de abuso de derecho», en *RD*, núm. 1-2, 2018, pp. 53-88.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 217-242.
- CUARTERO RUBIO, María Victoria: «Imposibilidad de cumplimiento y elección del derecho aplicable en un bono estructurado: Comentario a la STS, Sala de lo Civil, núm. 477/2017, de 20 de julio (RJ 2017, 3653)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 47-76.
- CUENA CASAS, Matilde: «Privacidad y mercado de crédito: los ficheros de solvencia positivos», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 505-533.
- «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 2871-2924.
- DE LA PUENTE PÉREZ, Alicia: «Breve análisis de derecho comparado: la diferencia básica entre el tratamiento de la pena convencional por el Derecho español y el Derecho inglés», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 199-217.
- DEL VALLE AZNAR ESQUIVEL, Patricia: «El contrato electrónico», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- DECOCK, Winn: «La confianza más allá de la fe. Francisco Suárez sobre la obligatoriedad jurídica de los contratos con excomulgados», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 115-149.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Ampliación y novación de préstamo hipotecario: Comentario a la RDGRN de 19 septiembre 2017 (RJ 2017, 4378)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 163-213.
- «Hipoteca formalizada por escritura pública otorgada por el deudor antes de la fecha de la declaración judicial de su concurso e inscrita después: Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4744)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 369-389.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Doctrina jurisprudencial sobre la interrupción de la prescripción en los supuestos de responsabilidad solidaria subsidiaria de los agentes que intervienen en el proceso de edificación. Comentario a la STS de 27 de junio 2017 (RJ 2017, 3197)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 609-628.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Seguro de vida e incapacidad vinculado a préstamo hipotecario. Legitimación del tomador para actuar en seguro vinculado a hipoteca ante la inactividad de la entidad bancaria. Comentario a la STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 86052)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 385-415.

- DOMÍNGUEZ REYES, Faustino: «La segunda oportunidad de las personas físicas (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social)», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3017-3050.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «La suspensión del plazo de prescripción en las reclamaciones derivadas del contrato de transporte terrestre de mercancías. Comentario a la STS de 25 noviembre de 2016 (RJ 2016, 5656)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 95-114.
- ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia: «A vueltas con el enriquecimiento injusto en los contratos de reserva de alojamiento hotelero en régimen de contingente», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 165-182.
- FERNÁNDEZ SAN MIGUEL, Cristina: «Los incomprensidos intereses de demora», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 131-154.
- FORTEA GORBE, José Luis: «Derecho de retracto arrendaticio y liquidación concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «La problemática de los daños en la vivienda arrendada», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- FUENTESECA DEGENEFFE, Cristina: «Defectos materiales y jurídicos en la propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes», en *RDP*, núm. 9-10, 2017, pp. 29-68.
- GARCÍA HERRERA, Alicia: «La mediación en los conflictos de telecomunicaciones», en *RJC*, núm. 2, 2017, pp. 365-392.
- GILI SALDAÑA, María Angels: «Transmisión de negocio bancario y protección de los acreedores: Comentario a la STS de 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5263)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 479-507.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl: «La nulidad de los acuerdos de eliminación de la cláusula suelo. Cuestiones materiales y procesales», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 496-512.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «El contrato de “escrow” (depósito documental)», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 209-253.
- «Contratos de compraventa, figuras afines y “contratos mixtos” en el marco de la reforma del Derecho Contractual europeo». A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 10.<sup>a</sup>), de 7 de septiembre de 2017 (asunto C-247/16)», en *RJNot*, núm. 104, 2017, pp. 427-454.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El consentimiento prestado mediante email en el contrato de compraventa. Sobre la transmisión de un bien ganancial mediante correo electrónico remitido por uno solo de los cónyuges», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.

- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «*Adiectus solutionis gratia*, o el mero destinatario de la prestación», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- LANCHAS SÁNCHEZ, José Javier: «La responsabilidad exigible en el saneamiento por evicción en caso de pluralidad de vendedores: solidaridad o mancomunidad», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 95-118.
- LEAL CORONADO, Mikael: «La revolución de los medios de pago en el contexto de los nuevos modelos de contratación», en *RDNT*, núm. 45, 2017, pp. 141-167.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Daño moral», en *PDD*, núm. 133, 2017.
- LOIS CABALLÉ, Ana Isabel: «El sistema arbitral de consumo tras su adaptación a la Directiva 2013/11/UE, ¿un ADR más?», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 69-101.
- LOZANO GAGO, María de la Luz: «La aplicabilidad de la legislación europea sobre protección de consumidores al contrato de arrendamiento de servicios con Abogado», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- «La responsabilidad civil del abogado», en *PDD*, núm. 134, 2018.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad por daños causados por inseminación artificial por error al no hacerlo de la pareja de la receptora, sino de tercero», en *PDD*, núm. 132, 2017.
- «Alcance de la responsabilidad por daños del seguro del hogar ante perjudicados por delitos dolosos del asegurado», en *PDD*, núm. 134, 2018.
- «Cuestiones prácticas de daños por humedades en comunidades de propietarios», en *PDD*, núm. 135, 2018.
- MARÍ FARINÓS, Jesús, y MUÑOZ PÉREZ, David: «La revocación de donaciones por causa de ingratitud. Referencias legales y jurisprudenciales», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- MARTÍN FABA, José María: «El banco condenado por una cláusula suelo abusiva no debería pagar las costas si fuese parcial la estimación de las pretensiones, o si se consideró que el caso era jurídicamente dudoso. Comentario a la STS de 4 de julio de 2016 (RJ 2017, 3064)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 29-35.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», en *RDP*, núm. 11-12, 2017, pp. 77-91.
- MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: «Responsabilidad civil por productos defectuosos vendidos», en *PDD*, núm. 133, 2017.
- MARTINEZ VELENCOSO, Luz M., y SANCHO LÓPEZ, Marina: «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital: ¿Realmente es gratis la App?», en *Indret*, núm. 1/2018.
- MATO PACÍN, María Natalia: «El papel de la buena fe en el Derecho contractual inglés», en *Indret*, núm. 2/2018.

- MILÁ RAFEL, Rosa: «Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 2963-3016.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDÍCANA, José María: «El control de legalidad notarial y las últimas sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del T. S.», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 355-374.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», en *Indret*, núm. 2/2018.
- MOCHOLÍ FERRANDIZ, Ester M.: «Aspectos registrales de la cesión de suelo y del aprovechamiento a cambio de obra futura», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio: «El deber de mitigar el daño en la esfera extracontractual: problemática, alcance y sus últimas incidencias normativas», en *RDP*, núm. 1-2, 2018, pp. 89-112.
- MORENO-TORRES HERRERA, María Luisa: «¿Son abusivas las cláusulas que imponen al consumidor el pago de los gastos notariales y registrales del préstamo hipotecario?», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 143-192.
- MUÑOZ PÉREZ, David, y MARÍ FARINÓS, Jesús: «Estudio del impacto de la inclusión de la cláusula IRPH en la escritura de compraventa de viviendas con algún régimen de protección pública», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia: Comentario a la STS de 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 391-434.
- «La nueva regulación del préstamo en moneda extranjera o cómo impedir que la situación económica del deudor siga empeorando», en *RJC*, núm. 4, 2017, pp. 877-892.
- NEVADO CATALÁN, Verónica: «Responsabilidad civil de los progenitores por infracción del deber de velar por sus hijos», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 281-311.
- ORTIZ DEL VALLE, María del Carmen: «Estudio crítico del seguro de decesos: vigencia práctica y elementos configuradores a propósito de su regulación legal», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 129-161.
- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «El viajero, consumidor vulnerable: Consideraciones a la luz del moderno Derecho comunitario europeo», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 33-67.
- PÉREZ ESTRADA, Miren Josune: «Un año después del intento de solución extrajudicial en materia de cláusulas suelo (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual: Comentario a la STS de 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 103-115.



- PIZARRO MORENO, Eugenio: «Notas acerca de la confección política y jurídica de los arrendamientos urbanos. Crónica de un problema sin resolver», en *REDE*, núm. 4, 2017, pp. 623-658.
- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Nulidad de contratos de suscripción de participaciones preferentes y compra de obligaciones subordinadas. Restitución de intereses. Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6100)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 115-132.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: «La función social de la vivienda y la protección de los consumidores», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 103-127.
- RAMOS GONZÁLEZ, S., SALVADOR CODERCH, P., ATIENZA JIMÉNEZ, C., FORCADA RUBIO, A., ELIZALDE SALAZAR, I., y BUERA POTAU, M.: «Accidentes cero: Incidencia en derecho de daños de políticas regulatorias de eliminación de accidentes de circulación mortales y muy graves», en *Indret*, núm. 2/2018.
- RIVAS ANDRÉS, Rafael: «Acerca de la *locatio-conductio* de una cosa común efectuada por uno solo de los condóminos», en *RJNot*, núm. 105, 2018, pp. 289-315.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «El mandato extralimitado en el Código Civil de Cataluña», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 1-46.
- ROCA MARTÍNEZ, José María: «Un paso más en la protección del consumidor: la imposición de costas de las instancias previas (STS Sala Primera, pleno, 419/2017, de 4 de julio)», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «El servicio de mediación electrónica de las plataformas de financiación participativas: marco regulador», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 219-254.
- ROSSELLÓ RUBERT, Francisca María: «La recuperación y la portabilidad de los contenidos alojados en la nube desde la perspectiva contractual», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Consecuencias de la evaluación de solvencia del prestatario», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3266-3281.
- «Desistimiento unilateral del contrato por el arrendatario y cláusula *rebus sic stantibus*», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 533-548.
- SAGRERA RULL, Jordi: «Consecuencias jurídicas del desistimiento anticipado por parte del arrendatario de un contrato de arrendamiento de inmueble urbano», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 211-235.
- SAHN, Philipp: «Discrepancia de cabida en la compraventa de un inmueble en Derecho Civil Español», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «Los contratos de licencia de explotación sobre obtenciones vegetales: algunas consecuencias de la precariedad normativa», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 255-279.
- SALVATIERRA OSSORIO, Domingo: «El daño derivado de la responsabilidad profesional», en *PDD*, núm. 132, 2017.
- «El daño derivado del uso o adquisición de productos defectuosos», en *PDD*, núm. 135, 2018.

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Retroactividad “sin límites” y “abusividad ponderada” de la cláusula suelo declaradas nulas en la SSTJUE 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017. Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 133-166.
- Los controles de «transparencia» y «contenido» en los contratos celebrados entre empresarios / AS (Autónomos, Microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad. Comentario a la STS, Sala 1.ª (Pleno), de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371)», en *CCJC*, núm. 105.
- SANTOS MORÓN, María José: «La responsabilidad médica (en particular en la medicina “voluntaria”): Una relectura desde el punto de vista contractual», en *Indret*, núm. 1/2018.
- SAVAUX, Éric: «La reforma francesa del Derecho de obligaciones y su influencia en la práctica notarial», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 13-59.
- SOLÉ FELIU, Josep: «Responsabilidad del fabricante por daños causados por vacunas: problemas de prueba y presunciones judiciales. Análisis de la jurisprudencia que deriva de la STJUE de 21 de junio de 2017 (TJCE 2017, 147)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 577-607.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La aplicación de la normativa MIFID II desde el 3 de enero de 2018 y su trasposición al ordenamiento español», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 187-202.
- TORAL LARA, Estrella: «Consecuencias derivadas del desistimiento anticipado del arrendatario, no pactado ni aceptado por el arrendador, en el arrendamiento de local de negocio: Comentario a la STS de 3 octubre 2017 (RJ 2017, 4871)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 279-315.
- VALERA COELLO DE PORTUGAL, Rafael: «Recuperando la eficiencia en el arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 363-379.
- VAQUERO PINTO, María José: «Historia del caso de la talidomida. *Dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil: prescripción y amparo constitucional», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 275-316.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: «Derecho al honor en Internet, anonimato y responsabilidad de los prestadores de servicios: ¿evolución e involución?», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: «El IRPH y el deber de información en la contratación bancaria (1)», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- «Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusulas suelo. Comentario a la STS de 8 de junio de 2017 (RJ 2017, 2509)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 525-562.
- VEGA CARDONA, Raúl José: «El contrato de promesa en Cuba», en *REDE*, núm. 4, 2017, pp. 695-726.

- VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: «Problemas aplicativos de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación en relación a la responsabilidad civil automovilística», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- VENTURA VENTURA, José Manuel: «Duración del contrato de arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública en la Comunidad de Madrid. Temporalidad determinada por las cláusulas contractuales, que reproducen la normativa autonómica *ad hoc*. Comentario a la STS de 12 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2052)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 445-459.
- VILATA MENADAS, Salvador: «La compensación de daños. El cartel de camiones y el acceso a la fuente de prueba», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «La duración del encargo de auditoría en caso de auditoría obligatoria. Especial atención a la duración del encargo de auditoría en las entidades de interés público», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 227-252.

#### DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «La prenda de créditos como garantía mobiliaria hoy, problemas jurídicos pendientes», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3216-3241.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula: «Problemas de legalidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 83-119.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario con consumidores», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- «El procedimiento ejecutivo hipotecario y los actores secundarios del drama: avalistas, fiadores e hipotecantes no deudores», en *RJNot*, núm. 105, 2018, pp. 135-181.
- «Aspectos esenciales de la futura Ley de Crédito Inmobiliario», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- «Los garantes en el procedimiento ejecutivo hipotecario: posición de los sujetos y cuestiones más destacadas», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «¿Hay topes mínimos para la adjudicación del inmueble hipotecado en las ejecuciones ante notario?: Comentario a la STS de 23 mayo 2017 (RJ 2017/2708)», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 293-310.
- CUENA CASAS, Matilde: «Hipoteca y crisis conyugal», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 47-86.

- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Ampliación y novación de préstamo hipotecario: Comentario a la RDGRN de 19 septiembre 2017 (RJ 2017, 4378)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 163-213.
- «Hipoteca formalizada por escritura pública otorgada por el deudor antes de la fecha de la declaración judicial de su concurso e inscrita después: Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4744)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 369-389.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZA, Pilar: «Seguro de vida e incapacidad vinculado a préstamo hipotecario. Legitimación del tomador para actuar en seguro vinculado a hipoteca ante la inactividad de la entidad bancaria. Comentario a la STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 86052)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 385-415.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La cancelación de cargas en la subasta judicial de bienes inmuebles: en especial los problemas derivados de la caducidad de la anotación preventiva del embargo: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 427/2017 de 7 julio (RJ 2017/3124)», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 311-333.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: «Aprovechamiento por turno. Nulidad por inadecuación a la Ley 42/1998 o el negocio de la nulidad en la adquisición de turnos adquiridos para reventa. Comentario a la STS, de 18 de julio de 2017 (RJ 2017, 3473)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 629-655.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Saúl: «Hipotecas multidivisa: un análisis material y procesal bajo el prisma de la nulidad por falta de transparencia tras la STS de 15 de noviembre de 2017», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- GUERRERO JIMÉNEZ, Luis Ernesto: «Trabajo fin de grado: el contenido esencial de la propiedad en la jurisprudencia», en *REDE*, núm. 3, 2017, pp. 511-544.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «El consentimiento prestado mediante email en el contrato de compraventa. Sobre la transmisión de un bien ganancial mediante correo electrónico remitido por uno solo de los cónyuges», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem: «La constitucionalidad de la propiedad temporal», en *RJC*, núm. 4, 2017, pp. 957-976.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3345-3354.
- MARTÍN BRICEÑO, María del Rosario: «La propiedad temporal y la propiedad compartida», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.: «La transmisión electrónica de la propiedad de los inmuebles (“eConveyancing”): Un análisis comparado», en *RDNT*, núm. 45, 2017, pp. 25-46.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDÍCANA, José María: «El control de legalidad notarial y las últimas sentencias de la Sala 3.ª del T. S.», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 355-374.

- MOCHOLÍ FERRANDIZ, Ester M.: Aspectos registrales de la cesión de suelo y del aprovechamiento a cambio de obra futura», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 2018.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia: «¿Es posible la usucapión de los elementos comunes en la propiedad horizontal?», en *RDP*, núm. 3-4, 2018, pp. 3-44.
- NAVAS NAVARRO, Susana: «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia: Comentario a la STS de 15 noviembre 2017 (RJ 2017, 4730)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 391-434.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «Comunidad de bienes con objeto plural o pluralidad de comunidades de bienes: formación de lotes: Comentario a la STS (Sala Civil) de 5 octubre 2017 (RJ 2017, 4241)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 317-339.
- PANIZA FULLANA, Antonio: «La propiedad de la espada Tizona del Cid Campeador: entre el Derecho sucesorio y la usucapión», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 117-127.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, Pablo: «Algunos interrogantes sobre el ius variandi en las servidumbres», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: «La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en el Derecho español», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 63-93.
- SABORIDO SÁNCHEZ, Paloma: «La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales (Al hilo de la búsqueda de coordinación entre Registro y Catastro)», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 87-122.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: «La posesión en la usucapión de bienes muebles. Comentario a la STS de 16 noviembre 2016 (RJ 2016, 5465)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 37-69.

## DERECHO DE FAMILIA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Protección del interés del menor en la atribución del uso de la vivienda familiar», en *RJNot*, núm. 105, 2018, pp. 239-278.
- ANDREU MARTÍNEZ, Belén: «La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?», en *Indret*, núm. 2/2018.
- ANGUITA RÍOS, Rosa María: «La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- AZNAR DOMINGO, Antonio, y TRUJILLO GIL, Daniel Alejandro: «Uniones de hecho. Vicisitudes y fragmentación normativa», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.

- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles: «La incidencia de la voluntad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre acciones de filiación», en *RDP*, núm. 11-12, 2017, pp. 3-22.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio: «La organización económica de las parejas de hecho y sus límites institucionales», en *REDE*, núm. 3, 2017, pp. 447-482.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: «Cuestiones controvertidas en la nueva regulación de la adopción tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia», en *ACM*, núm. 6, 2017, pp. 29-70.
- CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen: «Nuevos patrones de familia y desvinculación de la verdad biológica en la determinación de la filiación hacia una reformulación del estatuto del “concepturus”». A propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de febrero de 2017 y la admisión, no tan velada, de los reconocimientos de complacencia», en *RJNot*, núm. 104, 2017, pp. 277-316.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: *The Uniform Premarital and Marital Agreement Act* (2012)», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 3-54.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «La defensa del interés del menor en el conflicto entre el derecho a la intimidad de los menores de edad y los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad de sus progenitores», en *ACM*, núm. 9, 2017, pp. 29-72.
- CUENA CASAS, Matilde: «Hipoteca y crisis conyugal», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 47-86.
- DE LA TORRE LASO, Jesús: «Consecuencias de la participación (y utilización) de los menores en los procesos de ruptura familiar conflictivos», en *RDF*, núm. 78, 2018, pp. 29-49.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «¿Qué es lo que queda del derecho civil valenciano en materia de familia?», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 111-162.
- FAVIER, Yann: «El nuevo divorcio contractual en Derecho francés, hijo ilegítimo de la reforma de modernización de la justicia», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen, y GOÑI HUARTE, Elena: «Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen Leonor: «Algunas cuestiones que plantea el Capítulo IV de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor sobre acogimiento residencial de menores con problemas de conducta», en *ACM*, núm. 2, 2018, pp. 27-52.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: «La adopción tras la ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», en *RDP*, núm. 9-10, 2017, pp. 3-27.

- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca: «La implantación de la adopción abierta en España», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y *empowerment*», en *ACM*, núm. 11, 2017, pp. 51-82.
- MARÍ FARINÓS, Jesús, y MUÑOZ PÉREZ, David: «Consecuencias de la anulación de la Ley 10/2007 de Régimen Económico Matrimonial Valenciano», en *Actualidad Civil*, núm. 10, 2017.
- «Pensión compensatoria: elemento causal, principio dispositivo y sus manifestaciones», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores», en *RDP*, núm. 11-12, 2017, pp. 77-91.
- MARTÍNEZ CALVO, Javier: «El “affidamento” y la “collocazione” en el Derecho italiano: una visión comparada con la guarda y custodia española», en *RDF*, núm. 78, 2018, pp. 51-88.
- MARTÍNEZ SISTACH, Lluís: «Innovacions en el procés de nul·litat de matrimoni. Motu proprio “Mitis Iudex Dominus Iesus”, del papa Francesc», en *RJC*, núm. 3, 2017, pp. 643-664.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Los efectos frente a terceros de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges en procedimiento de familia. Análisis jurisprudencial», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- MESA MARRERO, Carolina: «Una valoración sobre los registros de uniones de hecho y la posible extralimitación competencial del legislador autonómico», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 265-281.
- MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel: «El desistimiento unilateral en los pactos voluntarios y gratuitos de duración indefinida sobre alimentos: Comentario a la STS de 20 noviembre 2017 (RJ 2017, 5099)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 435-452.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis: «El reconocimiento de complacencia ante notario», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 237-264.
- NEVADO MONTERO, Juan José: «La protección del núcleo familiar frente a las inmisiones (acciones civiles): legitimación de los cónyuges para reclamar y carácter de la posible indemnización (privativa o ganancial)», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3282-3302.
- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 95-116.
- PÉREZ CALVO, Ignacio: «La reciente reforma del matrimonio y de las crisis matrimoniales», en *Actualidad Civil*, núm. 11, 2017.
- PÉREZ CONESA, Carmen: «Interés superior del menor y negativa a la prueba biológica en proceso de reclamación de paternidad. Voto particular. STS de 17 de enero de 2017», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 111-116.

- PÉREZ DÍAZ, Raquel: «La imagen del menor en las redes sociales», en *ACM*, núm. 3, 2018, pp. 71-86.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe: «Bienes gananciales y privativos. Disolución del régimen por separación. Nulidad del convenio regulador. Adquisición en arrendamiento financiero: Comentario a la STS de 13 septiembre de 2017 (RJ 2017, 3916)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 117-145.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Emma: «El divorcio notarial en España (perspectiva en derecho comparado y problemática de la actual regulación)», en *RJNot*, núm. 105, 2018, págs. 183-238.
- RODRÍGUEZ ELORRIETA, Naiara: «La capacidad de las personas discapacitadas para concertar un contrato en el ámbito laboral», en *ACM*, núm. 2, 2018, pp. 53-76.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Revisión de la atribución de custodia y la reubicación internacional de menor en interés superior del menor: Comentario a la STS de 18 enero 2017 (RJ 2017, 343)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 9-21.
- «La protección en España de menores cuya Ley Nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de adopción internacional», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 387-41.
- SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3051-3076.
- SILVA-RUIZ, Pedro F.: «Gestación subrogada (maternidad subrogada)», en *RDP*, núm. 1-2, 2018, pp. 19-31.
- SUSIN CARRASCO, Esther: «El derecho del niño a expresar su opinión en el derecho alemán», en *RDF*, núm. 78, 2018, pp. 357-369.
- TUDELA CHORDÁ, Sergio: «Los negocios fiduciarios ante los procedimientos de separación, divorcio y nulidad», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 461-495.
- VAQUER ALOY, Antoni, e IBARZ LÓPEZ, Noelia: «Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 211-235.
- VILA SORIANO, Marta: «Configuración y cuantificación de la compensación económica por razón de trabajo: valorar las tareas de cuidado para incentivar la igualdad de género», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 381-403.

## DERECHO DE SUCESIONES

- ABRIL CAMPOY, Juan Manuel: «El declivi de la llegítima i l'evolució de les seves manifestacions», en *RJC*, núm. 3, 2017, pp. 665-696.
- ÁLVAREZ-SALA WALTHER, Juan: «Pasado y futuro del albaceazgo», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 195-209.



- CAROL ROSÉS, Fernando: «Revisión y análisis crítico sobre la libertad para testar y el reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 513-532.
- «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentificación de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3242-3265.
- CARPI MARTÍN, Rebeca: «Actos de administración de la herencia yacente por los “herederos llamados”: un análisis del artículo 411-9 del Código Civil Catalán», en *Indret*, núm. 1/2018.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «La adquisición del legado en el Código Civil español (art. 881) e italiano (art. 649): ¿dos sistemas diferentes o semejantes?», en *RDP*, núm. 1-2, 2018, pp. 3-18.
- ECHEVARRÍA DE RADA, Teresa: «Voluntades anticipadas: cuestiones controvertidas», en *ACM*, núm. 6, 2017, pp. 71-113.
- «Desheredación de los hijos y descendientes. Especial consideración del abandono emocional y de la ausencia de relación familiar», en *RDP*, núm. 11-12, 2017, pp. 43-76.
- ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada: «El testamento “simpliciter”», en *RDC*, núm. 4, 2017, pp. 283-291.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 61-76.
- GALICIA AIZPURURA, Gorka Horacio: «En torno al sistema de responsabilidad hereditaria del código civil (y de los derechos civiles autonómicos)», en *ACM*, núm. 5, 2017, pp. 45-105.
- GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio, y CASTELLANOS CÁMARA, Sandra: «Últimas reformas y propuestas de reforma en derecho de sucesiones», en *ACM*, núm. 3, 2018, pp. 27-70.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «Soluciones prácticas en materia de legítimas», en *RJNot*, núm. 104, 2017, pp. 317-337.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Imputación de legado a favor del cónyuge viudo: una (falsa) analogía sobre analogía», en *RDP*, núm. 11-12, 2017, pp. 23-42.
- HORNERO MÉNDEZ, César: «Donde hay sustitución no puede ser querido el acrecimiento: un principio que no es tan sólido. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de febrero de 2016 (RJ 2016, 1739)», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 373-389.
- MAGRO SERVET, Vicente: «Características para la validez del testamento ológrafo», en *Actualidad Civil*, núm. 1, 2018.
- «El derecho del testador de utilizar la opción de mejora a favor de alguno de sus herederos forzosos y la impugnación de esta decisión por el resto», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.

- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Sustitución vulgar a favor de los descendientes de un legitimario que repudia la herencia: Comentario a la RDGRN de 23 octubre 2017 (JUR 2018, 14334)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 357-368.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Derecho de transmisión. Necesidad de concurrencia del cónyuge viudo del transmitente en la herencia del primer causante: Comentario a la RDGRN de 26 julio 2017 (JUR 2018, 14353)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 77-102.
- MERINO Y HERNÁNDEZ, José Luis: «Renuncia y recuperación del derecho de viudedad aragonés», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 121-151.
- PANIZA FULLANA, Antonio: «La propiedad de la espada Tizona del Cid Campeador: entre el Derecho sucesorio y la usucapión», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 117-127.
- PLANAS BALLVÉ, María: «El desheretament per absència de relació familiar: la nova causa de desheretament de l'article 451-17 e) del Codi civil de Catalunya», en *RJC*, núm. 2, 2017, pp. 335-364.
- PONS-ESTEL TUGORES, Catalina: «La actualidad de la "prohibición de confesores" (art. 752 del Código Civil)», en *RDC*, núm. 3, 2017, pp. 117-135.
- REPRESA POLO, María Patricia: «Los derechos sucesorios del declarado ausente», en *ACM*, núm. 10, 2017, pp. 41-68.
- SÁENZ DE SANTAMARÍA VIERNA, Alberto: «¿Fue nulo el testamento del Rey Católico?», en *RJNot*, núm. 104, 2017, pp. 139-158.
- SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «¿Puede el testador prohibir a sus herederos la intervención judicial en su testamento?», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- ZUBERO QUINTANILLA, Sara: «Ponderación de las limitaciones legales a la libertad de testar del causante. El sistema de legítimas en Aragón y en el Código civil», en *RDC*, núm. 2, 2017, pp. 55-81.

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

- ARROYO APARICIO, Alicia: «Prácticas comerciales desleales y Derecho de la competencia: "Prácticas agresivas" (delimitación y análisis de casos)», en *RDCD*, núm. 21, 2017.
- ALTZELAI ULIONDO, Igone: «La liberalización del sector ferroviario: ¿una política congruente con el derecho comunitario de la competencia?», en *RDCE*, núm. 58, 2017, pp. 941-975.
- CALVO VÉRGEZ, Juan: «Claves de la articulación del rescate de las entidades financieras en Italia», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 161-198.

- DOE RODRÍGUEZ, Martín y DOMÍNGUEZ JOHNSON, Millicent: «El papel de la CNUDMI en el arbitraje y sus nuevos rumbos», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 177-193.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María: «La protección reforzada de la marca notoria. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 446)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 195-213.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en Derecho Español y necesidad de su reforma», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 11-64.
- GILI SALDAÑA, María Angels: «Transmisión de negocio bancario y protección de los acreedores: Comentario a la STS de 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5263)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 479-507.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael: «Los segundos veinticinco años de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 15-32.
- LUQUIN BERGARECHE, Raquel: «Actualidad de la empresa familiar: protocolos, planificación estratégica y cláusulas ADR como instrumentos jurídicos de continuidad y *empowerment*», en *ACM*, núm. 11, 2017, pp. 51-82.
- MADRID PARRA, Agustín: «La Convención de Naciones Unidas sobre Comunicaciones Electrónicas (2005)», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 135-176.
- MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco: «¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?», en *Indret*, núm. 1/2018.
- «Independencia de las autoridades de defensa de la competencia en España», en *RDCD*, núm. 21, 2017.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: «Los créditos sindicados en el punto de mira de las autoridades de competencia: valoración de las iniciativas recientes de la Comisión Europea, FCA y CNMC», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 123-160.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «El grupo de empresas y el procedimiento concursal», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 113-145.
- NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario, y MUÑOZ GARCÍA, Alfredo: «La reconstrucción del concepto de grupo empresarial desde el Derecho de obligaciones y contratos», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 107-145.
- OLIVENCIA, Manuel: «La CNUDMI: origen, funcionamiento y fines», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 33-40.
- OTERO COBOS, María Teresa: «La valoración de la prueba en los procedimientos de nulidad de patentes: Comentario a la STS de 2 octubre 2017 (RJ 2017, 4236)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 239-256.
- PERALES VIXCASILLAS, María del Pilar: «Retos y tendencias actuales en la interpretación de los textos de la CNUDMI», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 41-76.

- PETIT CALVO, Carlos: «Democracia y Derecho mercantil: texto y contextos de Joaquín Garrigues, Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades Anónimas (1933)», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 187-208.
- PORTELLANO DÍEZ, Pedro: «Reducción de precios (descuentos) en las Leyes de comercio: Análisis de su compatibilidad con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», en *RDCD*, núm. 20, 2017.
- PUEYO SANZ, Jorge: «El trato fiscal favorable como ayuda de Estado en el Derecho de la Competencia: El Caso Apple», en *RDCD*, núm. 21, 2017.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «La prueba del abuso de posición de dominio», en *RDCD*, núm. 21, 2017.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Los controles de “transparencia” y “contenido” en los contratos celebrados entre empresarios / AS (Autónomos, Microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad. Comentario a la STS, Sala 1.<sup>a</sup> (Pleno), de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 167-193.
- TUDOR, Elena Cristina: «La regla del comprador indirecto en la aplicación privada del derecho de la competencia. Análisis jurídico y económico», en *RDP*, núm. 1-2, 2018, pp. 33-52.
- UNZUÉ ROSSI, Julio: «Infracción de normas que regulan la actividad concurrencial y prácticas engañosas con consumidores. Comentario a la STS de 17 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2229)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 479-503.
- VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio: «Competencia desleal y publicidad», en *RDCD*,
- VICENTE MAMPEL, Ciara: «Derecho antitrust en el mercado ferroviario español: a propósito de la Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2017 (Expte. S/DC/0511/14)», en *ACM*, núm. 11, 2017, pp. 29-50.
- ZURIMENDI ISLA, Aitor: «Las reclamaciones de los daños y perjuicios derivados de ilícitos anticoncurrenciales», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 487-544.

## DERECHO DE SOCIEDADES

- BEDNARZ, Zofia: «La retribución de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada: Comentario a la STS de 19 septiembre 2017 (RJ 2017, 4012)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 147-162.
- BENAVIDES VELASCO, Patricia: «El traslado de sede social a propósito del Real Decreto-ley 15/2017», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 285-296.
- BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «Las entidades asesoras de voto para la implicación de los socios en las sociedades cotizadas según la Directiva 2017/828», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 459-485.

- CASTELLÓ PASTOR, José Juan: «Sociedades mercantiles, centro de intereses y vulneración de los derechos de la personalidad en la red. Competencia judicial internacional: Comentario a la STJUE (Gran Sala) de 17 de octubre de 2017 (JUR 2017, 261903)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 341-356.
- CASTILLO PLAZO, La cobertura de defensa jurídica en el seguro de responsabilidad civil de consejeros y directivos», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 313-350.
- COHEN BENCHETRIT, Amanda: «La causa de disolución de la sociedad por pérdidas cualificadas y aportaciones de los socios. Comentario a la STS de 24 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5674)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 71-94.
- DEL VAL TALENS, Paula: «El contrato de consejero ejecutivo. Notas para el desarrollo de su régimen jurídico», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 95-130.
- «El administrador persona jurídica en el grupo de empresas», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 147-184.
- EMBID IRUJO, José Miguel: «La personalidad latente de la sociedad extinguida». Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno) 1991/2017, 24 de mayo», en *RJNot*, núm. 104, 2017, pp. 407-425.
- «Sociedad de auditoría y sociedad profesional» (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de septiembre de 2017; BOE de 5 de octubre de 2017)», en *RJNot*, núm. 105, 2018, pp. 377-395.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La disolución por paralización de los órganos sociales: un examen crítico y comparado del estado de la cuestión y una propuesta de reforma legislativa», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 9-67.
- «La arbitrabilidad de las situaciones de paralización de los órganos sociales», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 77-127.
- «El traslado del domicilio social: comentario al nuevo artículo 285.2 LSC», en *RJC*, núm. 3, 2017, pp. 617-642.
- GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «La adquisición por una sociedad limitada de un derecho de usufructo sobre sus propias participaciones. Comentario a la STS de 15 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1144)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 279-313.
- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza: «Insuficiencias e ineficiencias de la reforma del sector público empresarial: La necesidad de avanzar», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 27-76.
- GARCÍA SANZ, Arturo: «La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad anónima. Comentario a la STS de 24 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2217)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 505-524.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo: «Sobre el derecho de información y de intervención en asuntos de gestión del grupo de los socios minoritarios de la sociedad matriz: (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 15 de julio de 2015)», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 407-421.

- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «El deber de abstención de un socio en conflicto de interés indirecto con la sociedad: (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 2 de febrero de 2017)», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 445-471.
- GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «Comentario a la Resolución de 22 de mayo de 2017 de la Dirección General de Registros y del Notariado (BOE de 9 de junio de 2017) en materia de desconvocatoria de junta general», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 307-313.
- GUERRA MARTÍN, Guillermo: «El régimen sobre operaciones vinculadas en la Directiva 2017/828 y su eventual impacto en el ordenamiento español», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 333-358.
- GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Ineficacia de la revocación de la dimisión por el administrador de una sociedad de capital», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 277-283.
- HERNÁNDEZ PEÑASCO, Ramón: «Reducción de capital con devolución de aportaciones y reducción con amortización de acciones propias: el principio de paridad de trato de los socios y la tutela de acreedores», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 315-327.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La identificación de los socios profesionales y el control registral» (Comentario a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2018), en *RJNot*, núm. 105, 2018, pp. 397-415.
- LATORRE CHINER, Nuria: «Las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas: Especial atención a las operaciones intragrupo», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 129-163.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel: «La cobertura de vacantes en el órgano de liquidación de las sociedades de capital por el cese o la separación de liquidadores», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 207-253.
- MARTÍN MORAL, María Flora: «El arbitraje estatutario en las sociedades de capital», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 255-274.
- MORENO LISO, Lourdes: «El deber de abstención en el voto y el conflicto de interés en personas vinculadas al socio administrador. Comentario a la STS de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 396)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 215-233.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, José Cándido: «Perseverare diabolicum: (A propósito de la STS de 26 de febrero de 2018 y la retribución de los consejeros ejecutivos)», en *Indret*, núm. 2/2018.
- PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La página web de la sociedad o página web corporativa: luces y sombras», en *ACM*, núm. 4, 2017, pp. 87-101.
- «Caracterización del régimen de impugnación de acuerdos de la Junta General de las Sociedades de Capital», en *RDP*, núm. 9-10, 2017, pp. 69-102.

- PILEÑO MARTÍNEZ, María del Carmen: «Comentario sobre el nuevo régimen de folletos de ofertas públicas o admisión a cotización de valores en un mercado regulado (Reglamento (UE) 2017/1129)», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 253-286.
- PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Sociedades capitalistas: conflicto de intereses, derecho de voto y deber de abstención», en *REDE*, núm. 4, 2017, pp. 659-679.
- REDONDO TRIGO, Francisco: «La adquisición de capital social del concesionario público, ¿un supuesto de cesión contractual a los efectos de autorización administrativa?», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3327-3344.
- «La impugnación de acuerdos sociales. *Nemo venire contra factum proprium. Bona fides*», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 584-600.
- ROJÍ BUQUERAS, José María: «La inclusión en los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada del derecho de oposición de los acreedores», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 297-305.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Hacia una década de la regulación legal de las SOCIMI», en *RDS*, núm. 51, 2017, pp. 165-206.
- SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, Juan: «La implicación del socio que votó a favor en el proceso de impugnación del acuerdo», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 155-186.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Las ofertas públicas de adquisición de valores en España. Teoría y práctica en el décimo aniversario de su regulación vigente», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 13-56.
- TUSQUETS TRIAS DE BES, Francisco: «El trasllat del domicili de les societats mercantils», en *RJC*, núm. 4, 2017, pp. 935-942.

## CONTRATOS MERCANTILES

- ALONSO SOTO, Ricardo José: «La información al tomador del seguro en la comercialización de productos financieros en forma de seguros», en *RJUAM*, núm. 36, 2018, pp. 17-48.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Condición legal de consumidor y contratos con “doble finalidad”. Comentario a la STS de 5 de abril de 2017 (RJ 2017, 2669)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 343-383.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 65-94.
- ARROYO VENDRELL, Tatiana: «La relevancia comercial de los contratos puerta a puerta y el consenso alcanzado en las Reglas de Rotterdam con la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías parcialmente marítimo», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 99-134.

- BECH SERRAT, Josep María: «Cláusulas suelo y autonomía procesal en la Unión Europea: ¿por qué no hacer una excepción a la cosa juzgada?», en *Indret*, núm. 1/2018.
- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comercialización de participaciones preferentes: la no realización de los test de idoneidad o de conveniencia no determina el incumplimiento de las obligaciones precontractuales de información. Comentario a la STS de 20 de abril de 2017 (RJ 2017, 1821)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 417-444.
- DE LA VEGA GARCÍA, Fernando L.: «La gestión de pagos en el *crowdfunding*», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 255-276.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, Bárbara: «Imperatividad del plazo de pago “ex” Ley de Morosidad, nulidad de su contravención con independencia del carácter abusivo, sin constituir acto propio su falta de impugnación, en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 549-563.
- EMPARANZA SOBEJANO, Alberto: «La suspensión del plazo de prescripción en las reclamaciones derivadas del contrato de transporte terrestre de mercancías. Comentario a la STS de 25 noviembre de 2016 (RJ 2016, 5656)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 95-114.
- «La dispensa del deber de lealtad como instrumento de retribución atípica de los administradores», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 57-82.
- ESCUIN IBÁÑEZ, Irene: «La responsabilidad derivada del uso no autorizado de la tarjeta en la ley de servicios de pago», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 199-226.
- GILI SALDAÑA, María Angels: «Transmisión de negocio bancario y protección de los acreedores: Comentario a la STS de 29 noviembre 2017 (RJ 2017, 5263)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 479-507.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «El contrato de “escrow” (depósito documental)», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 209-253.
- MARTÍN FABA, José María: «El banco condenado por una cláusula suelo abusiva no debería pagar las costas si fuese parcial la estimación de las pretensiones, o si se consideró que el caso era jurídicamente dudoso. Comentario a la STS de 4 de julio de 2016 (RJ 2017, 3064)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 29-35.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., y SANCHO LÓPEZ, Marina: «El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital: ¿Realmente es gratis la App?», en *Indret*, núm. 1/2018.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», en *Indret*, núm. 2/2018.
- MORÁN BOVIO, David Amable: «La Convención sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional», en *RDM*, núm. 306, 2017, pp. 77-98.
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Las consecuencias del incumplimiento de los deberes precontractuales de información y evaluación en la contratación de productos de inversión: la improcedencia de la resolución por incumplimiento contractual: Comentario a la STS de 13 septiembre 2017 (RJ 2017, 3756)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 103-115.



- PLANA ARNALDOS, María Carmen: «Nulidad de contratos de suscripción de participaciones preferentes y compra de obligaciones subordinadas. Restitución de intereses. Comentario a la STS de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 6100)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 115-132.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Isabel: «El servicio de mediación electrónica de las plataformas de financiación participativas: marco regulador», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 219-254.
- SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín: «Los contratos de licencia de explotación sobre obtenciones vegetales: algunas consecuencias de la precariedad normativa», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 255-279.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Retroactividad “sin límites” y “abusividad ponderada” de la cláusula suelo declaradas nulas en la SSTJUE 21 diciembre 2016 y 26 enero 2017. Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 133-166.
- «Los controles de “transparencia” y “contenido” en los contratos celebrados entre empresarios / AS (Autónomos, Microempresas y Pymes): una quimera cada día más cerca de la realidad. Comentario a la STS, Sala 1.ª (Pleno), de 30 de enero de 2017 (RJ 2017, 371)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 167-193.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «La aplicación de la normativa MIFID II desde el 3 de enero de 2018 y su trasposición al ordenamiento español», en *RDBB*, núm. 149, 2018, pp. 187-202.
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: «Acción colectiva de cesación, control de transparencia y cláusulas suelo. Comentario a la STS de 8 de junio de 2017 (RJ 2017, 2509)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 525-562.
- ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «La duración del encargo de auditoría en caso de auditoría obligatoria. Especial atención a la duración del encargo de auditoría en las entidades de interés público», en *RDBB*, núm. 148, 2017, pp. 227-252.

## DERECHO CONCURSAL

- ARIAS VARONA, Francisco Javier: «El tratamiento de los valores de los clientes en el concurso de entidades participantes en el depositario central de valores», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 69-105.
- AZNAR GINER, Eduardo: «La impugnación de acuerdos de refinanciación homologados: el Caso Abengoa. (Comentario a la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Sevilla de fecha 25 de septiembre de 2017)», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 213-230.
- BENAVIDES VELASCO, Patricia: «Nuevas “oportunidades” para una regulación sobre la exoneración del pasivo insatisfecho», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 73-104.

- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis: «Tratamiento del leasing en el concurso de acreedores», en *ACM*, núm. 8, 2017, pp. 57-100.
- DIESTE COBO, Juan Manuel: «El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley concursal», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 281-311.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Hipoteca formalizada por escritura pública otorgada por el deudor antes de la fecha de la declaración judicial de su concurso e inscrita después: Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4744)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 369-389.
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «La enajenación concursal de unidad productiva», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 147-185.
- FACHAL NOGUER, Nuria: «La problemática actual de la rendición de cuentas de la administración concursal», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 39-86.
- «Sociedades de capital en concurso de acreedores: saneamiento financiero», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 151-174.
- FERRÉ FALCÓN, Juan: «La clasificación de los créditos de la Sareb en el concurso de Reyal Urbis. (Comentario a la Sentencia núm. 162/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 2017)», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 231-235.
- FORTEA GORBE, José Luis: «Derecho de retracto arrendaticio y liquidación concursal», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada regla de prioridad absoluta», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 11-38.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo: «La acción rescisoria concursal frente a las garantías intragrupo», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 89-112.
- GURREA MARTÍNEZ, Aurelio: «Hacia la supresión de la calificación del concurso», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 107-121.
- HEREDIA CERVANTES, Iván: «Acciones de reintegración y concurso internacional: aspectos de ley aplicable», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 37-54.
- HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «El tratamiento concursal de los créditos concursales no concurrentes: (comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.<sup>a</sup>] de 4 de noviembre de 2016)», en *RDM*, núm. 307, 2018, pp. 423-443.
- IRIBARREN BLANCO, Miguel: «Saneamiento financiero de las sociedades mercantiles y deberes de fidelidad de los socios», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 55-72.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «La inscripción de actos registrables en la fase de convenio del concurso de acreedores», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3303-3326.
- MARINA GARCÍA-TUÑÓN, Ángel: «Actuales tendencias en Derecho Concursal Francés», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 237-344.

- MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «La rescisión de transmisiones preferentes en el derecho concursal norteamericano», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 231-249.
- «Las *fraudulent transfers* en el derecho norteamericano», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 373-385.
- MORALES BARCELÓ, Judith: «Los créditos subordinados y la acción de reintegración en los grupos de sociedades», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 187-209.
- MORENO SERRANO, Enrique: «El límite temporal de dos años en el marco de la sección de calificación. (A propósito de la STS, núm. 575/2017, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2017)», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 237-247.
- MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «El grupo de empresas y el procedimiento concursal», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 113-145.
- NAVARRO MÁÑEZ, Miguel: «Sobre el pasivo financiero y el sacrificio desproporcionado. Comentario a la SJM núm. 2 de Sevilla de 25 de septiembre de 2017 (ABENGOA)», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 285-318.
- OROZCO GONZÁLEZ, Margarita: «Las acciones rescisorias en el marco del concurso de acreedores. Comentario a la STS de 23 de marzo de 2017 (RJ 2017, 1265)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 315-342.
- RECAMÁN GRAÑA, Eva: «Derecho proyectado de reestructuraciones y deberes de los administradores sociales», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 123-132.
- RIVAS RUIZ, Amanay: «El acuerdo extrajudicial de pagos», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 175-199.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Revocatoria concursal transfronteriza y fraude de ley. (A propósito de la sentencia del TJUE C-54/16 “Vinyls Italia”, de 8 de junio de 2017)», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 203-211.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Las decisiones de los tribunales en torno a la clasificación de los créditos derivados de los préstamos participativos en el concurso de acreedores del prestatario, en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 564-583.
- SENDRA ALBIÑANA, Álvaro: «La defensa del acreedor en la liberación de deudas. La legitimación en la sección de calificación», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 211-228.
- TAGLIAVINI SANSÀ, Raimon, y AZAGRA MALO, Jorge: «La publicidad telemática en la Ley Concursal. A propósito de la propuesta de texto refundido de Ley Concursal de marzo de 2017 y de las *insolvency rules (England and Wales) 2016*», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 251-274.
- TALÉNS VISCONTI, Eduardo Enrique: «La preferencia de los créditos concursales a favor de los trabajadores: privilegio especial y general», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 133-149.
- THERY MARTÍ, Adrián: «Los marcos de reestructuración preventiva en la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016 (y II)», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 345-372.

VEIGA COPO, Abel B.: «A vueltas con el artículo 90.1.º 6 concursal. El enredo prendario del legislador», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 614-650.

VEIGA COPO, Abel B. y MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «Entidades financieras y administración de hecho en la reestructuración empresarial», en *RDCP*, núm. 28, 2018, pp. 17-36.

## DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

ALENZA GARCÍA, «El concepto jurídico de residuo y sus clases», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 327-353.

ALMENAR-MUÑOZ, Mercedes: «Evolución y retos de la política ambiental europea», en *RDU*, núm. 321, 2018, pp. 143-181.

AMADO GOMES, Carla: «Precaución y protección del ambiente: de la incertidumbre a la condicionalidad: de la incertidumbre a la condicionalidad», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 247-271.

BELTRÁN CASTELLANOS, José Miguel: «El régimen tradicional de la responsabilidad por daños ambientales en España», en *RDA*, núm. 39, 2018, pp. 133-184.

BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, Alfredo Lorenzo: «La demolición urbanística a la luz del artículo 108.3 de la LJCA. Certezas e interrogantes», en *RUE*, núm. 39, 2017, pp. 43-71.

CAFFERATTA, Néstor A.: «La defensa del ambiente en el Código Civil y Comercial», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 155-202.

CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Rafael: «La ejecución hipotecaria del crédito contra la masa en el concurso. Comentario a la RDGRN 19.01.2017», en *RDU*, núm. 318, 2017, pp. 153-168.

DE ARAÚJO AYALA, Patryck: «¿Merece la pena la protección constitucional del medioambiente? Sobre los límites morales de la protección de la naturaleza en un Estado de Derecho ecológico», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 273-295.

DE SADELEER, Nicolás: «La economía circular, entre la valorización y la eliminación de residuos», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 229-246.

DEL CASTILLO MORA, Daniel: «El régimen jurídico de los aprovechamientos forestales en los montes públicos: Especial referencia a la normativa andaluza», en *RDA*, núm. 39, 2018, pp. 235-254.

FALCÓN PÉREZ, Carmen Esther: «La gestión de la rehabilitación urbana: el rol de los agentes privados», en *RDU*, núm. 319, 2018, pp. 17-42.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Reversión e indemnización por imposibilidad de restitución in natura: a propósito de la STS de 3 de marzo de 2017 (RC 2702/2015) relativa a la zona de actividades logísticas del puerto de Valencia», en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 145-154.

- FERRANDO CORELL, José Vicente: «La especulación inmobiliaria, el intento de su control a través de la legislación urbanística y su tratamiento en el Proyecto de Ley de Luis Valero Bermejo», en *RDU*, núm. 321, 2018, pp. 19-43.
- FUERTES LÓPEZ, Mercedes: «Sonata para dos instrumentos distintos: el Catastro y el Registro de la Propiedad», en *RDU*, núm. 320, 2018, pp. 155-178.
- GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «Análisis crítico sobre la deletérea definición que de las actuaciones sobre el medio urbano y los sujetos obligados a ellas contempla el legislador del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana», en *RDU*, núm. 318, 2017, pp. 17-65.
- GÓMEZ-HIDALGO TERÁN, Félix: «Régimen de infracciones y sanciones administrativas por emisión de ruido al exterior aplicables a actividades comerciales, industriales y de servicios en el municipio de Madrid», en *RDU*, núm. 320, 2018, pp. 113-154.
- GONZÁLEZ BOTJA, Fernando: «El trámite de información pública y la vía de hecho en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4937)», en *RUE*, núm. 39, 2017, pp. 107-119.
- «A vueltas con la imposibilidad de ejecutar una sentencia en materia urbanística: el reciente caso de la Ciudad de la Luz. Comentario a la STS de 28 de octubre de 2016 (RJ 2016, 5720)», en *RUE*, núm. 39, 2017, pp. 121-133.
- «Ejecución de Sentencia y valoraciones expropiatorias: el caso del cementerio de Valencia. Comentario a la STS de 23 de marzo de 2017», en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 97-106.
- «Expropiación y aprovechamiento urbanístico: el caso del distrito de Usera de Madrid. Comentario a la STS de 18 de abril de 2017 (RC 3209/2015) », en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 125-144.
- GRANADOS RODRÍGUEZ, Luis Fernando: «Las transferencias de aprovechamiento urbanístico en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía», en *RDU*, núm. 320, 2018, pp. 91-111.
- HOUCK, Oliver: «El segundo viaje de Noé: el reconocimiento jurisprudencial de los derechos de la naturaleza», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 67-92.
- HUMERO MARTÍN, Antonio Eduardo: «Réquiem por el método objetivo... ¡por fin!», en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 23-56.
- LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 3345-3354.
- LASO BAEZA, Vicente: «El carácter obligatorio de la inscripción del Proyecto de Compensación y la exigibilidad de su cumplimiento a las Juntas de Compensación», en *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 601-613.

- MARTÍN LÓPEZ, Alexey, y JURADO ALMONT, José Manuel: «La regulación del mercado de suelo español: la apuesta por un urbanismo estratégico», en *RDU*, núm. 321, 2018, pp. 45-93.
- MARTÍN MATEO, Ramón: «La revolución ambiental pendiente», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 21-41.
- MORENO MARIÑO, Felipe: «La regularización de los asentamientos de población ilegales en suelo rústico según la normativa autonómica y su singularidad en el caso de Castilla y León», en *RDU*, núm. 321, 2018, pp. 95-142.
- MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid: «El Derecho de retasación urbanística y su aplicación jurisprudencial», en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 57-75.
- PRIEUR, Míche: «El proyecto de Pacto internacional sobre el derecho de los seres humanos al medio ambiente», en *RDA*, núm. 38, 2017, pp. 93-119.
- QUINTANA LÓPEZ, Tomás: «Desarrollo urbanístico sostenible: la evaluación ambiental y económica de las actuaciones urbanísticas», en *RUE*, núm. 39, 2017, pp. 25-42.
- ROMÁN MÁRQUEZ, Alejandro: «Contratación pública ecológica y objeto del contrato: el diseño “verde” de las prestaciones contractuales en el derecho comunitario e interno», en *RDA*, núm. 39, 2018, pp. 97-132.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel María: «De campanarios y relojes. El Derecho y la Jurisprudencia frente a un agresor acústico menor», en *RDU*, núm. 319, 2018, pp. 85-129.
- RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «Los informes y documentos incorporados como anexos del plan urbanístico no revisten naturaleza reglamentaria (a propósito de la STS de 24 de octubre de 2016 [RC 53/2016] [RJ 2016, 5069])», en *RUE*, núm. 39, 2017, pp. 135-141.
- «Doble clasificación urbanística en una misma finca catastral (comentario a la STS de 25 de octubre de 2016 [RC 2766/2015] [RJ 2016, 5362])», en *RUE*, núm. 39, 2017, pp. 143-151.
- «La valoración del suelo urbanizado sin aprovechamiento lucrativo y el ámbito espacial homogéneo (a propósito de la STS de 27 de enero de 2017)», en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 107-130.
- «La justificación de las decisiones adoptadas en los planes como garantía y a la vez como exigencia del urbanismo racionalizado (a propósito de la STS de 2 de febrero de 2017)», en *RUE*, núm. 40, 2017, pp. 115-123.
- SARMIENTO ACOSTA, Manuel Jesús: «El suelo no urbanizable o rústico en el estado autonómico: antecedentes, características generales y perspectivas actuales», en *RDU*, núm. 318, 2017, pp. 67-132.
- SOCÍAS CAMACHO, Joana María: «Un problema actual de la vivienda: uso residencial “versus” uso turístico», en *RDU*, núm. 317, 2017, pp. 17-47.
- ZAMORANO WISNES, José: «La ordenación de los espacios marinos en la Unión Europea y en España», en *RDA*, núm. 39, 2018, pp. 69-95.

**DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

- ALONSO GARCÍA, Ricardo: «La interpretación del Derecho nacional en función de la entrada en vigor de las Directivas y de su fecha límite de transposición (o su trasposición anticipada)», en *REDE*, núm. 64, 2017, pp. 13-24.
- ALTZELAI ULIONDO, Igone: «La liberalización del sector ferroviario: ¿una política congruente con el derecho comunitario de la competencia?», en *RDCE*, núm. 58, 2017, pp. 941-975.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «Directiva 93/13/CEE. Primacía del derecho europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017 de 19 de junio de 2017 (RTC 2017, 75)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 563-576.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: «La importancia del TJUE en el proceso de integración europea», en *RJC*, núm. 3, 2017, pp. 589-616.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 189-322.
- DI COMITE, Valeria: «Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Derecho de residencia de los progenitores nacionales de terceros Estados e interés superior del niño “europeo”: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2017 en el asunto Chávez-Vílchez», en *RDCE*, núm. 58, 2017, pp. 1041-1058.
- DÍAZ CREGO, María: «Parqadiso y Campanelli c. Italia: ¿un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?», en *REDE*, núm. 64, 2017, pp. 185-200.
- ESTEBAN RÍOS, Javier: «La adhesión voluntaria al mecanismo único de supervisión: los procedimientos de cooperación estrecha», en *REDE*, núm. 64, 2017, pp. 155-182.
- ETXARANDIO HERRERA, Edorta: «La enajenación concursal de unidad productiva», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 147-185.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José: «La Propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad: el arrastre de acreedores disidentes y la llamada regla de prioridad absoluta», en *ADCon*, núm. 43, 2018, pp. 11-38.
- GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, José María: «La Directiva 2014/17 y el crédito hipotecario en el derecho de la UE», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 391-434.
- GOSALBO BONO, Ricardo: «Quo vadis, coniunctio europae?», en *RDCE*, núm. 58, 2017, pp. 837-867.
- MERCHÁN MURILLO, Antonio: «Regulación y desarrollo de la identidad electrónica en Europa», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- PASQUALIS, Paolo: «Novedades en la circulación del documento notarial en el espacio jurídico europeo», en *AAMN*, núm. 57, 2016-2017, pp. 601-617.

- PÉREZ ESCOLAR, Marta: «El viajero, consumidor vulnerable: Consideraciones a la luz del moderno Derecho comunitario europeo», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 33-67.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Evaluación de la solvencia del prestario consumidor en la Directiva 2014/17/UE y en el proyecto de Ley de su transposición al ordenamiento jurídico español», en *REDE*, núm. 65, 2018, pp. 11-35.
- VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Beatriz: «De Foster a Farrell II: el concepto de Estado en la determinación del efecto directo de las Directivas», en *REDE*, núm. 65, 2018, pp. 137-162.

### DERECHO PROCESAL

- ALONSO ESTRADA, Eduardo: «La cosa juzgada, la preclusión y la subsanación del título ejecutivo extrajudicial en los procedimientos de ejecución», en *RCDI*, núm. 764, 2017, pp. 2925-2962.
- ANCHÓN BRUÑÉN, María José: «El auto de cuantía máxima: cuestiones complejas relativas a la oposición a la ejecución», en *PDD*, núm. 133, 2017.
- ARMENTA DEU, Teresa: «Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales», en *Indret*, núm. 1/2018.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: «Directiva 93/13/CEE. Primacía del derecho europeo. Tutela judicial efectiva. Comentario a la STC (Sala Primera) 75/2017 de 19 de junio de 2017 (RTC 2017, 75)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 563-576.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Cuestiones polémicas sobre la reconvencción», en *ACM*, núm. 9, 2017, pp. 73-102.
- «Retraso en la reclamación judicial de un derecho y mala fe. Comentario a la STS de 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 32)», en *CCJC*, núm. 105, 2017, pp. 15-28.
- «Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores», en *DPC*, núm. 31, 2017, pp. 217-242.
- GIUNTA SANTIMOTEO, Grisel: «Mediación electrónica y gestión del cambio en la administración de justicia», en *RDNT*, núm. 44, 2017.
- HENRÍQUEZ SALIDO, María do Carmo; ORDÓÑEZ SOLÍS, David, y RABANAL CARBAJO, Pedro F.: «El uso actual del *non bis in idem* en el Tribunal Supremo español y en los tribunales supranacionales europeos», en *REDE*, núm. 3, 2017, pp. 483-510.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «El TS reconoce al Gobierno de Gibraltar capacidad procesal para ejercer en España el derecho de rectificación: Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 13 de septiembre de 2017», en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2018.



- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel: «Cuestiones controvertidas sobre la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de lo Mercantil», en *RJC*, núm. 2, 2017, pp. 301-334.
- ROCA MARTÍNEZ, José María: «Un paso más en la protección del consumidor: la imposición de costas de las instancias previas (STS Sala Primera, Pleno, 419/2017, de 4 de julio)», en *Actualidad Civil*, núm. 12, 2017.
- RODILLA MARTÍ, Carmen: «Cuestiones probatorias en materia de precios excesivos por explotación: el objeto de la prueba», en *RdPat*, núm. 44, 2017, pp. 207-232.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa Carolina: «La residencia habitual del demandante como criterio para establecer la competencia judicial internacional en un litigio en materia de divorcio: Comentario a la STS de 21 noviembre 2017 (RJ 2017, 5094)», en *CCJC*, núm. 106, 2018, pp. 453-478

### ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ACM	Aranzadi Civil-Mercantil. Revista doctrinal
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
DPC	Derecho Privado y Constitución
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia
PDD	Práctica de Derecho de Daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho Civil
RDCD	Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Privado
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDS	Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades
RDU	Revista Aranzadi de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya

1146

*Anuario de Derecho Civil*

RJN

Revista Jurídica de Navarra

RJNot

Revista Jurídica del Notariado

RJUAM

Revista Jurídica. Universidad Autónoma de Madrid

RUE

Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

*Actualidad Civil*

*InDret*

[www.indret.com](http://www.indret.com)

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ** (Universidad Carlos III de Madrid)

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Nicolás DÍAZ DE LEZCANO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Gabriel GARCÍA CANTERO** (Universidad de Zaragoza), **Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Sebastián LÓPEZ MAZA** (Universidad Autónoma de Madrid), **Verónica NEVADO CATALÁN** (Universidad Autónoma de Madrid), **Carlos ORTEGA MELIÁN** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), **Antonio Ismael RUIZ ARRANZ** (Universidad Autónoma de Madrid), **Francisco SANTANA NAVARRO** (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Derecho de la persona. 2. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 3. Derechos reales. Derecho hipotecario. 4. Derecho de familia. 5. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

## DERECHO CIVIL

### DERECHO DE LA PERSONA

**1. Derechos fundamentales a la intimidad personal y la protección de datos de carácter personal. Inexistente vulneración por análisis sanguíneo y conservación de datos obtenidos, al existir amparo legal y consentimiento válido.**–El análisis sanguíneo de un deportista de élite y la conservación de los datos obtenidos no vulnera los derechos a la intimidad

personal y la protección de datos personales (arts. 18.1 y 18.4 CE), por encontrarse amparados legalmente en normas sobre protección de la salud y limpieza del deporte, como son el artículo 5 LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, vigente a la fecha de los hechos, y la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de 2005, ratificada por España. Al margen de que dichas disposiciones poseen fundamento constitucional (art. 43.3.º CE, sobre el fomento del deporte por los poderes públicos), un derecho fundamental puede limitarse de forma no sustancial por otros bienes o derechos sin rango constitucional. Los análisis sanguíneos y la conservación de datos son proporcionales dada la inexistencia de medidas más moderadas que permitan detectar el llamado «dopaje sanguíneo». Además del amparo legal de las medidas de control del dopaje, el derecho de asociación (art. 22 CE) no resulta vulnerado por no guardar relación con la legitimidad de aquéllas. Aunque la obtención de licencia federativa de atletismo y participación en competiciones de alto nivel conlleve ineludiblemente la obligación de someterse a controles, existe consentimiento válido a la intromisión en la intimidad, por lo que no resulta ilegítima conforme al artículo 2.2 LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ni supone vulneración del artículo 6.1 LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Lo anterior se fundamenta en que la decisión de dedicarse profesionalmente al deporte legitima la limitación del derecho a la intimidad mediante controles antidopaje, de acuerdo con la regulación legal y usos sociales en el ámbito de que se trate, en este caso del deporte de élite, conforme al artículo 2.1 LO 1/1982 referida. **(STS de 1 de junio de 2017; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—Una deportista de élite interpone demanda frente a la Real Federación Española de Atletismo (en adelante, RFEA) y a la Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (en adelante, IAAF) con la pretensión de que se declarase que éstas habían realizado una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad personal y a la protección de datos personales, con motivo de diversos análisis sanguíneos llevados a cabo entre 2009 y 2013 y conservación de los datos obtenidos; así como que se les condenase a cancelar y borrar éstos, notificar tal cancelación a terceros que dispongan de ellos, comunicando a la actora tal cancelación. Por último, se solicitó que se condenara a la IAAF a indemnizar la cantidad de 12.000 € o la que estimara el Juzgado. El Juzgado de Primera Instancia absolvió a la RFEA por renunciar la demandante a las acciones ejercitadas frente a ella, así como a la IAAF declarada previamente en rebeldía. Se fundamentó en que la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte (vigente a la fecha de los hechos) habilita la realización de controles de dopaje a deportistas con licencia española, y los datos obtenidos no debían ser cancelados tras descartarse el dopaje por sustancias prohibidas al poseer también como finalidad detectar el denominado «dopaje sanguíneo» consistente en alterar artificialmente la sangre para potenciar el rendimiento deportivo. El recurso de apelación interpuesto fue desestimado. La Audiencia Provincial consideró que la toma y conservación de

datos sanguíneos para controlar el nivel de glóbulos y plaquetas resultan necesarias para proteger la salud de los deportistas y la limpieza en las competiciones, y que poseen amparo legal, con carácter general en la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de 2005, y en la mentada LO 7/2006, al poderse considerar como método prohibido el dopaje sanguíneo, aunque no se contemplara específicamente. La actora interpone recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo. (*F. S. N.*)

**2. Derechos fundamentales. Derecho a la intimidad. Difusión de entrevista realizada a persona puesta en libertad a la que se implicaba en la muerte violenta de una niña de tres años. Inexistencia de intromisión ilegítima. Consentimiento del entrevistado.**—Dado que los hechos probados no solo descartan que el recurrente no fuera conocedor de que estaba siendo entrevistado, sino que también descartan que careciera de capacidad para consentir la realización de la entrevista y su difusión, no cabe aplicar en este caso la doctrina de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, que anuló la sentencia de esta sala 3/2010, de 19 de enero, pues en el presente caso no solo no estamos ante una persona con discapacidad apreciable a simple vista por el informador, sino que, atendiendo a los hechos probados, tampoco estamos ante una persona con una discapacidad resultante de circunstancias subjetivas acreditadas. Insistiendo en lo que se indicó en el razonamiento anterior, aunque aparentemente la sentencia recurrida parece limitarse a presumir la capacidad de obrar de quien no estaba judicialmente incapacitado, en puridad no se conforma con dejar que el demandante soporte las consecuencias que derivan de no haber desvirtuado dicha presunción sino que, dando el paso más que exige dicha jurisprudencia constitucional, también alude, siquiera sucintamente, a las condiciones personales del demandante («las condiciones que se traslucen del tono del actor y del contenido de la entrevista») y a las pruebas practicadas que podían disipar las dudas suscitadas en torno a la capacidad del demandante, sin que la sentencia recurrida se aparte de las conclusiones probatorias alcanzadas al respecto por la sentencia apelada de que ni la patología que motivó el ingreso, y que subsistía cuando fue dado de alta, ni la medicación suministrada y la persistencia de sus efectos en el momento de la entrevista, eran datos concluyentes que permitieran afirmar que el recurrente no sabía que estaba siendo entrevistado o que no tenía capacidad de obrar para autorizar la entrevista y su difusión.

**Actuación proporcionada. Prevalencia de la libertad de información sobre el derecho a la intimidad.**—En cualquier caso, incluso en la hipótesis más favorable al recurrente de entender que respondió a las preguntas del periodista por creer que no estaba siendo entrevistado sino en una conversación privada, tampoco se daría el caso de un sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información sobre asuntos de relevancia pública o interés general, porque ni se revelaron datos estrictamente privados que no guardaran relación con el asunto de interés general ni el tono ni el contenido de la entrevista fueron perjudiciales para el hoy recurrente, que por el contenido pudo explicar la situación angustiosa por la que había pasado y contrarrestan así el daño que le habían causado otras informaciones sobre el mismo hecho. (**STS de 9 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El demandante ejerció la acción de protección del derecho fundamental a la intimidad que entendió se había vulnerado por haberse grabado y emitido, por radio, sin su consentimiento, una conversación telefónica mantenida con un periodista, sobre su situación personal y estado de salud y de ánimo tras haber sido puesto en libertad por el juez instructor de la causa penal seguida contra él por su presunta implicación en la violación y muerte de una niña de tres años, hija de su pareja sentimental. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestiman la demanda pues en base a las pruebas practicadas concluyeron que había habido consentimiento a la entrevista y a su difusión. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que nos ocupa forma parte de otros procesos, promovidos por el mismo demandante, en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, frente a distintos medios de comunicación que informaron sobre la noticia de su detención como responsable de la muerte violenta y agresión sexual de una niña de tres años, hija de su pareja sentimental. Acusación de la que quedó exonerado posteriormente tras la práctica de las diligencias oportunas. Todas las sentencias del Tribunal Supremo han sido dictadas por el mismo ponente, el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán y el resultado no ha sido el mismo. Las SSTS 53/2017, de 27 de enero y 62/2017, de 2 de febrero, condenaron a las empresas demandadas por intromisión ilegítima del derecho al honor puesto que no actuaron con la diligencia exigible para cumplir con la exigencia de transmitir una información veraz, resultando responsables del desproporcionado tratamiento que dieron a la noticia en sus titulares, innecesariamente ofensivos por contundentes y poco diligentes. Mientras que la STS 80/2017, de 13 de enero, en consonancia con los hechos concretos del caso, absolvió al medio de comunicación de la intromisión ilegítima del derecho al honor y a la propia imagen. A diferencia de los otros procesos, en el presente, la cuestión litigiosa versa sobre la vulneración del derecho a la intimidad derivada de la emisión, en antena, de la conversación telefónica mantenida por el demandante con un periodista tras haber sido puesto en libertad por el juez instructor de la causa penal seguida contra él. No resulta discutida la veracidad de la noticia (la conversación telefónica existió), ni su relevancia pública, pues es pacífica la jurisprudencia, tanto constitucional como del Tribunal Supremo que reconoce relevancia pública a los asuntos relacionados con la comisión de delitos, aunque la persona afectada por la información tenga el carácter de sujeto privado (*vid.* SSTS 587/2016, de 4 de octubre y 91/2017, 15 de febrero). En relación con el derecho a la intimidad personal y familiar, el Tribunal Supremo viene afirmando que su objeto comprende garantizar a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida (*vid.* STS 478/2014, de 2 de octubre). El Tribunal Supremo de acuerdo con las concretas circunstancias concurrentes excluyó la intromisión ilegítima en el derecho

de intimidad pues entendió que hubo consentimiento para la emisión de la grabación por parte del interesado (art. 2.2 LO 1/1982). (C. O. M.)

**3. Libertad de información y derecho al honor.**—La libertad de información legitima la actuación del medio de información y determina su prevalencia sobre los derechos de la personalidad del afectado por la noticia siempre que la información que se divulgue sea veraz, se refiera a asuntos de interés general o relevancia pública, por razón de la persona o de la materia tratadas, y no se sobrepase el fin informativo porque se le dé un matiz injurioso o desproporcionado, lo cual exige prescindir, en la comunicación o transmisión de la noticia o reportaje, del uso o empleo innecesario de expresiones inequívocamente ofensivas o vejatorias, innecesarias para tal fin.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la naturaleza del delito, su gravedad y trascendencia social pueden llegar a amparar, incluso, que se expresen los datos personales de los detenidos, imputados o acusados en lugar de las simples letras iniciales de su nombre y apellidos. En suma, el interés de la sociedad por conocer el resultado de esos procedimientos unido a la capacidad que tienen los medios de comunicación de influir con informaciones de tal contenido en la formación de una opinión pública libre, justifican que la libertad de información sea en estos casos muy relevante.

**Libertad de información y derecho a la propia imagen.**—La publicación simultánea, junto al texto escrito de la noticia, de la fotografía de un individuo que había sido objeto de acusación por el Ministerio Fiscal, como presunto autor de un delito de violación, en un juicio oral celebrado con audiencia pública, no puede considerarse como atentatoria al derecho a la propia imagen de dicha persona (con total independencia del resultado favorable o adverso de dicho juicio), sino que ha de estimarse como una de las excepciones a que se refiere el artículo 8.2 LO 1/1982.

El derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado. Ante supuestos de colisión entre el referido derecho y la libertad informativa, deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio y las circunstancias concurrentes en el caso, para dilucidar qué derecho merece mayor protección. La libertad de información ocupa una posición especial, puesto que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de la existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático. Ahora bien, la protección de la libertad de información está condicionada a que: 1) ésta sea veraz —la veracidad es inmanente, salvo si se manipula la representación gráfica—; 2) esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen.

**El derecho al olvido.**—Las hemerotecas digitales gozan de la protección de la libertad de información al satisfacer un interés público en el acceso a la información, razón por la cual las informaciones publicadas lícitamente no pueden ser objeto de cancelación o alteración. El derecho al olvido no ampara: a) la alteración del contenido de la información original lícitamente publicada, en concreto, el borrado del nombre y apellidos o cualquier otro dato personal que constara en la misma; b) la supresión de la posibilidad de búsqueda específica de la noticia en su integridad del propio buscador interno de la hemeroteca digital. Incluso si en la información aparecen datos personales cuya utilización en un motor de búsqueda permite el acceso a ella tiempo

después, de modo que el tratamiento de los datos personales permita vincularlos a la información perjudicial para el afectado, no estaría justificada la supresión de dichos datos personales del código fuente y sólo estaría justificada la prohibición de indexarlos para permitir las búsquedas por los motores de búsqueda generalistas (ej.: *Google* o *Yahoo*), no así por el motor de búsqueda interno de la hemeroteca digital.

A través de este derecho se trata de impedir que se haga un perfil del afectado sobre la base de la lista de resultados obtenida utilizando como términos de búsqueda los datos personales en la que aparecieran, como si hubieran sucedido ayer, informaciones gravemente perjudiciales para su reputación o su vida privada. El objetivo no es eliminar de Internet la información veraz y sobre asuntos de relevancia para la opinión pública. Así, en base a este derecho el afectado puede exigir que se cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un período de tiempo que lo haga inadecuado, con relación a la finalidad con que los datos fueron recogidos y objeto de tratamiento (informar sobre hechos de interés público), por carecer el afectado de relevancia pública y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales, al ser desproporcionado el daño que causa el tratamiento de los datos personales que los vincula a esa información tan dañina para su reputación o su vida privada respecto del interés público que tiene esa información pasado un período considerable desde que se produjeron los hechos objeto de la noticia. (STS de 13 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

HECHOS.—El 6 de febrero de 2014, G interpuso una demanda contra el periódico 20M en ejercicio de la acción de protección de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. La información publicada venía referida al enjuiciamiento del actor por el tribunal del jurado de unos hechos de extraordinaria gravedad e impacto social, el asesinato de dos personas. Dicha información seguía siendo de actualidad en ese momento, por más que el crimen se hubiera cometido bastantes años antes, pues el objeto de la información fue el acto del juicio oral celebrado contra el segundo de los acusados, una vez fue localizado, extraditado y puesto a disposición de los tribunales españoles. Asimismo, informó sobre la disolución anticipada del jurado por inexistencia de pruebas de cargo, pues un testigo no estaba localizable y los objetos incautados habían sido destruidos. El actor pide expresamente: 1) que se prohíba la indexación de la noticia por los motores de búsqueda y redes sociales que pudieran alojarla; 2) que se eliminen los archivos informáticos que alojen dicha información, tanto escrita como gráfica, no sólo de la hemeroteca digital del periódico y de su página web, sino también de los buscadores de Internet. Argumenta: a) que el juicio oral sea público y que exista derecho a informar de forma neutral sobre lo sucedido en el mismo, no justifica el tratamiento informativo dado a la noticia, no adecuado a la finalidad informativa perseguida, por haberse usado y manipulado la imagen del recurrente para atraer la atención del público, alimentando dudas sobre su inocencia de forma innecesaria, prescindiendo de que el verdadero interés público informativo de la noticia radicaba en la absolución de los dos acusados por el doble crimen cometido años atrás, e impidiendo, además, la efectividad de su derecho al olvido; b) no se



ponderaron adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto, al mezclar lo ocurrido en el juicio con lo que fue cosecha propia del medio, y al no aplicar adecuadamente la doctrina sobre el derecho al olvido. En definitiva, solicita que se declare la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos a la intimidad y a la propia imagen.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, señalando lo siguiente: a) debe prevalecer la libertad de información, por su interés público, tanto por razón de la persona (la proyección pública del demandante es consecuencia de su relación con un suceso noticiable como la celebración de un juicio penal contra su persona, al estar acusado de un doble crimen), como por la material (la jurisprudencia considera que la persecución y castigo del delito tiene interés público); b) concurre el requisito de la veracidad, al limitarse los artículos publicados a transcribir la información veraz que sobre esos hechos suministró una agencia de noticias; c) la imagen publicada fue accesoria de la información, resultando amparada por la excepción del artículo 8.2 LO 1/1982; d) aunque la noticia sigue apareciendo en buscadores de Internet como *Google*, tal situación está fuera del ámbito de control de la entidad demandada, pues son los buscadores quienes utilizan de forma automatizada, constante y sistemática información que recogen, procesan y conservan en los diferentes sitios web enlazados. Se trata ésta de una cuestión que sólo afecta a los buscadores de Internet y a la Agencia Española de Protección de Datos, terceros ajenos al pleito.

Contra dicha sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, sobre la base de los siguientes argumentos: 1) el derecho al olvido no implica que pueda hacerse una censura retrospectiva, ni que se puedan borrar hemerotecas digitales de indudable protección por la libertad de información, ni que se pueda condenar a la adopción de medidas técnicas que impidan la indexación de los datos personales en el motor de búsqueda interna de la web del medio de comunicación; 2) no resultó lesionado el honor del actor al concurrir los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que prevalezca la libertad de información, y tampoco resultó vulnerado su propia imagen por tratarse de una fotografía captada en una audiencia pública penal que ilustra la referida información y, por tanto, accesoria de ésta.

El actor recurre en casación, alegando la infracción de los artículos 18 y 20.4 CE, en relación con los artículos 24 de la misma y 2.2, 7, 8 y 9 LO 1/1982. El Alto Tribunal desestima el recurso. En relación con el derecho al honor, señala que la información escrita y gráfica publicada por el diario editado por la sociedad demandada tenía indudable interés general. Respecto a la veracidad, apunta el Tribunal Supremo que el informador ofreció una información basada en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas, como es una agencia de noticias, pues reprodujo la información facilitada por esta agencia en el momento en que la noticia se produjo, pues cuando se celebró el acto del juicio ya era de público conocimiento el doble crimen cometido hacía más de una década. Las referencias al caso en su conjunto y a todo lo sucedido hasta que se pudo juzgar

al hoy recurrente están justificadas por responder a las exigencias de ofrecer una información completa y adecuada sobre los hechos y han de considerarse razonables. Cumpliéndose, entonces, todos los requisitos de la libertad de información, se concluye que no hubo intromisión ilegítima al derecho al honor.

Respecto al derecho a la propia imagen, entiende el Alto Tribunal que la posibilidad de ampliar la fotografía que tienen los usuarios de esa página web no es una alteración o manipulación de la información por parte del periódico de la empresa demandada que excluya su actuación como transmisor neutral. Se trata simplemente de un medio técnico que facilita una mejor visión de la información gráfica contenida en la misma. La información gráfica es merecedora de igual protección que la información escrita. Por tanto, siendo veraz la información gráfica objeto del litigio, habiéndose captado la imagen del actor en la sala de vistas con autorización de la presidenta del tribunal y versando tal información gráfica sobre hechos de interés público, la afectación al derecho a la propia imagen del demandante también está legitimada por el ejercicio de la libertad de información de los demandados dentro de los parámetros constitucionales.

Finalmente, el Tribunal Supremo declara que tampoco puede prosperar la alegación sobre el derecho al olvido. No corresponde a la empresa editora del periódico, sino a las empresas titulares de los buscadores de Internet, contra las que no se ha formulado ninguna acción en este litigio, responder por mostrar en la lista de resultados los enlaces a las páginas web donde se contiene la información cuando se utilizan como términos de búsqueda los datos personales del afectado. La empresa editora del periódico y supuesta titular de la web en la que se aloja la edición digital del mismo sólo responde, en su caso, del tratamiento de los datos personales del recurrente en su hemeroteca digital.

Sin embargo, aquí es un hecho probado que la noticia original omitió el uso del nombre y apellidos y de otros datos personales para referirse al demandante, por lo que no permitía que se realizaran búsquedas utilizando el nombre y apellidos del afectado para acceder a la información sobre su acusación. En consecuencia, la entidad editora del periódico y responsable de la hemeroteca digital ha respetado las exigencias de la normativa sobre tratamiento de los datos personales en la información alojada en su web. Aunque se pueda acceder a la noticia original en su versión digital en Internet, no es posible hacerlo mediante una búsqueda en la que se utilicen los datos personales del recurrente. Además de lo expuesto, tampoco concurre el requisito de la desaparición del interés público exigido por la jurisprudencia en relación con el derecho al olvido.

NOTA.— Respecto a la colisión entre la libertad de información y el derecho al honor, *vid.* SSTs de 10 de octubre de 2016, 4 de octubre de 2016, 1 de junio de 2016 y 3 de noviembre de 2015. Sobre el interés público que tiene toda información referente a hechos de relevancia penal, *vid.* SSTC 14/2003, de 26 de enero, 244/2007, de 10 de diciembre y 8/2016, de 28 de enero, o la STS de 20 de julio de 2011. Con relación al conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen,

*vid.* SSTC 18/2015, de 16 de febrero, 19/2014, de 10 de febrero, 208/2013, de 16 de diciembre, 21/2000, de 31 de enero, 132/1995, de 11 de septiembre y 20/1992, de 14 de febrero. Igualmente ha sido tratado por el Tribunal Supremo, en sentencias como las de 24 de julio de 2012, 20 de julio de 2011 y 25 de febrero de 2011. Y respecto al derecho al olvido digital, *vid.* SSTs de 5 de abril de 2016 y 15 de octubre de 2015. (S. L. M.)

**4. Configuración legal del derecho de rectificación.**—El derecho de rectificación no constituye un derecho fundamental reconocido expresamente en la Constitución. No obstante, su regulación mediante ley orgánica es indicativa de su estrecha relación con dos derechos fundamentales que sí aparecen reconocidos: el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. Además, el Tribunal Constitucional ha reiterado en varias sentencias que, a pesar de su autonomía, puede operar como instrumento de contraste informativo que suponga un complemento de la garantía de libre formación de la opinión pública.

En cuanto al contenido de la rectificación, el artículo 2. II LO 2/1984, dispone que deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Aquélla sólo será procedente si se limita única y exclusivamente a hechos, en cuyo caso el director del medio de comunicación deberá publicar íntegramente la rectificación. En caso contrario, esto es, si ésta incluyera opiniones u otro tipo de contenidos distinto de los meros hechos de la información, los jueces y tribunales podrán ordenar la publicación parcial de la rectificación, excluyendo todos esos contenidos.

El derecho de rectificación no se configura en la Ley Orgánica como un derecho de réplica que permita rebatir críticas consistentes en opiniones y juicios de valor. Sin embargo, tampoco cabe trazar en un escrito de rectificación, una frontera entre hechos y opiniones tan rígida que excluya la procedencia de la rectificación o convierta su control jurídico por el juez en una especie de censura en extremo minuciosa cuyo resultado sea la eliminación de determinados párrafos, frases o palabras, pues se correría el riesgo de desfigurar el texto de rectificación o romper su línea expositiva y dificultar su comprensión hasta hacerlo irreconocible. Para reducir un escrito de rectificación por no referirse exclusivamente a hechos es necesario un juicio de ponderación que valore la relevancia o el peso de las palabras, frases o párrafos cuestionados en el conjunto del escrito. Para llevar a cabo ese juicio de ponderación, deberá atenderse no sólo a la extensión que la parte cuestionada represente en el conjunto del escrito de rectificación, ya que un predominio de las opiniones sobre los hechos sí sería determinante de la improcedencia de su publicación, sino también a su relación con los hechos, al elemento preponderante en el conjunto de la rectificación y, muy especialmente: a) a la mayor o menor precisión de la información que se quiere rectificar, ya que no puede exigirse a quien rectifica una precisión mucho más rigurosa que al informador; b) a la gravedad de las imputaciones y descalificaciones contenidas en el texto que se pretenda rectificar. (STS de 14 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—El 10 de diciembre de 2014 la demandada AUGC publicó en su página web un texto sin firma, bajo el título «AUGC Cádiz denuncia malos tratos de mandos en los acuartelamientos de

Arcos de la Frontera». AUGC remitió ese mismo comunicado a los medios de comunicación y, al menos, dos periódicos digitales informaron al respecto. Además, el comunicado sigue disponible en la página web de la Asociación. Al sentirse directamente aludido en el comunicado, el demandante G, sargento de la Guardia Civil destinado en el acuartelamiento de Arcos de la Frontera, envió al secretario de AUGC por burofax una carta en la que, ejercitando su derecho de rectificación, exigía la publicación de un texto donde se indicaba la falsedad de las acusaciones y la gravedad de las mismas. AUGC no rectificó su propio comunicado y tampoco publicó el texto remitido por G.

El 26 de diciembre de 2014, G interpuso demanda, en ejercicio de su derecho de rectificación, contra AUGC. Solicitó la condena a la publicación íntegra del texto de rectificación enviado en su día. AUGC se opuso a la demanda, alegando que su comunicado no difundía hechos, sino opiniones o juicios de valor no susceptibles de rectificación. En particular, la asociación se refiere al último párrafo del comunicado del actor, donde afirma que las descalificaciones realizadas sobre la competencia profesional del sargento son simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender a un profesional con un historial de servicios intachable. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a la demandada a publicar íntegramente en su página web la rectificación pedida por el actor. Señaló que el comunicado de AUGC no se limitaba a expresar opiniones o juicios de valor, sino que daba por ciertos hechos que, según la demanda el actor, eran falsos o incorrectos.

La asociación demandada interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial, indicando: a) que el comunicado de AUGC no se limitaba a expresar opiniones o juicios de valor, sino que, muy al contrario, se refería con nitidez, al menos, a ocho hechos graves; b) que frente a estos hechos el demandante se había limitado, en su texto de rectificación, a dar su versión alternativa de lo sucedido, afirmando la mendacidad de aquellas afirmaciones; c) que sólo al final de su escrito existe una pequeña digresión en reivindicación de su competencia profesional y de crítica expresa al autor de la noticia publicada; d) que el texto de la rectificación cumplía el requisito de la proporcionalidad.

La asociación interpuso recurso de casación, fundado en la infracción de los artículos 2 y 6 LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación. El Alto Tribunal desestima el recurso en base a los siguientes argumentos. A su juicio, el párrafo en cuestión no traspasa los límites del artículo 2 LO 2/1984 hasta el punto de que proceda excluirlo del escrito de rectificación, porque a las muy graves descalificaciones del demandante por su incompetencia profesional, constantes en el texto difundido por la asociación, el escrito de rectificación se limita a oponer, por un lado, la falta de sustento de esas descalificaciones en hechos objetivos, razón por la que serían simples aseveraciones vertidas con el aparente único ánimo de desprestigiar y ofender, y, por otro, el historial de servicios intachable del demandante, hecho, este sí, objetivo y demostrable documentalmente. En consecuencia, no tendría senti-

do que, por incluirse una referencia al ánimo de desprestigiar y ofender, que ciertamente constituye un juicio de intenciones, hubiera que excluir del texto de rectificación su último párrafo o desfigurar este párrafo suprimiendo esa referencia, pues su relevancia en el conjunto del escrito de rectificación era escasa, su relación con los hechos era directa, y su prudencia o mesura eran manifiestas en comparación con los términos del escrito difundido por la asociación.

NOTA.— Sobre la doctrina del Tribunal Constitucional en relación al derecho de rectificación, *vid.* sus sentencias 168/1986, de 22 de diciembre, 40/1992, de 20 de marzo, 51/2007, de 12 de marzo y 99/2011, de 20 de junio. (S. L. M.)

**5. Curatela: discapacidad: enfermo de Alzheimer.**—El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre el alcance y contenido de la modificación judicial de la capacidad de quien padece la enfermedad de Alzheimer y sufre alteraciones de la conducta, así como la determinación del consiguiente sistema de apoyo y protección que procede establecer y los criterios que deben seguirse para designar a la persona que va a desempeñar tal función. Los hechos relevantes son los siguientes:

A instancia del Ministerio Fiscal la sentencia del Juzgado de Primera Instancia modifica la capacidad de D. Leopoldo, ingeniero industrial jubilado, nacido en 1939 y que padece la enfermedad de Alzheimer, nombrando tutor a su hijo D. Victorio. D. Leopoldo interpone recurso de apelación en el que argumenta que en el momento presente no concurren circunstancias que determinen la procedencia de un régimen de limitación de su capacidad tan severo y restrictivo como el acordado y que lo procedente sería la revocación parcial de la sentencia dictada y la declaración de que bastaría la simple sujeción al régimen de curatela, con libertad de facultades para la gestión y administración de sus bienes y con la sola limitación para la enajenación y gravamen de bienes inmuebles y la realización de inversiones por valor superior a 60.000 euros; interesa que sea designada como curadora su hermana Fermína, o en todo caso, su sobrina llamada Herminia. La sentencia de segunda instancia estima parcialmente el recurso en el exclusivo particular de ampliar el ámbito para la disposición y gestión por parte de D. Leopoldo de su pensión hasta un 50%, manteniendo el resto de pronunciamientos de primera instancia. Interpuesto por aquel recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, el Ministerio Fiscal los impugna por entender que el recurrente no pretende impugnar un error fáctico o de hecho, sino cuestionar la valoración de la prueba practicada por no estar conforme con la misma, sin que concurra ninguno de los casos excepcionales de error, lo que se estima así por la Sala. También interesa la estimación del primer motivo de casación referido a la procedencia de la curatela, en lugar de la tutela constituida en las sentencias de instancia, y la desestimación del segundo motivo de casación referido a la idoneidad del hijo mayor para el desempeño del cargo tutelar, que sería el de curador.

**Régimen general de la incapacidad después de la Convención de Nueva York.**— El primer motivo del recurso de casación se funda en la infracción de los artículos 199, 200, 215, 222 y 287 CC, vulneración de los artículos 10 y 14 CE, y de los artículos 1 y 12 de la Convención de Nueva York

de 2006, así como de la doctrina jurisprudencial sobre el régimen legal de la incapacidad. Pertinencia de la curatela frente a la tutela.

El recurrente, por tanto, no cuestiona que como consecuencia de su enfermedad existan algunas facetas de su actividad que precisen una supervisión, pero sostiene que en su situación actual el régimen que procede es la curatela y no la tutela. La sentencia recurrida vulnera, en particular, el artículo 287 CC. Al mantener la tutela infringe la doctrina de la Sala recogida en la sentencia de 29 de abril de 2009, en la que declara la compatibilidad del sistema tutelar español con la Convención siempre que se entienda como una medida de protección que no afecta a la titularidad de los derechos fundamentales y que, en el caso, a la vista de la prueba practicada en la instancia, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que constituyó tutela, y no curatela como pretendía el recurrente. Cita también las sentencias de 24 de junio de 2013, 30 de junio de 2014 y 20 de octubre de 2015 en las que se estiman los recursos de casación interpuestos contra sentencias que acordaron establecer la tutela y, en su lugar, se declara la curatela como medida de protección más adecuada, a la vista de la prueba practicada en la instancia. El recurrente alega que la decisión de la Audiencia Provincial de someterle a tutela no se fundamenta en los hechos realmente probados y acreditados sino en el previsible desarrollo de la enfermedad. Defiende que, puesto que hasta el momento D. Leopoldo ha llevado una vida independiente sin incidentes dignos de reseña, la medida adoptada no guarda relación con la real afectación de sus facultades. Que no se opone a ello el que no quiera reconocer su enfermedad, ni la alteración de las pautas de vida observadas desde antiguo, ni el deterioro de las relaciones familiares. Argumenta que, si el desarrollo de la enfermedad perjudica definitivamente y de forma sustancial las capacidades de D. Leopoldo, el carácter revisable del régimen de la incapacidad permitirá adoptar en el futuro la medida de guarda establecida pero que, en la actualidad, a pesar de la preocupación de la familia, resulta totalmente desproporcionado someterle a tutela, si bien admite que alguna de las facetas de su actividad puedan estar sujetas a supervisión. Concluye con cita de la sentencia de 20 de octubre de 2015, según la cual la doctrina de la Sala que se considera infringida se manifiesta en supuestos de modificación parcial de la capacidad por el establecimiento de la curatela, y entiende que, en el caso, lo procedente es someter a D. Leopoldo a curatela.

Por las razones que se exponen a continuación el motivo debe ser estimado.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3). Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardas deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses, ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona. En particular, las salva-

guardias deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (art. 12.4 de la Convención).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.

El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta Sala en los últimos tiempos tras descartar que «el procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de la tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así en sentencia de 15 de julio de 2015).

La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (arts. 287, 288 y 289 CC).

En el caso ha quedado probado que D. Leopoldo padece una enfermedad persistente que provoca un deterioro cognitivo y alteraciones de conducta. A la vista del nuevo examen y valoración de la prueba practicada en el acto del juicio y de la repetición de las pruebas practicadas en la segunda instancia, la sentencia recurrida considera acreditada que existe una situación de absoluta anormalidad en la actuación de D. Leopoldo en su vida diaria, carente de la necesaria estabilidad para el desarrollo de las habilidades de la salud. También que la falta de tratamiento de la enfermedad, de la que no parece plenamente consciente, le coloca en una situación de riesgo. Pero, al mismo tiempo, la sentencia considera acreditado que mantiene una «alta reserva cognitiva», hasta el punto de que amplía el ámbito de libertad de disposición y gestión de su pensión desde el 20% hasta el 50%. Esta situación se compara mal con una limitación total de la capacidad de obrar de D. Leopoldo y su sometimiento a tutela.

Tanto la sentencia de primera como de segunda instancia someten a D. Leopoldo a tutela. Sin embargo, la descripción de la situación de discapacidad que se contiene en ambas sentencias no es la propia de una discapacidad total en la que la persona se encuentre privada de toda capacidad de decisión de modo que otro deba decidir en su lugar. Esa situación de discapacidad total es la que daría lugar al sometimiento a tutela.

Sin embargo, la razón por la que la sentencia recurrida mantiene la tutela es otra. Mantiene la tutela porque considera que la curatela supondría una

mera asistencia para actos muy concretos y determinados que no facilitaría la protección de las actuaciones más genéricas, como las atinentes a la medicación y seguimiento de los tratamientos propios de la enfermedad así como a su posible actuación en lo patrimonial. Pero lo cierto es que la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

En primer lugar, la curatela no está limitada al ámbito patrimonial. La regulación conjunta de todos los supuestos en que procede la curatela (arts. 286 y 287 CC) permitiría creer lo contrario puesto que la curatela de los emancipados (art. 323 CC) y la de los pródigos (por el propio presupuesto que la provoca) sí se limitan a los actos de naturaleza exclusivamente patrimonial. Sin embargo, para las personas con discapacidad esto no es así, porque ni resulta de la letra del artículo 287 CC, ni es coherente con la exigencia de adoptar un sistema de apoyo que se adapte a las concretas necesidades y circunstancias de la persona afectada. La curatela puede ser un apoyo en la esfera personal o en la patrimonial, o en ambas, según lo requiera en cada caso la protección de la persona.

Así lo establece expresamente el artículo 150 del Código de Derecho Foral de Aragón y desde hace tiempo lo habían venido admitido la doctrina y la jurisprudencia en el ámbito del Código civil. En este sentido cabe cita la sentencia de 31 de diciembre de 1991 (que exigió la intervención del curador para otorgar autorizaciones de adopción y similares de cualquiera de sus hijos habidos o lo que pudiera tener en el futuro la mujer cuya capacidad de obrar se limitaba). De forma más reciente, interpretando el sistema vigente a los principios de la Convención de Nueva York, son abundantes las decisiones de esta Sala que atribuyen al curador una función de control, supervisión y apoyo en lo personal (Sentencias de 24 de junio de 2013, 30 de junio de 2014, 14 y 20 de octubre, y 17 de diciembre de 2015, 17 de diciembre de 2016 y 4 de abril de 2017).

En segundo lugar, por lo que se refiere al ámbito patrimonial, la intervención del curador no se circunscribe necesariamente a los actos a los que se refiere el artículo 290 CC, sino que puede extenderse a todos aquellos en los que sea precisa la asistencia; cuestión distinta es que, cuando la sentencia no los especifique, el legislador se refiere subsidiariamente a los actos que genéricamente considera de mayor complejidad o trascendencia para el patrimonio de la persona con discapacidad, que son aquellos para los que el tutor necesita autorización judicial.

Ocurre en este caso que la sentencia recurrida confirma la del juzgado salvo en el particular de la cuantía de la pensión de la que puede disponer por sí solo D. Leopoldo, que la sentencia amplía hasta el 50% el 20% que le confirió la de primera instancia. La sentencia de segunda instancia mantiene los demás ámbitos para los que D. Leopoldo puede realizar los actos cotidianos de la vida, pero necesita «supervisión» para los actos que excedan de lo cotidiano. Extiende la inhabilidad a todos los actos que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y a lo relacionado con la salud, en concreto para el manejo de los medicamentos, pautas alimenticias, consentimiento de tratamientos médicos. En el ámbito patrimonial declara que precisa de «supervisión» (nuevamente, por tanto asistencia) para los actos de disposición sobre bienes y derechos y, más concretamente, para los actos patrimoniales a que se refieren los artículos 271 y 272 CC (con la salvedad del manejo de su pensión).



Además la sentencia de primera instancia, confirmada por la de la Audiencia Provincial, excluye el derecho de sufragio pasivo por entender que no puede gestionar asuntos ajenos quien no tiene plena capacidad para gestionar sus asuntos pero, en cambio, a la vista del informe médico forense, reconoce expresamente a D. Leopoldo la capacidad para ejercer el derecho de voto (art. 3.2 LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General). Excluye que pueda testar, invocando el artículo 663. 2.º CC y, con cita del artículo 1732, último párrafo CC, declara la extinción de los poderes que hubiera podido haber otorgado.

**Procede la declaración de curatela.**—A la vista de los hechos probados y, aplicando la doctrina de esta Sala, procede estimar el motivo primero del recurso y declarar que D. Leopoldo padece una discapacidad intelectual que limita su autogobierno tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y que, para complementar su capacidad, necesita el complemento de un curador para la toma de decisiones para las que las sentencias recurridas prevén la actuación del tutor.

En consecuencia:

a) En la esfera personal D. Leopoldo requerirá la intervención del curador para tomar las decisiones que excedan de las actividades básicas de la vida ordinaria y para todo lo relacionado con su salud, manejo de medicamentos, pautas alimenticias y consentimiento de tratamientos médicos. Ello sin perjuicio de la aplicación cuando proceda de lo dispuesto en el artículo 9.2.b), y en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente. El primero legitima a los facultativos para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensable en favor de la salud del paciente. sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo inminente grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible conseguir su autorización, consultando cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. Conforme al segundo, cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En todo caso la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, en los términos del artículo 9.6 de la misma Ley.

b) En la esfera patrimonial y de economía D. Leopoldo puede gestionar y administrar el cincuenta por ciento de su pensión. Conserva la iniciativa, pero necesita la asistencia de un curador para los actos patrimoniales recogidos en los artículos 271 y 272 CC con las especificaciones que se señalan a continuación: se incluye la venta del derecho de suscripción preferente de acciones (excluida en art. 271. 2.º in fine); los actos susceptibles de inscripción no precisan tener carácter dispositivo (ibídem); se elimina el requisito de que el arbitraje afecte a cuestiones en que el discapacitado estuviese interesado (exigido en el núm. 3.º de id.); se incluye expresamente «partir herencias o dividir cosas comunes» (modificando el art. 272 CC); se modifica la referencia a ceder bienes en arrendamiento sujetos a prórroga forzosa o por más de tres años (núm. 7.º art. 271).

c) A la vista de los informes médicos, la inhabilidad de D. Leopoldo se extiende en la sentencia de primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida, a la conducción de vehículos de motor y a la tenencia y uso de

armas, ámbitos en los que carece de sentido la actuación por representación, pero también con asistencia del curador, por lo que se mantiene la sentencia

d) Se declara la extinción de los poderes que hubiera podido haber otorgado.

e) Se conserva el derecho de sufragio activo.

f) Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 655 CC, conforme al cual el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.

**Designación de curador.**—El segundo motivo del recurso de casación se funda en infracción de los artículos 223 y 234.1 CC interpretados en relación con la Convención de Derechos de la persona con discapacidad. Pero el motivo debe ser desestimado.

1. Según el artículo 234.1.º CC (aplicable al nombramiento de curador dada la remisión del art. 291 CC), para el nombramiento de curador se prefiere en primer lugar al designado por el propio interesado conforme al párrafo 2.º del artículo 223 CC. Por tanto, la voluntad expresada en escritura pública dirigida a designar a una persona para que, en caso de una futura modificación judicial de la capacidad, se le encomiende la función de prestar los apoyos que proceda (art. 223) debe ser respetado por el Juez, que solo motivadamente puede apartarse de las preferencias expresadas por el interesado cuando su propio beneficio así lo exija. Así resulta del artículo 234, II CC Sobre la exigencia de motivar adecuadamente un nombramiento que se aparte del orden legal se ha pronunciado en las sentencias de 1 de julio de 2014 y 19 de noviembre de 2015. De forma específica, sobre la motivación necesaria para apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, se han pronunciado también las sentencias de 17 de julio de 2012 y 3 de junio de 2016.

Junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona afectada por discapacidad está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quien prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento.

Una lectura de nuestro Derecho con arreglo a los principios de la Convención de Nueva York conduce fácilmente a esta interpretación. De una parte porque el Juez debe oír a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir (art. 231 CC y art. 45.2 LJV de 2 de julio de 2015), y de otra porque conforme al artículo 12.4 de la Convención, las salvaguardias que se adopten «asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona».

Esta manifestación de voluntad expresada en el momento de constitución de la tutela o la curatela no tiene la eficacia de la autotutela otorgada previamente en escritura pública, pero puede ser relevante como un criterio que permita al Juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor y curador. Por ejemplo porque, en atención a las circunstancias, resulta beneficioso para el interés de la persona con discapacidad que el apoyo sea prestado por una persona de su confianza y cariño, de modo que su interés quede protegido de manera más adecuada siguiendo sus preferencias. Para reconocer la eficacia de esta voluntad basta con que la persona goce de la capacidad suficiente para manifestar tal preferencia.

2. En el caso que da lugar al presente recurso, D. Leopoldo no ha otorgado una escritura de autotutela en la que designara a la persona de tutor para el caso de que se limitara su capacidad en un futuro. En el procedimiento de

modificación judicial de la capacidad, expresó, en primera instancia, que quería que fuera tutora su hermana, lo que el Juzgado descartó en atención a que no parecía adecuada una persona que negaba la enfermedad diagnosticada. Atendiendo al criterio de la esposa y cuatro hijos de D. Leopoldo, la sentencia de primera instancia nombró tutor al hijo mayor y el nombramiento es mantenido por la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida no se aparta del criterio de la de primera instancia y descarta designar para el cargo de tutor a alguna de las personas que se proponen en el escrito de interposición del recurso (la hermana, la sobrina, la hija de D. Leopoldo) por varias razones. Tiene en cuenta, en primer lugar, que este descartó en su comparecencia ante el Tribunal la idea que había manifestado previamente en el juicio de primera instancia acerca del nombramiento de su hermana o de su sobrina y manifestó, en cambio, su preferencia por el nombramiento de su hija. Producido ese «abandono tácito», como califica la sentencia a esta modificación en la preferencia, se añade, «nada justifica que se altere una decisión aceptada y asumida por el grupo familiar, esposa e hijos de D. Leopoldo, cuando además es precisamente D. Victorio, mayor de los hermanos, quien tiene su residencia más próxima al domicilio familiar de sus padres, siendo precisamente la propuesta por D. Leopoldo –su hija Loreto– quien por ser la más alejada del domicilio familiar –reside en la Coruña–, tendría mayores dificultades prácticas para el ejercicio y desempeño del cargo».

Es decir, la sentencia recurrida no prescinde de la voluntad de D. Leopoldo porque no se identifica una preferencia clara e inequívoca de designar tutor alterando el orden legal (en la apelación descarta a la hermana y a la sobrina). También porque considera que el nombrado en primera instancia, uno de los hijos, propuesto por los familiares directos (todos los hijos y esposa, que sería la primera llamada en ausencia de autotutela) es el más idóneo. Y motiva esta idoneidad en atención a las circunstancias del caso, en particular la menor distancia al domicilio de sus padres y, por contra, la mayor distancia de la hija, lo que supondría mayores dificultades para el desenvolvimiento del cargo.

El motivo es desestimado. No existiendo una manifestación de voluntad terminante del interesado dirigida a alterar el orden del llamamiento legal, la sentencia recurrida, atendiendo al interés de la persona con discapacidad, motiva quién es entre las personas llamadas por la ley, la más idónea para ejercer el cargo.

Habida cuenta de la estimación del primer motivo, se nombra a D. Victorio para el cargo de curador, quien deberá ejercer su cargo con sujeción a las disposiciones legales y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal. Dado que la enfermedad que padece D. Leopoldo puede evolucionar, cada seis meses o antes si fuera necesario, el curador deberá informar en el Juzgado que ha conocido de este asunto sobre su situación personal. Igualmente deberá rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 diciembre de cada anualidad. Dicha relación consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que deberá ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos. **(STS de 16 de mayo de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.–La abundante jurisprudencia recaída a partir de 2006 ha hecho ver la gran variedad de situaciones fácticas que puede abarcar la discapacidad, así como la –en ocasiones– lenta adapta-

ción de los Tribunales de instancia a las nuevas perspectivas del Convenio de Nueva York La presente resolución estimatoria del recurso, después de una cuidadosa –mejor aun: meticulosa– valoración de la abundante prueba, sirve para enriquecer la doctrina jurisprudencial mostrando nuevos caminos interpretativos, a mi juicio acertados. En mi extracto a la sentencia de 20 octubre 2015 (relativa a una enferma adicta a las drogas que interrumpe su tratamiento) puede verse, en síntesis, la evolución doctrinal y jurisprudencial del tema (*ADC*, abril-junio 2017, p. 889-894). De nuevo: ¿Para cuándo la necesaria reforma codicial que elimine los riesgos del necesario e ineludible «parcheo» jurisprudencial? (*G. G. C.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**6. Deber de información de la entidad financiera en la comercialización de productos financieros complejos con clientes no profesionales.**—La normativa del mercado de valores, aplicable con anterioridad a la transposición de la Directiva MiFID, impone a las entidades de inversión el deber de facilitar a los clientes una información clara, correcta, precisa y suficiente del producto financiero. El deber de información se acentúa particularmente respecto del riesgo que se asume al contratar el producto, las circunstancias de las que depende y los operadores económicos a los que se asocia tal riesgo. La entidad debe asegurarse mediante una explicación clara de que el cliente ha comprendido la naturaleza y riesgos del producto, siendo insuficiente la mera lectura del documento para dar adecuado cumplimiento al deber de información en la contratación de productos complejos. Corresponde a la entidad la iniciativa de informar y no a los clientes buscar un asesoramiento experto para conocer qué concreta información deben requerir a la entidad.

**Incumplimiento del deber de información y error vicio del consentimiento.**—El incumplimiento de los deberes de información sobre elementos esenciales, como los riesgos asumidos y el coste de la cancelación, permite presumir, con carácter *iuris tantum*, la concurrencia de error vicio en el consentimiento prestado (así también la STS 20 de enero de 2014). Se protege la confianza depositada en la información que suministra quien legalmente está obligado a informar de forma veraz, exacta y en defensa de los intereses de la clientela. Por ello, tiene carácter excusable el error del cliente que deriva de un incumplimiento del deber de información sobre circunstancias determinantes del riesgo del producto contratado.

**Doctrina de los actos propios y confirmación de contratos viciados por error en el consentimiento.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera la doctrina de la sentencia de 23 de noviembre de 2016, según la cual no constituyen actos inequívocos de una voluntad tácita de confirmación o convalidación del contrato ni la aceptación de liquidaciones positivas, ni el pago de saldos negativos, ni la cancelación anticipada, ni tampoco el encadenamiento de sucesivos contratos. Dado que inicialmente no se tiene conocimiento del error vicio, no puede apreciarse una voluntad inequívoca de renunciar al ejercicio de la acción de nulidad por el hecho de recibir las liquidaciones positivas. Tampoco el cumplimiento del contrato en sus términos, mediante el pago de los saldos negativos, para evitar la resolución por incumplimiento, supone un acto volitivo de confirmación del contrato.

**Dies a quo para el ejercicio de la acción de nulidad por error vicio en contratos de tracto sucesivo.**—El *dies a quo* para lograr la restitución derivada de la nulidad por error vicio se sitúa en el momento de la consumación del contrato, lo que en las relaciones contractuales complejas se produce al conocerse la existencia del error o dolo. En los contratos de permutas de tipo de interés concertados como cobertura del interés variable de un préstamo, el momento de conocimiento del error se sitúa en la primera liquidación negativa. (STS de 9 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes, D. Carlos y Dña. Azucena, tras haber concertado un préstamo hipotecario con Bankinter S. A., suscribieron con la misma entidad un contrato de intercambio de tipos/cuotas por cinco años. Si bien las primeras veinticuatro liquidaciones fueron positivas, después se sucedieron las liquidaciones negativas. D. Carlos y Dña. Azucena interpusieron demanda solicitando la declaración de nulidad y la restitución de las cantidades alegando que se produjo un incumplimiento por parte de la entidad del deber de información que determinó que contratasen el producto financiero en la creencia de que se trataba de un seguro. En primera instancia se aprecia la concurrencia de error vicio y se estima la demanda, condenándose a la entidad bancaria a la devolución de las cantidades. La Audiencia, en cambio, estima el recurso de apelación interpuesto por Bankinter, revoca la sentencia de instancia y absuelve al banco porque aprecia la caducidad de la acción. El Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia y confirma íntegramente la dictada en primera instancia. (V. N. C.)

**7. Confirmación del contrato de permuta financiera y doctrina de los actos propios.**—El contrato de permuta suscrito mediando un vicio del consentimiento como el error, no se entiende convalidado o confirmado por el pago de los saldos negativos, por el encadenamiento de diversos contratos, por la cancelación anticipada, ni por la suscripción de una póliza de crédito para hacer frente a las liquidaciones negativas. Señala el Tribunal Supremo que estas conductas no constituyen actos propios vinculantes porque no son la manifestación de un acto volitivo de renuncia a la acción que, por el contrario, exigiría conocer de forma precisa el alcance del error. Este pronunciamiento va en la misma línea que las sentencias de 23 de noviembre de 2016 y de 17 de febrero de 2017. (STS de 2 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La parte demandante, Dafi Nuevos Horizontes S. L., suscribió con Banco Popular Español S. A. un contrato marco de operaciones financieras para, a continuación, suscribir dos contratos de permuta financiera de tipos de interés con nocional de 200.000 € y 50.000 €. Con posterioridad, los contratos de permuta financiera son cancelados y sustituidos por otros dos con idénticos capitales. Tiempo después, estos contratos también se cancelan y se suscriben los dos nuevos contratos de permuta financiera por las mismas cantidades. La demandante presenta una reclamación contra la entidad bancaria cuando comienzan a producirse las liquidaciones negativas

y manifiesta haber sido engañada en la contratación del producto. Para hacer frente al pago de las liquidaciones suscribe una póliza de crédito y, tras presentar nuevas quejas contra la entidad instando la nulidad de los contratos, interpone acción de nulidad por existencia de error vicio en el consentimiento y, en su caso, inexistencia de causa contractual. En primera instancia se estima íntegramente la demanda porque se considera acreditado que no se facilitó en la fase precontractual una información suficiente (no se informó de las consecuencias que tendría una bajada de los tipos de interés y la información carecía de ejemplos o simulaciones respecto del coste de cancelación anticipada del producto). En segunda instancia, la Audiencia estima el recurso de apelación porque, a su juicio, firmar sucesivas permutas financieras, soportar las liquidaciones negativas y suscribir una póliza de crédito destinada a atender los cargos derivados de la permuta financiera son actos incompatibles con la acción de nulidad. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirma la sentencia de instancia. (V. N. C.)

**8. Cláusula suelo. Falta de transparencia. Desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor. Nulidad de la cláusula.**—La falta de transparencia no supone sin más que la cláusula sea desequilibrada y que el desequilibrio que conlleva sea importante en perjuicio del consumidor, pero en el caso, si bien el futuro a medio/largo plazo resulta imprevisible, en la realidad los riesgos de la oscilación del tipo mínimo de referencia, en los términos contenidos en las cláusulas transcritas, dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como «variable». Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza. (STS de 9 de mayo de 2013). Es verdad que la falta de transparencia no implica *per se* el desequilibrio, ya que esa falta de transparencia puede ser excepcionalmente inocua para el adherente, pues pese a no poder hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden provocar sobre su posición económica o jurídica en el contrato, las mismas no tienen efectos negativos para el adherente. Sin embargo, esto no sucede en el supuesto de las llamadas «cláusulas suelo». La falta de transparencia en el caso de este tipo de condiciones provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (SSTS de 24 de marzo y de 29 de abril de 2015).

**El desequilibrio sustancial debe estar referido al equilibrio subjetivo de precio y prestación.**—El desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor no puede referirse al equilibrio objetivo entre precio y prestación, que escapa al control judicial, sino al subjetivo, es decir, tal y como se lo representó el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación. Así, el juicio sobre la incompatibilidad con las exigencias de la

buena fe no se centra en que la entidad financiera que introdujo la cláusula tuviera o no previsiones muy certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino en si «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual» (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus). En este sentido, es difícil que, a la vista del contenido de la cláusula suelo, que comporta para el consumidor que no pueda beneficiarse de la bajada de los tipos de interés una vez alcanzado el suelo, le hubiera resultado indiferente su inclusión en el contrato si hubiera existido una negociación individual.

**Efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo.**

**Doctrina jurisprudencial.**—La controversia acerca de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo ha quedado resuelta por la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), que ha determinado un cambio en la jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 24 de febrero de 2017. La citada sentencia del TJUE ha considerado que la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la STS de 9 de mayo de 2013, se opone al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y equivale a privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de este tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013. Dicha jurisprudencia nacional solo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hubieran celebrado este contrato con anterioridad a la fecha del pronunciamiento judicial. Esta protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Así pues, la decisión de la sentencia recurrida de confirmar, una vez declarada la nulidad de las dos cláusulas suelo por su carácter abusivo, la condena a devolver todas las cantidades que se habían cobrado indebidamente en aplicación de dicha cláusula suelo, es correcta. (**STS de 25 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Cada uno de los dos matrimonios demandantes suscribieron con la misma entidad bancaria un contrato de préstamo hipotecario con interés variable a partir del primer año, cifrado en el Euribor más un diferencial del 0,55% y 0,60%, respectivamente. Entre las estipulaciones se añadió una cláusula suelo por la que se impedía que el interés nominal aplicable fuese inferior al 3,75%, para uno de los contratos, y 3,95%, para el otro; y en ambos casos se estableció como techo que no sería superior al 15%. Los prestatarios presentaron conjuntamente una demanda en la que pidieron que se declarara la nulidad de la cláusula suelo indicada por considerarla abusiva. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que existía una absoluta falta de reciprocidad, pues la limitación al alza era totalmente desproporcionada, sin que existiera equivalencia económica entre las obligaciones que asumía cada parte. La Audiencia Provincial de Orense desestimó el recurso de apelación al entender que, de acuerdo con la jurisprudencia en la materia, las cláusulas controvertidas no pasaban el

control de transparencia. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación de la entidad demandada.

NOTA.—Esta Sentencia, junto a alguna otra anterior, principalmente la STS de 9 de marzo de 2017, retoma la tesis inicial del Tribunal Supremo de configurar el control de transparencia como un requisito previo para poder entrar a conocer de la abusividad de una cláusula que definiera el objeto principal del contrato o la adecuación entre el precio y contraprestación que, de otra forma, estaría excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE (art. 4.2). Así lo había establecido en la STS de 9 de mayo de 2013. Criterio que posteriormente se vio alterado en siguientes decisiones, como fueron las SSTS de 24 y 25 de marzo y de 29 de abril de 2015, en las que se pasó a utilizar el control de transparencia como un auténtico control de abusividad, en el sentido de entender que la propia falta de transparencia implicaba en sí misma un desequilibrio consistente en la imposibilidad del cliente de comparar distintas ofertas. Sin embargo, primero en la STS de 9 de marzo de 2017, y ahora con esta STS de 25 de mayo de 2017, el Alto Tribunal recupera la configuración del control de transparencia original, en tanto que requisito previo para entrar a valorar la abusividad de una cláusula relativa al precio y no como equivalente a abusividad en sí misma. Probablemente, el retorno al criterio originario se deba a la STJUE de 26 de enero de 2017 (caso Banco Primus, C-421/2014), que se cita en estas decisiones, y que impuso el examen de abusividad con posterioridad al control de transparencia, y no como resultado automático de su ausencia (v. AGÜERO ORTIZ, A. «Cláusula suelo transparente por quedar probado que el consumidor tuvo un conocimiento de la misma: ¿Existe alguna diferencia entre el control de transparencia y la evaluación del consentimiento? Comentario a la STS de 9 de marzo de 2017 (JUR 2017\55055)». *CESCO*, 21, 2017, pp. 3 a 5; MARÍN NARROS, H. D. «Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición de consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017». *RCDI*, 763, 2017, p. 2793). Esta tesis de «abusividad ponderada», es decir, de la necesidad de evaluar la existencia o no de abusividad una vez comprobada la falta de transparencia, es la más extendida en la actualidad en la interpretación que la doctrina alemana hace del § 307.1 BGB, cuyo influjo en la propia redacción de la Directiva 93/13 está fuera de toda duda y que puede determinar una relectura de la norma comunitaria conforme a una norma nacional que es incluso posterior a la propia Directiva (al respecto, v. CÁMARA LAPUENTE, S. «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo». *Indret*, 1, 2017, pp. 14 y 15). (L. A. G. D.)

**9. No reconocimiento, con carácter general, de la cláusula *rebus* en el ordenamiento español.**—Si bien el legislador español se ha ocupado en supuestos concretos y puntuales de la revisión de los contratos o ha permitido



la exoneración del pasivo insatisfecho por el deudor (art. 178 bis LC), no existe en Derecho español una formulación legal de la doctrina de la *rebus* ni tampoco una regla general que permita al deudor liberarse de sus obligaciones cuando empeora su situación económica.

**Imposibilidad sobrevenida, deudor dinerario y dificultad para obtener financiación para cumplir un contrato.**—La imposibilidad sobrevenida no culpable que hace imposible el cumplimiento del contrato por caso fortuito y libera al deudor en caso de pérdida sobrevenida de la cosa específica que debía entregar (art. 1182 CC) o en caso de imposibilidad objetiva de la prestación de hacer (art. 1184 CC) no es aplicable a las deudas de pago de dinero.

Como regla general en el ordenamiento español, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, quien no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Excepcionalmente, el deudor puede recurrir a tal imposibilidad cuando sea la otra parte —vendedora— la que haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación. **(STS de 13 de julio de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excm. Sra. Dña. María Angeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—El 21 de septiembre de 2007 el matrimonio compuesto por A y B suscribieron un contrato privado de compraventa con C y D, actuando estos últimos como vendedores. Dicho contrato se celebró con la intermediación de la entidad E, cuyos honorarios (9.000 euros) se comprendían en el importe total a abonar por A y B como precio de compra (328.000 euros). En ese mismo acto los compradores entregaron a los vendedores 13.500 euros, de los cuales 3.500 fueron a parar a E. Para el pago de esta cantidad, los compradores suscribieron el mismo día 21 de septiembre un contrato de préstamo personal con la Caja Z por importe de 15.000 euros a reintegrar en 10 años.

Según el contrato, otros 15.000 euros serían entregados por los compradores como máximo el 28 de septiembre de 2007, recibiendo los vendedores 10.000 euros y E 5.000 en concepto de honorarios. Para el pago de esta cantidad A y B celebraron otro contrato de préstamo, el 24 de septiembre de 2007, con la Caja Y por importe de 16.000 euros.

Por último, los restantes 229.000 se entregarían en la fecha de otorgamiento de la escritura. El mismo contrato incorporaba una cláusula según la cual, si los compradores desistían o incumplían cualquiera de sus obligaciones o no abonaban los pagos al vencimiento, perderían las cantidades entregadas reteniéndolas los vendedores en concepto de indemnización.

El 24 de marzo de 2010 A interpuso demanda frente a C, D y E instando la resolución del contrato de compraventa y la condena a C y D a restituir la cantidad de 20.000 euros recibida a cuenta de dicha compra; y a E a hacer lo propio con la suma de 9.000 euros más el IVA correspondiente y los intereses legales, así como una indemnización de 5.000 euros.

Como se ve, la demanda se dirigía contra dos partes distintas. Así, (i) para fundar la pretensión frente a E —la entidad intermedia-

ria— A argumentó que incumplió lo pactado, pues se comprometió verbalmente a solicitar y conseguir un préstamo hipotecario para financiar el precio total de la compra cuando únicamente habría logrado dos préstamos personales, que habría presentado como «créditos puente» y que solo sirvieron para el pago de sus honorarios; y (ii) para accionar contra C y D, como vendedores, sostuvo que A y B trataron de obtener financiación por su cuenta, pero que dada la adversidad de la coyuntura económica no lo consiguieron, por lo que ni habrían desistido ni incumplido el contrato.

El 31 de marzo de 2010 B interpuso demanda contra los mismos demandados y con pretensiones semejantes que se acumuló a la inicial de A.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda en su integridad por considerar, en lo atinente a la compraventa, que había existido un incumplimiento contractual solo atribuible a los demandantes. Respecto a la acción frente a E, el juzgado consideró que esta entidad cumplió su obligación de poner en contacto a las partes, naciendo su derecho a remuneración con la perfección del contrato.

La Audiencia provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó la sentencia de instancia, declarando resuelto el contrato de compraventa y condenando a C y D a restituir a A y B 20.000 euros entregada a cuenta del precio. La sentencia tuvo en cuenta datos como la reducción de ingresos de uno de los compradores tras la perfección del contrato, que otra entidad financiera había realizado previamente un estudio positivo para la concesión del crédito y después lo denegó, y que difícilmente otra entidad habría financiado la adquisición a partir de 2008. Asimismo, tuvo en cuenta que los vendedores, tras la demanda, enajenasen la vivienda a un tercero. (A. I. R. A.)

**10. Contrato de obra. Aplicación de la Ley 3/2004, de 29 diciembre, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con relación a la naturaleza y alcance de la limitación temporal dispuesta para el plazo de pago: control de abusividad.**—En primer lugar, el carácter imperativo para las partes de la limitación temporal establecida para el plazo del pago, en la presente ley, comporta que todos aquellos pactos que exceden de dicho límite temporal resulten nulos de pleno derecho por contravención de lo dispuesto en la norma imperativa (art. 6 CC). En segundo lugar, de acuerdo con lo señalado, el control de abusividad, previsto en el artículo 9 de esta ley, opera, necesariamente, dentro del plazo marcado por la limitación temporal, pues más allá del mismo la sanción contemplada no es otra que la nulidad del pacto por ser contrario a la norma imperativa. (STS de 19 de mayo de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—El actor, titular de un negocio dedicado al movimiento de tierras y excavaciones, y subcontratista de la obra objeto del litigio, interpuso una demanda contra la contratista principal y adjudicataria de la obra, en la que reclamó el pago de 65.657,56 euros, más los intereses legales, con base en las facturas emitidas y

los trabajos realizados. De igual forma, dirigió su demanda contra el propietario de la obra, por la misma cantidad y por la vía de la responsabilidad solidaria en aplicación del artículo 1597 CC. En la demanda, solicitó la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales que determinaban plazos superiores a los previstos en la Ley 3/2004, de 29 diciembre, *de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*. El juzgado y la audiencia desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el actor y estimó la demanda, si bien en la cantidad de 57.970,45, más los intereses legales. (I. D.-L.)

**11. Garantía a favor de tercero: carácter oneroso o gratuito.**—Tradicionalmente se ha venido considerando que la garantía a favor de un tercero puede constituirse a título gratuito o a título oneroso. La garantía a favor de tercero se constituye a título oneroso cuando el acreedor, como equivalencia de la garantía prestada, se obliga a una determinada prestación a favor del garante o del deudor principal, que si resulta incumplida permitirá al garante liberarse de su obligación de garantía. Salvo prueba en contrario, la constitución de la garantía coetánea o contextual con el nacimiento del crédito garantizado se entenderá correspondiente a la concesión de este y por tanto onerosa, pues el acreedor concede el crédito en vista de la existencia de la garantía, es decir, recibe como correspondiente conjunto de su crédito la promesa de pago del deudor y la garantía del tercero.

**Constitución de hipoteca: carácter oneroso o gratuito.**—En el caso de constitución de una hipoteca para garantizar una deuda ajena, para determinar cuándo la causa es onerosa o gratuita, se ha de tener en cuenta si la concesión de la garantía es contextual a la concesión del crédito garantizado. Cuando la concesión de la garantía es contextual, se entiende que no lo es a título gratuito. En realidad, se trata de una presunción, porque cabría contradecirla si se acreditara que la garantía fue prestada del todo espontáneamente, de modo que el crédito habría sido concedido sin ella. Por el contrario, cuando la garantía se hubiera concedido después del nacimiento de la obligación, y por ello no fuera contextual, debe entenderse que la causa es la mera liberalidad, salvo, lógicamente, que se acredite que la garantía se prestó a cambio de una contraprestación o ventaja.

**Concursal. Prestación de garantía: presunción de perjuicio.**—La prestación de una garantía, personal o real, podría considerarse acto de disposición a título gratuito, y por lo tanto podría estar afectada por la presunción de perjuicio, siempre y cuando se estimara que la causa fue la mera liberalidad: se presume de forma absoluta este perjuicio (*iuris et de iure*) cuando se trata de un acto o contrato otorgado a título gratuito por el concursado.

**Concursal. Prestación de garantía: rescisión por perjudicial para la masa.**—La concesión de la garantía pueda ser rescindida si se estima perjudicial para la masa, esto es, si no se acredita que el sacrificio patrimonial que suponía la hipoteca, en cuanto que reducía el valor del activo gravado, estaba justificado. En consecuencia, habrá que valorar si ha existido alguna atribución o beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía. Teniendo en cuenta que no ha de ser necesariamente una atribución patrimonial directa, como pudiera ser el pago de una prima o precio por la constitución de la garantía, también, puede ser

un beneficio patrimonial indirecto. (STS de 27 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

HECHOS.—La mercantil M., S. A. fue declarada en concurso de acreedores en 2012, la totalidad de su capital social era titularidad de T. A., S. L. entre ellas se formalizaron en 2011 varias relaciones contractuales, entre otras, un préstamo con garantía hipotecaria y afianzamiento, a favor de T. A., S. L., prestado por M., S. A. quien además constituyó una hipoteca a favor de la entidad prestamista sobre una finca de su propiedad. Además, M., S. A. se constituyó, en fiador solidario del prestatario, renunciando a los beneficios de orden, excusión y división. En otras ocasiones, T. A., S. L. había garantizado los préstamos y créditos que eran concedidos a M., S. A. La Administración concursal de M., S. A. solicitó al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo la rescisión concursal de la constitución de hipoteca y del afianzamiento realizados entendiendo que las garantías debían conceptuarse como realizadas a título gratuito, por lo que operaba la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC, que no admite prueba en contrario, por ser a título gratuito ya que M., S. A. no percibió ninguna contraprestación por la concesión de la garantía. La sentencia de instancia desestimó la demanda, pues teniendo en cuenta que T. A., S. L. era titular de la totalidad del capital social de M., S. A., no puede sostenerse la naturaleza gratuita de las operaciones en tanto en cuanto existen operaciones previas a la hipoteca en las cuales T. A., S. L. afianza solidariamente préstamos de M., S. A. sin aparente contraprestación. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil M., S. A., la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Asturias, desestimó el recurso de apelación confirmando la sentencia recurrida. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**12. Compraventa de parcelas, aptas para urbanizar: interpretación literal del contrato: artículo 1281 CC.**—Afirma la recurrente que la sentencia de apelación hace una interpretación del objeto de los contratos de compraventa y de la finalidad o expectativa que con su celebración perseguía Gestur que choca abiertamente con el sentido literal de lo pactado por las partes en dichos contratos (escrituras de 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006), lo que supone desconocer el mandato contenido en el artículo 1281 CC. Refiere cómo la Audiencia Provincial dice que se transmitieron las parcelas catastrales números 1, 2 y 3, y que la colindancia y la contigüidad de todas las fincas fue fundamental para alcanzar el acuerdo de reserva, constituyendo dicha colindancia y contigüidad para Gestur el elemento esencial y determinante de ese negocio, y, por ende, de las compraventas; y concluye que las participaciones indivisas transmitidas sobre las fincas números 4 a 7, son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante, frustrándose la expectativa perseguida por Gestur con la firma de los contratos para la satisfacción de sus intereses, que según la propia sentencia consistiría en el desarrollo o transformación urbanística del suelo.

En el anterior Fundamento 4.º ya se puso de manifiesto cómo la sentencia recurrida considera razonadamente que la inclusión en el terreno objeto

de la venta de las parcelas señaladas y la colindancia entre las fincas resultaba un elemento esencial para la compradora. A tal conclusión se llega con estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1281 CC, ya que el mismo sólo reduce la labor interpretativa al sentido literal de las cláusulas cuando ellas contienen y permiten deducir la completa intención de los contratantes que en realidad se constituye como primer elemento de interpretación, pues la literalidad sólo prevalece cuando es fiel reflejo de dicha intención. Por otra parte esta Sala tiene declarado con reiteración que la labor de interpretación de los contratos corresponde a los tribunales de instancia, sin que deba ser revisada por este Tribunal al quedar fuera del ámbito del recurso extraordinario, cuya función primordial consiste en corregir infracciones jurídicas sustantivas y no apreciaciones sobre el sentido de un contrato y las obligaciones que quisieron incorporarse al mismo, fuera de aquellos casos flagrantes en que se ponga de manifiesto que la interpretación ha sido ilógica, arbitraria o absurda. No ocurre así en el presente caso, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

**No hay infracción del artículo 1282 CC.**—Considera la recurrente que la obligada aplicación del artículo 1281 CC excluía la posibilidad de tomar en consideración otros criterios interpretativos distintos a los de la mera interpretación literal, afirmando que el artículo 1282 CC ha sido aplicado incorrectamente, al haber tomado en consideración el tribunal un hecho posterior que no constituye propiamente un «acto de los contratantes» y haberse basado además en un acto de los mismos que, siendo anterior, no podía reputarse hábil para juzgar sobre su intención.

Pero la parte comienza así haciendo supuesto de la cuestión ya que la improcedencia de acudir a otros elementos interpretativos distintos del literal únicamente encuentra explicación en el caso de que se acepte plenamente la interpretación que dicha parte sostiene, sin posibilidad de entender —como ha hecho el tribunal— que es necesario acudir a otros medios para averiguar la verdadera intención de los sujetos del contrato.

Esta Sala ha declarado en relación con el artículo 1282 CC que «el silencio de la norma sobre el valor interpretativo de los actos anteriores a la celebración del contrato no ha significado obstáculo para que se admita el mismo, ya que la norma no los excluye y, de hecho, la expresión «principalmente» referida al comportamiento coetáneo y posterior, supone la admisión implícita de la posibilidad de tenerlos en cuenta —en este sentido, las sentencias de 8 de marzo de 2000, y 29 de abril de 2008— pese a que, como ha puesto de relieve la doctrina, se trata de una «voluntad contractual aún itinerante» (sentencia de 8 de mayo 26 de noviembre de 2012. El hecho posterior es la sentencia de 19 de marzo de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Las Palmas de Gran Canaria, que a su juicio no puede conceptuarse a los efectos del artículo 1282 CC como «acto de los contratantes»). Pero no es así, ya que lo que la Audiencia Provincial toma en consideración es que en el procedimiento judicial que dio lugar a esta sentencia de uno de los vendedores aludió a la coincidencia entre las fincas registrales núms. 4 a 7 y las parcelas números 1, 2 y 3. De otro lado resulta perfectamente adecuado en orden a averiguar la intención de los contratantes, en cuanto a la determinación del objeto del contrato, aludir al pacto previo de reserva y resulta determinante que en los propios contratos se diga que «a efectos de identificación catastral las cuatro fincas registrales integran las parcelas números 1, 2 y 3 del plano». En consecuencia no cabe afirmar que se haya vulnerado lo dispuesto por el artículo 1282 CC.

**Infracción del artículo 1124 CC y errónea aplicación de la jurisprudencia sobre el incumplimiento contractual.**—Alega la recurrente que la sentencia impugnada viene a estimar el recurso de apelación por entender que se transmitieron las parcelas catastrales números 1, 2 y 3, y que la colindancia y contigüidad de todas las fincas era fundamental para alcanzar el acuerdo de reserva, constituyendo dicha colindancia y contigüidad para Gestur, «el elemento esencial y determinante de ese negocio» y, por ende, de las compraventas; y concluye que las participaciones indivisas transmitidas sobre las fincas números 4 a 7 «son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante», frustrándose la expectativa perseguida por Gestur con la firma de los contratos para la satisfacción de sus intereses que, según pone de manifiesto la sentencia, consistirían en el desarrollo o transformación urbanística del suelo. Sostiene que aun cuando hubiera existido incumplimiento, en ningún caso podría tener el carácter de esencial que le atribuye la sentencia impugnada ni, consecuentemente, podría tener trascendencia resolutoria, de conformidad con la doctrina jurisprudencial sentada a tales efectos.

Esta Sala se ha referido —para caracterizar el incumplimiento con carácter de esencialidad— a los supuestos de obligaciones accesorias o complementarias (sentencias de 12 de abril y 1 de octubre de 2012) y singularmente se ha tratado en relación con el cumplimiento del plazo establecido para satisfacer la prestación debida (sentencia 25 de mayo de 2016, entre otras). En el supuesto de que el incumplimiento se refiera al propio objeto del contrato, que no reúne las condiciones o características pactadas, la regla general es que haya de calificarse como esencial dicho incumplimiento ya que rompe la equivalencia de las prestaciones según lo pactado y no puede ser obligado un contratante a recibir un objeto que no tiene las condiciones pactadas. Así sucede en el artículo 1469 CC cuando hay defecto de cabida de los inmuebles.

En el supuesto presente se trata de la frustración para la parte compradora del fin del contrato en cuanto no podía dedicar lo adquirido al destino previsto, que era conocido de ambas partes. Dice al efecto la sentencia recurrida que las participaciones en las fincas números 4 a 7 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Las Palmas que fueron vendidas a «Gestión Urbanística Las Palmas SA», son inhábiles para la finalidad perseguida por la apelante, que desconoce ahora incluso dónde en realidad se hallan; la recurrente esperaba para la satisfacción de sus intereses, que las fincas se correspondieran con las parcelas números 1, 2 y 3 del Catastro; la frustración de su expectativa supone un incumplimiento de los contratos de compraventa que autoriza su resolución conforme al artículo 1124 CC.

**Aliud pro alio.**—Se trata de un incumplimiento esencial que, a veces, la doctrina y la jurisprudencia califican de *aliud pro alio* dado que es tal la diferencia e inadecuación de lo entregado a lo efectivamente pactado que viene a equivaler a la entrega de una cosa distinta y determina un incumplimiento que permite a la parte perjudicada optar por la resolución del contrato, como ha sucedido en el caso presente (sentencia 20 de noviembre de 2012, entre otras). (STS de 24 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Hay una demanda inicial presentada por un grupo de vendedores de parcelas de terreno contra GESTUR, la empresa compradora reclamando el exceso de cabida de determinadas fincas enajenadas mediante respectivos contratos celebrados en escritura pública el 4 de noviembre de 2005 y 23 de junio de 2006. La deman-

dada se opone y reconviene solicitando la nulidad de tales contratos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Las Palmas estimó íntegramente la demanda en sentencia de 22 de abril de 2013 y desestimó la reconversión. Tras algún episodio procesal de acumulación de acciones, la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas, el 3 de diciembre de 2014 dictó sentencia de apelación revocando la sentencia recurrida, desestimando la reconversión, y estimando en parte la acción de los compradores declarando la resolución de los contratos mencionados, devolviendo las partes las prestaciones recibidas con abono de intereses, estimando en parte la reconversión de Gestur sin imposición de costas a ninguna de las partes. La parte inicialmente actora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, rechazado en todos sus motivos, y de casación, que también se desestima. (G. G. C.)

**13. Entrega de la edificación y obtención de licencia de primera ocupación.**—No puede considerarse entregada la edificación construida si la entrega física no se ve acompañada de la obtención, por el vendedor-promotor, de la licencia de primera ocupación, toda vez que para que la entrega sea de utilidad para la compradora se requiere haber obtenido dicha licencia. La obtención de licencia de primera ocupación no constituye un aspecto administrativo accesorio. Antes bien, en la actual realidad social se erige como un elemento determinante de que una edificación —sea local de negocio o vivienda— carezca de red de saneamiento o de abastecimiento de agua.

**La falta de obtención de licencia de primera ocupación constituye una causa del incumplimiento imputable al vendedor.**—No puede considerarse que el incumplimiento del vendedor-promotor de su obligación de obtener la licencia de primera ocupación no le sea imputable subjetivamente por la actuación del ayuntamiento, como tercero. La no imputación de responsabilidad al vendedor debe responder a causas imprevisibles e inevitables por ella en el momento de contratar. El plazo de entrega de las viviendas se fija por el vendedor-promotor que es un profesional de la construcción y que debe conocer las dificultades propias de la actividad, estando obligado a prever las circunstancias y a asegurarse de poder cumplir sus compromisos, fijando un plazo de entrega razonable y adecuado a tales eventualidades.

**El plazo de entrega es esencial aunque la adquisición de la vivienda no responda a fines habitacionales, sino especulativos.**—No puede rechazarse el carácter esencial del plazo de entrega con el argumento de que la compradora tiene la condición de sociedad inversora y su intención era revender. Aunque tuviese tal condición, en sus previsiones empresariales el plazo no se despoja del carácter esencial, pues lo tendría presente también a efectos de financiación y venta, no resultándole inocuo el retraso de un año en la entrega efectiva.

**Resolución, incumplimiento y retraso.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera su doctrina referida al retraso en la entrega en relación con el interés contractual del acreedor comprador. Según esta doctrina, el mero retraso en el pago o la entrega de la cosa no siempre produce la frustración del fin del contrato, porque el retraso no se puede equiparar en todos los supuestos al incumplimiento. Es por ello que, frente al principio de conservación del contrato, la resolución se contempla como remedio excepcional, quedando facultado el acreedor para resolver cuando la conducta en que se traduce el incumpli-

miento constituya un incumplimiento esencial del contrato (arts. 1124 CC y 49.1 CISG) (*vid.* STS 736/2015, de 30 de diciembre).

Con estos mimbres, la Sala 1.<sup>a</sup> advierte del profundo sinsentido que se produciría si —en el marco de un contrato que introduce una condición resolutoria expresa rigurosa y expeditiva a favor de la vendedora, por falta de pago de cualquiera de los plazos— no se apreciase la esencialidad del incumplimiento por frustración del fin práctico del contrato ante un retraso de un año en la entrega de la edificación en condiciones de ser útil para su destino. (STS de 7 de julio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—Las sociedades A y B celebraron, el 28 de febrero de 2008, un contrato de compraventa por el que A vendía a B un inmueble terciario, perteneciente a un edificio, así como cuatro plazas de aparcamiento.

Según el contrato, el plazo de entrega de la edificación era el tercer trimestre de 2009; y la entrega se produciría una vez finalizada la obra, hecho acreditado mediante el certificado final de obra que fue emitido por la dirección facultativa el 31 de agosto de 2009. Sin embargo, en la fecha pactada para la entrega de la edificación no se había obtenido por parte de la vendedora (A) licencia de primera ocupación, por faltar la red de abastecimiento del agua y saneamiento. El 30 de noviembre de 2009, la compradora remitió un burofax a la vendedora dando por resuelto el contrato ante el incumplimiento del mismo por la segunda, por no haberse entregado la edificación durante el tercer trimestre de 2009. No fue hasta el 26 de agosto de 2010 cuando se concedió la licencia de primera ocupación.

La vendedora interpuso demanda frente a la compradora alegando incumplimiento contractual de esta. Solicitaba A la condena a B a recibir los inmuebles, escriturándolos a su favor, y a pagar el resto del precio pendiente.

B se opuso a la demanda alegando que el incumplimiento del contrato corresponde a A por no haber hecho entrega de los inmuebles en la fecha estipulada. Afirmaba que la no obtención de licencia de primera ocupación constituía un incumplimiento esencial. Con fundamento en tal incumplimiento, A formuló además demanda reconvenzional, solicitando la resolución del contrato, con condena a B a restituir las cantidades recibidas.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Frente a esa resolución, B interpuso recurso de apelación estimado por la Audiencia provincial. A juicio del tribunal de apelación, la obra no estaba terminada en la fecha en que se emitió la certificación de obra (31 de agosto de 2009) y, por ende, la demandada no tenía la obligación de recibirla. Y es que, aunque técnicamente pudiera considerarse terminada la obra dentro del plazo establecido para su entrega, la misma carecía de utilidad para A, pues carecía de dos servicios básicos, a saber, el abastecimiento de agua y la red de saneamiento. Por ello, consideró la Audiencia la existencia de incumplimiento de la obligación de entrega. Asimismo, a juicio de la Audiencia, el plazo estipulado para la entrega era esencial y su incumplimiento no situaba a las



partes ante un mero retraso, al ser de casi un año. De este modo, se habría frustrado el fin del contrato para la Audiencia. (A. I. R. A.)

**14. Responsabilidad de la entidad financiera ante el incumplimiento de la promotora pese a no haberse extendido aval individual.**—La póliza colectiva suscrita al amparo de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, permite a los compradores reclamar a la entidad financiera las cantidades anticipadamente abonadas en caso de no iniciarse la construcción de la vivienda o no llegar a buen fin en los plazos convenidos. Aun sin extenderse aval individualizado, el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia sentada en la sentencia del Pleno de 23 de septiembre de 2015 (y reiterada en pronunciamientos de 22 de abril, 24 de octubre y 21 de diciembre de 2016), reconoce el derecho de los compradores a reclamar a la aseguradora o avalista la devolución de las cantidades entregadas a cuenta al promotor, sobre la base de una póliza de afianzamiento. De lo contrario, señala el Tribunal, la garantía concertada sería solo aparente y, dado que los compradores no tienen por qué saber que deben recibir un aval individualizado, se llegaría a la inadmisibles conclusión de que los derechos irrenunciables que tienen legalmente reconocidos quedarían a merced de la diligencia de la promotora.

**Pagos realizados en cuenta ordinaria.**—Las entidades financieras que, en el marco de una compraventa de vivienda regida por la Ley 57/1968, admitan el pago de los compradores en las cuentas ordinarias o especiales que el promotor tenga en la entidad, responden por el total de las cantidades ingresadas. La entidad bancaria no puede oponer como excepción al pago que los ingresos se efectuaron en una cuenta ordinaria en vez de en una especial.

**Intereses devengados.**—Los intereses que se devengan son de carácter remuneratorio y serían exigibles desde la fecha en que se ingresaron las cantidades. Sin embargo, no puede exigirse a la entidad avalista una cantidad superior a la que cabría exigir a la promotora, de modo que si los compradores se aquietaron ante una sentencia que condenó a la promotora a pagar intereses desde un momento posterior, dicho pronunciamiento también beneficia a la avalista, que solo responderá por la cantidad que después podría reclamar a la promotora. (STS de 4 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María Ángeles Parra Lucán.]

HECHOS.—Los demandantes, D. Toeófilo y Dña. Sabina, suscribieron un contrato de compraventa de vivienda con la promotora Bareo Investments S.L., acordándose en el mismo el pago por los compradores de diversas cantidades a cuenta de la promotora Bareo S.L. Por tratarse de una compraventa de vivienda no construida, las cantidades abonadas a la promotora con anterioridad a la entrega de la vivienda se garantizaron mediante la emisión de una línea de avales por la entidad financiera CajaSur. Los compradores efectúan los sucesivos pagos acordados sin que conste que todas las sumas fueran ingresadas en la cuenta especial y sin que la entidad financiera extendiese aval individualizado de cada uno de los pagos. Ante la falta de entrega de la vivienda en la fecha pactada, los compradores comunicaron a la promotora la resolución del contrato e interpusieron demanda por incumplimiento. Aunque se declaró judi-

cialmente la resolución del contrato de compraventa, la insolvencia de la promotora impidió a los compradores ejecutar la sentencia y recuperar las cantidades abonadas (73.530,40 €) con los correspondientes intereses. Es entonces cuando interponen demanda contra CajaSur, que se estima parcialmente en primera instancia, condenándose a la restitución de las cantidades cuyo ingreso en la cuenta de la entidad demandada se considera suficientemente acreditado (36.810,20 €), así como los intereses desde la fecha de interposición de la demanda. Recurrida esta sentencia en apelación por ambas partes, la Audiencia la revoca y absuelve a la entidad financiera porque aprecia falta de legitimación de los actores dado que entiende que no existía un afianzamiento a su favor. Contra esta sentencia se interpone por los demandantes recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo. Se condena a la entidad financiera al pago del total de las cantidades abonadas, así como de los intereses remuneratorios que serían exigibles a la promotora. (V. N. C.)

**15. Arrendamiento urbano para uso distinto del de vivienda: Desistimiento unilateral del arrendatario sin justificación ni aceptación por parte del arrendador, y con ausencia de cláusula que otorgue al arrendatario la facultad de resolver unilateralmente el contrato o con falta de cláusula penal que permita la resolución mediante una indemnización de daños y perjuicios.**—En los casos en que estas cláusulas no existan y el arrendatario manifiesta su voluntad de terminar el arrendamiento, pero el arrendador no lo acepte y pida el cumplimiento del contrato, procede la acción de cumplimiento del contrato con condena al pago de las rentas pendientes, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato (STS de 18 de marzo de 2016). Aparte, es necesario algo más que el silencio o la no recepción de las llaves, para considerar aceptada por el arrendador la resolución unilateral del arrendatario (SSTS de 27 de septiembre de 2013 y 18 de marzo de 2016). **(STS de 16 de mayo de 2017; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—La entidad arrendataria demandó al arrendador al considerar extinguido el contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda —suscrito el 1 de febrero de 2007— por el desistimiento que notificó al arrendador —después de que éste no aceptara renegociar los términos del contrato— basado en la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del contrato como consecuencia de la crisis económica. El demandado se opuso y formuló reconvenición, solicitando la vigencia del contrato de arrendamiento suscrito entre las partes y la obligación de su cumplimiento hasta el vencimiento pactado el 31 de mayo de 2014. La actora reconvenida se opuso alegando la aplicación de la *rebus sic stantibus*, por variación de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento inicial del contrato. Quedó acreditado que no se pactó la posibilidad de desistimiento unilateral ni de vencimiento anticipado ni se incluyó cláusula penal que permitiese la moderación. Además, el arrendatario desistió del contrato tras no convencer al arrendador para que le redujese la renta. El juzgado desestimó la demanda y estimó íntegramente la demanda reconvenicional. La Audiencia consideró que el contrato de facto se resolvió

por la entrega de llaves que hizo el arrendatario, poniéndolas a disposición del arrendador en una notaría, aunque éstas no fueran recogidas por el arrendador. El Tribunal Supremo da lugar al recurso de casación al confirmar la sentencia de primera instancia. (*I. D.-L.*)

**16. Arrendamiento de vivienda de protección oficial. Su régimen jurídico está determinado por la normativa administrativa que los regula. La obligación de prorrogar el contrato si se dan los requisitos legales excluye que se trate de un plazo indefinido o indeterminado.**—La DA 1.ª, 8 LAU de 1994 remite, respecto del plazo de duración del contrato y su prórroga, a la legislación aplicable a las viviendas de protección oficial de promoción pública; plazos que están contenidos en las estipulaciones 2.ª y 3.ª del contrato y en el artículo 3 del Decreto 100/1986. Por tanto, es la legislación administrativa la que fija el plazo de duración de estos contratos, y la que establece un sistema de prórroga forzosa bianual por el hecho de que el arrendatario mantenga las condiciones exigidas en el artículo 1 del Decreto, lo que excluye que estemos ante un plazo indefinido, indeterminado o inexistente contrario a la temporalidad que es esencial al contrato de arrendamiento. Por ello, concurriendo dichos requisitos, la invocación de la estipulación 6.ª, relativa a que cualquiera de las partes puede dar por terminado el contrato avisando con un mes de antelación, está supeditado, tal como la propia estipulación afirma, a que las leyes lo permitan, lo que supone que no es en cualquier momento y en cualquier circunstancia cuando el arrendador puede desalojar al arrendatario, sino cuando dejen de cumplirse los requisitos que le autorizan a permanecer en la vivienda o cuando lo autorice la ley. (**STS de 12 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— La entidad EMVSM, S. A., encargada de la gestión de los alquileres de viviendas públicas en Madrid, presentó demanda de desahucio por expiración del plazo contra el matrimonio arrendatario C. y A., alegando la finalización de la prórroga y el cumplimiento del término de preaviso establecido legalmente. Los inquilinos se opusieron alegando que, de acuerdo con las estipulaciones del contrato, éste tenía una duración de dos años (estipulación segunda), prorrogables por periodos iguales siempre que la parte arrendataria continuara reuniendo los requisitos exigidos en el artículo 1 del Decreto 100/1986, de 22 de octubre regulador del arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública en Madrid, esto es, que no tuviera ingresos superiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional anual y no fuesen titulares o poseedores de otra vivienda por cualquier título en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid (estipulación tercera). La arrendadora se basaba sobre todo en que, según el contrato, las partes podrían darlo por terminado, avisando con un mes de antelación, «cuando las leyes lo permitan» (estipulación sexta). De manera que una vez cumplido el término inicial, e incluso agotado algún periodo bianual de prórroga, el preaviso con la antelación indicada en el contrato era suficiente para extinguir la relación arrendaticia. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial acogió el recurso de apelación

planteado y estimó el desahucio instado. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la parte demandada. (*L. A. G. D.*)

**17. Retribución de procuradores. Aplicación en defecto de pacto de los aranceles legalmente establecidos por el Real Decreto 1373/2003, sin que resulte admisible que el tribunal valore si la retribución resulta excesiva. Retroactividad de la limitación de la cuantía de derechos fijada por la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 5/2010, y su distribución proporcional en instancias y recursos.**—En defecto de pacto entre el procurador y sus poderdantes se impone la aplicación de los aranceles, sin que el tribunal pueda valorar si la cuantía derivada de aquéllos resulta excesiva y determinar la que considere ajustada al trabajo realizado en base a un informe pericial. Ello obedece a que los antedichos aranceles, a diferencia de los honorarios de los letrados, han sido fijados por el legislador a través del Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los derechos de los procuradores de los tribunales. También apoya tal conclusión la restricción de un posible pacto de reducción o aumento de los derechos de arancel a doce puntos porcentuales (art. 2 RD 1373/2003). La limitación de la cuantía máxima de derechos a 300.000 € que contempla la disposición adicional única del Real Decreto-Ley 5/2010, de 31 de marzo, por el que se amplía la vigencia de determinadas medidas económicas de carácter temporal, no conlleva la existencia de un principio de proporcionalidad para eludir la aplicación de los aranceles reglamentariamente fijados (ATS de Pleno, de 15 de marzo de 2017, que cita a su vez a la STC de 6 de mayo de 2013). La aludida limitación posee efectos retroactivos porque, de acuerdo con la literalidad de la mentada disposición adicional única, resulta aplicable a todas las actuaciones o procedimientos en tramitación a su entrada en vigor, incluidas las cantidades devengadas por actuaciones anteriores que no se hayan liquidado en firme. El renombrado límite máximo se distribuye proporcionalmente entre las actuaciones realizadas en primera instancia, apelación y recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, conforme al artículo 49.1 RD 1373/2003 que contempla que los derechos devengados por la primera instancia se incrementarán en un 20% para calcular los debidos por la apelación así como los derivados de los referidos recursos. A su vez, en caso de pluralidad de clientes, dichas cantidades se satisfarán en proporción al interés que corresponda a cada uno de ellos en el proceso. (**STS de 24 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Un procurador de los Tribunales, en nombre propio, interpone demanda frente a varios clientes en reclamación de la cantidad de 352.788,20 € en concepto derechos devengados por su representación en un anterior procedimiento terminado en primera instancia, y que resultaba de la aplicación del arancel regulado en el RD 1373/2003. Los clientes se opusieron a la demanda con fundamento en que los derechos del procurador fueron fijados de mutuo acuerdo en la cantidad de 18.000 €, que además habían abonado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda al acoger esta alegación. El recurso de apelación interpuesto por el procurador fue desestimado al apreciar la Audiencia Provincial que el arancel sólo se aplica en caso de condena en costas, pero no en

las relaciones entre profesional y cliente, en las que a falta de pacto sobre la retribución habrá de acudir al precio de mercado de acuerdo con una valoración pericial, lo que no resultó cumplido con el informe del colegio de procuradores que se remite al arancel. La Audiencia Provincial se fundamenta en que tal entendimiento del arancel deriva de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (que incorporó la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior) y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior. El procurador interpuso recurso de casación. La Sala considera injustificada la inaplicación del RD 1373/2003, por lo que asume la instancia, aunque con estimación parcial de la demanda porque aplica retroactivamente el límite máximo de 300.000 € introducido por el RD Ley 5/2010. Además, se proyecta proporcionalmente a la primera instancia a la que se limitó la actuación del procurador por lo que, de acuerdo con el artículo 49.1 RD 1373/2003, condena al pago de la cantidad de 70.200 € al reducirse la suma extrajudicialmente percibida de 18.000 €.

NOTA.—La sentencia de la Audiencia Provincial acude a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La primera ley, conocida como «Ley Omnibus», a través de su artículo 5 modificó el artículo 14 Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, que les prohibió establecer baremos orientadores salvo a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de abogados, de acuerdo con su disposición adicional cuarta de nueva creación. Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 8 de diciembre de 2016 (asuntos acumulados C-532/15 y C-538/15) posterior a la sentencia recurrida, ha declarado al RD 1373/2003 acorde con el Derecho de la Unión relativo a la libre prestación de servicios, pues contiene un arancel elaborado por el Estado y no por los colegios profesionales. Además, el TJUE califica como imperativas sus disposiciones sin que los jueces puedan apartarse de dicho arancel en casos excepcionales, verificar la proporcionalidad de la retribución con el servicio prestado, ni pactarse unas cantidades diferentes a las que resulta del arancel legal, con la salvedad del 12% de aumento o reducción previsto en su artículo 2. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2013, en la que se apoya la Audiencia Provincial, sentó que la retribución de los servicios del procurador instante del concurso de acreedores, cuando no mediara condena en costas al concursado, puede fijarse sin sujeción al arancel, y valorar el tribunal los servicios prestados y establecer la retribución. (F. S. N.)

**18. Responsabilidad del Procurador: artículos 26 y 27 LEC: la prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo no entra en sus obligaciones.**—Obligación de los Procuradores es representar a la parte en todo tipo de procesos, salvo que se disponga otra cosa o se autorice por

la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una obligación vinculada al seguimiento del juicio, transmisión de documentación, antecedentes o instrucciones que le remita el Abogado, tener al corriente a su poderante y abogado del curso del asunto que se le hubiere confiado y hacer cuanto conduzca a la defensa de los intereses del cliente, bajo la responsabilidad que las leyes impongan al mandatario, conforme dispone el artículo 26 LEC.

Ahora bien, la afirmación de que entra dentro de las competencias del Procurador el cumplimiento de obligaciones como la que aquí se suscita de solicitud de prórroga para evitar la caducidad preventiva del embargo, no se ajusta a esta normativa, por lo que la inactividad del procurador contra el que se dirige la demanda no genera incumplimiento contractual como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional.

Al margen del auxilio que el Procurador pueda prestar en este aspecto al Abogado, no es un acto de impulso procesal, como ha dicho esta Sala, ni es un efecto de las funciones que tiene encomendadas de representación o de seguimiento del asunto. Se trata de una iniciativa propia del Abogado en la defensa y dirección del proceso en cuanto supone una actuación de contenido jurídico-económico, y que es ajena a la capacidad de decisión del Procurador, que no es otra que la de notificar, como argumenta la sentencia recurrida, «la existencia de un plazo procesal y el momento en que éste comienza conforme a la notificación recibida o el acto por él realizado, pero no le corresponde un deber legal de velar porque ese plazo sea respetado adecuadamente por el Abogado y, por ello, no tiene una función específica de avisar de la proximidad de su vencimiento. Es el Abogado quien ha de conocer los plazos perentorios, como el que nos ocupa, y en función de ellos debe adoptar las decisiones técnicas correspondientes en consonancia con las instrucciones del cliente sin que sea el Procurador quien vele por el correcto cumplimiento de lo que es deber del Abogado. Entendido de otro modo supone atribuir una función al Procurador que le convertiría en un auténtico controlador de los tiempos procesales que, evidentemente, trasciende a la misión que le atribuye la Ley. (STS de 29 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

NOTA.—Esta importante resolución del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> sienta doctrina jurisprudencial en una cuestión dudosa sobre las obligaciones del Procurador en el proceso en relación con la actuación del Abogado que interviene en un mismo asunto. El capítulo V, Título I, Libro I, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regula ahora con notable amplitud la representación procesal, previendo incluso en el artículo 27 el derecho supletorio (régimen del mandato civil), sin que haya norma que contemple expresamente el supuesto litigioso. De aquí la importancia de la doctrina establecida. (G. G. C.)

**19. Ámbito de aplicación de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.**—La ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico (en adelante, «LDAT») resulta de aplicación no solo a los derechos de aprovechamiento por turno *stricto sensu*, sino también a los similares, es decir, a cualquier otro derecho real o personal establecido por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un periodo determinado o

determinable. Por este motivo, caen dentro del objeto de la LDAT aquellos derechos formalmente comercializados como «productos vacacionales» que, bajo la apariencia de apartarse de la figura del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, no cumplen su regulación normativa recogida en la LDAT. En tal caso, se materializa además el supuesto del artículo 1.7 LDAT que sanciona con la consecuencia jurídica de la nulidad al contrato en cuestión (*vid.* STS de Pleno núm. 16/2017, de 16 de enero).

**Condición de consumidor a los efectos de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles.**—El concepto de consumidor a los efectos de la LDAT debe interpretarse a la luz de otras Directivas cuyas leyes de trasposición se refunden en el TRLGDCU (Directivas 85/577, sobre ventas fuera del establecimiento; 93/13, sobre cláusulas abusivas; 97/7, sobre contratos a distancia; y 99/44, sobre garantías en las ventas de consumo), así como en otras Directivas cuya trasposición ha quedado al margen del precitado cuerpo legal sobre consumidores. Con estos mimbres, la Sala 1.<sup>a</sup> considera que consumidor es toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

El *ánimo de lucro* no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física adquirente del derecho de aprovechamiento, que solo operaría como elemento excluyente de tratarse de una persona jurídica (art. 3 TRLGDCU). Por tanto, la mera posibilidad de que el adquirente persona física pudiera lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no excluye su condición de consumidor (*vid.* STS de Pleno núm. 16/2017, de 16 de enero).

**Restitución de cantidades derivada de la nulidad de pleno derecho.**—La restitución de las rentas o contraprestaciones satisfechas derivada de la nulidad de pleno derecho del contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la LDAT (art. 1.7 LDAT) no puede desenvolverse al margen del espíritu y finalidad de la propia ley (art. 3.1 CC). Se trata de dejar indemne al contratante de buena fe que resulta sorprendido por el contenido de un contrato —normalmente de adhesión— que no cumple con las prescripciones legales (STS núm. 38/2017, de 20 de enero).

De esta forma, no se produce restitución de cantidades por los períodos en que el cliente adquirente hubiese tenido efectivamente a su disposición los aprovechamientos, que solo tendrá lugar por la parte proporcionalmente correspondiente a los períodos no disfrutados; ello partiendo de la atribución de una relación contractual de 50 años, que es la máxima permitida por la ley. (STS de 9 de junio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.—D. Virgilio y Dña. Berta suscribieron el 7 de julio de 2007 y el 28 de junio de 2008, con la entidad W la adquisición de unos certificados de fiducia que concedían el derecho a la utilización de unos apartamentos que disfrutarían por períodos vacacionales en los complejos descritos previo pago del precio convenido. Junto con los contratos, firmaron una declaración de conformidad complementaria a los mismos y unos contratos de reventa independientes del contrato de adquisición y afiliación en relación con alguna de las semanas adquiridas.

El 14 de septiembre de 2012 D. Virgilio y Dña. Berta formularon demanda solicitando que se declarase la nulidad –y subsidiariamente la resolución– de los contratos suscritos con la obligación de la demandada de devolver las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dichos contratos, más el importe de los gastos de servicio y mantenimiento.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad de los contratos, sin extenderse la declaración a los anexos de los contratos, y condenó a W a devolver la cantidad solicitada. Según el juzgado, de los contratos se desprendería que los actores adquirirían un derecho personal a que se les prestasen determinados servicios en inmuebles de ciertas categorías, en los complejos, apartamentos, períodos vacacionales y membresías y club indicados. Siendo la ley aplicable la LDAT, entendió el juzgado que en la formalización de los contratos perfeccionados se produjeron notorios incumplimientos relativos al deber de contenido mínimo del contrato (art. 9 LDAT).

Ante ello, W interpuso recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia, desestimando así la demanda. A juicio de la Audiencia, los adquirentes no tenían la consideración de consumidores al contratar, pues los adquirirían para su reintroducción en el mercado a través de reventa o alquiler, quedando fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la LDAT.

Frente a la sentencia de apelación, D. Virgilio y Dña. Berta interpusieron recurso de casación.

NOTA.–El Tribunal Supremo limita la obligación restitutoria derivada de la nulidad absoluta de los contratos *ex* artículo 1.7 LDAT, al tener en cuenta el efectivo aprovechamiento de los derechos contratados por parte de los demandantes. No es la primera vez que la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha limitado los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad. En otras ocasiones, la Sala 1.<sup>a</sup> ha condicionado la restitución de cantidades a la constatación de que efectivamente se hubiera producido enriquecimiento injustificado.

Así, la STS núm. 118/2012, de 13 de marzo (Pte. Ferrandiz Gabriel) declaró abusiva la condición general relativa al arrendamiento del terminal de una plataforma de televisión digital, pero limitó la restitución de prestaciones habida cuenta del continuado uso de los aparatos descodificadores de que disfrutaron los abonados en aplicación de los artículos 1307 y 1308 CC. Del mismo modo, tampoco han sido infrecuentes las resoluciones del Tribunal Supremo donde –en supuestos de contratos de abanderamiento declarados nulos– la Sala ha admitido la existencia de límites racionales a la restitución recíproca de prestaciones, por resultar imposible el retorno de los efectos de un contrato nulo que ha venido ejecutándose durante años (STS núm. 109/2009, de 26 de febrero, Ponente Marín Castán). (A. I. R. A.)

**20. Ámbito de aplicación de la ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.**–Un contrato que prevea el uso período de unas semanas de vacaciones, en los turnos previamente adquiridos, en alojamientos suscepti-



bles de uso independiente, con mobiliario y prestación de servicios accesorios, con pago de una notable cantidad por la compra del derecho y con gastos de mantenimiento anuales, con posibilidad de desistimiento, reventa e intercambio queda comprendido dentro del ámbito objetivo de regulación del artículo 1 LDAT.

**El ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor persona física.**—La mera posibilidad de que el adquirente del derecho persona física pueda lucrarse con el traspaso o reventa de sus derechos no le convierte en empresario a efectos legales o, por mejor decir, no le arrebató la condición de consumidor. El ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, pues si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite está en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (buscando el lucro de la reventa, por ejemplo). La razón está en que, de realizar asiduamente varias de esas operaciones en un corto período de tiempo, se podría considerar que, con tales actos, se realiza una actividad empresarial o profesional, habida cuenta de que la «habitualidad» es una característica legal del empresario (art. 1.1 CCO).

**Restitución de cantidades derivadas de la nulidad del contrato por virtud del cual se constituya o transmita cualquier otro derecho, real o personal, por tiempo superior a tres años y relativo a la utilización de uno o más inmuebles durante un período determinado o determinable al año, al margen de la ley 42/1998.**—Habiendo disfrutado los adquirentes de los alojamientos ofrecidos por el contrato declarado nulo por contravenir lo dispuesto en la LDAT, el reintegro de cantidades no ha de ser total sino proporcional al tiempo restante de vigencia, teniendo en cuenta la duración legal máxima de cincuenta años. (STS de 12 de julio de 2017; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—A suscribió con la entidad S dos contratos, el 5 de enero de 2009 y el 6 de febrero de 2011 respectivamente, por los que adquiriría un «certificado de fiducia» que le confería el derecho a utilizar unos apartamentos por periodos vacacionales en los complejos descritos contractualmente previo pago de un precio. Junto con los contratos, A firmó una declaración de conformidad complementaria a los mismos. Igualmente, suscribió unos contratos de reventa independientes del primer contrato de adquisición y de la afiliación en relación con alguna de las semanas que había adquirido.

El 5 de octubre de 2012, A interpuso demanda solicitando que se declarara la nulidad radical (o la subsidiaria resolución) del contrato suscrito, junto con los anexos, y se obligase a S a restituir las cantidades satisfechas en concepto de pagos derivados de dicho contrato, más las cuotas de mantenimiento. También instaba que se declarase la improcedencia del cobro anticipado de las cantidades satisfechas y la condena a devolverlas por duplicado. Subsidiariamente interesaba la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula recogida en los envíos de información y la restitución oportuna de cantidades.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por considerar que la intención de A fue con la adquisición de los productos vacacionales era la obtención de un beneficio económico con su posterior cesión; lo que excluiría la aplicación de la LDAT.

Recurrida en apelación la sentencia, la Audiencia desestimó el recurso en lo sustancial por los mismos motivos que el juzgado. Contra la sentencia de apelación A interpuso recurso de casación.

NOTA.—A este respecto, la Sala 1.<sup>a</sup> aplica la doctrina emanada de la STS núm. 16/2017, de 16 de enero (*vid.* también STS 373/2017, de 9 de junio extractada en este mismo número que resulta idéntica en lo sustancial a la ahora reseñada). (A. I. R. A.)

**21. Responsabilidad por accidente de circulación: doctrina jurisprudencial en caso de colisión recíproca: responsabilidad por riesgo: presunción de causalidad.**—Constituye un precedente la sentencia de Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> de 10 de septiembre de 2012, que, en lo que aquí interesa dice lo siguiente:

1.º) En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, que el artículo 1.1. I y II LRCSVM 1995 establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación (art. 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (art. 1.1 IV LRCSVM). El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente el régimen de responsabilidad por riesgo derivada de la conducción de un vehículo de motor («daños causados a las personas o en los bienes»: art. 1.1 LRCSVM). Respecto de los daños materiales, sin embargo, la exigencia, que también establece la LRCSVM de que se cumplan los artículos del artículo 1902 CC (art. 1.1 III LRCSVM) comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio clásico en la jurisprudencia anterior a dicha ley, sobre daños en accidentes de circulación, de inversión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción.

De esta forma, como declara la citada sentencia, en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo —título de atribución de su responsabilidad—, y como tal, no pudien-

do cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo.

2.º) La particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la citada norma y la vigente en la actualidad.

Por tanto, en el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo lugar en la circulación y, por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal para la producción del resultado –excluyendo así la del otro conductor– o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente –excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor– (cuando se discuta que solo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el «onus probandi», características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega actuó con plena diligencia.

3.º) El principio de responsabilidad objetiva, que no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y las consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquéllas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

4.º) La solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

De conformidad con esta doctrina, no resulta acertado el pronunciamiento de la sentencia recurrida y sí el del juzgado, que se mantiene. (**STS de 18 de mayo de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—D. Rogelio reclama una indemnización por las lesiones sufridas con motivo del accidente de circulación ocurrido sobre las 20,30 horas del 29 de diciembre de 2009, al colisionar frontalmente en una curva con el demandado, que circulaba en sentido contrario. Tanto el conductor del otro vehículo como su compañía aseguradora se oponen. La sentencia de 18 de octubre de 2012 del Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Gramanet estima íntegramente la demanda. Interpuesta apelación la sentencia de 16 de septiembre de 2016 de la sección 14 de la Audiencia Provincial. de Barcelona estimó los recursos porque, valorada la prueba, considera que no puede determinarse el punto de colisión, falta de prueba que perjudica a los demandados conforme al artículo 1 de la LRCSVM, en razón al riesgo creado por la circulación de vehículos, desestimando la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso con base en la doctrina extractada.

Sin duda estamos en presencia de una sentencia con finalidad básicamente pedagógica de la Sala 1.<sup>a</sup> que explica con gran detalle la doctrina contenida en la sentencia del Pleno de 10 de septiembre de 2012, que ha formulado la doctrina jurisprudencial al respecto, que merece plena aceptación. Al margen de ello, sigue siendo excesivo el plazo empleado en resolver definitivamente una simple colisión de vehículos (en el caso, casi ocho años desde el accidente). (*G. G. C.*)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**22. Acuerdos de comunidad de propietarios autorizando el ejercicio de acciones.**—Cuando se faculta al presidente para reclamar los vicios en elementos privativos, ejerciendo las acciones que procedan según la ley, tan amplio mandato le permite ejercitar las acciones relativas al incumplimiento contractual, pues no es exigible a una comunidad que refleje en un acta el tipo de acción procesal ejercitable. Las comunidades de propietarios, con la representación conferida legalmente a los respectivos presidentes, *ex* artículo 13.3 LPH, gozan de legitimación para demandar la reparación de los daños causados tanto a los elementos comunes como a los privativos del inmueble. Limitar las competencias del presidente, cuando los comuneros le han conferido su representación, introduce una innecesaria distorsión que perjudica los intereses de la comunidad y de cada uno de sus comuneros, siendo de indudable interés para la comunidad que se litigue bajo una misma representación. Esta regla tiene dos excepciones: 1) los supuestos expresamente excluidos en la Ley; 2) que exista una oposición expresa y formal. (**STS de 16 de junio de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpuso demanda ejercitando acción de responsabilidad por incumplimiento contractual frente a la vendedora-promotora IX. La demanda se basó en la existencia de vicios y defectos constructivos determinantes de ruina

en las viviendas y en elementos comunes del edificio, y en los incumplimientos de los contratos de compraventa, interesando la ejecución de las obras necesarias para la eliminación y subsanación de los defectos de construcción existentes y, para el caso de que no se ejecutasen tales obras, se abonara el equivalente al coste de las obras de reparación. La promotora se opuso a la demanda alegando la falta de legitimación activa de la actora para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual, dado que la comunidad de propietarios no participó en los contratos que en su día suscribió la promotora con los adquirentes. En cuanto al fondo, se negaba la existencia de incumplimiento contractual alguno que justifique la estimación de la demanda, indicando la inexistencia de vicios ruinosos y alegando que los posibles deterioros, de existir, son consecuencia de la falta de diligencia de la comunidad actora en su conservación y mantenimiento.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a la promotora a realizar las obras necesarias para la subsanación de los defectos constructivos. Entendió que, en lo que respecta a la legitimación de la comunidad demandante, el presidente está legitimado para ejercitar las acciones tendentes a la reparación e indemnización de los elementos comunes y privativos de un edificio o inmueble, cuando afecta a una pluralidad de propietarios y con el fin de evitar que todos tengan que demandar individualmente.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la promotora-vendedora, que fue estimado por la Audiencia Provincial. La resolución acogió la falta de legitimación activa de la comunidad de propietarios para ejercer la acción de responsabilidad contractual. Señaló que la legitimación activa le corresponde a cada uno de los propietarios individuales de las viviendas, plazas de garaje y trasteros, que son los que han otorgado el contrato de compraventa con la entidad vendedora y que es el que habilita para el ejercicio de dicha acción. Añade que en las distintas juntas de propietarios se ha autorizado al presidente para reclamar por los vicios constructivos en elementos comunes y privativos, pero no para que ejercitara acciones derivadas de sus respectivos contratos de compraventa.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación, insistiendo en que el presidente está autorizado para el ejercicio de la acción de responsabilidad contractual por deficiencias existentes, tanto respecto de los elementos comunes como privativos. El Tribunal Supremo estima el recurso, afirmando la legitimación activa del presidente y reproduciendo la motivación del Juez de Primera Instancia.

NOTA.—En relación a la legitimación amplia del presidente de una comunidad de propietarios, el Alto Tribunal se ha pronunciado en multitud de sentencias: 15 de enero y 9 de marzo de 1988, 2 de diciembre de 1989, 26 de noviembre de 1990, 20 de abril y 24 de septiembre de 1991, 3 de marzo y 19 de mayo de 1995, 16 de octubre, 20 de diciembre y 31 de diciembre de 1996, 8 de julio de 2003, 18 de julio de 2007, 30 de abril de 2008, 16 de marzo de 2011 y 23 de abril de 2013. (S. L. M.)

**23. Hipoteca. Procedimiento ejecutivo extrajudicial. Constitucionalidad del artículo 129 LH hasta que no recaiga pronunciamiento en contrario del Tribunal Constitucional.**—Es cierto que las sentencias de esta Sala han mantenido el procedimiento extrajudicial como derogado por la Constitución de 1978. Así lo han sostenido por estimar que el artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales y, además, por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Se reafirma en ello la Sentencia de 10 de octubre de 2017, a lo que se añade que cabe que sobre la inconstitucionalidad se pronuncie el Tribunal Supremo por tratarse de una norma preconstitucional. La sentencia de 25 de mayo de 2009, que resume la doctrina declarada en la materia, insiste en la inconstitucionalidad, pero matiza que esa doctrina ha recaído «en supuestos como el presente, referidos a actuaciones anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000».

La publicación de la LEC 2000 vino a terciar en la polémica, pues pretendió superar las objeciones que se hacían al procedimiento extrajudicial y, lo que es más relevante para la decisión del motivo del recurso, se trata ya de norma postconstitucional. El mantenimiento del procedimiento de venta extrajudicial y la regulación tendente a lograr ese equilibrio de intereses (los del acreedor, los del propietario y los eventuales de terceros), se infiere de la legislación recaída posteriormente sobre la materia: Real Decreto-ley 6/2012; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio y Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria que da una nueva regulación a la venta extrajudicial de bienes hipotecados sin desplazamiento de posesión, y así lo reconoce como opinión de autoridad la resolución de la DGRN de 25 de febrero de 2014.

Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que nuestras audiencias provinciales, cuando se han planteado la cuestión sobre la que decide la sentencia recurrida, ofrecen la misma respuesta: se trata de la norma actualmente vigente y no puede ser ignorada por una doctrina anterior del Tribunal Supremo referente a supuestos recogidos por normas anteriores a la promulgación de la Constitución. La nueva disposición legal sólo podrá ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

**Venta extrajudicial en tercera subasta. Interpretación correctora del Reglamento Hipotecario. El legislador quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituye vivienda familiar –menor protección– y vivienda familiar –mayor protección.**—Si se trata de llevar a cabo una interpretación correctora del Reglamento Hipotecario respecto de las ventas extrajudiciales pactadas en préstamos con garantía hipotecaria, no se ha de estar tanto a normas concretas y a su aplicación temporal, cuanto al sistema pretendido por el legislador en sus líneas informadoras, contemplado en su integridad. Si así se obra se aprecia que el legislador, por lo ya razonado, quiere proteger a todo deudor hipotecario, pero distinguiendo entre inmuebles que no constituye vivienda familiar –menor protección– y vivienda familiar –mayor protección—. Al respecto, sin entrar en el análisis de las normas, así se desprende del artículo 12 del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que sí reguló la venta extrajudicial de vivienda habitual, con la introducción de determinadas especialidades, así como de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y la Ley 42/2015, de 5 de octubre. La interpretación correctora que declara la Sala la comparte, en esencia, una opinión mayoritaria de autores de la doctrina, con fundamento en los textos incluidos por el legislador en sus reformas legislativas, a los que ya hemos hecho mención. Se trata de

mejorar la situación de los deudores hipotecarios en general, sin distinguir entre procedimientos, pues –Exposición de Motivos del RDL 8/2011– «en caso de ejecución hipotecaria... los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble... y ello con el fin de evitar el despojo».

Las normas, según el artículo 3 CC, se interpretarán en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Esa realidad es la que se ha plasmado y la que sirve de fundamento al legislador para las reformas llevadas a cabo sobre la materia, como ya se ha expuesto. Teniendo en cuenta esa realidad podría darse el caso, prohibido por el artículo 1859 CC, de que el acreedor se apropiase de las cosas dadas en hipoteca si se las adjudicase por un precio irrisorio. Llegados a este estadio de la motivación, lo que no cabe es mantener, teniendo en cuenta que no existe norma de aplicación directa a la venta extrajudicial, que por vía de interpretación correctora se consagre un nivel de protección igual a bienes que no constituyen vivienda habitual que a los que si la constituyen. Ello es obvio no sólo porque se infiera de las previsiones legales sobre la materia, sino también por la especial sensibilidad que existe, por mor de la crisis económica, respecto a familias en trance de mínimo vital que ven peligrar el bien patrimonialmente máspreciado para ellas como es la vivienda. Consecuencia de lo anterior es que la recurrente, promotora de viviendas, trasteros y plazas de garaje, no puede pretender el mismo grado de protección que los titulares de viviendas habituales. Siendo ello así el recurso no puede estimarse, pues la adjudicación por el acreedor de los bienes hipotecados de la deudora, en tercera subasta, ha excedido con creces del 50 por 100 del valor de tasación. (STS de 23 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

HECHOS.–La entidad demandante, una sociedad mercantil, solicita la nulidad del procedimiento de venta extrajudicial por la que la demandada, una entidad de crédito, se adjudicó la titularidad de los bienes hipotecados. Fundamenta la reclamación en la inconstitucionalidad del artículo 129. 2 LH. Asimismo, y con carácter subsidiario postuló que se le indemnizara el perjuicio económico causado, que ascendía a la diferencia entre el importe en que fue vendida la finca extrajudicialmente y la cantidad mínima en que, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (60% del valor de tasación del inmueble) debía haberse realizado la venta. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró la improcedencia parcial de la liquidación de la deuda formalizada por la entidad ejecutante, absolviendo del resto de las pretensiones de la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (C. O. M.)

## DERECHO DE FAMILIA

**24. Divorcio: régimen de visitas cuando los padres residen en lugares alejados: interés del menor.**–D. Alexander y Dña. Benita, que tienen una hija en común nacida en 2009, contraen matrimonio el 15 de mayo de 2010. El padre interpone demanda de divorcio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mieres, aunque por razones laborales se ha trasladado a Miami, donde vive su familia. La madre y su hija viven en Mieres con la

abuela materna. La sentencia de 18 de abril de 2016 atribuye la guarda y custodia de la niña a Dña. Benita y acoge en su integridad el régimen de visitas propuesto por la madre en su contestación a la demanda. D. Alexander recurre en apelación el régimen de visitas, estancia y comunicación con la hija común, así como la cuantía de la pensión de alimentos y porcentaje atribuido de los gastos extraordinarios. La sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, el 26 de septiembre de 2016, acoge parcialmente el recurso paterno, reduciendo la cuantía de la pensión alimenticia, amplía el régimen de estancia del padre con su hija durante el verano, pudiendo, a su elección, realizarse, bien en España, bien en EEUU, utilizándose en este caso el servicio de asistencia a menores de las Compañías Aéreas. También las vacaciones de Navidad cuando el padre se traslade a España. La madre interpone recurso de casación por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente de las SSTs de 14 de mayo de 2014 y 27 de septiembre de 2016, dictada en interés casacional sobre el principio del interés preferente del menor, artículo 39 CE y artículos 92, 93 y 94 CC. D. Alexander se opone a la admisión del recurso, que se rechaza pese a la defectuosa formulación del recurso materno (que obliga dejar fuera el tema de la cuantía de los alimentos).

La doctrina jurisprudencial que aquí interesa extractar se recoge en dos amplios apartados, uno relativo al vigente régimen legal de este específico régimen de visitas –cuya frecuencia crece en la realidad social (progenitores residentes en países alejados)–, y otro relativo a las decisiones de la Sala 1.<sup>a</sup> que constituyen la doctrina legal.

El artículo 94 CC encomienda al Juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (STC Sala 1.<sup>a</sup>, de 22 de diciembre de 2008, con cita de otras anteriores). Así lo exige el artículo 39 CE y resulta también del artículo 92.4 y 8, del artículo 94, que deben ser interpretados a la luz del artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 enero, de protección del menor, reformado por la LO 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

No existe una previsión legal de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta Sala, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor (sentencias de 26 mayo y 19 de noviembre de 2014, y 27 de septiembre de 2016).

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el artículo 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen de las circunstancias que concurren: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor –solo o acom-



pañado— o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De allí que, como declaran las sentencias citadas de esta Sala, debe decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redundaría en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.

Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 CE, art. 2.º Ley de 15 de enero de 1996, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas. No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos. En cada caso, en atención a los datos de hecho, lo que procede es valorar el interés del menor y así se hace en la doctrina de esta Sala en los supuestos que se ha pronunciado sobre el derecho de visitas cuando los padres residen en lugares alejados.

En relación con la doctrina jurisprudencial cabe mencionar:

i) La Sentencia 289/2014, de 26 de mayo, a partir de los principios generales de interés del menor y contribución equitativa a los gastos, elabora la doctrina sobre el reparto de los gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visita, entendiendo en el caso concreto (viaje de 32 km. en autobús de un niño de cuatro años, con padres de escasos ingresos) que debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas; se confirma la del juzgado que atribuyó a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro.

ii) La STS 536/2015, de 20 de octubre, casa la de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado de Primera Instancia que, valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme el interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil (la madre retorna a su país, en donde tiene a toda su familia directa, mientras que el padre carece de entorno familiar, que sería insuficiente si encontrara trabajo) y se fija que los gastos del traslado del niño para visitar al padre sean compartidos («protegiendo las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos»).

iii) La STS 685/2014, de 19 de diciembre, confirma la sentencia que, valorando el interés del menor y atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambio de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que inicialmente desaconsejaban el traslado en transporte público —la madre carecía de medio propio de transporte—, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin), acuerda que en la semana y vacaciones que le correspondan al padre recogía él al niño en Bilbao

(donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao.

iv) La STS 784/2014, de 11 de diciembre, al entender que pondera el interés del menor con arreglo al principio de proporcionalidad, confirma la sentencia que, tras valorar el interés del menor y referir expresamente que es beneficioso para ella, autoriza el cambio de residencia de la madre custodia que se traslada al lugar de trabajo de su actual marido (de Baracaldo a Castelfells) y le atribuye a ella los gastos de los desplazamientos de la menor para ver al padre.

v) La STS 529/2015, de 23 de septiembre, casa la sentencia que atribuía a la madre custodia todos los gastos de traslado del menor para visitar a su padre, en el caso, tras apreciar error notorio en la valoración del prueba (sobre si el traslado de la madre, militar de profesión, de Tenerife a Melilla, fue voluntario o forzoso) e incongruencia (el padre no solicitó la custodia ni la totalidad de las vacaciones de Semana Santa), la Sala asume la instancia y declara que, con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto en las vacaciones de verano; tiene en cuenta para ello la ausencia de traslado caprichoso de la madre y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre para visitar a su hijo, lo que redundaría en su perjuicio, en cuanto obstaculiza la relación padre e hijo.

vi) La STS 664/2015, de 19 de noviembre, casa la sentencia recurrida que, sin ponderar e interés del menor y el reparto equitativo de cargas, opta por atribuir al padre la recogida y retorno de la menor. Asumiendo la instancia, la Sala declara que corresponde a cada progenitor hacer frente a los gastos de transporte del desplazamiento para recoger y llevar al niño a su respectivo domicilio (Sevilla, adonde se ha trasladado la madre custodia y Valencia, donde reside el padre). Atiende para ello a los ingresos y posibilidad de acceso al trabajo de ambos.

vii) La STS 565/2016, de 27 de septiembre, confirma la sentencia que, a la vista de las circunstancias del caso (la residencia de la madre y del menor, de cuatro años, siempre ha sido Madrid, el padre se trasladaba allí desde Granada antes de la ruptura afectiva de la pareja y tiene una capacidad económica superior, la pensión que se fija es moderada en atención a sus ingresos y gastos, incluidos los desplazamientos para el derecho de visita), valora que el interés del menor es que éste permanezca con la madre y sea el padre el que se desplace para ejercitar el derecho de visita.

viii) El Auto de 3 de junio de 2015 no admite el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia que autoriza, en interés del menor, el traslado al extranjero del padre custodio (a Argentina, donde tiene su familia directa, una oferta de trabajo y un piso de residencia, frente a la situación de la madre, que tiene otra hija de otra relación que se encuentra en una familia de acogida y cuya familia está en otra localidad), pero al mismo tiempo establece un amplio régimen a favor de la madre, y asigna al padre el pago de los gastos de desplazamiento del hijo para visitar a su madre, dadas las dificultades económicas de ella.

**Doctrina jurisprudencial.**—Visto lo anterior se observa que son diferentes las soluciones finales, porque están en función de las circunstancias que concurren en cada caso, de modo que estas resoluciones de la Sala deciden valorando si la sentencia recurrida ha motivado su decisión en atención al principio del interés del menor y del reparto equitativo de las cargas.

En el supuesto que da lugar al litigio de que trae causa el presente recurso de casación, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia dividió las vacaciones de verano en dos periodos iguales y fijó que, «para llevar a cabo las visitas con su padre, el padre recogerá y reintegrará a la menor en el hogar materno. La hija no podrá viajar sola ni con personas ajenas a su entorno habitual. Todos los gastos que supongan los viajes de Miami a Asturias y a la inversa serán sufragadas solo por el padre». La sentencia de la Audiencia Provincial modificó este aspecto y entendió justificada la ampliación del periodo de estancia de la hija con el padre en verano (un mes y tres semanas) y «también la posibilidad de acudir al servicio de guardería o acompañante de menores, ofertado por las compañías aéreas durante su traslado de Madrid a Miami, así como que la madre contribuya a facilitar ese periodo de estancia de la menor en el domicilio de su padre, acompañando a la niña desde su actual domicilio en Mieres a Madrid, durante las entregas y recogidas de este periodo vacacional de verano».

La madre considera que la sentencia recurrida es contraria al interés de la menor, al permitir que la niña nacida en 2009, realice el viaje en avión desde Madrid a Miami sin la compañía de una persona de su entorno habitual, habida cuenta de su edad y de las características del viaje, sin que le resulte suficiente el acompañamiento del servicio de las compañías aéreas. Considera además que la sentencia vulnera el principio del reparto equitativo de cargas al atribuir a la madre el desplazamiento de la menor desde Mieres a Madrid para coger el avión.

Entiende la Sala que, por el contrario, la sentencia recurrida valora que la solución adoptada es conforme al interés de la menor y lo hace teniendo en cuenta también el principio de proporcionalidad y las posibilidades de contribución de ambos progenitores al traslado de la niña. En primer lugar la Audiencia Provincial explica ampliamente el sentido de las visitas como un derecho-deber, una función concebida en beneficio del menor, en la medida en que contribuye a un desarrollo del menor más íntegro que permite el mantenimiento de los lazos afectivos del mismo con el progenitor con el que no convive, la sentencia acuerda un régimen de visitas «teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes derivadas de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores». Añade que «no puede estimarse que la edad de la niña, 7 años, cuando se lleve a cabo el primer traslado al domicilio de su padre, suponga un obstáculo para el uso de este servicio ofertado con normalidad por todas las compañías aéreas que permite facilitar esa estancia de menores con ambos progenitores cuando estos residen en países distantes entre sí como es el caso».

En definitiva, la sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los periodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita.

Por lo tanto, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo de la recurrente, no es contraria a la doctrina de la Sala la sentencia que, a la hora de fijar el régimen de visitas cuando el padre reside

en el extranjero, valora el interés de la menor y la contribución personal y económica a los desplazamientos por parte de ambos progenitores de forma equitativa. (STS de 16 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Leyendo esta viva descripción de un supuesto, que se va rápidamente generalizando en la vida real y que parece carecer de auténticas limitaciones (*ad exemplum*: viajes que supongan el traslado del menor al continente asiático, africano u oceánico, o, en la próxima generación —¿por qué no?—, a un punto interplanetario), me planteo el interrogante de si la doctrina no hemos dedicado excesivo espacio y tiempo a dilucidar su racional fundamento —en realidad, *il va de soi!*— y nos olvidamos de sus circunstancias concretas (progenitor que no puede pagarse el viaje de medio centenar de kms para comunicarse personalmente con su hijo: o, por contraste, ser normal el traslado del menor sólo desde Mieres a Miami, como es el caso). Resulta inevitable que los Tribunales de instancia, y, eventualmente, la Sala 1.<sup>a</sup> resuelvan discrecionalmente. El fallo aquí extractado parece suficientemente razonado y razonable. (G. G. C.)

**25. Divorcio: Pensión compensatoria a la esposa: duración.**—Dña. Macarena interpone demanda de divorcio contencioso contra D. Juan Francisco en la que solicitó una pensión compensatoria de 1500 euros mensuales, que en el acto del juicio rebajó a 1000. El marido se opuso por contar ambos cónyuges con sus propios ingresos, y, subsidiariamente, interesó la fijación de la pensión durante dos años, en la cuantía de 250 euros mensuales. El Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid, dictó sentencia de 19 de enero de 2015, fijando la pensión compensatoria en 500 euros mensuales durante cinco años. La sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 8 de abril de 2016, establece una pensión de 800 euros mensuales desde la sentencia de primera instancia, eliminando la limitación temporal, añadiendo que ello es sin perjuicio de la aplicación de los artículos 100 y 101 CC si se dan sus presupuestos.

**Recurso extraordinario por infracción procesal: desestimación.**—Aunque no está expresamente previsto en ninguno de los motivos del artículo 469 LEC esta Sala ha admitido la denuncia de error manifiesto en la valoración de la prueba al amparo del artículo 469.1.4.º LEC que establece, como motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la «vulneración, en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE». Pero, en consecuencia, no se trata de desvirtuar una valoración de la prueba, sino de revelar que la valoración de la prueba realizada, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica no respeta el derecho a la tutela judicial efectiva. En el presente caso hay que observar que de una manera escueta, pero suficiente, la sentencia de instancia valora los ingresos y la capacidad económica de ambos cónyuges. Debe tenerse presente que ni la declaración de la renta ni la resolución del procedimiento de comprobación tributaria son documentos públicos que hagan prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documentan (no se mencionan en los arts. 319.1.º y 317, 1.º a 6.º, LEC). Aun para los documentos públicos, es doctrina de la Sala de que tampoco impiden la apreciación del tribunal, en relación con los demás medios de prueba, sobre las consecuencias que pueden derivarse de las circunstancias que documen-

tan (sentencias de 13 de noviembre y 16 de diciembre de 2009, y 14 de junio de 2010). Con más razón para los hechos que consten en documentos administrativos a los que se otorgue el carácter de público, que se tienen por ciertos, admite la ley que otros medios de prueba desvirtúen lo documentado (art. 319.2 LEC) y la valoración de los documentos privados debe hacerse en relación con el conjunto de los restantes medios de prueba (sentencia 30 de junio de 2009).

**Criterios legales para determinar el carácter temporal o vitalicio de la pensión compensatoria.**—El primer motivo del recurso de casación se divide a su vez en tres submotivos por infracción del artículo 97 CC En realidad no se trata de motivos diferentes sino de una exposición separada de argumentos para impugnar la decisión de la sentencia recurrida de eliminar la temporalidad que fijó la sentencia de primera instancia.

En el primer submotivo se alega que la sentencia resulta contradictoria con la doctrina jurisprudencial de la Sala en relación con el objeto de la pensión prevista en el artículo 97, citándose las sentencias de 15 de junio de 2011 y 20 de febrero de 2014. Pero los supuestos de las sentencias mencionadas por la parte recurrente son sustancialmente diferentes al que da lugar el presente recurso de casación. Sobre todo, porque las razones por las que en estas dos sentencias se casaron las de instancia es porque en la instancia se estableció una pensión atendiendo exclusivamente a los diferentes ingresos que percibían los esposos en virtud de sus respectivos trabajos y que eran distintos por la diferente cualificación de uno y otra. Pese a las afirmaciones previas, a la hora de fijar la cuantía y el carácter indefinido de la pensión, la sentencia recurrida sí tiene en cuenta una pluralidad de factores, como el que la esposa no ha realizado durante el matrimonio un trabajo diferente del de la asistencia a su marido en la consulta dental, que carece de titulación, que no puede suponerse una capacidad para incorporarse al mercado laboral y que los únicos ingresos que obtiene ella son los procedentes del alquiler de un piso frente a los que obtiene él en su actividad profesional. A diferencia de lo que sucede en las sentencias aportadas por la parte recurrente, el criterio de las recurridas no descansa exclusivamente en la comparación de los ingresos de los esposos. Por lo demás, en las sentencias citadas por la parte recurrente se discutía la propia existencia de desequilibrio como consecuencia de la ruptura en casos en que los dos esposos trabajaban pero percibían diferentes ingresos y en el presente recurso el debate se centra en la cuantía y en la temporalidad de la pensión establecida.

En el desarrollo del segundo submotivo la parte recurrente considera infringida la doctrina de la Sala cuando afirma que no se impone la obligación de intentar «mejorar de fortuna» a través del trabajo o de una cualificación superior al cónyuge que se encuentra en situación de desequilibrio. Aporta las sentencias de 15 de junio de 2011 y 23 de enero de 2012. Pero se trata de supuestos sustancialmente diferentes al que da lugar el presente recurso de casación. En el caso presente aunque la afirmación preliminar de la sentencia recurrida en el sentido de que no se impone la obligación de mejorar la fortuna, no es muy feliz, pero no es el fundamento de la decisión. La sentencia valora el conjunto de circunstancias del caso (la dedicación de la esposa durante los años de matrimonio, su falta de titulación o cualificación profesional) y son esas las circunstancias que le hacen concluir que las posibilidades de acceso al mercado de trabajo «en modo alguno permiten suponer una capacidad de trabajo para incorporarse al mercado laboral de condiciones idóneas de competitividad», sin perjuicio de si se dan los presupuestos para ello proceda la aplicación de lo dispuesto en los artículos 100 y 101 CC.

**Retroactividad de la superior cuantía de la pensión, fijada en apelación.**—El segundo motivo, al amparo del artículo 477. 2. 3.º LEC, alega infracción de la jurisprudencia en relación con la improcedente declaración de retroactividad de la modificación de la cuantía de la pensión, invocando las sentencias de 3 de octubre de 2008 y 23 de junio de 2015. El motivo fija la controversia en la determinación del momento a partir del cual debe surtir efectos la cuantía citada en el caso de que la sentencia de segunda instancia resuelva fijando una cantidad diferente (superior, en el presente caso), de la fijada en su día por la sentencia de primera instancia. Las dos sentencias que cita el recurrente, junto a otras más de la Sala, se han ocupado de si la previsión del artículo 148 CC se aplica solo cuando la pensión de alimentos se instaura por primera vez (así en las sentencias de 14 de junio de 2011, 14 de julio y 6 de octubre de 2016), o también a las modificaciones de pronunciamientos anteriores. Para estos casos, la doctrina reiterada es que hay que acudir a las especialidades que presentan los procedimientos de familia; en relación a las medidas provisionales, el artículo 106 establece que «los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo»; además, el artículo 774.5 LEC establece que «los recursos que conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán las medidas que se hubieren acordado en ésta»; por ello, las sucesivas resoluciones serán eficaces desde el momento en que se dictan, en que sustituirán a las anteriores» (sentencias de 3 de octubre de 2008, 26 de octubre de 2011, 26 de marzo y 19 de noviembre de 2014, y para un caso de extinción sentencia de 18 de noviembre de 2014). La más reciente sentencia de 16 de noviembre de 2016, ha considerado que el mismo criterio es aplicable cuando en un proceso de divorcio se modifica una pensión compensatoria que venía reconocida ya por una anterior sentencia de separación matrimonial, de modo que, en tal caso, la sentencia de divorcio que no crea el derecho, sino que modifica su cuantía, produce efectos desde la sentencia de la fecha de apelación de este segundo proceso.

En el presente caso, el motivo del recurso de casación debe ser desestimado. Nos encontramos ante una pensión compensatoria, cuya finalidad es compensar por el desequilibrio que se produzca en el momento de la separación o el divorcio. Puesto que fue la sentencia de primera instancia la que declaró disuelto el matrimonio por divorcio, sin que existiera previa resolución que fijara compensación alguna, es a la fecha de la notificación de esa sentencia a la que debe estarse para fijar los efectos de la pensión compensatoria, con independencia de que fuera la sentencia de segunda instancia la que, al valorar los mismos hechos de una manera diferente elevara la cuantía de la pensión compensatoria. La cuantía fijada por la sentencia de segunda instancia produce efectos desde la sentencia de primera instancia en la que se reconoció el derecho a la pensión compensatoria. (STS de 20 de junio de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.ª de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—Ante todo hay que destacar la encomiable rapidez con que se resuelve el litigio familiar aquí contemplado: en 9 de abril de 2015 se dicta la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 79 de Madrid; el 8 de abril de 2016 resuelve la apelación la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, mientras la Sala 1.ª zanja definitivamente aquél transcurrido apenas un año. En su conjunto en poco más de un bienio desde la sentencia de primera

instancia se resuelve definitivamente una importante y delicada cuestión (*primum vivere*) de los pleitos familiares.

Las reformas legales sobre esta institución instauradas en 2005, que han alcanzado incluso a su denominación (unas veces, la tradicional de pensión compensatoria, y otras la novedosa de compensación por desequilibrio), mueven a la doctrina a plantearse su última *ratio*, singularmente, como es el caso, de carecer de limitación temporal. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso (IV) Derecho de Familia*, 5.ª ed. Edisofer, Madrid 2016, p. 211 (coord. por el mismo) lo enuncia claramente: «Es habitual afirmar que su fundamento es la existencia de un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, de forma que la situación de uno de ellos resulta peor que la que tenía constante matrimonio. Evidentemente, si se atiende a la letra del precepto, esto es así; pero es una respuesta sólo aparente ya que no sirve para aclarar por qué un tal desequilibrio debe dar lugar a una reacción jurídica consistente en el establecimiento de la compensación, y menos aún si ésta adopta la forma de pensión. Por otro lado, su sentido puede ser distinto si la referimos a la separación (en la que el matrimonio subsiste) o al divorcio (en el que el matrimonio ha quedado disuelto). En este último caso, podemos encontrarnos ante una suerte de contradicción con el propio planteamiento del divorcio, sobre todo si la compensación asume la forma de pensión. La pensión, más aún si es por tiempo indefinido (pero también la temporal) supone en alguna medida la continuidad de los efectos del matrimonio, incluso indefinidamente, más allá del momento en que ha quedado disuelto por el divorcio; dicho con otras palabras, los cónyuges pueden divorciarse, pero no siempre pueden evitar continuar ligados por la pensión (cuyo fundamento último sería un matrimonio ya disuelto». Con base en abundante bibliografía, genérica y específica, –op. cit., p. 221 sentencia– el autor ahonda en la actual problemática de esta figura que está originando abundante litigiosidad. (G. G. C.)

**26. Divorcio: pensión compensatoria: duración ilimitada: modificación de medidas.**—Con fecha 4 de noviembre de 2011, el Juzgado de Violencia sobre la mujer, núm. 1 de Oviedo, concedió a Dña. Belinda, de 46 años de edad, una pensión compensatoria, sin limitación temporal, con la cuantía de 400 euros mensuales, tras 17 años de duración del matrimonio, durante los cuales se ha dedicado a las atenciones familiares y de dos hijos de 17 y 12 años, sin más estudios que los de bachillerato. Resolución confirmada por sentencia de 11 de junio de 2012, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo. El 15 de abril de 2016 entra en el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo la demanda de modificación de medidas, interpuesto por su cónyuge D. Baldomero, solicitando la extinción de la pensión por empeoramiento de su situación económica, o subsidiariamente su reducción a 200 euros mensuales con duración de un solo año. Mientras tanto ha mejorado la situación de Dña. Belinda, por liquidación de la sociedad de gananciales y fallecimiento de su padre, sin que tampoco muestre interés alguno por conseguir un empleo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, de 24 de junio de 2016, estima parcialmente la demanda, reduciendo

a 280 euros mensuales la cuantía de la pensión, que sigue siendo indefinida. La sentencia de 16 de octubre de 2016, de la sec. 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo, estima parcialmente los recursos de ambos cónyuges, pues, de un lado, mantiene la cuantía inicial de 400 euros mensuales de la pensión, y, de otro, la reduce a cuatro años de duración a partir de la sentencia de apelación. Estima que concurren nuevas circunstancias que aconsejan la adopción de tal medida. En especial, la edad de los hijos que habían quedado bajo la custodia de Dña. Belinda y que siguen conviviendo con ella, ya no precisan de sus cuidados y atenciones, a diferencia de lo que ocurría al declararse el divorcio. Lo que ha de proporcionar una mayor disponibilidad para acceder al mercado laboral y, si bien carece de cualificación, su edad y buen estado de salud, le habrá de permitir incorporarse a alguna labor que no precise de experiencia o titulación. El plazo de cuatro años es adecuado para que pueda recuperar una posición económica en la que cese una situación de desequilibrio que motivó la concesión de la pensión.

Dña. Belinda interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, aportando las SSTs de 3 de octubre de 2008, 3 de octubre de 2011, 24 y 28 de octubre de 2013, 28 de octubre de 2014, 8 de septiembre de 2015, y 24 de mayo de 2016. Sostiene, en esencia, que a efectos de fijar un límite temporal a la pensión, la sentencia recurrida atiende en exclusiva como alteración sustancial, sobrevenida e imprevisible, a una única nueva circunstancia que se deriva del mero transcurso del tiempo, cual es la edad de los hijos (uno que sigue siendo menor de edad y el otro mayor pero sin independencia económica), han cambiado las circunstancias que llevaron a fijar una pensión sin fijar límite temporal, ya que la pensión fue fijada como indefinida por la incertidumbre de que, dadas sus condiciones, le fuera factible la superación del desequilibrio mediante el acceso al mercado de trabajo en el que nunca había estado.

D. Baldomero se opone al recurso por concurrir causa de inadmisibilidad por inexistencia de interés casacional, pues las sentencias invocadas no guardan relación con el supuesto, sino que están en función de las concretas circunstancias del caso, en el que no se fijó en la edad actual de los hijos, sino en otras circunstancias de la madre (cualificación profesional, edad y óptimo estado de salud que no le impide trabajar) que justifican, si no su extinción, sí una limitación temporal de la pensión, ya que lo relevante no es el estado objetivo del paso del tiempo, sino la posibilidad de superar la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho. Subsidiariamente, para el caso de que se admita el recurso se opone por razones de fondo. La Sala ha admitido que la modificación por alteraciones sustanciales comprende la posibilidad de temporalizar una pensión acordada inicialmente con carácter indefinido. Entiende que si en el plazo de cuatro años Dña. Belinda no alcanza la independencia económica ya no será debida a su dedicación a la familia ni a la crisis matrimonial.

La Sala rechaza la existencia de causa de inadmisibilidad alegada en el escrito de oposición. La cuestión jurídica que plantea el presente recurso de casación consiste en dilucidar si la pensión compensatoria fijada con carácter indefinido puede convertirse en una pensión temporal y las circunstancias que lo permiten. La sentencia de 24 de mayo de 2016, aunque analiza los factores que deben concurrir para fijar límite en una pensión compensatoria, no se ocupa de un caso en el que se plantee la modificación de una pensión fijada previamente en otro procedimiento. Las demás sentencias que la recurrente ha citado en orden a justificar el interés casacional de la resolución de su recurso se ocupan de litigios que tienen su origen en demandas que solici-



tan la introducción de un límite temporal en pensiones compensatorias acordadas inicialmente de forma ilimitada.

A la vista de las sentencias referidas resulta que la introducción de un límite temporal en una pensión fijada previamente como indefinida requiere que se produzca un cambio sustancial de las circunstancias que permita valorar que, ahora, como consecuencia de ese cambio, el cónyuge puede en un tiempo previsible, superar el desequilibrio que le supuso la crisis matrimonial. La sentencia que se recurre atiende fundamentalmente al dato de la edad de los hijos, por haber transcurrido cuatro años desde que se fijó la pensión indefinida hasta que se presentó la demanda solicitando su modificación. En la medida en que este es un dato que se conecta de manera decisiva con el mero transcurso del tiempo contradice la doctrina contenida en alguna de las sentencias aportadas, por lo que concurre interés casacional en la resolución del recurso, de conformidad con el artículo 477.3 LEC.

**Reforma introducida por Ley de 8 de julio de 2005, en la duración de la pensión o prestación por desequilibrio.**—La posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, reconocida expresamente en el artículo 97 CC tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio, y que venía siendo admitida con anterioridad por la jurisprudencia, explica la solicitud de una modificación dirigida a imponer un límite temporal a una pensión fijada inicialmente con carácter indefinido. Por el momento en que se redactó, la previsión de modificación de la pensión contemplada en el artículo 100 CC parece estar pensando exclusivamente en las modificaciones de la cuantía de la pensión, pero, producida la modificación del artículo 97 y admitida la fijación de una pensión temporal, no se ve inconveniente en interpretar el precepto de modo que permita la conversión de una pensión indefinida en temporal. Así lo admitió expresamente la sentencia de 24 de noviembre de 2011, según la cual en principio la pensión es un derecho que no sufrirá alteraciones, a no ser que se produzca el supuesto de hecho del artículo 100 CC, y por ello *dentro de la expresión ‘modificación por alteraciones sustanciales’, debe incluirse la temporalización de una pensión acordada en principio como vitalicia.*

Hay que entender que, cuando los factores que se tuvieron en cuenta para apreciar la procedencia de una pensión hayan variado, hasta el punto de que cese la causa que la motivó, la pensión podrá ser extinguida (art. 101 CC). Así la consideró la sentencia de 24 de noviembre de 2011, en un caso en que la esposa se adjudicó una cantidad superior a cuatro millones de euros al liquidar el régimen de gananciales, lo que determinaba la concurrencia de una alteración sustancial de su fortuna.

Puesto que la determinación de un límite temporal dará lugar a la extinción de la pensión cuando llegue el plazo fijado, la transformación de una pensión indefinida en una pensión temporal requiere que se produzca una modificación sustancial de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al establecerla. Atendiendo a la finalidad de la compensación por desequilibrio, la fijación de una pensión con carácter indefinido presupone que el juzgador ha valorado que, en atención a las circunstancias, el beneficiario de una pensión temporal se justifica cuando, acreditado el desequilibrio, las circunstancias permiten alcanzar un juicio prospectivo razonable sobre la posibilidad real de superar en un periodo de tiempo determinado la situación inicial de desequilibrio que pueda producirse tras una ruptura matrimonial.

Cabe pensar, en consecuencia, que se puede temporizar una pensión que se reconoció inicialmente sin prefijar un plazo si, con posterioridad, en aten-

ción a alteraciones de las circunstancias (art. 100 CC) resulta previsible que en un lapso de tiempo el cónyuge beneficiario de la pensión puede superar la situación de desequilibrio. La cuestión es, por tanto, cuándo se produce una alteración de las circunstancias que, sin dar lugar al cese del desequilibrio, sea relevante para permitir la sujeción a un plazo de la pensión. Dada la función de la pensión compensatoria, para temporizar la pensión compensatoria es preciso valorar, en un juicio prospectivo ponderado, si el cónyuge a quien la crisis matrimonial produjo un desequilibrio económico, está ahora, en razón a nuevas circunstancias sobrevenidas que no se pudieron tener en cuenta cuando se fijó la pensión con carácter indefinido, en condiciones de superar el desequilibrio económico en un plazo previsible. La sentencia de 27 de junio de 2011 afirma que el criterio seguido por esta Sala es contrario a la posibilidad de poner fin a la pensión reconocida por el mero transcurso del tiempo en su percepción (...) en la medida en que lo relevante no es el caso objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio que justificó la concesión del derecho». Es cierto que esta transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse la convicción de este desequilibrio, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia (entre otras, sentencias de 27 de junio de 2011 y 22 de octubre de 2012).

**No concurren circunstancias para convertir en temporal la pensión definitiva.**— En el presente caso la sentencia de divorcio de la Audiencia Provincial de 11 de junio de 2012, confirmando la de primera instancia de 4 noviembre de 2011, fijó la pensión por desequilibrio, rechazando hacerlo con carácter temporal. Pero la sentencia ahora recurrida dictada por la Audiencia Provincial de 10 de octubre de 2016, dictada en el procedimiento de modificación de medidas, promovido por D. Baldomero, razona que procede establecer un límite temporal en la pensión.

En el presente caso las circunstancias determinantes de desequilibrio analizadas en la sentencia de divorcio y que justificaron la concesión de una pensión de duración indefinida, sin que se apreciara la posibilidad de la esposa de superar en un tiempo determinado el desequilibrio que le generó la ruptura, se mantienen en la actualidad. No puede considerarse que el tener los hijos algunos años más que cuando se fijó la pensión sea un factor que pueda valorarse como una nueva circunstancia que altere las tenidas en cuenta en el momento de fijar la pensión (la dedicación a la familia, la falta de formación, el no haber estado nunca en el mercado laboral, la edad de la esposa, que al aumentar no favorece su acceso al mercado laboral). Por el contrario, el que los hijos cumplieran años era algo absolutamente previsible y mera consecuencia del paso del tiempo, sin que la edad de los hijos sea un factor que contribuya a la superación de la situación de desequilibrio que justificó el reconocimiento del derecho y sin que en el momento de fijar la pensión se tuviera en cuenta como una circunstancia que dificultara el acceso al trabajo de la esposa la edad que en ese momento tenían.

Consecuencia de lo razonado es la estimación del recurso interpuesto por Dña. Belinda. (**STS de 20 de junio de 2017**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm.a Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—La variedad de situaciones fácticas concurrentes en las sentencias extractadas en el presente número de *ADC*, dictadas por

la misma Ponente, confirman que se está formando una renovada doctrina jurisprudencial en relación con la pensión compensatoria, tanto si se determina en el proceso de ruptura matrimonial, como si corresponde al cambio de lo que podemos calificar *statu quo*. Entre nosotros, la alteración de circunstancias afectaba inicialmente a la cuantía de la pensión (lo normal es que el cónyuge obligado al pago, pretenda reducir su importancia, y sucesivamente su duración (sobre todo si los excónyuges son jóvenes, desean librarse cuanto antes de las obligaciones derivadas de la primera unión). La Sala 1.<sup>a</sup> puede decirse que ha preparado el camino para la ulterior reforma legislativa que lo ha autorizado en ambos aspectos. En este caso, se mantiene una pensión vitalicia por no apreciar cambios sustanciales (confirmando aquel sorprendente vaticinio del *Doyen Carbonnier*, a mediados del siglo pasado, y en relación con la normativa gala, sobre la *survivence du mariage après sa dissolution*, hipótesis que recientemente ha reiterado entre nosotros Martínez de Aguirre). Sobre las posibilidades efectivas de que el cónyuge «desequilibrado» pueda acudir al mercado laboral entiendo que sería de ayuda conocer las previsiones económicas del lugar de su residencia. En el presente caso: ¿se había superado ya en la CA Asturiana la dura crisis económica que venía sufriendo, y precisamente en 2016, cuando falla la Audiencia Provincial? (G. G. C.)

**27. Divorcio: modificación de medidas: en relación con la pensión compensatoria y la vivienda.**—La sentencia de 11 de diciembre de 2007 que acordó el divorcio de D. Pedro Miguel y Dña. Rafaela, aprobó las medidas fijadas en convenio regulador de 29 de diciembre de 2006. El 6 de febrero de 2014, D. Pedro Miguel interpone demanda de modificación de tales medidas. Solicita se reduzca la pensión compensatoria, fijada en el convenio en 1361,66 euros mensuales con actualizaciones anuales, a la suma de 400 euros mensuales, que se declare no proceder especial atribución del uso del inmueble propiedad de la sociedad postganancial sito en las Rozas a ninguno de los integrantes de dicha sociedad, a fin de posibilitar libremente su liquidación, así como la supresión de la pensión alimenticia al hijo común D. Gervasio, fijada en el convenio en 371,42 euros con actualizaciones anuales. En la vista del juicio matiza la petición relativa a la vivienda, interesando que la atribución de uso que se atribuyó a la esposa y al entonces hijo menor, quede limitada temporalmente hasta la fecha de la definitiva liquidación de la sociedad de gananciales. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia sólo estima la supresión de alimentos a favor del hijo, por ser mayor de edad, trabajar a tiempo parcial cobrando entre 500 y 700 euros y no estar completando su formación.

D. Pedro Miguel recurre en apelación, pero la Audiencia Provincial desestima el recurso, confirmando en su integridad la sentencia de primera instancia, lo que razona así en cuanto a la pensión compensatoria: «Al coincidir con el órgano *a quo* en que, en el caso, por las circunstancias que le adornan no se da cambio sustancial de circunstancias, pues, en efecto, el Sr. Pedro Miguel percibe de pensión de jubilación unos 2000 euros mensuales, más 819 euros al mes de una póliza de ahorro, amén de que la jubilación no es un hecho imprevisible, percibe un plan de pensiones de 800 euros al mes durante ocho años, se admite tener también plan de pensiones de unos 14.000 euros, más producto bancario en Bankia por unos 70.000 euros y está acredi-

tado que percibió por la extinción de su relación laboral en concepto de indemnización, liquidación, saldo y finiquito la suma de 348.826, 21 euros. No procede entonces modificar, hoy por hoy, la cuantía de la pensión compensatoria, obligación preexistente, importante y que procede de convenio regulador firmado por las partes el 29 de diciembre de 2006, homologado por sentencia de divorcio de 11 de septiembre de 2007; convenio firmado por las partes con miras de futuro, vocación de permanencia y que es ley para las partes que debe cumplirse a tenor de lo dispuesto en el artículo 1091 CC, si, se insiste, en el caso, no cabe apreciar cambio sustancial de circunstancias».

**Limitación temporal del uso de la vivienda.**—Por lo que se refiere a la vivienda, la Audiencia Provincial afirma: «En cuanto al motivo relativo al uso del domicilio familiar en congruencia con lo que se acaba de decir, si no se da en el caso cambio sustancial de circunstancias; y si las medidas en su día adoptadas lo fueron en convenio regulador firmado por las partes, procede desestimar igualmente este motivo y confirmar la sentencia de instancia».

D. Pedro Miguel interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, basado en el único motivo en el que denuncia infracción del artículo 96.3 CC Cita la sentencia del Pleno de la Sala 1.<sup>a</sup> de 11 de noviembre de 2013 y la sentencia de 12 de febrero de 2014. Sostiene en esencia que, de acuerdo con la doctrina de esta Sala 1.<sup>a</sup>, la atribución el uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 CC y en todo caso por un plazo determinado, sin que quepa su atribución o mantenimiento de forma indefinida. Dña. Rafaela sostiene que concurre causa de inadmisibilidad por no existir interés casacional, citando el Auto de 22 de abril de 2014, en un caso similar al presente. En cuanto al fondo, argumenta que las sentencias aportadas nada tienen que ver con el presente caso, en el que las partes suscribieron un convenio, homologado en la sentencia de divorcio, por el que acordaron la adjudicación de la vivienda de la esposa, previendo entonces que las circunstancias de la esposa nunca irían a mejor. Añade que su situación personal es aún peor que la tenida en cuenta en el momento de la firma del convenio.

Se estima el recurso interpuesto por D. Pedro Miguel, rechazándose el óbice de inadmisibilidad alegado por la parte recurrida. El Auto de 22 de abril de 2014, en el que se inadmitió un recurso de casación, se justifica en función de los hechos acreditados en el caso («en el convenio regulador de la separación de los litigantes se atribuyó el uso de la vivienda conyugal a la esposa con carácter indefinido, tal y como se desprende del contenido literal del citado convenio, en el que dado la edad de los cónyuges, ambos pensionistas, no era augurable una modificación imprevisible de sus respectivas situaciones, y en el que no se fija pensión compensatoria y se expresa la asunción por el esposo de la totalidad de determinados gastos relacionados con la vivienda»).

En el caso que da lugar al recurso de casación, la sentencia de divorcio de las partes litigantes, de 11 de septiembre de 2007, atribuyó el uso de la vivienda familiar a favor de la esposa y del entonces hijo común menor (nacido en 1990). Alcanzada la mayoría de edad por el hijo se produce un cambio de circunstancias de modo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse, conforme al artículo 96, párrafo 3.º CC, que permite atribuirlo, por el tiempo que prudencialmente se fije, a favor del cónyuge no titular siempre que atendidas las circunstancias resulte aconsejable y su interés sea el más necesitado de protección. La posible contradicción de la sentencia recurrida a esta doctrina, sentada a partir de la sentencia de pleno de 5 de septiembre de 2011, justifica la existencia de interés casacional.

**Interpretación del párrafo 3.º del artículo 96 CC según la doctrina jurisprudencial.**—La parte recurrida argumenta que el uso de la vivienda fue acordado a favor de la esposa de modo indefinido, porque se tuvo en cuenta su situación (su edad, entonces de 58 años, la falta de cualificación profesional, su dedicación al esposo e hijos durante los 31 años que duró el matrimonio, su delicado estado de salud) y se previó que tal situación no mejoraría. Argumenta que, con el paso del tiempo, su situación ha empeorado por lo que privarle del uso de la vivienda no solo supone dejar sin cumplimiento lo acordado sino dejarla desprotegida. Sostiene que esa es la razón que ha sido tenida en cuenta por la sentencia de instancia cuando decide que no procede modificar la medida de atribución del uso de la vivienda a la esposa.

Esta Sala considera por el contrario, que la decisión de la sentencia recurrida, al declarar el mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda a favor de Dña. Rafaela de manera indefinida, sin fijar un tiempo prudencial, no se ajusta a la interpretación que debe darse del tercer párrafo del artículo 96 CC. Las partes no acordaron la atribución de un uso indefinido de la vivienda a favor de la esposa. Literalmente lo que dice el «acuerdo 2» del Convenio de 29 diciembre 2006, bajo el título de «Uso y disfrute del domicilio conyugal», es que «el domicilio conyugal sito en la calle núm. 0 de Las Rozas, de Madrid, quedará para uso y disfrute de Rafaela y del hijo menor de edad, Gervasio»: Frente a la argumentación de la recurrida, la edad de la esposa, la falta de cualificación profesional, su dedicación a la familia y su salud eran circunstancias que se valoraban para la atribución de una pensión compensatoria a la esposa en el «acuerdo 6» del Convenio, con lo que se daba cumplimiento al artículo 97 CC. Claro que esas circunstancias pueden ponderarse para valorar si, no existiendo hijos menores, o alcanzada la mayoría de edad por los hijos, puede adjudicarse el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección (conforme al art. 96. párrafo 3.º CC), pero las mismas no confieren un derecho ilimitado ni justifican la atribución del uso de la vivienda por tiempo indefinido. La interpretación de la Sala, a la que debe estarse para resolver el presente recurso de casación es la que, aquel precepto no autoriza a imponer, a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar.

En el caso no existe un acuerdo de atribución del uso indefinido a la esposa, pues el convenio, y la sentencia de divorcio que lo homologó, lo que hicieron fue dar cumplimiento al primer párrafo del artículo 96 CC, conforme al cual «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». El convenio no hizo otra cosa que recoger la norma legal, habida cuenta de que en el momento del divorcio había un hijo menor cuya guarda y custodia se atribuía a la madre. La adquisición de la mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés superior de protección cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 96 CC (sentencias de 5 de septiembre de 2011 y 11 de noviembre de 2013). De acuerdo con la doctrina contenida en estas sentencias: «La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que,

adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijada por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas».

Por otra parte, según la doctrina de esta misma Sala: «Ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 ss. Cc, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 CC, según el cual «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

En consecuencia, ni siquiera la existencia de un hipotético derecho de alimentos a favor del hijo ya mayor de edad, sería un criterio de atribución de uso de la vivienda aunque el hijo decidiera seguir viviendo con la madre.

Superada la menor edad del hijo, la situación del uso de la vivienda familiar queda equiparada a la situación en que no hay hijos a que se refiere el tercer párrafo artículo 96 CC, y la adjudicación al cónyuge que esté más necesitado de protección no puede hacerse por tiempo indefinido, pues según la doctrina de la Sala ello «parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro, puesto que no contempla más uso en favor del cónyuge más necesitado de protección que el tasado por juicio ponderado en atención a las circunstancias concurrentes» (STS 29 de mayo de 2015).

Esta doctrina es aplicable tanto cuando se adjudica el uso de la vivienda al «cónyuge no titular» (al que literalmente se refiere el párrafo 3.º art. 96 CC) porque la vivienda es privativa del otro o cuando tiene carácter ganancial, como es el caso del presente recurso. Ya la sentencia de 23 de noviembre de 1998, consideró aplicable el precepto citado cuando la vivienda es ganancial, mediante una interpretación lógica y extensiva del precepto, doctrina seguida después por la jurisprudencia (sentencias 12 de febrero de 2014, 17 de marzo de 2016 y 19 de enero de 2017, que confirman la atribución de un uso temporal).

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso de casación, se casa la sentencia recurrida en el punto relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, y la Sala, en funciones de instancia, declara que procede estimar el recurso de apelación interpuesto por Pedro Miguel en el punto de establecer una limitación personal al uso de la vivienda. La ponderación de las circunstancias concurrentes permite concluir que la limitación temporal del derecho de uso atribuido a Dña. Rafaela hasta la fecha de la liquidación de gananciales es coherente con la interpretación jurisprudencial. Dado que el hijo común alcanzó la mayoría en 2008 y, durante este tiempo, la madre y el hijo han continuado disfrutando del uso de la vivienda familiar, y puesto que la demandada recurrida cobra una pensión compensatoria y la venta de la vivienda reportará un ingreso para ambos cónyuges, cabe concluir que la

demandada recurrida podrá acceder a una vivienda en condiciones dignas. (STS de 20 de junio de 2017; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. M.<sup>a</sup> de los Ángeles Parra Lucán.]

NOTA.—La solución adoptada en relación con la vivienda esta aceptada por la doctrina (así LACRUZ *et altri*, coord. RAMS ALBESA, *Elementos IV*, Dykinson, Madrid 2005, p. 103; MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.) *et altri*, *Curso (IV) Derecho de Familia*, 5.<sup>a</sup> ed. Edisofer, 2016, p. 2009). (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**28. Sucesión hereditaria: aceptación tácita de herencia y renuncia expresa: nulidad de declaración de heredera abintestato y de aceptación a beneficio de inventario: responsabilidad civil por participación delictiva a título lucrativo declarada por sentencia: fallecimiento del responsable durante el proceso.**—1. La Entidad Grupo Torras formuló demanda contra D. Miguel Ángel y D. Carlos Ramón (hijos del difunto D. Santos), Dña. Olga (viuda de D. Santos), Dña. Berta (madre de D. Santos) y la Sociedad Azulintas. En la demanda se formulaba una acción declarativa y de condena por responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo de los efectos de delito y acción de enriquecimiento injusto, incluso la de responsabilidad extracontractual del fallecido. La primera tendente a que se declare que tanto los hijos como la viuda de D. Santos aceptaron tácitamente la herencia de su padre y esposo y que es nula e ineficaz la renuncia a la herencia efectuada por todos ellos, así como la declaración de heredera de Dña. Berta y la aceptación de esta a beneficio de inventario. La segunda es una mera consecuencia de la anterior para que todos ellos, salvo Dña. Berta, y los que resulten herederos del Sr. Santos, abonen a Grupo Torras SA, la suma de 28.500.000 dólares, más los intereses legales desde el 4 febrero de 2000, lo que asciende, provisionalmente, a la fecha de la demanda a la suma de 39.466.837 dólares. Además interesaba que se levantara el velo societario de Azulintas y se declare que las acciones de Hipódromos y Caballos, que aparece formalmente a su nombre, y la propia sociedad Azulintas B. V., son parte del caudal hereditario del Sr. Santos y afectas a la responsabilidad derivada de la condena anterior.

El propio demandante resume la demanda diciendo lo siguiente: a) que el difunto recibió una importante cantidad de dinero procedente de un delito cometido contra el Grupo Torras SA, mediante unas transferencias a una cuenta suya abierta a nombre de otra sociedad instrumental sin causa para tal cobro y sin que tampoco hubiera pruebas de que hubiere cometido el fraude, por lo que es considerado en el proceso penal responsable civil a título lucrativo; y b) posteriormente, estos demandados realizaron una serie de actos para eludir las responsabilidades de su causante, fallecido durante el procedimiento penal, consistentes en alzar bienes de la herencia y propios, con ayuda de sociedades pantalla, y en simular que ellos no eran herederos, sino la anciana madre del difunto, persona completamente insolvente. Lo que ahora se pretende es anular ciertos actos simulatorios relativos a la condición de herederos de la viuda e hijos y de reclamar el crédito que tiene el Grupo Torras contra ellos, a partir de la responsabilidad del causante.

2. La demanda tiene su origen en una causa penal precedente, en cuyo curso falleció el Sr. Santos y en la que se dictó sentencia del 11 de septiembre de 2007 (caso Pincinco) que, en lo que aquí interesa, es del tenor literal siguiente:

«El Tribunal de instancia ha declarado, en el fallo de la sentencia impugnada, que «se declaran partícipes a título lucrativo a las siguientes personas: (...) Herederos de Santos (Berta), y en tal concepto establece su obligación de devolver 1.100.000 dólares, según el cambio oficial de esta divisa en la fecha de su transmisión, el 5 octubre de 1990. Responsabilidad civil que, para el caso de que la herencia se hubiese aceptado a beneficio de inventario, tendrá las limitaciones derivadas del beneficio de inventario». Conforme a lo especialmente previsto por la LECRIM, sobre esta materia, «de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible» (v. art. 100 LECRIM, 109 y 110 CP y art. 1092 CC); «la acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal (...); pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables» (v. art. 108 LECRIM y 1813 CC); «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar» (v. art. 112 LECRIM); «la acción penal se extingue por la muerte del culpable, pero en este caso subsiste la civil contra sus herederos y causahabientes, que sólo podrá ejercitarse ante la jurisdicción y por la vía de lo civil».

«(...) A la vista de lo dispuesto en los preceptos citados de la Lecrim, es evidente que la acción civil dirigida contra los herederos de una persona a la que se considera partícipe por título lucrativo de los efectos de un delito (v. art. 108 CP. de 1973), en principio, deberá ejercitarse ante el órgano competente de la jurisdicción civil. No es, por tanto, procesalmente correcto (v. art. 238.3.º LOPJ) pronunciarse sobre la condición de partícipe a título lucrativo de una persona que ha fallecido y que, por tal circunstancia, no puede defenderse en el proceso (v. art. 24.1 CE), ni tampoco resolverse previamente en el proceso penal todas las cuestiones inherentes a la determinación de quienes sean, en su caso, los herederos de tal persona, para habilitarles de los medios pertinentes para su defensa y condenarles, en su caso, a la vista de lo establecido en el artículo 11 LECRIM y por la evidente complejidad que con frecuencia ofrece esta materia (existencia o no de testamento, posible impugnación del mismo, renuncia a la herencia, aceptación de la misma a beneficio de inventario, ejercicio del derecho de deliberar, preferencia y prelación de créditos, etc., etc.)».

«Se dice en este motivo –similar al anterior, según la parte recurrente– que «la parte dispositiva de la sentencia recurrida absuelve como responsables civiles a los herederos de Santos y menciona, entre paréntesis, a Dña Berta (...) dando a entender que esta última es la única heredera del fallecido Sr. Santos. Tal pronunciamiento vulnera el artículo 3 de la LECRIM, pues resuelve prejudicialmente una cuestión civil sin que la misma «aparezca tan íntimamente ligada al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Es obvio que el pronunciamiento civil de quién sea heredero del Sr. Santos no es necesario para pronunciarse sobre la responsabilidad civil de dicho heredero».



«Pese a que la parte recurrente entiende que existe similitud entre este motivo y el precedentemente estudiado, en realidad, estamos ante cuestiones distintas, dado que lo que aquí pretende la parte recurrente es que el Tribunal condene genéricamente a los herederos de Santos, dejando a la jurisdicción civil la determinación de cuáles son éstos. Mas, tal decisión comporta la existencia de un «prius», consistente en la necesidad de decidir previamente si el causante era, o no, partícipe ilícito por título lucrativo de los efectos del delito (v. art. 108 LECRIM), cuestión que lógicamente no debe decidirse sin que los interesados puedan defenderse de la correspondiente pretensión (art. 24.1 CE). De ahí que no procede la estimación de este motivo, en la forma que ha sido formulado».

En vista de todo ello, dispone lo siguiente: «Que no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno, en esta causa, sobre responsabilidad civil dimanante de participación lucrativa de los efectos del delito, respecto de los herederos de Ramón ni de respecto de los herederos de Santos».

3. En parecido sentido se resuelve el caso Croesus, en el que también estaba comprometido el Sr. Santos y que concluyó mediante sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de abril de 2008: «Es evidente que de ello se deriva la necesidad de que la parte acusadora en ejercicio de la acción civil que pretende deberá acudir a la jurisdicción civil para dilucidar la misma ejercitada contra los herederos de D. Santos y la entidad Hipódromos y Caballos S, A. en los términos antes citados. En dicha jurisdicción las partes podrá debatir sobre la procedencia o no de prescripción y de las causas interruptoras de la misma que en este momento no procede a este Tribunal penal, pronunciarnos por los motivos expresados en orden a la extinción de la acción penal, concreción del «dies a quo» y del «dies ad quem», y cualquier otra cuestión referida a la misma, como es la de su naturaleza contractual o extracontractual o nacida «ex delicto».

4. Esta Sala ya conoció de esta demanda en el recurso de casación 2786/2013, y dictó la sentencia 352/2015, de 2 de julio, en la que estimó el recurso de infracción procesal formulado por el Grupo Torras contra la sentencia dictada por la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó la demanda, sin pronunciarse sobre el recurso de casación, en el sentido de «anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al que fue dictada para que, por el mismo Tribunal y asignando al asunto preferencia en los señalamientos, vuelva a dictar sentencia pronunciándose sobre la responsabilidad de D. Santos y de Azulintas y, en su vista, sobre las demás pretensiones formuladas en la demanda».

5. La misma Sección de la Audiencia Provincial volvió a dictar sentencia y revocó la del Juzgado, que había estimado la demanda, porque consideró que de la prueba practicada en modo alguno podía estimarse que la declaración de responsabilidad civil como partícipe a título lucrativo de los efectos del delito en relación al Sr. Santos podía tomarse como un hecho, dado que las sentencias penales dictadas por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo no contienen pronunciamiento alguno sobre el mismo, antes al contrario, son coincidentes en la apreciación de que ha de ser en la jurisdicción civil en la que, en su caso, se declare esta responsabilidad, la cual niega la sentencia a partir de la prueba que valora.

Este pronunciamiento es objeto de impugnación en el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, por vulneración de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE, y se justifica por una valoración de la prueba que la parte recurrente califica de absolutamente arbitra-

ria, ilógica e irracional sobre la recepción por D. Santos de fondos procedentes del Grupo Torras SA, sin ninguna causa lícita.

**Falta de prueba.**—En el presente caso el Tribunal de apelación ha realizado una valoración conjunta, suficientemente razonada, de varios elementos probatorios y su resultado no es discutible en el recurso extraordinario por infracción procesal, dado el carácter restrictivo del control de valoración probatoria. La valoración de prueba es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal por causas muy concretas, y no es posible pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas del órgano jurisdiccional, según reiterada jurisprudencia. El hecho de que no se tomen en consideración determinados elementos de prueba relevantes a juicio de la parte actora no significa que no hayan sido debidamente valorados por la sentencia impugnada, sin que las exigencias de motivación obliguen a expresar este juicio (STC de 25 de febrero de 2003), a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o el error manifiesto.

Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala (sentencia de 11 de octubre de 2006, y las que en ella se citan) atribuye a la sentencia penal, aunque no produzca cosa juzgada, el efecto en el proceso civil de un medio de prueba cualificado de los hechos contemplados y valorados en unión de los demás elementos de convicción aportados al posterior (SSTS de 7 de mayo de 2007 y 24 de marzo de 2010). Ello no es más que una consecuencia de la exigencia constitucional de seguridad jurídica a que se refiere, entre otras, la STC de 25 de febrero de 2003, en el sentido de que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado y al derecho a la tutela judicial efectiva (integrado también por la expectativa legítima de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia) impidiendo los pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales. Este último efecto no se produce en este caso.

En primer lugar, no sólo no hay un pronunciamiento expreso en las sentencias penales sobre la condición de partícipe a título lucrativo de una persona que ha fallecido, sino que los tribunales de este orden han remitido a esta jurisdicción la solución del asunto. En segundo lugar, el motivo es ajeno a la infracción del artículo 116 LECRIM., que no se invoca, sobre el valor de la sentencia penal firme absolutoria y su vinculación al juzgador civil cuando declara la inexistencia del hecho de que la acción civil hubiese podido nacer. Tampoco se fundamenta en el principio de la cosa juzgada porque no existe pronunciamiento judicial alguno de cuya existencia dependa esta imputación que, por fallecimiento del causante, trascienda a sus herederos. Esta responsabilidad constituiría en definitiva un «prius» de pronunciamiento de la jurisdicción civil, consistente en la necesidad de decidir previamente si el causante era o no, partícipe lucrativo de los efectos del delito. Finalmente, aun admitiendo que el único dato de verdadero interés de los procesos penales anteriores es la transferencia de bienes a cuentas del fallecido, es lo cierto que, con independencia de que no se haya apreciado su responsabilidad en dicho concepto y que queda abierta sin efecto vinculante alguno, la posibilidad de que en esta jurisdicción pueda ejercitarse, como se ha hecho, la acción civil correspondiente contra la misma persona, o sus herederos, y probarse en ella que dicha persona fue el autor de los hechos (STS de 28 de noviembre de 1992), la prueba que ha valorado la sentencia ahora recurrida ha descartado expresamente dicha posibilidad, en un supuesto en el que lo que plantea realmente el motivo tiene que ver con la vinculación del tribunal de instancia

a las sentencias penales, y poco con la valoración de la prueba, que desautoriza en su conjunto a partir de la cita del artículo 24 CE; prueba que se refiere a documentos que se han traído del proceso penal, sin ratificación alguna; a calificaciones, como la emitida por el Ministerio Fiscal, y que no sirve de base a la prueba; a informes policiales, sin mayor acreditación de los hechos que refieren y a la relación concreta del Sr. Santos con los fondos recibidos. En definitiva, la actora limitó los medios de prueba a una mera reproducción, muy parcial, de los procesos penales habidos con anterioridad.

No hay error patente, «inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia». La sentencia analiza la prueba obrante en autos sobre la supuesta recepción por D. Santos de fondos precedentes del Grupo Torras a título lucrativo y, entre otras, valora los hechos reflejados en las sentencias penales, extrayendo y alcanzando unas conclusiones motivadas, indudablemente opuestas a las que pretende el recurrente, y esto no permite la tacha que se ha hecho en el motivo de sus conclusiones, pues ninguna sentencia penal se ha pronunciado sobre la condición de partícipe lucrativo de una persona que ha fallecido y que, por tal circunstancia, no pudo defenderse en el proceso, conforme al artículo 24 CE, el mismo artículo que la recurrente invoca como justificación del motivo.

**No hay sucesión *mortis causa* en la responsabilidad civil.**—Si la responsabilidad civil no ha sido declarada respecto del causante, tampoco será posible extenderla a sus herederos que sólo pueden responder como sucesores, razón por la que carecen de interés los demás motivos del recurso extraordinario por infracción procesal. La legitimación del Grupo Torras SA se sustenta como titular de la relación jurídica objeto del proceso, «ya que es acreedora a la indemnización reclamada», así como «para impugnar los actos realizados por los demandados por ser perjudiciales a su derecho», y la de todos ellos «como autores de los actos cuya nulidad se reclama (renuncia a la herencia y aceptación a beneficio de inventario)», es decir, demanda como acreedor de la herencia en defensa de su derecho de crédito, y es evidente que sin prueba que sustente la responsabilidad del Sr. Santos en los casos Pincino y Croesus, decaen necesariamente las acciones formuladas: responsabilidad lucrativa por delito, responsabilidad extracontractual o enriquecimiento injusto pues carece de legitimación activa para ejercitar las consiguientes pretensiones de derecho sucesorio contenidas en la demanda, al no tener interés alguno en la herencia del causante.

Consecuencia de lo cual es la desestimación de los dos motivos restantes del recurso extraordinario por infracción procesal referidos a los actos de aceptación tácita de la herencia y levantamiento del velo de la sociedad Azulintas B. V., así como de los motivos formulados en el recurso de casación sobre actos propios, responsabilidad civil del partícipe a título lucrativo de los efectos del delito, enriquecimiento injusto (condicionado a «la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la debida valoración de la prueba»), aceptación tácita y su irrevocabilidad, sucesión al difunto en todos sus derechos y obligaciones, responsabilidad de los bienes gananciales por deudas de uno de los cónyuges e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, respecto a Azulintas.

Únicamente se aprecia en cuanto a la invocación de la doctrina de los actos propios, que la sentencia recurrida extrae del hecho de que el Grupo Torras y Torras Hostench, demandaran ante la Corte Comercial inglesa en el

año 1993 a 57 personas por los mismos hechos que han dado lugar a este proceso, y no lo hiciera, ni ampliara la demanda, contra la Sr.<sup>a</sup> Berta, que se hace para formar la propia convicción del Tribunal, como argumento de refuerzo, para refrendar la improsperabilidad de la declaración de responsabilidad de la citada, que viene justificada tras la valoración de los datos de prueba referidos.

En consecuencia, los recursos no pueden prosperar, y se imponen a la parte recurrente las costas causadas, de conformidad con los artículos 394 y 398 LEC. (**STS de 31 de mayo de 2017**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El supuesto fáctico es de extraordinaria complejidad cuyo origen se remonta —al menos— a 1993 cuando un ente que en apariencia es un antecesor del recurrente, demanda ante la Corte Comercial inglesa a 57 personas entre quienes no figura Dña. Berta, una de las aquí intervinientes. También se menciona la fecha de 5 de octubre de 1990 como la de la importante transferencia ilegal de dinero (28.500.000 dólares), que será la base inicial de la reclamación definitiva. Complejidad procesal por la exigencia previa de procesos penales, y sucesivas vicisitudes de los subsiguientes civiles. El Ponente, en posesión de la, sin duda, sugestiva historia relevante de este caso, ha elegido los llamados casos *Pincinco* y *Croesus*, entre sí conectados, al objeto de formular doctrina jurisprudencial para una hipótesis, al parecer no frecuente, de responsabilidad civil por participación delictiva cuando el presunto responsable fallece cuando había sido demandado en vida. La acción ha de ejercitarse necesariamente en proceso civil para que pueda defenderse plenamente su sucesor. Doctrina que influye en el problemático campo de la responsabilidad derivada de delito, y también en sucesivas consecuencias de sucesión *mortis causa*, y que parece razonable sostener en nuestro Derecho interno, sobre todo cuando en el supuesto de hecho hay indicios de extraños manejos internacionales. (*G. G. C.*)

## DERECHO MERCANTIL

**29. Competencia desleal. Principio general: la libre imitación.**—La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales contenida en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal, (LCD) parte del principio de que la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre si no existe un derecho de exclusiva que los ampare.

**Competencia desleal. Ámbito territorial.**—Una acción de competencia desleal ejercitada en aplicación de la ley española no puede tener por objeto una conducta realizada en otro Estado, destinada a los ciudadanos del mismo y con efectos en dicho Estado. La ausencia de mención expresa al ámbito territorial en la actual ley no supone que se haya suprimido el límite al ámbito territorial de vigencia de la ley y que pueda aplicarse a cualesquiera actos de competencia desleal realizados en otros Estados.

**Competencia desleal. Ley aplicable: internet.**—La existencia de internet no sirve para que la elección de la ley aplicable y del tribunal competente internacionalmente quede al libre arbitrio del demandante.

**Competencia desleal. Confusión: concepto jurídico.**—La confusión que es considerada desleal, con arreglo al artículo 6 LCD es la que guarda relación con los medios de identificación empresarial, esto es, los signos distintivos, la forma de presentación, los elementos que, en definitiva, informan a los consumidores destinatarios de los bienes y servicios sobre cuál es el origen empresarial y que pueden condensar determinadas percepciones positivas.

**Competencia desleal. Conductas desleales: movilidad laboral.**—En principio, siempre que no se incurra en las conductas de violación de secretos e inducción a la infracción contractual descritas en los artículos 13 y 14 LCD, no constituye conducta desleal contraria a la buena fe la del trabajador o directivo de una empresa que pase a trabajar para otra para ejercer la misma actividad profesional aprovechando su experiencia y conocimientos pues lo contrario supondría tanto como negar la movilidad laboral.

**Competencia desleal. Conductas desleales: determinación.**—El artículo 5 LCD no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley, pero no con aquel modelo de conducta, si es que ello significa propiciar una afirmación de antijuridicidad degradada, mediante la calificación de deslealtad aplicada a acciones u omisiones que no reúnen todos los requisitos que integran el supuesto tipificado para impedir las. Es más, la deslealtad no viene determinada por el hecho de que se hayan imitado las creaciones materiales de un competidor, sino por las circunstancias en las que se ha realizado la imitación.

**Competencia desleal. Imitación desleal: requisitos.**—Para que sea desleal, la imitación debe suponer un aprovechamiento del esfuerzo y tal aprovechamiento ha de ser indebido. La nota genérica de aprovechamiento de lo ajeno explica que en la doctrina y en la práctica se haga hincapié en que el tipo legal sanciona la conducta que parasita el esfuerzo material y económico de un tercero. La deslealtad de la imitación no se basa en el mero aprovechamiento del esfuerzo ajeno, pues de otro modo estaríamos reconociendo un derecho de exclusiva no previsto por el ordenamiento jurídico. Toda imitación supone un cierto aprovechamiento del esfuerzo ajeno, y el principio de libre imitabilidad excluye que la imitación de la creación material ajena sea, *per se*, desleal. La deslealtad se justifica por el modo y la forma en que se llega a estar en condiciones de aprovechar esa prestación ajena objeto de imitación.

**Competencia desleal. Imitación desleal: interpretación.**—Toda imitación implica beneficiarse del esfuerzo del imitado, se ha impuesto una interpretación de la norma del artículo 11.2 LCD que no deje sin contenido efectivo la regla de libre imitación de las prestaciones ajenas no amparadas por un derecho de exclusiva que se contiene en el artículo 11.1 LCD y que, además, respete la función de la Ley de Competencia Desleal como instrumento de protección del mercado y de quienes en él concurren.

**Competencia desleal. Imitación desleal: finalidad.**—El artículo 11.2 LCD, al considerar desleal la imitación de prestaciones con aprovechamiento de esfuerzo ajeno, trata de dar protección indirecta al competidor que con su esfuerzo se ha afirmado en el mercado o pretende afirmarse en él. Se protege a quien ha invertido tiempo y dinero en una creación, material o intelectual,

frente a quien se apodera de su esencia sin tales costes y sin permitir que el pionero se afiance en el mercado.

**Competencia desleal. Imitación desleal: ahorro de costes.**—Para que se produzca el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno por la imitación de sus prestaciones, precisa que concurra un ahorro o reducción significativa de costes de producción o comercialización más allá de lo que se considera admisible para el correcto funcionamiento del mercado, y que no resulte justificada. (STS de 17 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil P. S., S. L. que se dedica a la comercialización de alimentos y complementos alimentarios y ha desarrollado un método para la pérdida y control de peso denominado «método P.», interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona demanda por competencia desleal contra don J. M. y doña F. imputando a los demandados unas actuaciones que incurren en competencia desleal como son haber llevado a cabo actos contrarios a la buena fe, actos de confusión, omisiones engañosas, actos de imitación, explotación de la reputación ajena y violación de secretos. Igualmente, solicita la retirada de los puntos de distribución del libro de don J. M. sobre la referida dieta. Los demandados se opusieron a la demanda negando haber incurrido en los actos de competencia desleal que se denuncian. La sentencia de instancia desestimó íntegramente la demanda e impuso las costas a la actora. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la mercantil P. S., S. L., la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, desestimó el recurso de apelación e impuso las costas a la actora. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**30. Contratos. Principio de buena fe: alcance.**—La jurisprudencia ha declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato no sólo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma obligatoriamente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes; de forma que las obligaciones derivadas del principio de buena fe integran el contrato y, por tanto, su cumplimiento puede ser reclamado por vía de acción.

**Contratos. Excepción *non adimpleti contractus*: presupuesto.**—La aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* requiere que se trate del incumplimiento de una obligación básica del contrato, no bastando cualquier incumplimiento de la prestación, ni el mero incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias.

**Contrato de duración indefinida. Desvinculación unilateral: preaviso: exigencia general.**—En nuestro sistema, como regla, las partes tienen la facultad de desvincularse unilateralmente de los contratos de duración indefinida, pese a lo cual, el deber de lealtad, cuya singular trascendencia en el tráfico mercantil destaca el artículo 57 CCO, exige que la parte que pretende desistir unilateralmente sin causa preavise a la contraria, incluso cuando no

está así expresamente previsto, de conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC, salvo que concurra causa razonable para omitir tal comunicación.

**Contrato de distribución. Aplicación analógica de indemnización por clientela del artículo 28 LCA: no puede descartarse con carácter general.**—De acuerdo con las características de la relación contractual de distribución que vincula a las partes, no puede descartarse, con carácter general, la aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista en el artículo 28 LCA sobre la base de la regulación sectorial afectada.

**Contrato de distribución. Improcedencia aplicación automática y general del régimen de agencia: alcance.**—La doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de una aplicación mimética o automática del régimen jurídico del contrato de agencia al contrato de distribución se extiende no sólo a la compensación por clientela sino también a otras previsiones legales, como es la que se refiere a la obligación de preaviso en caso de resolución de un contrato de duración indefinida.

**Contrato de distribución en exclusiva. Preaviso: exigencia de buena fe y deber de lealtad.**—En supuestos de contratos de distribución en exclusiva que han operado durante largo tiempo, el preaviso es una exigencia de la buena fe con que deben ejercitarse los propios derechos y de la lealtad que debe imperar en las relaciones mercantiles. Por ello, aunque, sea innecesario el preaviso para resolver los contratos de duración indefinida, el ejercicio de la facultad resolutoria de una forma sorpresiva o inopinada, sin un margen de reacción en forma de un prudente preaviso, puede ser valorado como un ejercicio abusivo de derecho, o constitutiva de conducta desleal incurso en la mala fe en el ejercicio de los derechos, que si bien no obsta a la extinción del vínculo, sí debe dar lugar a una indemnización cuando ocasione daños y perjuicios

**Contrato de distribución. Preaviso: indemnización por incumplimiento.**—Los perjuicios derivados del incumplimiento del preaviso no quedan reducidos únicamente al daño emergente, como serían las inversiones realizadas por motivo de la distribución y no amortizadas al tiempo de la resolución del contrato, sino que pueden extenderse también al lucro cesante, al amparo de lo previsto en el artículo 1106 CC. En consecuencia, resulta indemnizable el lucro cesante sufrido por el distribuidor por el incumplimiento del concedente de un preaviso razonable, que hubiera permitido reorientar su actividad comercial, con base en las exigencias derivadas del principio de la buena fe contractual (arts. 1258 CC y 57 CCO).

**Contrato de distribución. Cálculo de la indemnización por clientela: determinación.**—En el contrato de distribución la remuneración está constituida por la diferencia del precio de compra y el precio de venta, pero no es concluyente sobre si dicho cálculo ha de hacerse sobre diferencias brutas o netas. No obstante, sí hay jurisprudencia que considera que en el contrato de distribución, para establecer la cuantía de la indemnización por clientela, ha de utilizarse como criterio orientador el establecido en el artículo 28 LCA, pero calculado, en vez de sobre las comisiones percibidas por el agente, sobre los beneficios netos obtenidos por el distribuidor, esto es, el porcentaje de beneficio que le queda al distribuidor una vez descontados los gastos y los impuestos, y no sobre el margen comercial, que es la diferencia entre el precio de adquisición de las mercancías al proveedor y el precio de venta al público.

**Contrato de distribución. Obligación del concedente de comprar el stock: criterio general.**— En principio, con carácter general, al margen de lo pactado por las partes, la obligación del concedente de comprar el stock del distribuidor no puede ser considerada un elemento natural del contrato, por lo que, a falta de pacto al respecto, su determinación debe de hacerse en el seno de la integración del contrato con arreglo al principio de buena fe y atendiendo a las circunstancias del caso. (STS de 19 de mayo de 2017; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil M. M. S. L., interpuso en el Juzgado de Primera Instancia núm. 64 de Madrid, demanda contra G. M. G.; CO. KG. solicitando se declare la existencia de un contrato de distribución en exclusiva entre ambas partes, el cual fue resuelto de manera unilateral e injustificada por la demandada por lo que, en consecuencia, solicita se le condene a indemnizarla con una suma de dinero, importe que desglosaba, básicamente, en atención a los siguientes conceptos indemnizatorios: por clientela, por falta de preaviso, por valoración del stock, por inversiones no amortizadas y por los «bonus» impagados de acuerdo con los objetivos del año. La demandada se opuso a la demanda. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la mercantil demandada a que abone a la actora determinada cantidad, más los intereses legales de dicho importe desde la fecha de interposición de la demanda, debiendo hacerse cargo del stock de productos de ésta que la actora mantenía en sus almacenes, valorados a precio de coste y con deducción de la cantidad que la demandada adeude a la actora. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes litigantes, la Sección 25.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimó el recurso de la demandante y estimó, en parte, el recurso de la demandada, al no compartir el criterio de la sentencia de primera instancia respecto a la indemnización derivada por el stock que tenía almacenado la distribuidora para el cumplimiento del contrato que finalmente fue resuelto y consideró que, en la relación negocial objeto del litigio, la demandante no había asumido una obligación de mantener en depósito una determinada cantidad de los productos de distribución, pues, en definitiva, la distribuidora compraba en firme a la concedente los productos que le eran solicitados por los clientes, a quienes los revendía, asumiendo los riesgos de esta comercialización, por lo que concluyó que no estaba probada la obligación de recompra del stock. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**31. Contrato de seguro. Acción subrogatoria: quantum.**—El artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS) limita el ejercicio de la acción subrogatoria a la cantidad efectivamente satisfecha, pues la concede una vez pagada la indemnización y precisa que comprende los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieron al asegurado frente a las personas responsables del mismo hasta el límite de la indemnización. Así lo ha admitido la jurisprudencia precisando que el reembolso únicamente puede referirse a dicha indemnización cuando se halla dentro de la cobertura del contrato de seguro.



**Contrato de seguro. Acción subrogatoria: sujetos afectados por mora asegurador.**—La redacción actual del artículo 20 LCS establece con mayor precisión los sujetos a los que afecta la mora del asegurador, entre los cuales se encuentra el tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil, figura en la que no puede incluirse la aseguradora que ejercita la acción de subrogación, entre otras razones, porque ésta puede tener lugar en general en los seguros de cosas (dado que el art. 43 LCS figura entre las disposiciones generales de los seguros de daños), mientras que la acción directa por parte del tercero perjudicado, a la que parece referirse específicamente el legislador, sólo cabe en el seguro de responsabilidad civil (art. 76 LCS), específicamente mencionado en el artículo 20 LCS.

**Contrato de seguro. Acción subrogatoria: carácter especial.**—Desde el punto de vista sistemático, no puede aceptarse la equiparación absoluta entre la acción subrogatoria que corresponde al acreedor, al cesionario de un crédito o a quien paga en interés del deudor, con arreglo a los artículos 1111 y 1212 CC, y el ejercicio de la acción subrogatoria que contempla el artículo 43 LCS. Esta es una acción de carácter específico legalmente prevista en favor de las aseguradoras fuera de los supuestos previstos en el Código civil y con unos requisitos determinados en función de la indemnización efectivamente satisfecha, del importe del daño causado y del ámbito de la cobertura del contrato.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: determinación de su alcance.**—El carácter extraordinario que tiene el recargo por demora está previsto en el artículo 20 LCS, el cual, si bien no puede afirmarse que por sí mismo imponga una interpretación restrictiva, obliga, para determinar su alcance, a examinar la finalidad con que se concibe tanto el ejercicio de la acción subrogatoria del artículo 43 LCS, como el recargo por demora de la aseguradora contemplado en el artículo 20 LCS.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: finalidad.**—La finalidad del recargo por demora previsto en el artículo 20 LCS radica en fomentar el rápido rescarcimiento del asegurado o perjudicado imponiendo sobre la aseguradora que retrasa injustificadamente el cumplimiento de su obligación un recargo indemnizatorio de notoria importancia, pero esta finalidad pierde su sentido cuando se trata de relaciones entre aseguradoras.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: admisibilidad de la cesión de crédito.**—El recargo de demora, previsto en el artículo 20 LCS, puede formar parte del contenido contractual de una cesión de crédito expresamente contemplada en la reglamentación contractual del contrato de seguro que vincula a las partes. No hay disposición legal que la prohíba, por lo que las partes pueden acordarla al amparo del artículo 1255 del CC; sin que haya fundamento para una aplicación restrictiva de la cesión de los intereses de demora. En consecuencia, el recargo de demora previsto en el artículo 20 LCS, puede ser parte integrante de los derechos que conforman el contenido obligacional del crédito cedido.

**Contrato de seguro. Recargo por mora: legitimación en cesión de crédito.**—La legitimación resultante de la cesión del recargo por mora no es extraordinaria o legal, pues deriva del propio título contractual acordado por las partes. De forma que, una vez perfeccionada la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del crédito cedido con el contenido contractual que tenía en origen, por lo que puede exigir dicho crédito a el deudor cedido sin

ninguna restricción o limitación al respecto (arts. 1112 y 1528 CC). (**STS de 19 de junio de 2017**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno.]

HECHOS.—La representación procesal de la mercantil S. F. E. O., S. L., interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, contra la aseguradora A., S. A., solicitando se condene a la demandada al abono de determinadas cantidades, y en consecuencia al pago de los intereses legales moratorios especialmente previstos en la Ley del Contrato de Seguro. Esta reclamación trae causa de unos contratos de cesión de crédito por los que los familiares de doña S., habían cedido a la entidad demandante los créditos que pudieran derivarse de un contrato de seguro de decesos que ostentaban frente a la demandada. Esto es, el presente caso plantea, si el cesionario de un crédito, de un seguro de defunción, tiene legitimación activa para reclamar al deudor cedido (la entidad aseguradora) el recargo por demora que contempla el artículo 20 LCS. La demandada se opuso alegando que no procedía dicho pago al estar reservada la posibilidad de sustituir los servicios cubiertos por el seguro únicamente en casos de fuerza mayor, igualmente negó la legitimación activa de la demandante por no ser ésta la titular que había asumido el pago de los sepelios al no constar la cesión de crédito de los herederos de los finados. La sentencia de instancia estimó la demanda y condenó a la demandada al abono de ciertas cantidades y a satisfacer los intereses del artículo 20 LCS. Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la aseguradora A., S. A., la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó la sentencia recurrida en cuanto a la condena a los intereses que serán los legales, confirmándola en el resto de pronunciamientos y sin hacer expresa imposición de costas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación.

NOTA.—Conviene señalar que la sentencia del TS 206/2016, de 5 de abril, había precisado que la finalidad del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización por el asegurador que, conoedor del siniestro, haya constatado, o habría podido constatar empleando la debida diligencia, que, en caso de litigio sobre la cuestión, la probabilidad de que los tribunales terminen apreciando culpa del asegurado es claramente más alta que la probabilidad de que acaezca lo contrario. Con carácter general, el propósito del artículo 20 LCS es sancionar la falta de pago de la indemnización, o de ofrecimiento de una indemnización adecuada, a partir del momento en que un ordenado asegurador, teniendo conocimiento del siniestro, la habría satisfecho u ofrecido. Siempre a salvo el derecho del asegurador de que se trate a cuestionar después o seguir cuestionando en juicio su obligación de pago y obtener, en su caso, la restitución de lo indebidamente satisfecho. Por tanto, no puede considerarse justificada la negativa al pago o consignación del asegurador que elude el deber de observar una actitud diligente a fin de lograr la rápida liquidación del siniestro (SSTS de 1 de julio de 2008, RC núm. 372/2002 y 7 de enero de 2010, RC núm. 1188/2005, entre otras), adoptando una conducta pasiva al

margen de su deber de poner en marcha los mecanismos a su alcance para determinar económicamente el valor del daño y lograr la pronta satisfacción de la víctima, con omisión de la obligación de pagar o consignar en los tres primeros meses siguientes al siniestro al menos el importe mínimo de lo que fuera debido. (N. D. L.)

## DERECHO PROCESAL

**32. Recurso de revisión. Caducidad del plazo de tres meses para interponerlo. Diferencia entre plazo procesal y plazo sustantivo. Necesidad de permitir que el plazo sustantivo se agote en su totalidad.**—Notificada la sentencia el 27 de enero de 2014, la interesada comparece ante el Juzgado en solicitud de justicia gratuita el 28 de abril del mismo año. La acción de revisión no había caducado al finalizar el día 27 de abril, que fue domingo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 133.4 LEC. Y ello a la luz de la doctrina establecida acerca de la regla del artículo 135.1 LEC y los plazos de caducidad de Derecho sustantivo, pues la posibilidad de presentar escritos sujetos a plazo hasta las quince horas del día siguiente hábil al del vencimiento, es una regla prevista para los plazos procesales y no para los sustantivos. La diferencia entre unos y otros es evidente, ya que únicamente ofrecen carácter procesal los que tengan su origen en una actuación de igual clase (notificación, citación, emplazamiento o requerimiento), entre los que no están aquéllos a los que se asigna un determinado plazo para el ejercicio de una acción (STS de 29 de abril de 2009). Al hilo precisamente de la regla del artículo 135 LEC, se ha declarado que las normas que establecen plazos para la realización de trámites procesales suponen el «reconocimiento» del derecho a disponer del plazo en su totalidad (SSTC de 30 de octubre de 2000, 26 de septiembre de 2005 y 24 de septiembre de 2007), por lo que vulneran el derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), por el desproporcionado sacrificio que comportan, las resoluciones judiciales que producen como resultado final una reducción del correspondiente plazo legal, convirtiendo en impracticable el citado derecho a disfrutar del plazo en su integridad (SSTS de 14 de marzo de 2005, 12 de febrero y 10 de septiembre de 2007).

**Documentos anteriores a la sentencia firme objeto de revisión. No sirve a la revisión que los documentos fueran posteriores a la sentencia revisada.**—De acuerdo con el artículo 510.1.º LEC, se requiere que los documentos hayan sido obtenidos o recuperados después de pronunciada la sentencia firme cuya revisión se pretende (SSTS de 27 de junio de 2012 y 27 de diciembre de 2013), y no se haya podido disponer antes de ellos por fuerza mayor o por obra de la otra parte; por lo que tiene que tratarse de «documentos que tuvieran existencia ya en el momento de dictarse la sentencia que se pretende revisar, no aquellos otros que sean posteriores o sobrevenidos a ella (ATS de 16 de diciembre de 2015 y SSTS de 19 de enero de 2011, 18 de julio de 2011, 25 de enero de 2005 y 23 de noviembre de 2002, entre otras). Siendo, en consecuencia, doctrina de esta Sala que «el documento recobrado ha de tener existencia con anterioridad al momento en que precluyó para la parte la posibilidad de aportarlo al proceso, en cualquiera de las instancias, ya que la causa de no haber podido el demandante de revisión disponer de él ha de

ser, en la previsión legal, no su inexistencia en aquel momento, sino la fuerza mayor o la actuación de la otra parte» (SSTS de 22 de diciembre de 2010, 4 de abril de 2011, 10 de junio de 2013, 18 de diciembre de 2013 y de 13 de octubre de 2015; así como ATS 16 de diciembre de 2015). (**STS de 9 de febrero de 2016**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.]

HECHOS.—La Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia en enero de 2014 confirmando la de instancia en la que se estimaba la demanda formulada contra A., y se declaró resuelto el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la actora, al entender que procedía la denegación de la prórroga forzosa por necesitar la vivienda la propietaria arrendadora para sí, y condenó a A. a dejarla libre y a disposición de la dueña. La demandada planteó demanda de revisión basada en el motivo 1.º del artículo 510 LEC («Si después de pronunciada —sentencia firme—, se recobraren u obtuvieren documentos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»). En este sentido, ha de señalarse que mientras se tramitaba el recurso de apelación, posteriormente desestimado, falleció el padre de la actora, por cuya virtud ésta vino a ser propietaria por herencia de veintiuna viviendas sitas en la misma ciudad, alegando la demandante en revisión que la actora del juicio de desahucio había ocultado tales hechos a la demandada, quien vino a tener conocimiento de esta situación de forma casual y una vez dictada sentencia de desahucio por la Audiencia Provincial, acudiendo posteriormente al Registro de la Propiedad para obtener las correspondientes notas informativas que acreditaban la referida adquisición hereditaria por parte de la promotora del desahucio. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de revisión. (*L. A. G. D.*)



