

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**TOMO LXXIII, FASCÍCULO I**

**Enero-marzo, 2020**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

**BOE** BOLETÍN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# **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).

## **ADMINISTRACIÓN**

### **Ministerio de Justicia**

(Centro de Publicaciones)

C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

## **VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES**

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

C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

[tienda@boe.es](mailto:tienda@boe.es)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXXIII, FASCÍCULO I  
Enero-marzo, 2020

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2020

<https://cpage.mpr.gob.es>

---

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

---

NIPO (AEBOE): 090-20-072-9 (edición en papel)  
090-20-071-3 (edición en línea, pdf)  
NIPO (M. de Justicia): 051-15-002-0 (edición en papel)  
051-15-003-6 (edición en línea, pdf)  
ISSN: 0210-301X (edición en papel)  
2659-8965 (edición en línea, pdf)  
Depósito Legal: M-125-1958

---

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

## ÍNDICE

*Pág.*

### Estudios monográficos

Fernando GÓMEZ POMAR/Mireia ARTIGOT GOLOBARDES: «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria» .....	7
María Reyes CORRIPIO GIL DELGADO: «La protección patrimonial de la persona mayor» .....	101
Víctor BASTANTE GRANEL: «La ( <i>quasi</i> ) transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre la vivienda habitual» .....	143

### Cuestiones actuales

Nieves MORALEJO IMBERNÓN: «El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales» .....	241
--	-----

### Bibliografía

#### LIBROS

A cargo de: Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO	
CARTWRIGHT, John (trad. Juan Pablo Murga Fernández; ed. Francisco Capilla Roncero): «Introducción al Derecho inglés de los contratos», por Antonio Legerén-Molina .....	283
GARCÍA GARNICA, M. <sup>a</sup> del Carmen/MARCHAL ESCALONA, Nuria (dirs.)/QUESADA PÁEZ, A./MORENO CORDERO, G. (coords.): «Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia», por Isabel González Pacanowska/ M. <sup>a</sup> Ángeles Sánchez Jiménez .....	290
ROCA, María José/GODOY, María Olaya (coords.): «Patrimonio histórico-artístico de la Iglesia Católica. Régimen jurídico de su gestión y tutela», por Antonio Pau .....	298

#### REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Francisco OLIVA BLÁZQUEZ/Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ/Davina CADENAS OSUNA .....	303
--	-----

### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

#### SENTENCIAS COMENTADAS

Esther GÓMEZ CALLE: «Reclamación de alimentos y retraso desleal. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164) .....	341
--	-----

#### SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, José María MARTÍN FABA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN, Antonio Ismael RUIZ ARRANZ, Francisco SANTANA NAVARRO .....	375
---	-----

## ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

# Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria\*

**FERNANDO GÓMEZ POMAR**

Catedrático de Derecho civil

Universitat Pompeu Fabra

**MIREIA ARTIGOT GOLOBARDES**

Profesora Lectora

Universitat Pompeu Fabra

### RESUMEN

*El trabajo examina la experiencia española en materia de litigación sobre cláusulas no negociadas en la contratación hipotecaria a la luz de los conceptos económicos básicos que permiten desentrañar la función contractual de las mismas. El análisis se hace en términos de los costes, los precios y el excedente contractual conjunto y el individual de las partes en el contrato, aplicándose a continuación a las principales cláusulas debatidas judicialmente en España: cláusulas suelo, cláusulas de vencimiento anticipado, cláusulas sobre comisión de apertura, cláusulas de gastos (incluyendo Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, aranceles notariales y registrales y gastos de gestoría y tasación). Finalmente, se desarrolla la crucial distinción entre cláusulas productivas y distributivas y su incidencia en el modo de interpretar y aplicar el juicio de transparencia material y el juicio de abusividad que resultan de la normativa europea y española sobre condiciones generales en la contratación de consumo.*

### PALABRAS CLAVE

*Condiciones generales. Contratos de préstamo hipotecario. Costes y precios. Excedente contractual. Transparencia material y abusividad.*

---

\* 27 de diciembre de 2019.

## Costs, prices and contract surplus in legal controls over standard terms, especially in mortgage contracts

### **ABSTRACT**

*The article looks at the Spanish litigation wave over standard terms in mortgage loans under the lenses provided by basic economic notions that shed light on the contractual function of various contract clauses. The analysis deploys the essential toolkit of costs, prices, and contract surplus and projects it over the terms that have constituted the bulk of recent litigation in Spain: adjustable interest rate floors, acceleration clauses, administration fees, taxes and expenses clauses (including notarial and registry fees, appraisal fees and handling fees). The crucial distinction between productive and distributive clauses is introduced in order to interpret and apply the substantive transparency and unfairness tests over standard contract terms to be found in EU and Spanish consumer contract law.*

### **KEYWORDS**

*Standard contract terms. Mortgage loans. Costs and prices in contracting. Contract surplus. Transparency and unfairness tests.*

SUMARIO: 1. Introducción: El sustrato económico de la contratación de consumo.—2. Condiciones generales y su control en el Derecho de la UE y el Derecho español. a) Ventajas y desventajas contractuales de la estandarización de términos en el contrato. b) Control de transparencia sobre condiciones generales en la Directiva 93/13. c) Control de abusividad de condiciones generales. d) Control de transparencia material.—3. Los costes en los contratos de consumo y su relación con los precios. a) Las distintas dimensiones de los costes de producción de productos y servicios b) El precio de los productos y servicios y los costes de producción.—4. La distinta función de las cláusulas contractuales y su incidencia en el control jurídico sobre las mismas.—5. La litigación española sobre contratos de crédito hipotecario. 5.1 Cláusulas productivas. 5.1.1 Cláusulas suelo. 5.1.2 Cláusulas de vencimiento anticipado. 5.1.3 Comisión de apertura. 5.2 Cláusulas distributivas. 5.2.1 Cláusulas que se refieren al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. 5.2.2 Cláusulas relativas a los aranceles notariales y los aranceles registrales. a) Aranceles notariales. b) Aranceles registrales. 5.2.3 Cláusulas sobre gastos de gestoría y tasación.—6. La aplicación de los controles *ex post* sobre condiciones generales en los contratos de crédito hipotecario en España. 6.1 El control sobre condiciones contractuales productivas. 6.2 El control sobre cláusulas distributivas.—7. Conclusión.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL SUSTRATO ECONÓMICO DE LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO

El precio de los bienes y servicios intercambiados entre empresas y consumidores (o entre empresas) está directamente relacionado con los costes de producirlos. Lo anterior no presupone identidad, naturalmente, como podremos comprobar de inmediato y como intuitivamente conocemos todos cuando actuamos como contratantes. Pero es indudable que un oferente, si hace un cálculo prospectivo y racional, se inclinará por no producir y ofrecer un producto o servicio en el mercado si el precio que espera recibir por él no es, como mínimo, igual a lo que le cuesta producirlo.<sup>1</sup> La teoría económica y la práctica comercial arrojan evidencias incontestables del reflejo de los costes de producción –en sentido amplio– en el precio de los productos y/o servicios.

En el plano jurídico, las transacciones económicas de toda índole se articulan a través de contratos. El Derecho se ocupa de clarificar o determinar distintas cuestiones en relación con las transacciones que realizan individuos y empresas: (i) precisa cuáles son los requisitos necesarios cuya satisfacción exige para considerar que estamos ante un contrato jurídicamente vinculante –también los aspectos relativos a la información que han de poseer una o ambas partes y a la forma de consentir el contrato–; (ii) prevé reglas sobre la interpretación de lo acordado y sobre el contenido de las acciones que han de adoptar los contratantes, bien necesaria o imperativamente, con independencia de lo acordado, o bien, más frecuentemente, en defecto de los términos previstos por las propias partes; (iii) dispone remedios o mecanismos de reacción en caso de incumplimiento por cualquiera de los contratantes de sus compromisos contractuales. Por medio de una adecuada intervención en estas dimensiones del contrato, un sistema jurídico puede contribuir decisivamente a promover que se celebren intercambios mutuamente beneficiosos para las partes y que los mismos se hagan bajo los términos y condiciones más deseables para los intervenientes.

Los contratos que concluyen las partes contienen cláusulas contractuales heterogéneas –desde el punto de vista económico– que reflejan los diferentes parámetros y las distintas variables que definirán la interacción entre las partes. Entre estas, los contratantes incluyen cláusulas que reflejan, asignan y distribuyen los costes de producción del producto o servicio y que, a su vez, configuran el precio –total– del producto o servicio y el sacrificio –monetario,

---

<sup>1</sup> En caso de bienes ya producidos, o de recursos productivos que no pueden, por su naturaleza, permanecer ociosos, el llamado coste de oportunidad, esto es, el mejor rendimiento alternativo que le reportaría los bienes o los recursos.

generalmente, pero no siempre— que supondrá finalmente para el consumidor. Con esas cláusulas contractuales, además, las partes determinan e incentivan conductas o acciones que aumentan o reducen el excedente total (la ganancia conjunta) del contrato, y la distribuyen o reparten, explícita e implícitamente, entre las partes. En el caso de los contratos de consumo, esas dimensiones económicas fundamentales no se hallan, ni mucho menos, ausentes, y sirven igualmente para comprender las funciones sustanciales que desempeñan los términos y condiciones del contrato, tanto los negociados como los no negociados.

En las secciones siguientes se explica detenidamente cómo el instrumental económico básico resulta imprescindible para configurar adecuadamente y entender cabalmente un régimen de intervención judicial *ex post* sobre el contenido del contrato como el que existe en España y en Europa en materia de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

En efecto, los sistemas jurídicos de los Estados Miembros de la UE disponen de un complejo entramado de reglas y doctrinas, en buena medida con origen inmediato en el Derecho de la UE (y, mediáticamente, en parte no desdeñable, en el Derecho alemán) para abordar los riesgos de la estandarización de términos del contrato fruto del despliegue de clausulados contractuales no negociados con la contraparte, singularmente con una contraparte que tenga la condición de consumidor.<sup>2</sup> Para aplicar de manera socialmente ventajosa este conjunto normativo, no digamos ya para trazarlo con un mínimo de criterio y buen sentido, es imprescindible entender la entraña económica de las relaciones contractuales subyacentes, pues de lo contrario se corre el riesgo de diseñar, interpretar e implementar reglas y doctrinas jurídicas que gobiernan la estructura contractual de las transacciones económicas de espaldas a lo que el buen funcionamiento de estas, también en favor de los consumidores, aconseja o incluso exige.

Desgajar el entramado normativo que rige el enorme caudal de operaciones de adquisición de bienes y servicios en una sociedad compleja de su sustancia económica no nos parece una política jurídica recomendable. Desafortunadamente, esta cesura ha prevalecido en el pasado y aún hoy domina en un alto grado el entendimiento jurídico de los problemas contractuales, singularmente los de la contratación en masa. En el caso español, este defectuoso entendimiento económico de la intervención jurídica sobre las con-

---

<sup>2</sup> En el presente trabajo nos centramos en la contratación de consumo, aunque una parte de las cuestiones problemáticas que suscita la estandarización contractual mediante condiciones generales de contrato toca también a la contratación entre empresarios o profesionales. Sobre esta cuestión, ALBIEZ DOHRMANN, 2009.

diciones generales ha provocado centenares de miles de demandas<sup>3</sup> (con enormes costes para la administración de justicia y la sociedad) en buena medida fútiles para mejorar la posición de los consumidores. Muchas de ellas todavía saturan nuestro ya de por sí sobrecargado sistema de justicia. Además, han generado una conmoción en el Derecho privado patrimonial y en la administración de justicia de la que acaso aún tardaremos en reponernos.

Por ello, en este trabajo defendemos precisamente una aproximación opuesta: solo prestando atención a la –más que evidente, podríamos añadir– sustancia económica de la contratación, es posible encontrar soluciones socialmente provechosas a los problemas –innegables también– que suscita la estandarización de términos contractuales en la contratación de consumo.

Para presentar razonadamente la justificación de nuestra postura, este trabajo se estructura en las siguientes secciones: en la Sección 2 se sintetizan los controles *ex post* sobre las cláusulas predispuestas en Derecho de la UE y en Derecho español, a la vista de las cuestiones problemáticas que suscita la contratación estandarizada; en la Sección 3 se presentan distintas categorías de costes en la provisión de bienes y servicios en la contratación de consumo y su relación con los precios de los contratos; la Sección 4 se dedica a presentar nociones fundamentales de la economía del contrato como es la del excedente contractual y su papel para caracterizar distintas cláusulas del contrato, señaladamente las productivas frente a las distributivas; la Sección 5 ilustra los conceptos de las secciones anteriores mediante su aplicación a los principales ejemplos que arroja la litigación hipotecaria española; la Sección 6 elabora cómo la distinción entre cláusulas productivas y distributivas se proyecta sobre el entendimiento de los controles de transparencia material y abusividad sobre condiciones generales de contrato; la Sección 7 ofrece una breve conclusión.

## 2. CONDICIONES GENERALES Y SU CONTROL EN EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO ESPAÑOL

### A) VENTAJAS Y DESVENTAJAS CONTRACTUALES DE LA ESTANDARIZACIÓN DE TÉRMINOS EN EL CONTRATO

Para comprender el papel de la intervención jurídica sobre la contratación en masa es preciso comenzar con una breve indica-

<sup>3</sup> Puede compararse la experiencia española con la de algún otro país que padeció burbuja y crisis hipotecaria comparables a las nuestras, pero que ha canalizado las reclamaciones contra el sector financiero de forma más concentrada y menos caótica que nosotros: COAKLEY y DANIEL, *Minn. Law Rev.*, 2019, p. 2477.

ción acerca de las oportunidades y riesgos que la estandarización en el contrato presenta para el bienestar de los consumidores y el bienestar social o, eventualmente, para otros objetivos relevantes, como la autonomía y libertad de determinación en la esfera contractual.

Por un lado, el uso de condiciones generales de contrato presenta, por sus características, ciertas ventajas en los procesos de contratación: contribuye a la reducción de costes de transacción y permite la uniformidad del clausulado contractual, con lo que se evitan discrepancias entre los distintos contratos que realiza la misma empresa. Ello permite economías de escala que abaratan el coste de contratar por unidad de producto o servicio o por euro pagado al oferente. Estas reducciones de costes de contratar sobre bienes y servicios no benefician en exclusiva a los productores y vendedores, sino que pueden, vía reducciones de precios, alcanzar –incluso en su totalidad– a los consumidores en tales mercados.

Por otro lado, la existencia de estos beneficios se acompaña, inevitablemente, de desventajas. La estandarización contractual que comporta la utilización de condiciones generales de la contratación genera riesgos para la situación de quienes se enfrentan, pasivamente en su mayoría, a este fenómeno<sup>4</sup>. Esto suscita una natural preocupación en legisladores, tribunales y juristas en general. De hecho, se suele argumentar –y no de forma injustificada– que en el contexto de las condiciones generales de la contratación, solo se puede hablar de forma limitada y superficial de consentimiento contractual<sup>5</sup>, debido a que los consumidores, en muchas ocasiones, no son conocedores del contenido, efectos e implicaciones de las condiciones generales de la contratación, ya sea por el desconocimiento de su propia existencia en el documento contractual, o porque no saben o entienden sus implicaciones legales y económicas<sup>6</sup>. Algunos autores han calificado estos contratos estandarizados como «seudocontratos», puesto que las condiciones

<sup>4</sup> Véase CHEN-WISHART, 2015, p. 105, quien destaca los retos de la contratación con condiciones generales para la teoría del contrato.

<sup>5</sup> Véase, RADIN, 2012, pp. 19-33. Otros argumentan que la falta de consentimiento por parte de los consumidores no es, en sí, preocupante, puesto que hay otros medios (reputación, búsqueda por parte de consumidores sofisticados, obligaciones regulatorias y prohibiciones) que fijan límites efectivos a los excesos que las empresas puedan cometer cuando tratan de ejecutar aquellas condiciones generales de la contratación que afectan negativamente al bienestar de los consumidores: OMAN, 2017, capítulo 7. Las varias dimensiones del «consentimiento» son un tema clásico de la teoría de contratos en la tradición del *Civil Law*: Véase, entre otros muchos, MEDICUS (2010). En la tradición del *Common Law*, el interés por las múltiples dimensiones del consentimiento parece ser más reciente: BIX, 2018; KIM, *Nevada L. J.* 2017, p. 165.

<sup>6</sup> Debe notarse, no obstante, la tendencia hacia cláusulas más «amigables» para el adherente, orientadas a diferenciar al predisponente de otros competidores, tal y como evidencia en algunos ámbitos HOFFMANN, *Univ. Chicago L. Rev.*, 2018, p. 1395.

generales de la contratación no son fruto del acuerdo mutuo, del entendimiento conjunto del intercambio y sus términos y condiciones, que es lo que estos autores consideran elemento esencial e insoslayable de cualquier contrato que merezca este nombre<sup>7</sup>.

Aún más, semejante falta de conocimiento por parte del consumidor del contenido e implicaciones que la conclusión del contrato puede suponer para el excedente conjunto que derive de la transacción proyectada, así como para el excedente individual para el contratante que no ha participado en definir los términos del intercambio, podría derivar en pérdidas de eficiencia. Anticipando la falta de conocimiento o la errónea evaluación por el consumidor-adherente, y con el fin de maximizar su excedente contractual individual, el predisponente puede verse tentado de incorporar condiciones generales que no conduzcan a la maximización del excedente contractual conjunto (pero que aumenten al máximo el excedente individual de la empresa predisponente a costa del excedente del consumidor)<sup>8</sup>.

En términos económicos, lo que resulta más preocupante no es el desequilibrio *per se* en favor del empresario o profesional, o la diferente posición contractual de las partes, sino que la asimetría en las respectivas posiciones puede dar lugar a contratos que (i) no maximizan las ganancias derivadas de la operación incluso si son superiores a las derivadas de las alternativas existentes en el mercado, (ii) no mejoran el bienestar del consumidor respecto de las alternativas de que dispone y (iii) no incrementan el bienestar con respecto al *statu quo* o al punto de partida –previo al contrato– de las partes.

No obstante, algunos autores cuestionan la trascendencia efectiva de los riesgos que las condiciones generales de la contratación presentan en términos de eficiencia. Argumentan que estas eventuales pérdidas son más aparentes que reales, desde el momento en que estas cláusulas unilateralmente impuestas e «ineficientes por su contenido» son mecanismos defensivos empleados por las empresas predisponentes para disciplinar a consumidores oportunistas. A pesar de su aparente dureza, no serán utilizadas como herramientas «ofensivas» para reducir el bienestar del consumidor, pues el interés de la empresa por preservar su reputación en el mercado las disuadirá de usar condiciones generales de la contratación

<sup>7</sup> Véase, KAR y RADIN, *Harvard L. Rev.*, 2019, p. 1135.

<sup>8</sup> Para un temprano análisis económico de las condiciones generales como un problema de selección adversa que reduce los niveles de calidad del «producto» (el contenido contractual), véase ADAMS, 1984, p. 655; ADAMS, 1989, p. 781.

con esta finalidad de aprovecharse del consumidor.<sup>9</sup> En un sentido no tan distinto, se ha argumentado recientemente que muchas condiciones generales de la contratación no tienen por objetivo su cumplimiento u observancia en la realidad de la relación contractual<sup>10</sup>, atendiendo a (i) la baja probabilidad de que sean ejecutadas efectivamente; (ii) que tratan de influir en la decisión del consumidor más allá de la mera decisión de comprar; (iii) que son redactadas por la empresa con la intención de inducir al consumidor a que actúe en un determinado modo.

En el lado opuesto, otras opiniones<sup>11</sup> argumentan que el potencial de las condiciones generales de la contratación y otros mecanismos empleados por las empresas con el fin de absorber el excedente y abusar de los consumidores, es aún más grave en el entorno digital hoy dominante, pues las empresas no solo pueden extraer beneficios de la ignorancia, falta de información y pasividad de muchos consumidores, sino que también pueden beneficiarse de los sesgos cognitivos generalizados y de los defectos idiosincráticos de cada consumidor. En otras palabras, el abuso instrumentado a través de términos contractuales no negociados se orienta hacia unos perfiles determinados de consumidores concretos, lo que hace el abuso más eficaz y alarmante, tanto por los resultados en sí de la cláusula contractual favorable a la empresa, como por el hecho de que para esos concretos consumidores el abuso pasa inadvertido –y así, se evita la reacción dirigida a eliminar o compensar el efecto de la cláusula–. Algunos incluso usan la metáfora «intercambio zombi» y «contratos zombi» para referirse a la contratación estandarizada en la era digital<sup>12</sup>.

Se arguye igualmente que la estandarización de términos del contrato puede permitir una más eficaz ocultación de la extracción de excedente contractual por parte de la empresa predisponente, a través de la apariencia de una regulación equilibrada que en realidad disfraza un traslado de costes sobre el consumidor<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Véase, BECHUK y POSNER, *Mich. L. Rev.*, 2006, p. 833. Una evidencia en este sentido la encontramos en el sector de la música en *streaming*, donde una encuesta revela la nula aplicación efectiva en detrimento de los consumidores de ciertas cláusulas en condiciones generales en contratos de consumo insertas con objeto de restringir la facultad de los consumidores de beneficiarse de la excepción del *fair use* frente al derecho de exclusiva del titular de los derechos de autor: RUB, *Virginia L. Rev.*, 2017, p. 1141.

<sup>10</sup> HOFFMANN, *U. Chicago L. Rev.*, 2018, p. 1395.

<sup>11</sup> CALOY ROSENBLAT, *Columbia L. Rev.*, 2018, p. 1650; CALO, *George Washington U. L. Rev.*, 2014, p. 1001.

<sup>12</sup> LEIB, y EIGEN, *Univ. of Illinois L. Rev.*, 2017, p. 76.

<sup>13</sup> GILO y PORAT, *Michigan L. Rev.*, 2006, p. 1014.

Existe evidencia<sup>14</sup>, entre otros problemas, de que los contratos estandarizados frecuentemente contienen cláusulas inválidas por su contenido, pues niegan (o restringen) derechos irrenunciables y atribuidos de forma imperativa al consumidor, o incluso le generan una falsa representación acerca la regla jurídica que resultaría de aplicación en caso de que esa cláusula no estuviera incorporada en el contrato, induciendo, en los consumidores una percepción errónea sobre determinadas acciones o situaciones contractuales y posibles remedios o mecanismos de reparación.

Parece, pues, que hay razones para ocuparse de manera particularmente incisiva de las condiciones generales de contrato. Contamos con datos de la realidad que nos hacen pensar que pueden suponer una pérdida en términos de eficiencia en las operaciones económicas entre empresas y consumidores. Es razonable, en términos de política jurídica, que los legisladores, los tribunales y la doctrina hayan tratado de diseñar herramientas jurídicas para abordar el fenómeno de las cláusulas contractuales estandarizadas, en especial en relación con consumidores. Cuestión distinta es si el régimen legal que se aplica en distintos ordenamientos se corresponde efectivamente con los verdaderos riesgos de la estandarización de términos del contrato.

En Derecho de la UE, el fundamento que se aduce para justificar los controles legales sobre las condiciones generales de la contratación radica en las asimetrías informativas que caracterizan la contratación con consumidores, así como en la ausencia de igualdad en las posiciones negociales de los contratantes.

La Directiva 93/13<sup>15</sup>, que es la norma europea por excelencia en este ámbito, se ocupa de la transparencia (aunque no la denomina así explícitamente) y la abusividad (*unfairness*) de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre empresarios y consumidores. A los efectos de analizar si ambos elementos son determinantes para una cláusula contractual, la Directiva toma como punto de apoyo principal la circunstancia de si aquella versa o no sobre la definición del objeto principal del contrato<sup>16</sup>.

La Directiva 93/13 no pretende imponer un marco jurídico completo sobre el régimen de las cláusulas abusivas y los efectos

<sup>14</sup> FURTH-MATZKIN, *Journal of Legal Analysis*, 2017, p. 11; FURTH-MATZKIN, *Working Paper, John M. Olin Program in Law, Economics and Business, Harvard Law School*, 2018, p. 18.

<sup>15</sup> Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, *OJL 95*, 21 de abril de 1993, pp. 29-34 (en adelante, la Directiva 93/13 o, simplemente, la Directiva).

<sup>16</sup> Véase la Directiva 93/13. Véase, también, la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo núm. 788/2017 de 9 de marzo de 2017.

legales de tal declaración<sup>17</sup>. Es una Directiva de armonización mínima que no cubre todos los posibles escenarios resultantes de las distintas dimensiones que toma en consideración. Por ejemplo, las condiciones generales de la contratación que definen el objeto principal del contrato están, salvo que sean no transparentes formal o materialmente, fuera del ámbito de aplicación de la abusividad. Al mismo tiempo, la Directiva no contempla explícitamente las consecuencias de que una cláusula no cumpla con las exigencias de transparencia previstas por la Directiva. Estas son cuestiones que se dejan, en principio al margen de apreciación y aplicación de los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros.

## B) CONTROL DE TRANSPARENCIA SOBRE CONDICIONES GENERALES EN LA DIRECTIVA 93/13

Son incontables, en España y en otros países europeos, las posiciones doctrinales acerca de la compleja estructura de controles sobre las cláusulas no negociadas que dispone la Directiva 93/13. A continuación presentamos brevemente el panorama que emerge tras más de 25 años de su aplicación y muchos pronunciamientos del TJUE que tratan de clarificar –aunque no siempre lo consigan, ni mucho menos– su significado.

Puede argumentarse que la Directiva regula una modalidad o nivel de control que puede entenderse como de transparencia formal, externa o general. Acaso más exactamente, una serie de requisitos ligados a la idea de transparencia en la presentación exterior del contrato como fenómeno perceptible por los sentidos y legible o comprensible en sus propios términos. Todas las condiciones generales

---

<sup>17</sup> Una de las dimensiones que supera el ámbito de regulación de la Directiva es el de la prioridad en la intervención de la autoridad –judicial o extrajudicial– encargada de la determinación del carácter abusivo de una condición general. Al respecto hay dos modelos alternativos que parecen, en abstracto, viables: (i) el que prevalece en el Derecho de la competencia, en el que las demandas civiles siguen al procedimiento administrativo de las autoridades de la competencia que determina la infracción y las sanciones administrativas; (ii) alternativamente, aquel en que los Tribunales deciden primero y que, tras este pronunciamiento, se imponen en su caso las correspondientes sanciones administrativas. El último modelo expuesto parece asumir que las controversias entre actores privados deberían ser primero decididas en sede judicial, antes de que las autoridades administrativas puedan intervenir y, eventualmente, imponer sanciones. Se pronuncia a favor de esta posición, CORDERO LOBATO, «No cabe sanción administrativa por «Introducción de cláusulas abusivas en los contratos» sin la declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula», *Centro de Estudios de Consumo*, 8 de julio de 2017 (2017), quien defiende la necesidad de un pronunciamiento judicial declarativo de la abusividad de una cláusula antes de que se impongan cualesquiera sanciones administrativas. Sentencias recientes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo han rechazado esta visión: Sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo núm. 1557/2017 de 16 de septiembre de 2017, núm. 647/2019 de 21 de mayo de 2019 y núm. 849/2019 de 18 de junio de 2019.

de la contratación deben superar este primer nivel de exigencia, independientemente de su papel en el contrato, en concreto, de si configuran o definen el objeto principal del contrato o no. El propósito que parece subyacer al control de transparencia externa es el de garantizar que los contratos de consumo se redacten y se presenten de manera clara y comprensible para que el consumidor pueda tener conocimiento del contenido de los términos que definen y delimitan la vinculación del consumidor al contrato y que no han sido negociados, sino predispuestos<sup>18</sup>, dado que cabe presuponer que los términos negociados sí han sido conocidos por ambas partes.

Un control de esta naturaleza asume, casi como premisa lógica, que la parte adherente es conocedora de la inclusión de la cláusula o cláusulas no negociadas, y por ello, que existe un deber legal por parte del predisponente de tomar las medidas necesarias para hacer ese conocimiento posible<sup>19</sup>.

La Directiva no regula expresamente las consecuencias de que una cláusula no cumpla con los requisitos de transparencia formal. Acaso puede suponerse –aunque no es del todo evidente– que se está asumiendo en la Directiva que la ley nacional que rija el contrato en cuestión, en este caso, determinará que la cláusula aquejada por la falta de claridad no formará parte del contrato suscrito entre el empresario y el consumidor.

Ahora bien, si la condición general de la contratación cumple con los requisitos de transparencia exterior o formal, quedará incorporada como término contractual al contrato suscrito. No obstante, esta primera conclusión no supondrá, automáticamente, que

<sup>18</sup> Véanse el Preámbulo y el artículo 5 de la Directiva. El TJUE ha interpretado que una condición general de la contratación ha sido redactada de manera clara y comprensible cuando ha podido ser entendida por el «consumidor medio» sin necesidad de recibir asistencia letrada.

<sup>19</sup> Parece difícil –pero no imposible– imaginar una situación en la que el consumidor no supiera, o no tuviera conocimiento, y no se preocupara de la presencia de condiciones generales de la contratación en el contrato que definen el objeto principal de este (no en el sentido jurídico de la expresión, sino en el de lo determinante para los intereses del consumidor a la hora de realizar la operación económica). En cuanto a las cláusulas que no definen el núcleo del contrato, incluso en los casos en los cuales los consumidores tienen la oportunidad de conocer el contenido de las condiciones generales, éstos no leen dichas cláusulas. En los muy pocos casos en que lo hacen, leen muy pocas de ellas y no entienden mucho de su significado ni alteran de forma perceptible su conducta como reacción a las mismas. La evidencia empírica indica que el acceso en sí a las condiciones generales de la contratación no representa normalmente un coste apreciable, pero en cambio la lectura, comprensión y evaluación de su contenido comportan costes no monetarios de cierta entidad para el adherente, lo que determina que este renuncie con altísima frecuencia siquiera a iniciar la tarea. Véanse, BEN-SHAHAR, *European Rev. of Contract Law*, 2009, p. 1; MAROTTA-WURGLER, *Univ. of Chicago L. Rev.*, 2011, p. 165; BAKOS, MAROTTA-WURGLER, y TROSSEN, *Journal of Legal Studies*, 2014, p. 1; BEN-SHAHAR y SCHNEIDER, 2014, capítulos 3 a 6. La evidencia acumulada es en verdad abrumadora. Para una síntesis, GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GANUZA FERNÁNDEZ, Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, 2018, sección 2.

la cláusula (externa o formalmente) transparente sea plenamente efectiva y despliegue todos sus efectos contractuales. Aquí es donde se introduce el segundo nivel de control de la Directiva. Este control adicional debe aplicarse (de oficio, además) por el juez o tribunal encargado del enjuiciamiento de la cláusula objeto de litigio entre el adherente y el predisponente.

Atendiendo al estado de la jurisprudencia del TJUE<sup>20</sup>, puede argumentarse que los controles adicionales al de presentación y comunicación «externa» de una cláusula cubren dos dimensiones distintas. La primera, el grado de conocimiento efectivo por parte del consumidor del impacto e influencia económica y jurídica respecto de la totalidad del contrato que la incorporación de ese término contractual puede suponerle. La segunda, el contenido en cuanto tal de la cláusula y los derechos y obligaciones que la misma genera para las partes. Ahora bien, el tipo, el objetivo y las consecuencias legales de la falta de superación del control adicional parece hacerse depender del papel que la cláusula discutida desempeña en el contrato.

Si la cláusula no se refiere a la definición del objeto principal del contrato, la Directiva 93/13 parece que da entrada directamente a un control que supone de forma inmediata una verificación del contenido reglamentador o normativo del término contractual, esto es, versa sobre si el contenido sustutivo de la cláusula debatida para las conductas de las partes crea un desequilibrio<sup>21</sup> entre los

<sup>20</sup> Este segundo nivel cubría dos dimensiones, la transparencia sustantiva, por un lado y el control de contenido de las cláusulas, por el otro. La transparencia sustantiva no está expresamente prevista en la Directiva. En la primera jurisprudencia del TJUE, este entendía que el control de transparencia sustantiva no formaba parte de las obligaciones de los estados al adoptar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para adaptar la Directiva al Derecho de los estados miembros. Véase TJUE C-144/99, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de los Países Bajos*, de 10 de mayo de 2011. La jurisprudencia posterior del TJUE, sin embargo, confirma que el control de transparencia sustantiva forma parte del necesario control sobre cláusulas no negociadas impuesto por la Directiva 93/13. Véase, TJUE C-154/15 y C-307/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo v. Cajaser Banco SAU, Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA v. Emilio Irles López y Teresa Torres Andreu*, de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo*).

<sup>21</sup> Una visión común en Europa (y en España) acerca de cómo debe entenderse el desequilibrio, en JANSEN, 2018, p. 944, que sugiere que el criterio del desequilibrio se refiere a la desviación del contenido de la cláusula predisposta objeto de litigio respecto de los estándares de justicia del Derecho de contratos que regule la relación contractual. Esta es la versión actualizada –pero aún muy próxima a la original– de la famosa tesis de la *Ordnungsfunktion des dispositiven Rechts*: RAISER (1935), considerado el creador e impulsor de esta teoría sobre el derecho contractual dispositivo: CZIUPKA, 2010, p. 124.

Esta tesis ha contado y cuenta en España con numerosos e ilustres seguidores: DE CASTRO BRAVO, 1961, p. 333, quien la formuló de forma particularmente brillante al escribir de las normas contractuales dispositivas –esencialmente las codificadas– que «[...] no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo». También, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 362 (aunque enfatiza los peligros de la *Leitbildfunktion* fuera del control de condiciones

derechos y obligaciones de los contratantes en detrimento del consumidor y contra las exigencias de la buena fe (el test de abusividad de la Directiva)<sup>22</sup>. La cláusula será considerada abusiva si tal desequilibrio perjudicial e incompatible con la buena fe existe. Este control de contenido se proyecta sobre las disposiciones de la cláusula y el balance de derechos y obligaciones que ésta crea. Si se considera abusiva, la cláusula contractual, tal y como prevé el artículo 6.1 de la Directiva, no vinculará al consumidor –pero el resto del contrato, si puede subsistir económica y legalmente, continuará siendo vinculante para las partes<sup>23</sup>.

---

generales); MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 949 ss.; MORALES MORENO, 2014, pp. 1962-1964; MIQUEL GONZÁLEZ, 2017, p. 764.

Esta visión acerca de la función de las normas dispositivas –en general y especialmente de cara a la aplicación del juicio de abusividad de cláusulas no negociadas– plantea algunas dudas, con todo. Por un lado, no parece que las partes en un contrato configuren los términos contractuales tomando como referencia lo establecido por las normas supletorias ni en atención a lo que prevé el derecho supletorio (no solo compuesto por las reglas legales supletorias), pues parecería más bien que las partes estipulan los términos contractuales en atención a sus preferencias y objetivos y son las normas supletorias las que funcionan de instrumentos para interpretar o integrar el contrato en aquellos aspectos no contemplados –o no claramente– por la mayoría de las partes que celebran una cierta tipología o esquema de contrato. Además, las normas supletorias no han de considerarse necesariamente óptimas o modélicas en cualquier contexto contractual y para cualquier clase de contratante. Una cosa es que una cierta regla de Derecho esté en un código o en otra norma legal como regla supletoria, otra muy diferente es que se la considere modélica, la encarnación de la solución justa o deseable –en términos económicos: la que maximiza el bienestar conjunto de los contratantes– para toda situación o circunstancia en que estos puedan hallarse y fueran las que fuesen las características singulares o típicas del entorno de contratación o del contrato. No habría razones lógicas, económicas o jurídicas (en España, cuanto menos; en Alemania el § 307(2)1 BGB presume el desequilibrio en detrimento del consumidor cuando la cláusula es incompatible con los *wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung*) para asumir que las reglas legales supletorias son modelos de regulación contractual de la contratación estandarizada. Por extenso, véase GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GANUZA FERNÁNDEZ, 2018, sección 2.

<sup>22</sup> Véase JANSEN, 2018, p. 944 que defiende que el requisito de la buena fe se refiere a la cuestión de si la parte predisponente de la cláusula podía esperar que la otra parte (adherente) la aceptara. En línea con algunos pronunciamientos del TJUE [esencialmente, de las Sentencias TJUE asunto C-415/11 *Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyaacaixa)*, de 14 de marzo de 2013 (*Aziz*) y asunto C-241/14 *Banco Primus, S. A. v. Jesús Gutiérrez García*, de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*)], Jansen apunta a que el concepto de buena fe introduce en el Derecho europeo elementos de consentimiento hipotético, condiciones tácitas e, incluso, consideraciones económicas (los riesgos contractuales recaerán en la parte que podría haber prevenido o minimizado su impacto de una forma más eficiente).

<sup>23</sup> El artículo 6.1 de la Directiva contempla que «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 mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Véanse también las sentencias del TJUE en los asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero* (C-240/98), *Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades* (C-241/98), *José Luis Copano Badillo* (C-242/98), *Mohammed Berroane* (C-243/98) y *Emilio Viñas Feliú* (C-244/98), de 27 de junio de 2000 (*Océano*); asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi*, de 4 de junio de 2009 (*Pannon*); asunto C-618/10, *Banco Español de Crédito, S. A. v. Joaquín Calderón Camino*, de 14 de junio de 2012 (*Banco Español de Crédito*).

Si la cláusula contractual litigiosa define el objeto principal del contrato<sup>24</sup> (incluyendo el precio, y la relación entre precio y naturaleza o calidad de los bienes o servicios), el TJUE (juntamente con otros Tribunales nacionales, como el Tribunal Supremo<sup>25</sup>), sobre la base del artículo 4.2 de la Directiva, elaboró una doctrina jurisprudencial que no sujeta de modo inmediato la cláusula al control de contenido normativo, sino que la somete a una suerte de control intermedio (como si hubiera un espacio entre la pura transparencia exterior y el puro escrutinio sobre la entraña de contenido obligacional o de conducta de la cláusula)<sup>26</sup>.

Este «nuevo» (en cuanto que no se incluye expresamente en el texto de la Directiva) control de transparencia es un examen de la transparencia sustantiva o material de la cláusula no negociada: se verifica el grado real de conocimiento del consumidor del impacto que para su bienestar tendrá la incorporación de la concreta cláusula en relación con la totalidad del contrato.

La más reciente jurisprudencia del TJUE, no obstante, parece extender la exigencia –independiente, no como factor adicional, aunque fuera relevante, dentro del control de abusividad– de transparencia material a toda cláusula no negociada, aunque no defina el objeto principal del contrato. Así, la sentencia del TJUE Gyula Kiss<sup>27</sup> establece:

«En cualquier caso, *independientemente de que las cláusulas controvertidas en el litigio principal estén o no comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la misma exigencia de transparencia* que se incluye en esta disposición figura también en el artículo 5 de dicha Directiva, que prevé que las cláusulas contractuales escritas deben estar redactadas “siempre” de forma clara y comprensible.

<sup>24</sup> Sobre el sentido (confesadamente formalista y, por ello, creemos, con un perímetro que ha de juzgarse restrictivamente) de esta noción que predomina en la jurisprudencia del TJUE, véanse TJUE asunto C-26/13 Árpád Kásler, Hajnalka Káslerne Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, de 30 de abril de 2014 (Kásler y Káslerne Rábai); TJUE C-143/13 Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v SC Volksbank România SA, de 26 de febrero de 2015 (Matei) y TJUE asunto C-96/14, Jean-Claude van Hove v. CNP Assurances SA, de 23 de abril de 2015 (van Hove). En la literatura, DELLACASA, *European Rev. of Contract Law*, 2015, p. 152 y, con perspectiva crítica con el enfoque del TJUE, GÓMEZ POMAR, *European Rev. of Contract Law*, 2019, p. 177.

<sup>25</sup> En la archiconocida Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo. Los comentarios doctrinales sobre esta sentencia son incontables. Por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2013 y FENOY PICÓN, *Anuario de Derecho civil*, 2018, p. 923.

<sup>26</sup> Véanse sentencias TJUE asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V.*, de 21 de marzo de 2012 (RWE Vertrieb); Kásler y Káslerne Rábai; Van Hove; Gutiérrez Naranjo.

<sup>27</sup> Sentencia TJUE asunto C-621/17, *Gyula Kiss, CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss y Gyuláné Kiss*, de 3 de octubre de 2019. La idea estaba ya en la Sentencia TJUE asunto C-348/14, *Maria Bucura v. SC Banpost SA*, de 9 de julio de 2015.

[...] dicha exigencia de transparencia se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que *ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él tiene dicha cláusula.*» (cursiva añadida)

En relación con la transparencia sustantiva, cuáles sean las consecuencias de concluir que la condición general de la contratación no supera el umbral de transparencia material o sustantiva, no es del todo evidente.

En efecto, como se desarrolla más abajo, existe un debate en la literatura (más acaso que en la jurisprudencia) sobre los efectos que llevaría aparejada para una cláusula el no superar el control de transparencia substantiva. Las incertidumbres no son del todo sorprendentes, habida cuenta de que estamos ante creación judicial del Derecho: el control de transparencia material como examen autónomo no aparece en el texto de la Directiva, ni lo hacía (hasta la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario<sup>28</sup>, en adelante LCCI) en la normativa de los Estados Miembros que, como España, han dado carta de naturaleza a esta modalidad de control de las cláusulas no negociadas<sup>29</sup>.

Es posible que una lectura de la jurisprudencia del TJUE permita inferir que, en realidad, la consecuencia de la falta de transparencia substantiva de una cláusula sea (tal vez, pese a que el punto es menos claro, si además concurren otras circunstancias) la no vinculación del consumidor a la cláusula (el mismo efecto que el que resulta del examen de abusividad o de contenido normativo), aunque también cabe considerar de esa jurisprudencia que la intransparencia substantiva simplemente abre la puerta (cerrada en otro caso, cuando se trata de términos atinentes al objeto principal del contrato) al control de abusividad en los términos de la propia Directiva, lo que no precluye que (a la alemana) la falta de transparencia sea un elemento que tiene su peso en la determinación de

<sup>28</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* núm. 65, de 16 de marzo de 2019). La LCCI ha sido desarrollada parcialmente por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por la Orden ECE/482/2019, de 28 de abril y por la Circular de la DGRN 1/2019.

<sup>29</sup> Una –añadida– particularidad española en la contratación hipotecaria es el control notarial de la transparencia. La Ley 5/2019 de crédito inmobiliario prevé, en su artículo 15 que el notario haga constar en su acta notarial las cuestiones que el prestatario haya podido plantear y sobre las que el notario haya prestado asesoramiento, el cumplimiento por parte del prestamista de los plazos de puesta a disposición de la documentación legal, de la información individualizada y de un test en el que el prestatario concrete que la documentación le ha sido entregada y la información suministrada. Dicha acta se presumirá veraz (art. 15.6). Véase DÍEZ GARCÍA, 2018; p. 335 ss., MUÑIZ ESPADA, 2018, p. 122; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, p. 109.

abusividad del contenido de la cláusula. La LCCI, en España, parece, al menos en una interpretación textual de la nueva previsión legal, determinar que una cláusula no transparente en sentido sustantivo se ha de considerar, sin más, abusiva<sup>30</sup>.

A pesar de que estos dos controles podrían resultar en consecuencias legales parecidas, lo cierto es que los elementos que sustentan cada uno de ellos y los requisitos que se imponen a las condiciones generales de la contratación son, conceptual y prácticamente, diferentes.

Estos dos controles adicionales –el control de abusividad o de contenido, por un lado y el control de transparencia sustantiva o material de condiciones generales de la contratación, por el otro– serán el objeto de las dos próximas subsecciones.

### C) EL CONTROL DE ABUSIVIDAD DE LAS CONDICIONES GENERALES

Si la condición general de la contratación no define el objeto principal del contrato, la Directiva prevé con toda nitidez y con carácter general su sometimiento a control de abusividad sobre su contenido. El artículo 3 de la Directiva (que dispone el control general de abusividad o control de «calidad» del contenido) establece que una cláusula no negociada individualmente será abusiva si, contra las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato<sup>31</sup>.

La evaluación de la abusividad de una condición general tendrá en cuenta las prácticas del mercado y las cláusulas contractuales incorporadas por los operadores del mercado o industria relevante en operaciones parecidas<sup>32</sup>. No obstante, la Directiva contiene en su Anexo una lista de cláusulas que, si se incorporan a un contrato, serán muy probablemente consideradas abusivas.

---

<sup>30</sup> Nuevo segundo párrafo del artículo 83 TRLGDCU en la redacción de la disposición final octava LCCI. Véase, LÓPEZ JIMÉNEZ (coord.), 2019.

<sup>31</sup> Artículo 3 de la Directiva. Véase también la Sentencia del TJUE asunto C-226/12, *Constructora Principado, S. A. v. José Ignacio Menéndez Álvarez*, de 16 de enero de 2014, en la que el TJUE considera que el concepto de desequilibrio no debe referirse a la relación entre los costes que debe soportar el consumidor y la totalidad de gastos derivados de la operación, sino a la restricción de derechos, a un obstáculo a su ejercicio o la imposición de obligaciones adicionales no contempladas ni incorporadas en el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros. Véanse PAZOS CASTRO, 2017, p. 504; CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 623; ZUMAQUERO GIL, *La Ley Unión Europea*, 2014, p. 14.

<sup>32</sup> Véase PÉREZ BENÍTEZ, *Almacén de Derecho*, 2017 (<http://almacendederecho.org/las-consecuencias-la-abusividad-la-falta-transparencia-polemico-articulo-6-la-directiva/>).

Dos escenarios pueden resultar de la aplicación del control de abusividad. En primer lugar, que la cláusula no sea declarada abusiva. En este caso, la cláusula seguirá siendo vinculante para las partes y podrá ser exigida judicialmente (y extrajudicialmente, si ello es posible) frente al consumidor<sup>33</sup>.

También puede suceder que la cláusula enjuiciada sea considerada abusiva. Si la cláusula es abusiva, no vinculará al consumidor. Los Estados Miembros podrán, conforme a sus derechos nacionales, establecer las consecuencias ligadas a esta declaración de falta de vinculación<sup>34</sup> mientras mantengan, cuando el contrato pueda subsistir legal y económicamente<sup>35</sup>, la naturaleza vinculante del resto, con sujeción siempre a las exigencias de los principios de equivalencia y efectividad en la ejecución del Derecho de la Unión.<sup>36</sup>

El Derecho español (juntamente con otros de la Europa continental) prevé que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho,<sup>37</sup> con los efectos restitutorios que se anudan a tal categoría de ineeficacia negocial, en nuestro caso, los previstos en el Código Civil<sup>38</sup>. Esto implica que se deberá dejar a las partes contratantes en

---

<sup>33</sup> Véase la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 822/2017, de 13 de enero de 2017.

<sup>34</sup> La libertad de determinación de los Estados Miembros ha quedado fuertemente restringida tras la Sentencia del TJUE *Gutiérrez Naranjo*. La doctrina de esta sentencia implica que el efecto no vinculante requiere (conforme al mandato del Derecho comunitario a los Estados miembros) que el consumidor sea colocado en la misma posición en la que se hubiera encontrado si la cláusula abusiva nunca se hubiera incorporado en el momento del perfeccionamiento del contrato. Con ello es indudable que se reduce notablemente el margen de apreciación que tienen los Estados miembros a la hora de determinar el alcance de la no vinculación de la cláusula declarada abusiva.

<sup>35</sup> La cuestión de la subsistencia del contrato tras la expulsión de la cláusula abusiva en relación con la integración de la laguna contractual es uno de los asuntos más alambicados y probablemente peor resueltos por el TJUE en su jurisprudencia sobre la Directiva 93/13: TJUE *Kásler y Káslerne Rábai*; TJUE asuntos C-961/16 y C-94/17, *Banco Santander*, S. A. v. *Mahamadou Demba, Mercedes Godoy Bonet (C-961/16)* y *Rafael Ramón Escobedo Cortés v. Banco de Sabadell*, S. A. (C-94/17), de 7 de agosto de 2018; asunto C-51/17, *OTP Bank Nyrt*, *OTP Faktoring Kőveteléskezelő Zrt. v. Teréz Ilyés, Emil Kiss*, de 20 de septiembre de 2018; asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*, S. A. v. *Alberto García Salamanca Santos (C-70/17)* y *Bankia, S. A. v. Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C-179/17)*, de 26 de marzo de 2019. Auto asunto C-486/16, *Bankia, S. A. v. Alfredo Sánchez Martínez, Sandra Sánchez Triviño*, de 3 de julio de 2019; Sentencia C-260/18 *Kamil Dziubak Justyna Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG* de 3 de octubre de 2109.

Véanse, como aportaciones recientes en la literatura jurídica española, GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2019, p. 2; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2019, p.161; CARRASCO PERERA, 2019, p. 611.

<sup>36</sup> El principio de equivalencia impone que la normativa nacional no puede tratar las pretensiones en el Derecho de la Unión de modo menos favorable a como lo hace con otras comparables del Derecho nacional. El principio de efectividad requiere que la normativa nacional no puede suponer que el ejercicio de la pretensión con origen en el Derecho de la Unión sea imposible o excesivamente difícil en la práctica. Sentencia TJUE asunto C-78/98, *Shirley Preston y otras v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust y otros, Dorothy Fletcher y otras v. Midland Bank plc*, de 16 de mayo de 2000.

<sup>37</sup> Artículo 83 I TRLGDCU.

<sup>38</sup> Artículo 1303 CC.

la misma situación en la que se hubieran hallado si la cláusula abusiva no se hubiera incorporado al contrato. En consecuencia, si durante la vida del contrato las partes hubieran actuado de conformidad con la cláusula declarada abusiva, estarán sujetas a una restitución completa, y, por ende, deberán devolver a la otra parte lo que hubieran dado o hecho –más los intereses o frutos que haya generado– como consecuencia de la aplicación de tal cláusula<sup>39</sup>. Por ejemplo, si se declara la nulidad de la cláusula limitativa del tipo de interés a la baja (cláusula suelo), la misma comportaría la necesidad de restituir al consumidor los intereses pagados de más en aplicación de la cláusula suelo desde la suscripción del contrato<sup>40</sup>.

La declaración de nulidad de una cláusula contractual tiene, en varios ordenamientos jurídicos, implicaciones importantes en cuanto a la no vinculación a la misma. La nulidad, en principio, podría (en abstracto al menos, la jurisprudencia recomienda cautela, fuera del terreno de las cláusulas abusivas) ser detectada y declarada de oficio, lo cual sintoniza a la perfección con la doctrina del TJUE en relación con la obligación de los jueces y tribunales nacionales de verificar *ex officio* la abusividad de las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores<sup>41</sup>. Además, el efecto de la declaración de nulidad debe ser *ex tunc*, es decir, desplegar sus efectos invalidantes desde el momento en que las partes suscribieron el contrato<sup>42</sup>.

#### D) EL CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL

El TJUE tiene declarado<sup>43</sup> que los Estados Miembros pueden –aunque no están obligados a ello por la Directiva<sup>44</sup>– someter al control de abusividad aquellas cláusulas que definan el objeto principal del contrato, desde el momento en que la Directiva es un instrumento de armonización mínima y no plena<sup>45</sup>. No obstante, tanto

<sup>39</sup> Algunos autores españoles argumentan que, conforme al Derecho español, las cláusulas abusivas debieran someterse a un régimen de invalidez menos severo (anulabilidad, en vez de nulidad de pleno derecho); véase, CARRASCO PERERA, *Centro de Estudios de Consumo*, 2017.

<sup>40</sup> Esta fue la solución alcanzada, contra el criterio del Tribunal Supremo español, que había limitado por razones temporales la restitución de las cantidades pagadas por el deudor hipotecario en virtud de la cláusula suelo, por el TJUE en la sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

<sup>41</sup> Véanse las Sentencias del TJUE *Océano* y asunto C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S. L.*, de 26 de octubre de 2006, entre otras muchas.

<sup>42</sup> Doctrina del TJUE, en especial de la Sentencia *Gutiérrez Naranjo*.

<sup>43</sup> Sentencia TJUE *Banco Español de Crédito*.

<sup>44</sup> Véase DELLACASA, 2015, p. 152.

<sup>45</sup> De conformidad con el artículo 8 de la Directiva, «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más

el TJUE como algunos Tribunales nacionales (el Tribunal Supremo español) han desarrollado, con base en la Directiva o sus disposiciones de transposición nacional, lo que puede denominarse un control de transparencia material o substantiva sobre estas cláusulas, separado del control de abusividad.

La idea que subyace al control de transparencia material es la conveniencia (*rectius*, la necesidad) de verificar que incluso en aquellas circunstancias en que el consumidor conoce la condición general que define un elemento esencial y la misma está redactada de modo inteligible para el consumidor medio (por tanto, la cláusula supera el umbral de transparencia formal o exterior), el consumidor es verdaderamente capaz de evaluar el contenido e implicaciones económicas del contrato que está a punto de suscribir.

En consecuencia, las condiciones generales (las que configuran el objeto principal del contrato o, en la versión más reciente, todas las cláusulas, aunque no sean de esta clase) deben presentarse al consumidor de tal manera, e incluir la información necesaria al efecto, para que pueda conocer y ser capaz de evaluar el contenido económico del contrato, de modo que esté en situación de comparar la operación definida en el contrato con las alternativas presentes en el mercado<sup>46</sup>. En caso contrario, las mencionadas cláusulas contractuales se considerarán como no transparentes materialmente<sup>47</sup>.

Como se ha apuntado, este control de transparencia material o sustantiva de las condiciones generales de la contratación, aunque conceptualmente distinto, está relacionado con el control de abusividad del artículo 4.2 de la Directiva. Como ya se ha indicado, en el texto de la Directiva solo las cláusulas que no definan el objeto

---

estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección». Las Conclusiones del Abogado General Szpunar en el Asunto C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch v. Bankia, S. A.*, de 10 de septiembre de 2019, defienden la tesis de que, al menos para los Estados Miembros de tradición de derecho codificado (*Civil Law*), la opción de excluir del control de abusividad las cláusulas sobre el objeto principal del contrato, aunque sea corresponde con el contenido de la Directiva 93/13, ha de hacerse por el legislador de modo reconocible y explícito, con la necesaria precisión y claridad. Si la opción del Estado Miembro no satisface esta exigencia, la Directiva 93/13 impondría al mismo el deber –no la facultad que resulta del art. 8 de la Directiva– de sujetar todas las cláusulas, aun las relativas al objeto principal del contrato, y aun cuando superen las exigencias de la transparencia sustantiva o material, al control de abusividad.

<sup>46</sup> Inicialmente, de la jurisprudencia del TJUE parecía deducirse que el control de transparencia material se reservaba para cláusulas que afectaban al precio, al objeto principal del contrato y a su relación. Véase CÁMARA LAPUENTE, *InDret*, 2017. Esto es mucho más dudoso en la última jurisprudencia del TJUE (por ejemplo, en el asunto *Gyula Kiss*).

<sup>47</sup> Véanse las Sentencias del TJUE *RWE Vertrieb y Gutiérrez Naranjo*. En España, las Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, núms. 406/2012, de 18 de junio de 2012; 221/2013, de 11 de abril de 2013; 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

principal del contrato se someten al control de abusividad si son claras y transparentes.<sup>48</sup>

Conforme al texto de la Directiva (art. 4.2), cuando una cláusula que define el objeto principal del contrato no supera el control de transparencia formal, queda sujeta al análisis de abusividad. Así, la jurisprudencia del TJUE ha añadido la transparencia material a la ecuación, con lo que cuando una cláusula no supera el control de transparencia formal o el control de transparencia material, procederá someter la cláusula –aunque regule el precio o la prestación fundamental y su nivel de calidad– a control de abusividad<sup>49</sup>.

Qué constituye una cláusula contractual definitoria del objeto principal del contrato<sup>50</sup> y qué consecuencias tiene que una cláusula sea considerada como no transparente materialmente son cuestiones que, actualmente, siguen estando en el centro del debate europeo sobre el control de cláusulas contractuales no negociadas o, acaso sea más preciso, continúan siendo materia de especulación al efecto<sup>51</sup>.

Está claro que si una cláusula sobre el objeto principal es materialmente transparente, esto es, si el consumidor fue capaz de evaluar el impacto económico de la cláusula sobre los efectos globales del contrato, ésta vinculará al adherente en el sistema de la Directiva y de aquellos países que siguen su esquema a estos efectos<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Véase DELLACASA, *op. cit.*, p. 159.

<sup>49</sup> Debe apuntarse que esta posibilidad ha sido criticada por parte de la doctrina, la cual considera que las cláusulas que recogen el precio o la calidad no pueden, por su propia naturaleza, someterse al control de abusividad, desde el momento en que para poder llevar a cabo este análisis es imprescindible contar con un punto de referencia «legal» que permita efectuar un balance de los derechos y obligaciones en liza, referente que es inexistente en relación con la fijación de precios, o en la comparación de la adecuación de los precios. Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en: <http://almacenedederecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>) o PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2017 (disponible en: <http://almacenedederecho.org/10tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>). Otros afirman que en aquellos casos en que no se cumplen con los umbrales de transparencia material, resulta de aplicación analógica el régimen jurídico del dolo previsto en el artículo 1270 del Código Civil. En estos casos, el consumidor debe ser compensado de modo que se vuelva a la situación en que se habría encontrado si la cláusula en cuestión nunca se hubiera insertado en el contrato. Véase, en este sentido, MIRANDA SERRANO, *InDret*, 2018.

<sup>50</sup> Véase supra, nota 24.

<sup>51</sup> Véase GÓMEZ POMAR, 2019 p. 177.

<sup>52</sup> En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue esta posición, si bien, como es notorio, el artículo 4.2 de la Directiva no fue explícitamente incorporado a la TRLGDCU. El Tribunal Supremo, en las Sentencias 406/2012 de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo y 669/2017 de 14 de diciembre, ha entendido que la exclusión del objeto esencial del contrato y la relación entre precio y contraprestación que se contempla en la Directiva 93/13 se ha plasmado, siquiera sea de forma indirecta, en Derecho español mediante la expresión «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en el TRLGDCU. Sobre esta cuestión, véanse CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 61; FENOY PICÓN, 2018, p. 865.

Las Conclusiones del Abogado General Szpunar en el asunto *Marc González del Moral*, apuntan en un sentido muy distinto para el caso español, pues en consonancia con

No obstante, si la cláusula define el objeto principal del contrato y no cumple con las exigencias derivadas del control de transparencia material, se discutieron tres posibles soluciones en la doctrina española.

En primer lugar, la interpretación que se asocia habitualmente con la posición del Tribunal Supremo en la sentencia sobre cláusulas suelo.<sup>53</sup> Según esta interpretación, pese a no aplicar aquí directamente el instrumental propio del control de abusividad, sugiere que una cláusula que no es materialmente transparente puede por este hecho ser considerada abusiva, bien sin más requisitos bien en combinación con algún otro elemento<sup>54</sup>.

La Sentencia sobre cláusulas suelo, con todo, tras declarar la cláusula suelo como no transparente, determinó la nulidad de la misma por una vía no del todo clara. Por una parte, la Sentencia declara expresamente la distinción entre juicio de transparencia y juicio de abusividad:

*«Que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor».*<sup>55</sup> Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describen o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –*este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato*–. De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor.

*«Resta analizar si las cláusulas examinadas, cuando incumplan el deber de transparencia en los términos indicados, deben ser consideradas abusivas por causar desequilibrio en perjuicio*

---

la –en su criterio– ausencia de transposición explícita en España de la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, el Abogado General sostiene en el apartado 127 de las Conclusiones (*obiter*, pues la materia no se plantea en las cuestiones prejudiciales y así lo reconoce expresamente y por eso omite toda referencia a esto en su propuesta al TJUE sobre la respuesta al órgano requirente), que un tribunal español, en todo caso, debe examinar la abusividad de todas las cláusulas sobre precio u objeto principal, o que se refieran a la relación objeto/precio, aun cuando no haya tacha de falta de transparencia en la cláusula de que se trate.

<sup>53</sup> La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013.

<sup>54</sup> Esta es la solución acogida por el §307 (1) del BGB, para el que la intransparencia material puede constituir directamente un perjuicio inequitativo al adherente, que juntamente con la contrariedad a la buena fe, determinaría la ineficacia de la cláusula: *Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist.* En España, esta posición es compartida por algunos autores: Véase, CAÑIZARES LASO, 2015, p. 82, o CARRASCO PERERA, 2017, quien destaca el origen alemán de lo que llama control «*«qualificado»* (el de transparencia material o sustantiva).

<sup>55</sup> Esta es también la posición del TJUE: Sentencia asunto C-342/13, *Katalin Sbetýén, Zsolt Csaba Kovári*, de 3 de abril de 2014.

*del consumidor*, extremo este que no examinó la sentencia recurrida, al rechazar el control del carácter abusivo de las cláusulas de estabilización de tipos de interés.

250. En efecto, que una cláusula sea clara y comprensible en los términos expuestos no supone que sea equilibrada y que beneficie al consumidor. Lo que supone es que si se refiere a cláusulas que describan o definen el objeto principal del contrato en los términos expuestos no cabe control de abusividad –este control sí es posible en el caso de cláusulas claras y comprensibles que no se refieren al objeto principal del contrato–. *De forma correlativa, la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas.*» (cursiva añadida)

De hecho, apunta el Tribunal Supremo un análisis del equilibrio de derechos y obligaciones de las partes bajo la cláusula objeto de examen:

«Partiendo de lo expuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos en los que se imponen las cláusulas impugnadas –contratos de préstamos hipotecarios a interés variable–, para valorar el equilibrio de las cláusulas suelo carentes de claridad, debe atenderse al real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos en abstracto.» (cursiva añadida)

Sin embargo, el análisis de contenido gira de nuevo hacia la comprensibilidad de los compromisos asumidos bajo la cláusula:

«Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio.» (cursiva añadida)

Así, de acuerdo con el Tribunal Supremo, la evaluación del desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes contratantes en relación con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no transparentes no se traduce en un genuino examen de contenido, sino que tiene un esencial componente subjetivo, en que se coloca a la comprensibilidad necesaria para la decisión fundada del consumidor en el centro del análisis<sup>56</sup>. Si la relación entre pre-

<sup>56</sup> La SAP Madrid, núm. 822/2017, de 13 de enero de 2017, citando y siguiendo la interpretación del ámbito de aplicación del control de transparencia de la Directiva de conformidad con la Sentencia del TJUE Kásler y Káslerné Rábai, concluye que el control de transparencia va más allá del análisis del contenido gramatical de la condición general de la contratación y considera que el control de transparencia debe incluir un análisis subjetivo.

cio y prestación a cargo de la parte predisponente es tal que el consumidor podría valorar su efecto en el resultado económico del contrato, entonces podremos concluir que la cláusula en cuestión es inválida. No obstante, si la condición general se presentó al consumidor de un modo que no pudo comprender el contenido económico del contrato, y existe –en su detrimento– un desequilibrio respecto de aquello que razonablemente podía esperar y lo realmente incluido en el contrato, podrá concluirse que semejante cláusula ha de ser considerada directamente abusiva<sup>57</sup>. Pero ello supone en buena medida un ejercicio indistinguible del que preside el control de transparencia material.

En la doctrina, también hay posiciones que reflejan una posición próxima, al considerar que el defecto de transparencia, al menos en lo que afecta a las prestaciones principales del contrato es, de por sí, contrario a la buena fe, y además puede ser instrumental para determinar un desequilibrio importante en las situaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Y aunque se plantea esta corriente si el desequilibrio implícito en la falta de transparencia sustantiva es subsumible en la formulación legal de abusividad («desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato») se concluye con relativa facilidad la afirmativa, pues el desequilibrio generador de la abusividad comprende también el desbalance económico (y no solo jurídico), y este es innegable cuando el contrato supone un mayor coste para el consumidor del que este, de no mediar la falta de transparencia, hubiera previsto<sup>58</sup>.

Una segunda interpretación de la relación entre transparencia material y abusividad ha sostenido que la falta de transparencia material no implicaba (ni podía implicar) que la cláusula sea abusiva, pues las cláusulas que definen el objeto principal del contrato

---

vo de la capacidad del consumidor de entender el contenido económico del contrato que, en el caso debatido, era un contrato de préstamo hipotecario multidivisa.

<sup>57</sup> Sentencias del Tribunal Supremo núm. 367/2017, de 8 de junio de 2017 y núm. 483/2018 de 11 de septiembre de 2018, para las cuales esa falta de transparencia (en el caso, la que aquejaba a cláusulas suelo) «[...]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.» SÁNCHEZ LERÍA, 2018, pp. 88 ss. definiendo transparencia material de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y destacadamente la Sentencia de 9 de mayo de 2013, según la cual el consumidor debe poder determinar de forma sencilla la carga económica efectiva del contrato.

<sup>58</sup> PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, pp. 99-102, en Línea con ideas avanzadas ya por MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, pp. 914-916, aunque este se muestra menos contundente en la traducción de la falta de transparencia sustantiva como abusividad en el sentido legal del término.

no pueden ser, por su propia naturaleza, sometidas a control de abusividad. Cuando la falta de transparencia material afecta a una cláusula definitoria del objeto principal del contrato (el «núcleo» del contrato, tanto legal como económicamente) nos hallamos frente a un problema de consentimiento viciado, ello es, un caso en que concurre error (o dolo, si la falta de transparencia substantiva fue intencional o, como mínimo, una opción elegida a conciencia por la parte predisponente)<sup>59</sup>. Atendiendo al vicio en el consentimiento, el contrato como tal (y, tal vez, la cláusula concreta, aunque ello es más difícil de implementar en muchos sistemas jurídicos) podría ser anulado, pero la cláusula no transparente no sería considerada como no vinculante o nula en los mismos términos que una cláusula abusiva<sup>60</sup>.

Una tercera interpretación se inclinaba por asimilar la transparencia substantiva a la transparencia formal en lo relativo a las consecuencias de la falta de cumplimiento de sus requisitos. Así, la condición general de la contratación considerada como no transparente sustantivamente (incluso cuando fuera formalmente aceptable en términos de transparencia) no podrá ser parte del contenido del contrato entre el predisponente y el adherente<sup>61</sup>.

Ahora, la entrada en vigor de la LCC<sup>62</sup> parece haber zanjado<sup>63</sup> la cuestión en España, pues se adopta (art. 83 II TRLGDCU) legislativamente una fórmula cuyo texto otorga la calificación como abusivas a las condiciones generales no transparentes (materialmente, se entiende, pues habla de cláusulas incorporadas de modo no transparente en perjuicio del consumidor, lo que parece excluir las no transparentes formalmente, que ni siquiera se incorporarían al contrato). Al considerarse las cláusulas materialmente no transparentes como abusivas se declaran expresamente como nulas de pleno derecho<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, Almacén del Derecho, 2017; PANTALEÓN PRIETO, Almacén del Derecho, 2017.

<sup>60</sup> CARRASCO PERERA, 2017, 90-105.

<sup>61</sup> CÁMARA LAPUENTE, 2006, p. 123; CÁMARA LAPUENTE, 2015, p. 549; CÁMARA LAPUENTE, *InDret*, 2017, p. 16.

<sup>62</sup> Nuevo párrafo segundo del artículo 83 LGDCU

<sup>63</sup> De forma inoportuna, pues canaliza necesariamente la falta de transparencia substantiva por el cauce –poco recomendable– de su automática consideración como abusivas, cuando, como veremos en la sección 6, la falta de transparencia material suscita en relación con las cláusulas contractuales cuestiones bien distintas a las de la abusividad de su contenido. La inoportunidad es aún mayor a la vista de las enormes incertidumbres que la Sentencia del TJUE *Kásler y Káslerne Rábai* y su progenie han abierto en cuanto a la integración de las lagunas en la regulación contractual entre las partes tras la declaración de abusividad. Véase, GÓMEZ POMAR, 2019, p. 2.

<sup>64</sup> Se ha considerado que esta «nulidad» es la del artículo 6.3 del Código Civil y no la del artículo 83 (ahora, tras la LCC, 83 I) del TRLGDCU: CARRASCO PERERA, 2019, p. 681. Con todo, lo cierto es que en los dos párrafos del artículo 83 TRLGDCU se emplea

Por su parte, en la jurisprudencia del TJUE<sup>65</sup>, parece claro que la falta de transparencia material no se traduce automáticamente (tampoco de forma semiautomática) en consideración de abusividad, sino que la misma –tratándose de una cláusula definitoria del objeto esencial en el sentido del art. 4.2 de la Directiva– ha de sujetarse al análisis de abusividad de su contenido. La falta de transparencia de la cláusula es un factor, acaso relevante, en la realización del análisis de abusividad, pero este parece que resulta siempre preciso. Desde luego, soluciones más «mecánicas» en favor del consumidor, no estarían prohibidas por la Directiva, dado el carácter de norma de armonización mínima que la preside<sup>66</sup>.

### **3. LOS COSTES EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO Y SU RELACIÓN CON LOS PRECIOS**

Una vez ordenado y sintetizado el alambicado entramado de reglamentación jurídica sobre las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores en el escenario europeo y español, es el momento de desarrollar algunos conceptos económicos que, en nuestro criterio, son esenciales para dar sentido a la intervención mediante reglas jurídicas y decisiones judiciales sobre las condiciones generales de contrato.

Comencemos por los costes a que se enfrentan quienes ofrecen productos o servicios a los consumidores y, sabemos, lo hacen a través de contratos). Es evidente que los productos y servicios requieren siempre, en mayor o menor medida, dedicar recursos escasos si se desea que los consumidores efectivamente adquieran y disfruten de los mismos. Entre los costes de producción del bien o servicio es importante distinguir entre los costes variables y los costes fijos. A su vez, estos costes –fijos y/o variables– pueden ser endógenos –dependientes de la decisión o acción de las partes– o exógenos y determinados por un tercero –como, por ejemplo, la Administración, en relación con los impuestos o los gastos precisos para la eficacia jurídica del contrato–.

---

el mismo término para denominar a la calificación de las cláusulas abusivas y a las incorporadas de modo no transparente.

<sup>65</sup> Sentencia del TJUE asunto C-421/14, *Banco Primus SA v. Jesús Gutiérrez García*, de 26 de enero de 2017; Auto asunto C-119/17, *Liviu Petru Lupean y Oana Andreea Lupean v. SC OTP Baak Nyrt*, de 22 de febrero de 2018; Sentencia asunto C-118/17, *Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt*, de 14 de marzo de 2019.

<sup>66</sup> Véase la Comunicación de la Comisión de 27 de septiembre de 2019, Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, (2019/C 323/04).

A) LAS DISTINTAS DIMENSIONES DE LOS COSTES DE PRODUCCIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS OBJETO DE CONTRATACIÓN

Una primera distinción de los costes de producción se encuentra en la diferencia entre costes variables y costes fijos. Los costes variables son aquellos que se generan al producir unidades adicionales de producto o servicio. Cuanto mayor es la cantidad de unidades producidas mayores son los costes variables. Ejemplos de costes variables son los costes para el fabricante de un producto de los materiales y el trabajo necesarios para producir una unidad adicional de aquél, los costes de tiempo y esfuerzo que le supone al abogado preparar una demanda en un nuevo pleito para un cliente o los costes derivados del estudio individualizado de la solvencia de un nuevo solicitante de crédito para determinar si se le concede o no el préstamo que ha pedido.

Los costes fijos son aquellos que el oferente de bienes y servicios ha de afrontar independientemente de la cantidad de productos o servicios que ofrezca y consiga vender. Ejemplos de costes fijos serían el coste de la nave industrial en la que se producen los bienes, el coste del arrendamiento del inmueble donde se instala el despacho de abogados en los que se prepara la demanda o el coste de adquirir el edificio en que radica la oficina de la entidad financiera que concede préstamos a consumidores.

Una segunda clasificación de los costes de producción –tanto fijos como variables– se encuentra entre costes endógenos y costes exógenos. Los costes endógenos son aquellos que dependen de la acción o decisión de las partes del contrato. Por ejemplo, el coste de los extras en el vehículo demandados por el comprador, o los costes de analizar el valor y situación jurídica del objeto de una garantía real en un contrato de crédito garantizado por oposición a otro contrato sin garantías reales. Por otro lado, costes exógenos son aquellos que son determinados por un tercero ajeno al contrato y que las partes no pueden evitar o alterar con su conducta o con los términos acordados en el contrato: por ejemplo, los impuestos y los gastos precisos para que el contrato que canaliza la transacción sobre el bien o servicio adquiera eficacia jurídica no los fijan las partes, sino la ley o Administración competente.

Estas distinciones entre costes fijos y variables y entre costes endógenos y exógenos son económicamente sencillas y, además, relevantes para abordar jurídicamente los diferentes términos contractuales. Esto es, no solo sirven para entender la naturaleza de las distintas cláusulas sino para comprender y establecer su tratamien-

to jurídico. En particular, por lo que toca a las condiciones generales en contratos con consumidores, a la calificación de abusividad.

## B) EL PRECIO DE LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS Y LOS COSTES DE PRODUCCIÓN

A nadie se le escapa que hay una relación directa entre el precio en sentido económico –importe global a cargo del adquirente del bien o servicio que ha de afrontar a cambio de la adquisición– de la transacción y los costes que supone el intercambio. Un oferente de un producto o servicio que actué de manera racional –y parece legítimo suponer y esperar que las empresas y profesionales que operan en el mercado lo hagan como agentes racionales– no lo ofrecerá si el precio que espera recibir no es, como mínimo, igual a la suma de los distintos costes en que ha de incurrir para producirlo y venderlo.

Los costes variables –endógenos y exógenos–, es decir, aquellos costes en los que incurre el oferente por celebrar ese concreto contrato u operación sobre un cierto bien o servicio, suponen el mínimo de precio (satisfactorio para ambas partes) de la transacción y determinan la magnitud del excedente contractual generado por el contrato. La diferencia entre el valor de los servicios o bienes para quien los va a recibir en virtud del contrato y los costes variables de hacérselos llegar constituye el excedente contractual, la ganancia conjunta de celebrar y cumplir el contrato.

Los costes fijos –endógenos y exógenos–, por su parte, no siempre pasarán a formar parte del precio que el oferente percibe en el corto plazo, pero sí han de poder amortizarse en el largo plazo para que el proveedor de bienes y servicios prefiera *ex ante* entrar en la actividad contractual que sea o decida continuar en la misma si esos costes han de afrontarse de manera reiterada.

De esta forma, los conceptos que constituyen costes variables de la transacción –tanto endógenos como exógenos– se han de reflejar en el precio total del contrato, que es el sacrificio dinerario o pago a cargo del adquirente, bien sea con carácter inmediato o de forma diferida en el tiempo.

De hecho, la teoría económica básica<sup>67</sup> nos enseña que cuanto más competitivo sea el mercado en cuestión más cercano estará el precio del contrato al total del coste variable de la transacción –el coste marginal– mientras que cuanto más imperfecta sea la competencia en el mercado, mayor será el precio en relación con el coste de la transacción y más elevado será el margen de beneficio para el

---

<sup>67</sup> VARIAN, 2019.

oferente. Bajo competencia perfecta entre proveedores de bienes o servicios, también de los financieros, el precio que pagarían los adquirentes sería igual a la suma total de los costes variables (los endógenos y los exógenos) de hacer llegar la prestación a los consumidores. Esta situación es la que proporcionará un mayor bienestar a los consumidores dado que es la situación en la que la parte que reciben del excedente contractual es mayor. Ir más allá no es factible, pues entonces los oferentes optarán por abstenerse de contratar.

Esta simple caracterización económica no se ve alterada por el hecho de que el precio se estructure en una sola cifra (un «precio» total único) o se desglose en distintos conceptos que tendrá que abonar el adquirente. La suma total de los pagos constituye el «precio» –en sentido económico, al menos– de la transacción y su relación con el coste variable total es lo que define qué ventajas o bienestar económico obtiene cada parte como consecuencia de la celebración del contrato.

Tampoco cambia estos términos el hecho de que un componente, o la totalidad, de ese precio se fije contractualmente a través de condiciones generales y no sea fruto de una negociación individualizada. Ese dato podrá tener importancia para verificar si el adquirente era genuinamente consciente de la totalidad del sacrificio dinerario a su cargo (podemos presumir y, de hecho, los sistemas jurídicos así lo hacen, que esa conciencia será mayor si los términos que fijan el precio son negociados individualmente que si no lo son), pero no la tiene en relación con la «sustancia» de la definición del «precio total o efectivo» («precio total» es el término que utiliza el artículo 60.2.c) TRLGDCU siguiendo a la Directiva 2011/83) que ha de asumir el consumidor.

Los distintos elementos que configuran los costes del oferente de un producto o servicio se reflejan en el contrato en contraprestaciones que el consumidor debe realizar para cumplir con las previsiones contractuales. Sin recibir contraprestación por dichos costes –variables y eventualmente, en el largo plazo, fijos, y tanto los endógenos como los exógenos– el oferente no ofrecería el producto o servicio al mercado<sup>68</sup>.

El precio total del contrato en el largo plazo debe cubrir los costes variables y fijos, endógenos y exógenos (el coste total para la adquisición del bien o servicio por el consumidor) y, si las condiciones del mercado lo permitieran, el margen comercial sobre

---

<sup>68</sup> El contrato es de celebración voluntaria para las partes, al menos en hipótesis –y en la realidad– en la mayoría de los casos. Por ello, la celebración del contrato debe resultar provechosa para ambos en términos esperados. Es indispensable, pues, que el valor esperado de las cantidades que abone el consumidor a lo largo de la vida de la operación supere los costes que el profesional espera tener que afrontar por causa de esa operación. GÓMEZ POMAR, GANUZA FERNÁNDEZ, y ARTIGOT GOLOBARDES *InDret*, 2018, editorial, p. 4. En caso contrario, actuando racionalmente, el profesional prefiere no contratar.

ellos que el oferente puede percibir por la prestación del servicio/producto.

El coste total ligado a la adquisición del producto/servicio está formado por elementos heterogéneos: por un lado, por los costes en los que incurre inmediata y directamente el oferente y por otro, por elementos adicionales de coste inherentes a la transacción – como el arancel notarial, por poner un ejemplo– y que inevitablemente pesan sobre el contrato y habrán de ser asumidos, en una u otra proporción, por las partes. Lo que es claro, es que en relación con estos costes exógenos, es necesario igualmente que, sumados a los demás, la cantidad que pague el adquirente en virtud del contrato supere al total de la suma de los costes de todo tipo que la celebración y consumación del contrato genera.

En la tabla siguiente se ejemplifican las distinciones anteriores en relación con distintos costes en la contratación de crédito hipotecario.

	<b>Costes endógenos</b>	<b>Costes exógenos</b>
<b>Costes variables.</b>	<p>Coste de evaluar la solvencia y capacidad de repago de un consumidor financiero.</p> <p>Gastos de tasación de una garantía real.</p> <p>Gastos de gestoría para realizar trámites necesarios diversos.</p>	<p>a. Impuesto de actos jurídicos documentados.</p> <p>b. Arancel notarial.</p> <p>c. Arancel registral.</p>
<b>Costes fijos.</b>	<p>Costes generales de la actividad empresarial bancaria (inmuebles, servicios centrales, etc.).</p>	<p>Costes resultantes de la regulación de capital de las entidades financieras (por ejemplo, coeficientes de reserva).</p>

La distinción que subyace al artículo 4(2) de la Directiva 93/13 y que acoge el TJUE (*Matei, Kásler y Káslemné Rábai y otras*), y que prevalece en la visión doctrinal española, sin embargo, no es la más útil para trasladar el sustrato económico inevitable de toda transacción económica al tratamiento jurídico, especialmente en sede de condiciones generales. La variedad de costes en la contratación y su reflejo en el precio (o precio en sentido estricto y otros cargos, si se prefiere) del contrato para el consumidor no se corresponde con la distinción entre objeto esencial del contrato y cláusu-

las accesorias. Como se desarrollará en estas páginas, esa distinción, aunque haya de tener su aplicación allí (pero solo allí) donde la previsión legal lo estipula, no es una distinción ni relevante ni adecuada para conseguir el objetivo de la mejora del bienestar del consumidor, que es el que finalmente persigue la legislación protectora de los consumidores y, singularmente, los controles *ex post* sobre las condiciones generales de la contratación.

#### 4. LA DISTINTA FUNCIÓN DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES Y SU INCIDENCIA EN EL CONTRATO

Los contratos se celebran para mejorar en términos esperados la posición de partida de las partes y, con ello, generan lo que se denomina técnicamente *excedente contractual*, esto es, la diferencia entre el valor que tiene para el bienestar de los contratantes la realización y ejecución del contrato y el coste total que supone la celebración del contrato y el cumplimiento de las prestaciones. De hecho, esta referencia al excedente es esencial a la hora de determinar cuál es la «calidad» sustantiva de una cláusula y el que permite elegir, entre dos o más alternativas, la cláusula de mayor calidad.

A través del intercambio contractual, las partes en el contrato pretenden obtener un excedente que se refleja por la diferencia entre su valoración de la transacción y los sacrificios en los que incurren para llevarla a cabo. Para el adquirente, esto viene dado la diferencia entre el valor de la prestación que recibe (en los contratos de crédito, la anticipación en el disfrute de una cierta utilidad, como la derivada de la vivienda, que el crédito permite) y el precio total que asume a cambio. Para el oferente, la diferencia entre precio que percibe y el coste total de ofrecer el bien o servicio.

Pues bien, algunas cláusulas contractuales –mas no todas ellas– afectan a la magnitud del excedente generado por el contrato, aumentando o disminuyendo aquél. Un segundo tipo de cláusulas contractuales, en cambio, no afectan a la magnitud del excedente contractual total –no producen excedente, por lo tanto– sino que a lo sumo distribuyen dicho excedente entre las partes del contrato.

Hay, pues, cláusulas contractuales que tienen un impacto en el excedente contractual conjunto, sea incrementándolo sea reduciéndolo, y cuando ello sucede decimos que estamos frente a una cláusula contractual «productiva». Por el contrario, una cláusula contractual puede mantener inalterado el mismo excedente contractual conjunto, pero modificar acaso cómo se distribuye el excedente conjunto entre las partes del contrato. En ese caso hablamos de que

la cláusula es «no productiva o distributiva». Esta distinción es aplicable a todo contrato y también, naturalmente, a los contratos de crédito entre empresas y consumidores, en los cuales centramos la atención en la exposición que sigue.

Merece la pena advertir que esta distinción, basada en el papel de la cláusula en la creación de excedente contractual, a pesar de su trascendencia, no ha formado parte de las variables relevantes para los controles *ex post* sobre las condiciones generales de la contratación y su eventual consideración como intransparentes o abusivas, incluso en enfoques que adoptan una perspectiva económica<sup>69</sup>. Tan solo en los (escasos) estudios que se han ocupado en perspectiva teórica de cómo reemplazar las cláusulas contractuales inválidas (o integrar las lagunas que dejan las cláusulas expulsadas del contrato por abusivas, una cuestión que el TJUE ha abordado de manera conceptualmente desajustada<sup>70</sup>), se plantean la importancia de esta distinción<sup>71</sup>.

Las cláusulas contractuales productivas inciden (obligan, prohíben, disuaden, fomentan, encarecen, abaratan) sobre conductas o situaciones de las partes que afectan la magnitud total del excedente generado por al contrato. A través de estas cláusulas, sean negociadas o no, las partes del contrato pueden mejorar –o no, si las cláusulas no determinan las asignaciones factibles más eficientes– su bienestar conjunto.

Pero si miramos –como es lo procedente– al contrato como un plan de ordenación de un futuro complejo y necesariamente incierto<sup>72</sup>, caemos en la cuenta de otro tipo de cláusulas productivas: las que asignan riesgos cuando el riesgo es relevante para el bienestar de las partes. Así, las cláusulas contractuales son productivas también cuando en el contrato una o ambas partes son aversas al riesgo y las cláusulas asignan la inherente incertidumbre que rodea a los resultados de la ejecución de las relaciones contractuales, pues entonces esa asignación de riesgos también afecta al excedente agregado generado por el contrato (que un riesgo lo soporte la parte con menor aversión al riesgo es, *ceteris paribus*, algo que mejora el bienestar conjunto).

Algunas de las cláusulas contractuales productivas hacen referencia al precio o al objeto principal del contrato, tal y como este se

<sup>69</sup> ZAMIR y FARKASH, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, 2016, p. 29; FURTH-MATZKIN, *Working Paper, John M. Olin Program in Law, Economics and Business, Harvard Law School* 2018.

<sup>70</sup> Véase GÓMEZ POMAR, *Indret*, 2019.

<sup>71</sup> BEN-SHAHAR, *Stanford L. Rev.* 2011, p. 869; BEN-SHAHAR, *Columbia L. Rev.* 2011, p. 396; ZAMIR y KATZ, *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, 2019.

<sup>72</sup> La definición es de EISENBERG, 2018, p. 196.

entiende de ordinario a la luz de la tipología legal de los contratos –piénsese en una cláusula que incide sobre la calidad o propiedades exigidas a la prestación característica del contrato– y otras se proyectan sobre dimensiones de orden secundario en el entendimiento jurídico habitual –una cláusula sobre la calidad o propiedades de un servicio adicional o accesorio o una conducta coadyuvante–.

Un segundo tipo de cláusulas contractuales son las que hemos visto que se denominan cláusulas distributivas. Estas no tienen un impacto en el excedente contractual conjunto, pero si eventualmente en su distribución entre las partes del contrato. Las cláusulas distributivas asignan o distribuyen costes –en su versión más evidente, costes exógenos– inherentes a la transacción. Dicha distribución de gastos no afecta al excedente contractual total –que será constante– independientemente cuál de las partes en el contrato haya de pechar con esos costes exógenos, pero sí incide sobre la magnitud individual del excedente de cada contratante. Así, la cláusula contractual, sea cual sea su contenido, y sea la que sea la asignación de los costes que realice, no afecta al excedente total conjunto, pues el monto de los costes exógenos, por definición, no puede ser alterado por la acción o decisión de los contratantes, lo estipulen en una cláusula contractual o de otro modo. Lo que sí puede hacer una cláusula puramente distributiva, por ejemplo la que atribuye uno de esos costes exógenos a una parte, el oferente, pongamos, que el excedente individual de un contratante se reduzca en el importe del coste que la cláusula pone a su cargo.

Un ejemplo puede servir para ilustrar esta naturaleza puramente distributiva de algunas cláusulas contractuales. Imaginemos un caso en el que una empresa contrata con un consumidor –asumamos un consumidor tipo, por simplicidad–. La empresa puede prestar un servicio a un coste C y dicho servicio proporciona beneficios de una magnitud total B al consumidor que los recibe. Imaginemos que la normativa aplicable establece que se ha de pagar una cantidad fijada en la propia norma –exógena a las partes, por tanto– de cuantía T a un tercero por cada contrato que se concluya (imaginense, por ejemplo, el pago de un tributo a una autoridad fiscal o el pago de una tasa a un organismo o persona responsable de autorizar o registrar la transacción, como por ejemplo los aranceles notariales y del registro de la propiedad en un contrato de préstamo hipotecario). Por facilidad expositiva llamaremos «impuesto» a T.

Supongamos que el excedente total generado por el contrato es positivo,  $B-C-T > 0$ , lo que indica que el contrato mejora la posición conjunta de los contratantes respecto de la alternativa de no contratar. El excedente total de la transacción es la diferencia entre el

valor que el servicio proporciona al consumidor (B) y el coste total necesario para que el consumidor efectivamente reciba dicho servicio –en nuestro ejemplo dicho coste sería la suma del coste en que directamente ha de incurrir la empresa para proveer el servicio al consumidor (C) y del impuesto por la transacción (T) (que para las partes consideradas conjuntamente es un coste, pues por definición es una salida de recursos que va a parar a un tercero ajeno a quienes son contratantes).

Una vez definidos los costes del intercambio contractual (C+T) pasemos a analizar el precio P de la transacción. Imaginemos dos estructuras de mercado extremas que condicionarán el poder de negociación relativo de las partes contractuales. En la realidad de las interacciones entre las partes, el poder de negociación relativo de las mismas no estará normalmente en ninguna de las situaciones extremas que inicialmente exponemos, sino que, en el espacio existente entre ellas dos, se situará en un punto u otro dependiendo de una variedad de factores como, por ejemplo, la existencia de competidores en el mercado o la existencia de procedimientos o protocolos de contratación que las partes siguen al negociar los términos de la operación<sup>73</sup>.

Imaginemos un primer escenario en el que la empresa tuviera todo el poder de negociación (una estructura que corresponde a la versión más extrema de monopolio). Supongamos además que la legislación que regula el impuesto en cuestión puede optar por establecer que sea la empresa quien ha de pagar el impuesto a la administración tributaria o, al contrario, puede fijar que sea el consumidor quién deba ingresar el impuesto ante la agencia fiscal.

Supongamos, en primer lugar, que la normativa reguladora del impuesto prevé que la empresa es la responsable de pagar el impuesto –ha de ingresar su importe a la administración competente-. En el escenario que estamos contemplando ahora, esto es, uno en el que la empresa tiene un poder total de mercado, la empresa podrá obtener un precio que absorbe todo el excedente del consumidor, esto es,  $P=B$ . Por lo tanto, el consumidor se quedará con un excedente contractual igual a 0 ( $B-B=0$ ) y la empresa obtendrá unos beneficios iguales al excedente total generado por el contrato ( $B-C-T$ ), pues recibe B del consumidor, incurre en el coste C y ha de abonar T a la administración tributaria.

Si, por el contrario, la normativa reguladora del impuesto prevé que el consumidor es quién ha de ingresar al fisco, la empresa establecerá un precio igual a  $B-T$ . Este precio genera el mismo excedente total e individual que el que observamos en el caso ante-

---

<sup>73</sup> Véase, MUTHOO, 1999.

rior: el consumidor obtiene un excedente contractual igual a 0 [ $B-T-(P=B-T) = 0$ ] y la empresa obtiene el excedente contractual total [( $P=B-T)-C$ ].

Merece la pena resaltar que este resultado sería el mismo si la atribución del ingreso del impuesto a la administración tributaria no tuviera su origen en una norma legal sino en una cláusula contractual. Por ejemplo, independientemente del contenido de la norma reguladora del impuesto, el contrato podría incluir una cláusula contractual que atribuyera explícita y directamente el pago del impuesto T al consumidor, en todo o en parte (de nuevo, por simplicidad, nos referiremos solo a la repercusión total). En una estructura como la descrita, el coste total del contrato para el consumidor sería  $P+T$ . A nivel agregado el excedente contractual total sería exactamente el mismo ( $B-T-C$ ). La presencia de esta cláusula que traslada o repercuta el tributo sobre el consumidor no cambia el excedente total, y por eso la cláusula es puramente distributiva. De hecho, en este caso, no solo el excedente total, tampoco el individual se vería afectado: la empresa –recordemos, con todo el poder de mercado– fijaría un precio igual a  $B-T$ , con lo que el excedente del consumidor sería (0) y la empresa monopolista tendría un excedente equivalente al excedente contractual total [( $P=B-T)-C$ ]). Como puede observarse, el excedente agregado, el excedente del consumidor y el excedente de la empresa serían exactamente los mismos que si no existiera una cláusula de repercusión del impuesto.

En consecuencia, el análisis de abusividad de una cláusula contractual que prevé la atribución del pago de un impuesto T en el mismo sentido –o en sentido distinto– a lo que prevé la normativa que regula dicho impuesto no tiene ningún impacto en el excedente generado por el contrato. Si una cláusula contractual que asignara el pago del impuesto T al consumidor fuera considerada abusiva nos encontraríamos en la misma estructura que en el primer caso en el que es la empresa la que es responsable de dicho pago. Como se ha explicado anteriormente, en ambos casos el excedente contractual agregado es el mismo. La única cuestión relevante en el análisis de una cláusula contractual de esta naturaleza es que las partes contractuales conozcan antes de firmar el contrato quien ha de pagar el impuesto T cuando se decide contratar y se consiente al precio del contrato  $P$ .

¿Qué pasa cuando es el consumidor el que puede quedarse con el excedente contractual? De forma similar, si analizamos el otro escenario extremo, es decir, aquel en que todo el poder de negociación lo tuviera el consumidor (como sucede cuando hay competencia perfecta) es posible analizar los dos escenarios presentados anterior-

mente. Por un lado, que sea la empresa quien deba pagar el impuesto a la autoridad tributaria. En este caso, el precio  $P$  será igual a  $C+T$  (la empresa tiene dos costes, el de proporcionar el servicio y el del impuesto). El consumidor, con este precio obtiene un excedente igual a  $B-(P=C+T)$  y la empresa obtiene un excedente igual a cero:  $(P=C+T)-(C+T)=0$ . Bajo esta estructura, el consumidor obtendría todo el excedente contractual generado por la transacción.

De forma equivalente, si la norma legal reguladora del impuesto prevé que ha de ser pagado por el consumidor al fisco, el precio contractual sería  $P=C$ . La distribución del excedente contractual sería idéntica a la del caso anterior: el consumidor obtendría todo el excedente contractual  $[B-(P=C)-T]$  y la empresa obtendría un excedente igual a 0  $[(P=C)-C]$ .

Como puede observarse, el hecho que la atribución del pago del impuesto  $T$  resulte de la aplicación de una norma legal aplicable o de una cláusula contractual incluida en el contrato es totalmente irrelevante para la magnitud del excedente total generado por el contrato y para su distribución entre las partes contratantes. Por lo tanto, la calificación judicial de abusividad de una cláusula contractual de atribución de un impuesto  $T$  cuando la norma que lo regula es ambigua resulta irrelevante en relación con la magnitud del excedente contractual total y de su distribución entre las partes. Ni se altera el excedente total ni se altera la situación individual de las partes.

En contextos más realistas donde ambas partes ostentan parte del poder de negociación (que correspondería a cualquier estructura de mercado intermedia entre el monopolio y la competencia perfecta) la atribución del pago de un impuesto  $T$  a un tercero como consecuencia de la aplicación de una norma tributaria o de una cláusula contractual negociada –que asignará de forma total o parcial el pago del impuesto a una u otra de las partes contractuales– tampoco tendrá relevancia en la magnitud del excedente contractual total o el excedente contractual de cada parte del contrato. La atribución contractual del pago del impuesto –o de parte de este– no incide en la fracción del excedente contractual que recibe cada uno, que solo dependerá del poder de negociación de las partes del contrato.

En resumen, tanto el excedente total generado por el contrato como su distribución entre las partes contratantes –empresa y consumidor– serán los mismos independientemente de la atribución del pago del impuesto  $T$  por parte de una previsión legal o de una cláusula contractual. En ambos casos, la empresa percibirá la misma cantidad y a su vez el consumidor pagará la misma cantidad, ya sea como resultado de la suma explícita  $P+T$  (o una fracción de la

misma, como en la situación intermedia descrita anteriormente), o como un precio P más alto que incluye ya el importe T (o una parte de este en el caso que ambas partes tengan poder de negociación)<sup>74</sup>.

El ejemplo anterior asume que el consumidor es consciente que el tributo T, cuando no está ya integrado en el precio, ha de afrontarlo además del precio P, ya sea como efecto de la aplicación de una norma legal ya por una cláusula contractual que coloca T a su cargo. Si este no fuera el caso, el consumidor sería total o parcialmente ignorante respecto de este coste y por lo tanto desconocería el «precio» total del contrato –coste total o sacrificio económico global que la transacción supone para el consumidor–.

La naturaleza económica de las cláusulas contractuales se despliega en varias dimensiones. Por un lado, responde a la estructura de costes fijos y variables –endógenos o exógenos– derivados de la producción del producto y/o servicio. Por otro lado, el papel de dicha cláusula contractual en el contrato es distinto en relación a la generación de excedente contractual conjunto o en su distribución entre las partes contractuales.

Las categorías anteriores permiten, como podremos comprobar, orientar de modo más afinado el control *ex post* de las cláusulas no negociadas, interpretando el material normativo europeo y español de un modo económicamente más ajustado a la sustancia económica, pero respetando las previsiones legales. Con esta aproximación se podrán concentrar los esfuerzos del sistema jurídico en su conjunto, y del Derecho de consumo en particular, allí donde pueden dar frutos, y no desperdiciarlos en tareas fútiles cuando no gravemente contraproducentes, como la experiencia española, tristemente, acredita.

Por otro lado, también nos permite una taxonomía de las cláusulas que han sido objeto entre nosotros de mayor atención jurisprudencial y doctrinal, incluso mediática, facilitando con ello un entendimiento más profundo de la trascendencia económica y contractual de las mismas para el bienestar de los contratantes. Esto es particularmente importante, creemos, en relación con la contratación hipotecaria, que ha sido, de largo, la gran protagonista en España de la litigación y de las controversias judiciales y doctrinales en cuanto a las soluciones que debían adoptarse en relación a un importante número de sus cláusulas.

El siguiente cuadro organiza, en función de los distintos costes –variables/fijos y endógenos/exógenos– presentes en los contratos de

<sup>74</sup> Véase PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Lex Mercatoria*, 2016, p. 93, quien ya observó que los impuestos y costes exógenos inherentes a una transacción se pueden atribuir al consumidor a través de cláusulas contractuales explícitas o a través de un aumento del precio de la transacción.

crédito hipotecario, la traducción en cláusulas contractuales y la función de éstas en el contrato –cláusulas productivas o distributivas–.

	Cláusulas productivas	Cláusulas distributivas
<b>Costes variables.</b>	1. Cláusulas suelo y techo. 2. Cláusulas sobre vencimiento anticipado y ejecución. 3. Cláusulas sobre solvencia previa y posterior del prestatario. 4. Cláusulas sobre conservación de la garantía real.	a. Cláusulas de precio, comisiones y repercusión de gastos no exigidos legalmente. b. Sobre costes exógenos: Impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aranceles notariales y registrales.
<b>Costes fijos.</b>	Coste de la oficina de la entidad financiera.	Costes resultantes de la regulación de capital de las entidades financieras.

Como se ha presentado anteriormente en la sección 2, los controles previstos en la Directiva 93/13 y en la normativa española, y su aplicación por el TJUE y los tribunales españoles se han fundado en algunas nociones poco precisas de la Directiva y, en buena medida, en el arrastre conceptual de categorías doctrinales que no han mirado a la sustancia económica de los fenómenos objeto de atención. Así, la intervención *ex post*, bien orientada a la transparencia sustantiva, bien orientada a asegurar niveles de «calidad» en los derechos sustantivos del consumidor, se ha desplegado de manera uniforme, indiscriminada (desnortada, añadiríamos nosotros) para todo tipo de cláusulas. Se ha puesto en marcha, masivamente, además, la maquinaria compleja y, con frecuencia, imprecisa, del Derecho de las condiciones generales, con independencia de la estructura de costes subyacente, de su reflejo en el precio total para el consumidor y al margen de la contribución que la cláusula hace o deja de hacer al excedente contractual y a su distribución entre las partes.

Por ejemplo, la larga y nutridísima litigación hipotecaria española en general no distingue, como tampoco lo hace el TJUE, entre cláusulas contractuales productivas y cláusulas distributivas. Como podremos observar, ignorar esta distinción supone aplicar uniforme y mecánicamente instrumentos de control que no se corresponden acaso con la función que la cláusula desempeña en la dinámica económica del contrato. Como veremos más detenidamente, el

control de transparencia material, que tiene por objeto evaluar si el consumidor pudo representarse adecuadamente el contenido económico del contrato y evaluar sus consecuencias de bienestar puede ser pertinente para ambos tipos de cláusulas contractuales, productivas y distributivas. El control de contenido o de abusividad, que tiene por objetivo evaluar la maximización del excedente total y la eventual apropiación de dicho excedente por parte del predisponente, es impertinente en el caso de las cláusulas distributivas (dado que éstas solamente distribuyen excedente entre las partes contractuales) cuando esas cláusulas y su trascendencia eran conocidas por el consumidor. Si el consumidor era –genuinamente– consciente de la incidencia de la cláusula sobre el excedente contractual individual que obtendría en el contrato con la misma, un análisis *ex post* sobre el equilibrio contractual no va a mejorar en ningún caso la eficiencia y puede, con frecuencia, distorsionar el funcionamiento del contrato y, en el peor de los casos, desincentivar o destruir contratación que mejora el bienestar.

Antes de presentar nuestro análisis teórico acerca del ajuste de los controles *ex post* a la función contractual de la cláusula, merece la pena examinar la experiencia española en su –desafortunada, con frecuencia– aplicación en la contratación hipotecaria. Así podremos apreciar mejor cómo nuestro intento no es fruto de un prurito teórico o de originalidad interdisciplinar –o de imperialismo económico, como algunos podrían pensar–. Responde a una intensa preocupación por ofrecer mejores soluciones a la praxis española en la materia.

Así, a continuación, presentaremos el tratamiento jurisprudencial que han tenido entre nosotros cláusulas productivas –como las cláusulas suelo, las cláusulas de vencimiento anticipado, de comisión de apertura– y cláusulas puramente distributivas como las relativas al pago del impuesto de actos jurídicos documentados y de tasación<sup>75</sup>.

## 5. LA LITIGACIÓN ESPAÑOLA SOBRE CLÁUSULAS DE CONTRATOS DE CRÉDITO HIPOTECARIO

### 5.1 CLÁUSULAS PRODUCTIVAS

Tal y como se ha explicado anteriormente, las cláusulas contractuales productivas, aunque muy heterogéneas en relación a su

---

<sup>75</sup> Un excelente examen de la litigación española y europea en VENDRELL CERVANTES, 2018, p. 371.

naturaleza y función en el contrato, tienen todas ellas un impacto en la magnitud del excedente contractual generado por el contrato: asignan riesgos entre las partes contractuales, regulan las consecuencias de eventos inciertos durante la vida del contrato y establecen incentivos o desincentivos a acciones que tienen incidencia sobre la ganancia conjunta de la relación contractual.

Como ya se ha indicado, la caracterización relativa a la función económica de las cláusulas contractuales no se corresponde con la calificación bajo la dicotomía de cláusula definitoria del objeto principal del contrato, de un lado, y otras cláusulas, de otro. Por eso, hay cláusulas productivas que se refieren a la configuración de los elementos objetivos esenciales del contrato, tal y como este se entiende a la luz de la tipología legal de los contratos –piénsese en una cláusula que determina la calidad y especificaciones de la prestación característica del contrato– y otras que se proyectan sobre dimensiones que aparecen, en la caracterización tipológica ordinaria de las modalidades contractuales, como de orden secundario: cláusulas relativas a prestaciones accesorias, cláusulas modificativas de otros términos contractuales, cláusulas de asignación de riesgos de ciertos eventos no esenciales en el decurso de la relación, etc. Lo decisivo, en cualquier caso, independientemente de su calificación como cláusula reguladora del objeto principal del contrato –o no– a los efectos de la Directiva 93/13, las cláusulas productivas influyen en la magnitud del excedente contractual total (y también puedan tenerla sobre su distribución entre las partes contractuales).

La litigación española en materia hipotecaria ha tocado diferentes muestras de cláusulas productivas. Podríamos agruparlas en dos categorías distintas. Por un lado, cláusulas que asignan riesgos –de mercado o de conducta de las partes– entre los contratantes y que finalmente impactan sobre el precio o pueden hacerlo. Ejemplos de este tipo de cláusulas serían las cláusulas suelo y las cláusulas de vencimiento anticipado. Por otro, cláusulas contractuales productivas que reflejan costes variables del oferente determinadas o conectadas con la provisión del servicio objeto del contrato. Ejemplo de estas cláusulas sería la de comisión de apertura de un préstamo hipotecario.

### **5.1.1 Cláusulas suelo**

Los contratos de préstamo hipotecario suponen la concesión de financiación durante un tiempo prolongado a cambio de una retribución o interés. El interés en las operaciones de financiación

a medio o largo plazo típicamente se puede configurar sobre la base de tipos de interés fijos (un porcentaje de interés anual que se aplicará de forma inmutable a lo largo del plazo de amortización del préstamo) o de tipos variables (compuestos esencialmente de un índice variable de referencia –como el Euribor– más un diferencial).

En el mercado español, hasta hace bien poco<sup>76</sup>, y al igual que en otros países, han predominado abiertamente los tipos variables.<sup>77</sup> Con un tipo fijo de interés en el contrato, la remuneración a que ha de hacer frente el prestatario no se altera a lo largo de la vida del contrato, y no se ve afectado por las oscilaciones al alza o a la baja que puedan experimentar los tipos de interés de mercado. Con un tipo variable, el índice de referencia, que típicamente refleja la evolución, al alza o a la baja, de los tipos de mercado, hace que la remuneración que ha de abonar el prestatario se eleve o disminuya al ritmo de los tipos en la economía. Es evidente, por tanto, que el riesgo de tipo de interés que soporta el prestatario (previsiblemente, un sujeto más averso al riesgo que una entidad de crédito prestamista) es mayor con tipos variables. Los límites a la variación del interés variable mediante cláusulas contractuales sirven, en principio, para mitigar el riesgo de tipo de interés sobre el prestatario, pues hacen que, más allá de esos límites, el prestatario no soporte el riesgo de tipo de interés (riesgo, por otra parte, que existe tanto en las subidas como en las bajadas de los tipos de mercado: en la teoría económica estándar el concepto de riesgo hace referencia a la incertidumbre de resultados, no a que estos queden por encima o por debajo de un punto o nivel de referencia<sup>78</sup>).

Las cláusulas suelo permiten una fluctuación –limitada– de la tasa anual de interés dentro del margen fijado entre la cláusula suelo y –si también la tiene el contrato– la cláusula techo. Y, de

<sup>76</sup> Véase, GÓMEZ POMAR, y ARTIGOT GOLOBARDES, 2019, en prensa, p. 14. Según los datos del INE, a final de 2018 los tipos fijos suponían ya más del 40% del total de los créditos hipotecarios en el mercado español.

<sup>77</sup> Una comparativa internacional del uso de los tipos de interés variables en préstamos hipotecarios puede hallarse en BADARINZA, CAMPBELL y RAMADORAI, *National Bureau of Economic Research Paper*, 2016. En España, así como en otros mercados (Australia, Finlandia, Irlanda, Italia y Reino Unido, entre otros) los tipos de interés variables han sido tradicionalmente más frecuentes en el mercado hipotecario residencial. En otros países (Alemania, Países Bajos y Estados Unidos) los tipos de interés fijos han sido y son más populares que los variables.

<sup>78</sup> La economía conductual ha cuestionado la irrelevancia de las referencias (el *status quo*, el nivel 0 que distingue pérdidas y ganancias) en las preferencias y las decisiones de los agentes económicos: ZAMIR y TEICHMAN, 2018, p. 45. Las complicaciones que esta perspectiva supone creemos que no alteran de forma apreciable lo que se desarrolla a continuación sobre cláusulas suelo, aunque sí lleva a dar más relevancia en todos los aspectos a las cláusulas techo que a las cláusulas suelo. Véanse sobre estas cuestiones, GÓMEZ POMAR, y ARTIGOT GOLOBARDES, 2018, p. 119, especialmente, pp. 158 ss.

hecho, una cláusula suelo bien diseñada –especialmente en combinación con una cláusula techo– al reducir el riesgo de tipo de interés que pesa sobre la parte aversa al riesgo<sup>79</sup>, mejora la asignación de riesgos y con ello en principio aumenta el excedente contractual (mejorar la asignación de riesgos de la operación aumenta el bienestar de los contratantes). Por eso las cláusulas suelo y techo son cláusulas productivas. Por otro lado, parece plausible –aunque no inevitable– entender que al incidir estas cláusulas sobre la variación del interés remuneratorio (el «precio» del contrato para el prestatario) contribuyen a definir el objeto principal del contrato.

Los últimos años se han caracterizado por una reducción drástica de los tipos de interés en la eurozona<sup>80</sup>, lo cual ha provocado que muchos consumidores –aquellos con cláusulas suelo, tuvieran o no también cláusula techo, pues la reducción de los tipos de mercado hacia los techos inaplicables en la práctica, aunque hubieran sido esenciales para reducir la factura hipotecaria en un escenario, que no ocurrió en la realidad, de subida importante de tipos– vieran como los tipos de interés que pagaban por sus préstamos no se beneficiaban de la continua y acentuada reducción de los tipos de interés en la economía europea y española. Esto dio buenas razones a esos consumidores para iniciar la aventura judicial de buscar la nulidad por abusividad de las cláusulas suelo.

La jurisprudencia española, ante las demandas de los consumidores, ha considerado en la mayoría de los casos<sup>81</sup> que las cláusulas suelo no eran materialmente transparentes y de ahí ha deducido su abusividad, aun admitiendo que la falta de transparencia sustantiva no acarrea de modo necesario la abusividad<sup>82</sup>:

«En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales

<sup>79</sup> El riesgo de variación en el tiempo de los pagos del prestatario no sería demasiado problemático si los prestatarios pudieran cubrirse de otro modo, por ejemplo, mediante un seguro de su futura renta neta, pero el riesgo moral en este seguro lo hace difícilmente viable: CAMPBELL y COCCO, *Quarterly Journal of Economics*, 2003, p. 1452. La subida de los pagos mensuales de la hipoteca, por tanto, puede obligar al prestatario a reducir su consumo o a impagar el préstamo, disyuntiva que supone un riesgo importante que pesa sobre su bienestar futuro.

<sup>80</sup> Desde 2009 las tasas de interés en la eurozona han ido decreciendo de forma continua, según los datos del Banco Central Europeo: [https://www.ecb.europa.eu/stats/policy\\_and\\_exchange\\_rates/key\\_ecb\\_interest\\_rates/html/index.en.html](https://www.ecb.europa.eu/stats/policy_and_exchange_rates/key_ecb_interest_rates/html/index.en.html).

<sup>81</sup> En algunos casos el Tribunal Supremo no la ha declarado no transparente, como en las Sentencias del Tribunal Supremo núm. 171/2017, de 9 de marzo de 2017, núm. 489/2018, de 13 de septiembre de 2018 y núm. 673/2018 de 29 de noviembre de 2018.

<sup>82</sup> Sentencias del Tribunal Supremo núm. 367/2017 de 8 de junio de 2017 y núm. 483/2018 de 11 de septiembre de 2018.

sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya 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.»

Tras la reticencia inicial del Tribunal Supremo (en la sentencia pionera en materia de cláusulas suelo, la de 9 de mayo de 2013) a ordenar la devolución de las cantidades pagadas de más por los consumidores por la aplicación de la mencionada cláusula, y a resultas de la intervención del TJUE<sup>83</sup>, ha prevalecido la *restitutio in integrum* de las cantidades indebidamente pagadas.

En conjunto, por tanto, los tribunales han arrumbado las cláusulas suelo por entender que no permitían a los consumidores evaluar y comprender el coste efectivo del contrato y de los compromisos asumidos en su virtud. En palabras de la STS 44/2019 de 23 de enero de 2019, no pudieron «[...] percibir, comprender y apreciar cuál es el impacto de los pagos sobre el coste efectivo que para él supone la oferta de crédito, y de este modo poder evaluar, comparar y tomar la mejor decisión.» En términos más económicos, no tuvieron oportunidad de calcular el excedente contractual esperado a la vista de la presencia de la cláusula suelo en el contrato.

¿Cuál ha sido entre nosotros el nivel de transparencia sustantiva exigido para las cláusulas suelo, esto es, el estándar de cognoscibilidad real por el consumidor que nuestros Tribunales han requerido para superar el control de transparencia? En general, la jurisprudencia ha impuesto la exigencia de que se muestren al consumidor simulaciones de diferentes escenarios en los que puede hallarse el tipo de interés, así como previsiones *a futuro* de los tipos de interés<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Sentencia Gutiérrez Naranjo.

<sup>84</sup> Sentencias del Tribunal Supremo núm. 241/2013 de 9 de mayo de 2013, núm. 25/2018, de 17 de enero de 2018 y núm. 483/2018 de 11 de septiembre de 2018.

En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, las simulaciones aparecen señaladas con nitidez, pero se indican otros factores, como la importancia dada al interés variable y las disminuciones del índice de referencia, la información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, la relación o conexión con la fijación de un techo o la información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 171/2017 de 9 de marzo de 2017, aunque no se mencionan las proyecciones, sí se cifra la transparencia expresamente en ofrecer 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 del límite que supone la cláusula suelo.

En otras sentencias, aunque se refuerza y argumenta por extenso el sentido general de la exigencia de transparencia sustantiva en la contratación seriada, el énfasis se coloca en

Desde luego, el interés por conseguir que el consumidor disponga de elementos de juicio para determinar cuál es el excedente que espera obtener del contrato de crédito habida cuenta de la presencia de una cláusula suelo (con o sin techo) está justificado. Y esto sin duda apunta a la relevancia que la cláusula tiene para el consumidor. Otra cosa es que las exigencias derivadas de los posicionamientos jurisprudenciales españoles estén igualmente justificados. Esto es más discutible. Por varias razones.

Para empezar, porque las proyecciones de tipos de interés que habrá de pagar el consumidor con y sin la cláusula suelo no aportan demasiado a la decisión del prestatario. Que si los tipos de mercado no bajan –suben o permanecen estables– el suelo no entra en juego y los pagos de intereses serían los mismos con y sin suelo<sup>85</sup>, parece que está ínsito en la propia noción de suelo que la mayoría de los consumidores comprenden con facilidad –si saben de la existencia de la cláusula, naturalmente–. En caso de bajada, el efecto de pagar el suelo si este existe y la diferencia con pagar el índice de referencia más el diferencial, tampoco parece requerir de precisiones mayores. Otra cosa es asignar «probabilidades» a cada uno de los escenarios futuros de tipo de interés. Esto mejoraría apreciablemente las oportunidades del consumidor para «valorar» las ventajas de la cláusula suelo. El problema es que el prestamista tampoco sabe asignar esas probabilidades, pues por definición nadie sabe con un mínimo de fiabilidad la distribución de probabilidades de los tipos de mercado en el futuro, mucho menos aún en un futuro a 20 o 30 años, que es el período habitual de duración del préstamo hipotecario en España.

Lo que, en cambio, no parece considerarse de forma general entre nosotros como necesaria exigencia de transparencia –aunque

---

otros elementos: (i) la negociación precontractual y el realce específico en la presentación de la cláusula. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 464/2014, de 8 de septiembre de 2014 se expresa del modo siguiente: «[...] 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, objeto de estudio, 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.»; (ii) que en la información precontractual se explique la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece: Sentencia del Tribunal Supremo núm. 655/2017, de 1 de diciembre de 2017.

<sup>85</sup> Otra cosa es que desde el primer período de interés variable (típicamente el segundo año de vida del préstamo, el primer año se paga un interés inicial que no depende del índice de referencia) ya se alcance el suelo, lo que sí es un dato relevante, pues entonces ya de entrada el interés variable pactado se sustituye por el suelo.

algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo apuntan en esa línea<sup>86</sup>— es comparar los diferenciales sobre el tipo de referencia u otros términos de incidencia sobre los pagos del consumidor, con y sin cláusula suelo. Esto hubiera permitido apreciar el posible —pero no seguro— aprovechamiento por el consumidor del aumento en el excedente provocado por la mejor asignación de riesgos de tipo de interés que permite la cláusula suelo. Esto sería factible pero no parece haber suscitado la atención de los tribunales españoles.

Finalmente, el defectuoso entendimiento de la cláusula suelo y de cómo se puede abordar jurídicamente ha contagiado, y gravemente, al legislador. El artículo 21.3 LCCI ha establecido una prohibición sustantiva de las cláusulas suelo: «En las operaciones con tipo de interés variable no se podrá fijar un límite a la baja del tipo de interés.» En realidad, las cláusulas suelo no presentan de por sí un problema de «calidad» de derechos del prestatario: ya hemos visto que reducen el riesgo de tipo de interés sobre la parte más aversa al riesgo de la relación crediticia, el prestatario. Y esto es cierto aunque la cláusula suelo no venga acompañada de una cláusula techo. Respecto de un contrato con puro interés variable, un contrato con cláusula suelo reduce el riesgo de volatilidad de tipos de interés que pesa sobre el prestatario. El riesgo hacia abajo, sí, pero eso es un riesgo de «ganancia» que alguien averso al riesgo prefiere no «disfrutar», a cambio, por ejemplo, de un diferencial más bajo o una comisión de apertura más reducida. Evidentemente, si además de suelo hay un techo, eso reduce aún más el riesgo —y este riesgo afecta a un evento «negativo» para el prestatario, como es la subida de tipos y de pagos a su cargo, que a su vez puede tener consecuencias graves en su bienestar— sobre el consumidor, lo mismo que un tipo fijo reduce aún más el riesgo de tipo de interés sobre el prestatario que un tipo variable más suelo y techo o con techo nada más<sup>87</sup>.

En definitiva, el tratamiento que en el sistema jurídico español se le ha dado a la cláusula suelo ha ignorado la función económica de esta como cláusula productiva en cuanto esquema de asignación

<sup>86</sup> La Sentencias del Tribunal Supremo núm. 25/2018, de 17 de enero de 2018, y núm. 483/2018, de 11 de septiembre de 2018, basan la falta de transparencia, entre otras razones, en que no se había advertido de forma clara y comprensible al consumidor sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. Lo hizo también, como hemos señalado, la sentencia inicial sobre la materia, la de 9 de mayo de 2013, pero sin darle ningún relieve a la mención, y acaso de forma subordinada, incluso.

<sup>87</sup> Otra cosa es el riesgo de inflación o deflación, que aunque relacionado con el de tipo de interés, es distinto. Una hipoteca a interés fijo es muy atractiva ante expectativas de media o alta inflación, pero no lo es con inflación muy baja o deflación, lo que supone un riesgo de riqueza pesando sobre el prestatario: véase, JOHNSTON, *George Mason Law Review*, 2016, p. 655.

de riesgo de tipo de interés en contratos de crédito hipotecario a interés variable<sup>88</sup>.

### 5.1.2 Cláusulas de vencimiento anticipado

Las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario permiten a la entidad financiera, ante un incumplimiento del deudor de sus obligaciones de pago periódicas<sup>89</sup>, vencer todo lo que se debe por razón del préstamo y exigir de inmediato el pago de la totalidad, con los ajustes necesarios por la anticipación del vencimiento.

Las cláusulas de vencimiento anticipado por impago del prestatario son cláusulas productivas, pues afectan a los incentivos a cumplir del prestatario y al incentivo del prestamista a renegociar el contrato y ser o no «paciente» con el impago producido, además de incidir sobre los incentivos a la conservación del objeto de la garantía (una vez iniciado un procedimiento de ejecución, la evidencia internacional –y la intuición elemental– indica que se reducen los incentivos del prestatario a la conservación y mantenimiento del inmueble dado en garantía). En la terminología clasificatoria de la Directiva 93/13 no sería, con muy alta probabilidad, merecedora la cláusula de vencimiento anticipado de la clasificación de atinente al objeto principal del contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Esto no quiere decir que un contrato de crédito a largo plazo pueda subsistir razonablemente si el acreedor se ve privado de la posibilidad de vencerlo en presencia de un incumplimiento (al menos de suficiente intensidad y gravedad, naturalmente) por parte del prestatario, y así poder exigir el pago de todo lo debido sin tener que aguardar a la expiración del plazo contractual y verse de este modo limitado a realizar reclamaciones tan solo por los incumplimientos –parciales, por definición, en un préstamo que se devuelve por cuotas– que se vayan produciendo y acumulando, y emprender las acciones pertinentes para dar eficacia a su reclamación tan solo de forma parcial y no definitiva<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Para un análisis más completo, ARRUÑADA SÁNCHEZ, y CASAS-ARCE, 2018, p. 285.

<sup>89</sup> En teoría podrían caber cláusulas de vencimiento anticipado basadas en incumplimientos de otra naturaleza, si bien tanto las previsiones de la LEC (art. 693) en materia de ejecución sobre bienes hipotecados, ahora las de la LCCI (art. 24) como la litigación española y europea se circunscriben al incumplimiento de las obligaciones de realizar los pagos periódicos por parte del deudor.

<sup>90</sup> Así lo declara ahora el Tribunal Supremo español, en la Sentencia núm. 463/2019, de 11 de septiembre de 2019:

«[...] si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipote-

Por otro lado, la recuperación por el prestamista del valor de lo prestado y los intereses devengados a cargo del objeto de la garantía hipotecaria (eso es esencialmente la ejecución hipotecaria) se ha identificado por la evidencia empírica reciente como uno de los factores jurídicos más relevantes relacionados con la disposición del mercado hipotecario para ofrecer crédito a personas de menor edad y menor nivel de renta en mejores términos de precio. Como se ha documentado con una ingente base de datos europea de préstamos hipotecarios, mayores dilaciones y duraciones de los procesos de ejecución hipotecaria en relación con el momento del impago están asociadas a menores niveles de endeudamiento de hogares más jóvenes y a tipos de interés más altos para solicitantes de crédito con menores niveles de ingresos<sup>91</sup>.

Es importante tener en cuenta que las ejecuciones hipotecarias suponen efectos externos, como los costes de la administración de justicia, la reducción de precios de viviendas en áreas que experimentan numerosas ejecuciones o el impacto negativo sobre la situación de la familia del prestatario. Esto sugiere que puede tener sentido económico un uso parsimonioso de la ejecución hipotecaria<sup>92</sup>.

Tal vez lo más relevante desde el punto de vista económico es que, dados los costes a los que se suman las externalidades negativas de las ejecuciones, puede ser deseable la renegociación del contrato de hipoteca, de manera que, reduciendo el importe de los flujos de pago a cargo del deudor, al menos los inmediatos, se evite el impago y, con él, la ejecución hipotecaria.

Por otro lado, una renegociación del contrato que suponga una reducción de la carga financiera para el deudor proporciona una cobertura (parcial) frente a los riesgos de padecer shocks negativos en la capacidad de repago de la hipoteca y frente a los riesgos del

---

cario, resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC).

Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenčová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente difícil.

Véase, en esta línea, GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2019, p. 7. Ya procedió hace años a un análisis exhaustivo de la ejecución total como consecuencia del vencimiento anticipado y la ejecución parcial solo por lo impagado, MORALES MORENO, 2014, pp. 1979-1982.

<sup>91</sup> BOVER, CASADO, COSTA, DU CAUJ, McCARTHY, SIERMINSKA, TZAMOURANI, VILLANUEVA y ZAVADIL, *International Journal of Central Banking*, 2016, p. 71.

<sup>92</sup> La normativa prudencial bancaria, al aumentar el nivel de provisiones exigido al prestamista en relación con el crédito impagado cuando se inicia la ejecución, ya crea algunos incentivos en esta línea de «cautela» antes de iniciar la vía de la ejecución hipotecaria.

mercado inmobiliario. Esta protección es valiosa para los deudores y aumenta su bienestar esperado en las transacciones hipotecarias.

Sin embargo, parece claro que hay situaciones en las que el impago llega a ser inevitable. En este caso, la ejecución también lo será y la mitigación del impacto negativo sobre el deudor deberá confiarse a medidas de carácter social y a la exoneración en el concurso personal de la deuda residual tras la ejecución.

Sin duda hay situaciones en que una renegociación del contrato entre prestamista y consumidor podría evitar el impago definitivo, pero ni es fácil determinar si el impago es evitable con una renegociación satisfactoria para ambos contratantes, ni es fácil discernir entre una genuina dificultad de pago y los incumplimientos oportunistas tras un retraso o una alegada incapacidad de hacer frente a las obligaciones financieras. Por estas razones, puede tener sentido que el acceso del prestamista a la ejecución hipotecaria esté regulado, previendo cierta magnitud mínima, o determinadas características que acompañen al retraso en el pago por parte del deudor, o estableciendo ciertos deberes de conducta (realización de una oferta de renegociación, otorgamiento de una moratoria por un plazo en que se pueda esperar una superación de una dificultad puntual de hacer frente a los pagos) previos al inicio del procedimiento de ejecución.

Dos ideas son, sin embargo, importantes a estos efectos. Para mantener el valor conjunto del contrato de crédito hipotecario es importante preservar un procedimiento de ejecución hipotecaria que, una vez iniciado, preserve el valor neto del bien sobre el que se constituye la garantía. Por otra parte, en la fase previa a la ejecución hipotecaria es importante proporcionar oportunidades e incentivos para una renegociación de la deuda que evite el impago y mejore la posición de las partes en el contrato. Lograr una mejora en la renegociación no es fácil, pero tener claro el objetivo ayuda a excluir las previsiones para este período que no contribuyen este fin.

En este sentido, exigir un mínimo volumen de impago para poder vencer anticipadamente el préstamo por impago y así iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, como hacen otros sistemas<sup>93</sup> y ahora también el artículo 24 LCCI<sup>94</sup>, puede tener sentido,

<sup>93</sup> En Alemania el § 498 BGB impone para el vencimiento anticipado del crédito hipotecario que el prestatario haya impagado al menos dos plazos consecutivos de forma total o parcial, y que un mínimo de un 2,5% del nominal del crédito se encuentre impagado, además del otorgamiento al prestatario de un plazo de pago de al menos dos semanas con indicación expresa de vencimiento total en caso de no atender el requerimiento de pago.

<sup>94</sup> Merece la pena señalar que la disposición transitoria primera, párrafo 4, LCCI aplica el artículo 24 de la LCCI a los contratos preexistentes en los que no se hubiera producido ya una declaración de vencimiento anticipado por el prestamista. En estos casos

aunque es muy complicado dar con unas cifras o umbrales que sean adecuadas para todas las situaciones. Además, este tipo de previsiones, por sí mismas, no parece que puedan incentivar renegociaciones eficientes de los contratos de deuda hipotecaria en situaciones de dificultades de pago para el deudor que son solo temporales o salvables si se produce una moratoria u otra medida de ayuda.

En este sentido, no podemos pensar ingenuamente que las cláusulas de vencimiento anticipado que incluyen estas medidas de «espera» basadas en un número cuantioso de impagos o en una proporción apreciable de deuda impagada, necesariamente van a mejorar la ganancia conjunta del contrato. Si se obliga al acreedor a tener que esperar un largo periodo de tiempo antes de poder ejecutar el contrato, podemos encontrarnos con costes tanto para el deudor –que cada vez deberá más dinero al acreedor por los intereses de demora–, como para el acreedor –pues cuanto más tenga que esperar para poder ejecutar el contrato, menor valor puede tener el inmueble objeto de la garantía sin que en el ínterin haya mejorado la posibilidad efectiva de hacer frente a la deuda por el prestatario–.

Como es conocido, el artículo 693 LEC, en su versión original, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admitían con notable liberalidad las cláusulas de vencimiento anticipado por cualquier impago del prestatario. Hasta 2013, año en el TJUE adoptó la sentencia del caso *Aziz*<sup>95</sup> el acreedor podía acudir al vencimiento anticipado y reclamar al deudor la totalidad del importe prestado y los intereses –no solo lo incumplido– frente al impago de cualquier cuota, y hacer uso del procedimiento de ejecución especial sobre bienes hipotecados. Es decir, los contratos de préstamo hipotecario contemplaban que, frente al impago de una sola cuota, el acreedor ya podía iniciar los trámites ejecutivos al amparo de la LEC, sin que los tribunales impusieran trabas significativas a esta actuación.

La sentencia del caso *Aziz* cargó duramente contra la legislación procesal española y las cláusulas de vencimiento anticipado por un solo impago y el Tribunal Supremo adoptó este criterio como propio en su jurisprudencia posterior<sup>96</sup>. A su vez, la sentencia *Aziz* motivó que el legislador español aprobara, en el año 2013, la

---

que la transitoria plantea la duda que suscita la sentencia *Abanca* relativa a si el contrato subsiste en ausencia de la cláusula de vencimiento anticipado que permitiría o no) iniciar un procedimiento ejecutivo especial de la LEC sobre bienes hipotecados por la totalidad de la cantidad vencida y sobre base del título notarial inscrito del préstamo hipotecario o 2) instar un procedimiento declarativo para resolver el contrato e instar la ejecución del título judicial. Véase GÓMEZ POMAR, 2019, pp. 177-194.

<sup>95</sup> Sentencia TJUE *Aziz*.

<sup>96</sup> STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 (Roj: STS 5618/2015; MP: Vela Torres) o la STS 79/2016, de 18 de diciembre de 2016 (Roj: STS 626/2016; MP: Vela Torres). Véase DÍAZ FRAILE 2015, p. 329.

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social<sup>97</sup>, que introdujo cambios en los apartados 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> del artículo 639 de la LEC, exigiendo un mínimo de tres impagos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses para el vencimiento anticipado.

La polémica litigiosa española no ha concluido, pues las dudas sobre la posibilidad de emplear la ejecución especial sobre bienes hipotecados de la LEC por la totalidad de la deuda (que exigiría en principio una cláusula de vencimiento anticipado válida en el título ejecutivo inscrito) han persistido en los tribunales españoles. En este debate, recientemente, el TJUE en el caso *Abanca*<sup>98</sup> se ha tenido que pronunciar sobre el destino de los procedimientos judiciales en que hay cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.<sup>99</sup> En particular, en relación con la posible integración de la laguna contractual dejada por las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. El Tribunal Supremo, con anterioridad a la sentencia TJUE en el caso *Abanca*<sup>100</sup> consideró que debían continuar las ejecuciones hipotecarias siguiendo el procedimiento previsto en estos casos en la LEC a pesar de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Muchos discrepan, y consideran que solo cabe de resolución contractual ordinaria prevista en el artículo 1124 CC (que el propio Tribunal Supremo, despejando dudas un tanto artificiales o basadas en un relictio jurídico, ha considerado recientemente que resulta de aplicación en contratos tradicionalmente unilaterales, como el préstamo<sup>101</sup>).

La cuestión ha seguido pendiente hasta la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019<sup>102</sup>, que ha entendido que el contrato de préstamo hipotecario no podría sub-

<sup>97</sup> BOE núm. 116, de 15.5.2013.

<sup>98</sup> Sentencia TJUE *Abanca*. Sobre esta sentencia ya hay distintos –y contrapuestos– posicionamientos doctrinales en España: ALFARO ÁGUILA-REAL, *Derecho mercantil*, 2019 (disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/03/la-sentencia-del-tjue-sobre-clausulas.html>); PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2019 (disponible en <https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>); DÍAZ FRAILE, *Notarios y Registradores*, 2019 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>); MARTÍN FABA, CESCO, 2019, disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_26\\_de\\_marzo\\_de\\_2019\\_sobre\\_vencimiento\\_anticipado\\_del\\_credito\\_hipotecario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf)); GÓMEZ POMAR, 2019, p. 2; CARRASCO PERERA, 2019, p. 611.

<sup>99</sup> Véase HERNÁNDEZ TORRES, 2018, pp. 222 ss. aplicando la doctrina del TJUE al vencimiento anticipado.

<sup>100</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015 de 23 de diciembre de 2015. Véase DÍAZ FRAILE, 2015, p. 329.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 432/2018 de 11 de julio de 2018.

<sup>102</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre de 2019.

sistir sin la cláusula de vencimiento y la posibilidad de acceder al procedimiento de ejecución hipotecaria (que presupone, de facto, la existencia de la facultad del prestamista de poder vencer la totalidad de lo debido ante un incumplimiento del deudor de cierta entidad). Sin vencimiento anticipado, la garantía resulta en gran medida ilusoria, pues no cabe pensar que se concede financiación a largo plazo sin un remedio procesal eficaz para reintegrar plenamente al acreedor ante un incumplimiento relevante del deudor. Sin el cauce sustantivo y procesal que abre la cláusula de vencimiento anticipado se altera de tal modo la economía del contrato de préstamo hipotecario que decae su causa y con ella se produciría la ineficacia total del contrato. Además, la inaplicación de la ejecución hipotecaria y el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa de resolución por incumplimiento tiene efectos muy negativos para el propio deudor.

De acuerdo con el Tribunal Supremo, ha de integrarse la laguna producida por la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado pactada, según lo que permite la STJUE en el Asunto *Abanca*. No hace el Tribunal Supremo en esta Sentencia apreciaciones de alcance general acerca de la integración de lagunas por abusividad, una cuestión muy defectuosamente entendida por el TJUE y por la doctrina, también por la española. La integración debe realizarse, según el Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de septiembre de 2019, con arreglo al artículo 693.2 de la LEC (en la versión posterior a 2013), según se ha entendido la apreciación de la gravedad del incumplimiento y otras circunstancias por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2015 y 2016, en la estela de la STJUE en el Asunto *Aziz*. Si bien debe tenerse en cuenta, como «criterio orientador», el nuevo régimen imperativo de vencimiento anticipado del artículo 24 LCCI. A pesar de que no coincide la jurisprudencia de 2015 y 2016 con la reglamentación, muy específica, de la LCCI, y a pesar de la indicación de la transitoria primera, apartado 4 LCCI de no aplicar retroactivamente el régimen del artículo 24 LCCI a los contratos ya vencidos (sea cual fuere su situación de pago o su situación procesal)<sup>103</sup>.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha tratado de facilitar orientaciones concretas para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente, en un ejercicio loable de pormenor aunque sigue arrojando algunas dudas en cuanto a su aplicación por los

---

<sup>103</sup> Véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, 2019, p. 271 explicando la jurisprudencia del TS y del TJUE en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado y en la pp. 281 ss. el nuevo régimen del artículo 24 LCCI.

tribunales de instancia (en cuanto a procesos afectados, momento de determinación de la satisfacción del número exigido de impagos, etc.).

Así, los procesos de ejecución en que, con anterioridad a la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por una cláusula contractual nula por su contenido (virtualmente todas, dado que respondían a la previsión vigente entonces del art. 693.2 LEC), deben ser sobreseídos. Los procesos en que, tras la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad sentados ahora por el Tribunal Supremo, deben sobreseerse. Si en estos procesos el impago del deudor hipotecario satisface la gravedad cuantitativa del artículo 24 LCCI, seguirán su tramitación.

Los autos de sobreseimiento que se dicten en aplicación no tendrán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, ya no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en el vencimiento anticipado por aplicación de disposiciones legales (se aclara cuáles sean: las del art. 24 LCCI).

A pesar de este esfuerzo orientador del Tribunal Supremo, está por ver si la incertidumbre en la materia se ha disipado por completo.

### 5.1.3 Comisión de apertura

El análisis jurisprudencial que se ha realizado en España sobre la comisión de apertura se desglosa en dos: por un lado, la consideración de la comisión de apertura como parte del precio del contrato –o no– y el eventual análisis de su abusividad.

Las vicisitudes jurisprudenciales de la cláusula de comisión de apertura culminan esencialmente con las decisiones del tribunal Supremo en enero de 2019<sup>104</sup>. Hasta este pronunciamiento, el debate jurisprudencial se había centrado en si la comisión de apertura formaba o no parte del precio del contrato o de costes repercutibles al prestatario y en su administrabilidad<sup>105</sup>. Esta distinción

<sup>104</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 44/2019 de 23 de enero de 2019.

<sup>105</sup> Un primer grupo de Audiencias Provinciales se pronunciaron por la validez de la comisión de apertura: SAP de Tarragona 41/2017, de 7 de febrero de 2017, la SAP A Coruña 211/2017, de 7 de junio, SAP Valencia 86/2017 de 15 de febrero de 2017 y SAP de León 67/2018, de 27 de febrero de 2018, entre otras. En particular, la SAP A Coruña 211/2017, de 7 de junio, entendió que la comisión de apertura es (una parte) del precio del contrato, concretamente aquella que se corresponde con el servicio financiero que consiste en la realización del conjunto de tareas para la evaluación crediticia del eventual deudor hipotecario (el análisis de su solvencia, la necesidad de constituir garantías, etc.) de cara al otorgamiento del préstamo solicitado y la fijación de los términos del contrato en función de su nivel de riesgo crediticio. Un segundo grupo de Audiencias Provinciales consideró

era importante porque la calificación de la cláusula como precio o como cláusula accesoria condicionaba el tipo de control (transparencia únicamente o abusividad) al que quedaban sometidas, de acuerdo con la aproximación del Tribunal Supremo. El debate entre las Audiencias Provinciales en relación a si la comisión de apertura forma parte del precio del contrato ha sidoclarificado por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 que ha establecido que la comisión de apertura forma parte del precio del contrato.

El Tribunal Supremo ha entendido que la comisión de apertura, junto con el interés remuneratorio, se integra en las retribuciones que las entidades financieras reciben por conceder el préstamo al prestatario y por lo tanto forma parte del precio del préstamo –y del contrato<sup>106</sup>. El Tribunal Supremo entiende que el precio del contrato está formado por múltiples elementos, ligados a distintos factores y que pueden ser pagaderos en distintos momentos de la vida del contrato –de forma continuada a lo largo de la vida del contrato o de una vez, al inicio del contrato–.

Este es el argumento del Tribunal Supremo:

«No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.»

En efecto, para conceder un préstamo a un cierto prestatario que lo solicita, el prestamista realiza servicios que le suponen un

---

que la comisión de apertura no refleja el coste de ningún servicio efectivamente prestado por la entidad financiera y que la evaluación de la solvencia crediticia del cliente y la viabilidad del préstamo constituyen tan solo una de las actividades ordinarias de la entidad financiera. Ejemplos de esta línea jurisprudencial son la SAP de Asturias de 14 de septiembre de 2017, EDJ 2017/198389, y la SAP de las Islas Baleares de 1 de febrero de 2018 EDJ 2018/16074, entre otras.

<sup>106</sup> Las Circulares 8/1990, en su apartado 1 bis.b de la norma tercera y el anexo II, apartado 4 de la Orden de 5 de mayo de 1994, distingúan entre la comisión de apertura y las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario que la entidad podía aplicar sobre los préstamos hipotecarios. Una parecida línea está prevista por la Orden 5/2012, de 27 de junio que establece que la tasa anual equivalente (TAE), que refleja el coste efectivo del préstamo debe incluir «las comisiones y demás gastos que el cliente deba pagar a la entidad como contraprestación por el crédito recibido o los servicios inherentes al mismo.» 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 regula la comisión de apertura de forma muy similar a la Circular de 1990.

coste adicional –a los que experimentaría en ausencia de este concreto préstamo–: tramitar y estudiar la solicitud y evaluar la solvencia del prestatario, así como la puesta a disposición de los fondos financiados –lo que supone un coste de financiación y de oportunidad al prestamista–.

Así lo explica el Tribunal Supremo en la Sentencia 44/2019, de 23 de enero de 2019:

«La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.»

Con posterioridad a esta Sentencia del Tribunal Supremo, el Abogado General Hogan del 15 de mayo de 2019<sup>107</sup> ha venido a coincidir con esta línea argumental:

«34. En el procedimiento principal, las partes no están de acuerdo en si, en particular, a los gastos de gestión les corresponde una contraprestación.

35. No obstante, a mi parecer esto suscita pocas dudas. En la medida en que estos gastos tienen la finalidad de sufragar el coste administrativo asociado a la concesión del préstamo, que, según la información facilitada por el órgano jurisdiccional remitente, parece constituir el único servicio prestado en virtud del contrato, dichos gastos deben considerarse parte del precio pagado por el préstamo.»

En esta interpretación, la comisión de apertura supone la remuneración de actividades –costosas– que ha de realizar el prestamista, pues son inseparables de la transacción objeto de contrato. Como cualquier coste marginal, los costes variables unitarios en los que incurre la entidad financiera al analizar la solicitud de financiación y evaluar la solvencia del prestatario y las condiciones

---

<sup>107</sup> Conclusiones del Abogado General Hogan asunto C-621/17, *Gyula Kiss y CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss y Gyuláné Kiss.*

contractuales de financiación son inherentes a la concesión del préstamo hipotecario.

El precio del préstamo hipotecario (asumamos un préstamo a interés variable, que aún sigue siendo mayoritario en la práctica hipotecaria española) vendría dado por dos componentes separados en cuanto a su presentación contractual al prestatario: una parte fija e inmediata –la comisión de apertura– y una parte variable y diferida –el interés de referencia más el *spread* que se haya pactado. A su vez, cada una de estas dos partes del precio reflejarían distintos costes variables endógenos en la operación: el coste de la evaluación de solvencia y del resto de tareas preparatorias del otorgamiento de la financiación, de un lado, y el coste financiero para el prestamista de esa operación, de otro. Así, la comisión de apertura es una parte del «precio final o completo» que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo. Es una parte que se corresponde con ciertos costes variables de concederlo, aunque constituye una parte del precio que es fija (no varía u oscila a lo largo de la vida del préstamo) y se desembolsa de una vez al inicio del contrato. Otra parte consiste en el tipo de interés remuneratorio del crédito hipotecario, que puede determinarse como interés variable –el interés de referencia más un *spread*– y que se paga en distintos momentos de tiempo, a plazos, durante la vida del crédito hipotecario<sup>108</sup>.

Como cláusula de precio, es esencial que el consumidor pueda apreciar su existencia y magnitud para determinar su excedente individual procedente del contrato (el precio es la pieza fundamental para dividir el excedente entre oferente y consumidor, sea en una compraventa de bienes y servicios, sea en un contrato de financiación). Por ello el total del precio del contrato –interés remuneratorio más comisión de apertura y, en su caso, otras comisiones o cargos– necesariamente ha de formar parte de la información pre-contractual que se le ofrece al consumidor<sup>109</sup> y más concretamente, se debe incluir en las fichas de información normalizada que regulan en la normativa de transparencia bancaria. La normativa aplicable no condiciona la estructura del precio –variable o constante, de pago inmediato o a lo largo de la vida del contrato– sino que tiene por objetivo asegurar su transparencia. Por lo tanto, la estructura y componentes del precio se pueden ordenar y presentar de distintos modos. La decisión relativa a los parámetros y componentes que

---

<sup>108</sup> Esta tipología de estructura de precio que distingue entre remuneración inicial por la celebración del contrato y remuneración por uso del servicio está prevista, por otra parte, en la propia normativa de protección de consumidores y usuarios (art. 87.5 II TRLGDCU).

<sup>109</sup> Artículo 60.2 TRLGDCU.

formarán parte del precio no conlleva que éstos puedan considerarse como abusivos bajo el TRLCU<sup>110</sup>.

Por su parte, el TJUE, en contratos de consumo de naturaleza financiera, ha intentado distinguir entre el precio como contraprestación del servicio que constituye el objeto principal del contrato y el coste total del servicio para el consumidor, que incluye cualesquiera pagos que el consumidor deba realizar al prestatario o a terceros –tales como aranceles notariales y registrales. El TJUE, sin cuestionar la existencia de costes del préstamo para el consumidor distintos y adicionales al interés remuneratorio, diferencia entre los costes totales del crédito para el consumidor y el precio del contrato *stricto sensu*. El coste total del crédito es el sacrificio económico total por recibir el crédito y ha de condensarse o reflejarse, por mandato del Derecho de la Unión Europea, en la TAE<sup>111</sup>, en la que se integran el tipo de interés remuneratorio –fijo o variable–, las comisiones y otros gastos incluidos y efectuados por el prestatario al prestamista o a terceros y definidos en el contrato<sup>112</sup>.

Este conjunto no se identificaría necesariamente y en todo caso con el precio en sentido estricto que supone la contraprestación del servicio financiero del anticipo de numerario y que sería, en una concepción formalista del préstamo, el único objeto principal del contrato. El TJUE parece entender que el objeto principal del contrato, no sujeto a control de abusividad si es transparente,<sup>113</sup> viene definido por la cláusula contractual relativa al precio en sentido estricto y debe ser interpretado de forma restrictiva<sup>114</sup>, de forma que el objetivo final de evitar cláusulas abusivas no quede amenazado en su consecución efectiva). Sin embargo, el TJUE en *Kásler y Káslemné Rábai* (49 a 51) consideró que una cláusula que establece una comisión es parte del objeto principal del contrato si constituye la contraprestación por los bienes y servicios proporcionados a título principal y que tal materia debe ser determinada por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En todo caso, desde el punto de vista económico y de bienestar de los consumidores no es, en principio, ni mejor ni peor que el precio a cargo del prestatario se estipule de forma unitaria, como una única serie de pagos variables (los intereses periódicos, generalmente mensuales) o como la combinación de una parte fija que se paga de una vez al celebrar el contrato, más un flujo de pagos mensuales durante la vigencia del préstamo. Lo cierto es que, en el

<sup>110</sup> Sentencia del Tribunal Supremo núm. 44/2019, de 23 de enero de 2019.

<sup>111</sup> La TAE está definida en el artículo 4.15) y en el anexo I de la Directiva 2014/17.

<sup>112</sup> Sentencia TJUE *Matei* [44].

<sup>113</sup> Artículo 4.2 Directiva 93/13.

<sup>114</sup> Sentencia TJUE *Kásler y Káslemné Rábai* [42].

momento de celebración del contrato, el precio (se configure únicamente como pago de intereses o se desdoble en parte inicial y pago de intereses) que ha de asumir el consumidor por recibir el préstamo, puesto en valor presente, ha de cubrir el total de los costes variables (los de evaluación, estudio y otorgamiento, más los financieros) del prestamista. Si no va a cubrir el total de costes, el prestamista prefiere no contratar. Como dice el Abogado General Hogan en las Conclusiones del asunto Gyula Kiss:

«Al expresar este punto de vista no he pasado por alto el argumento formulado por el Sr. Gyula Kiss en el sentido de que dicha cláusula significa que el banco repércte sus costes operativos en los consumidores, incluidos los relativos a sus obligaciones legales. No obstante, el hecho de que los consumidores sean quienes paguen, directa o indirectamente, los costes que afronta una empresa no es sino un reflejo de la realidad, ya que resulta difícil imaginar quién más podría pagarlos.»

Según el (acertado, en nuestro criterio) entendimiento funcional y económico del precio adoptado por el Tribunal Supremo en relación con la comisión de apertura, esta forma parte del precio del contrato y, por lo tanto, constituye parte del objeto esencial del mismo. Por ello queda excluida del control de contenido, porque no es acertado emprender y realizar un control judicial *ex post* de precios estipulados en condiciones generales y determinar su posible proporcionalidad o adecuación cuantitativa<sup>115</sup>. Queda sujeta, sin embargo, al control de transparencia sustantiva o material. Ya hemos mencionado la importancia de este extremo para verificar que el prestatario consumidor puede apreciar su excedente contractual individual procedente del contrato que se propone celebrar y cómo la normativa sectorial europea y española establece cautelas importantes en este sentido. La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 abordó expresamente esta cuestión y concluyó que típicamente se trata de una cláusula que supera las exigencias de la transparencia sustantiva:

«Además, no se suscitaban dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo

---

<sup>115</sup> El TJUE ha reiterado, en las sentencias TJUE *Kásler y Káslemné Rábai y Matei* que el control de precios queda extramuros de la Directiva 93/13 y excluido del ámbito de aplicación de artículo 4.2 de la misma.

con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.»

## 5.2 CLÁUSULAS DISTRIBUTIVAS

Las cláusulas distributivas no aumentan o reducen de por sí el excedente contractual sino que lo reparten entre los contratantes. Con frecuencia, lo que hacen es distribuir entre las partes costes inherentes a la transacción que son determinados de forma exógena por terceros ajenos a la transacción. Como ya se ha apuntado, su naturaleza y función en el contrato, que las hace ajenas a la incidencia sobre la ganancia conjunta, determina que no tenga sentido preguntarse por su contenido sustantivo y su «calidad» en términos de buena fe y equilibrio de las prestaciones, y ello condiciona cómo abordar su tratamiento.

Como sucede en relación con cláusulas productivas, la litigación española en materia de cláusulas distributivas en la contratación hipotecaria ha sido muy abundante. En esta sección nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia en materia de cláusulas de gastos y tributos relativos al préstamo hipotecario. En primer lugar, nos ocuparemos de la cláusula en lo relativo al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y a continuación en lo tocante al pago de los aranceles notariales y registrales. Finalmente nos ocuparemos de la cláusula de gastos en relación con costes que no son –al menos no esencialmente– exógenos, sino que las partes tienen alguna influencia sobre tales costes y, singularmente, sobre la elección de quien realiza las actividades generadoras de dichos costes y, con ello, sobre su montante.

### 5.2.1 Cláusulas que se refieren al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

Una de las cláusulas distributivas que han generado mayor debate y actividad tanto jurisprudencial como legislativa ha sido la relativa a la cláusula que asigna el coste del impuesto de actos jurídicos documentados a una de las partes del contrato, generalmente el deudor consumidor.

El punto de partida de la discusión interpretativa en el Tribunal Supremo se encuentra en la interpretación formalista y a la vez expansiva del artículo 89.3 del TRLGDCU, una norma «ídiosincrática» –ausente de los listados de cláusulas abusivas de otros países– del Derecho español, por obra de la Sala Primera del Tribunal Supremo<sup>116</sup>. Se ha interpretado que la atribución contractual al prestatario del pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados (IAJD) y otros honorarios y gastos asociados la celebración del contrato se incardinaba dentro del ámbito de aplicación del artículo 89.3 TRLGDCU y, por ello, estaría vedado a una cláusula no negociada, puesto que dicha provisión legal prohíbe la imposición al consumidor del abono de gastos derivados de las tareas de documentación y tramitación que la ley atribuye al empresario<sup>117</sup>.

La ley del IAJD<sup>118</sup> en su artículo 29 preveía antes de su modificación en noviembre de 2018<sup>119</sup> que «será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan». A su vez, el Reglamento que desarrollaba la Ley del IAJD<sup>120</sup>, en su artículo 68, interpretaba la fórmula legal –ambigua, ciertamente– aclarando que el adquirente en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria (el sujeto pasivo del impuesto, según la ley y el reglamento) era el prestatario<sup>121</sup>.

La práctica de las administraciones tributarias y la interpretación jurisprudencial había mantenido, sin discrepancias apreciables, la interpretación de la fórmula legal operada por el Reglamen-

<sup>116</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 147/2018 y 148/2018, ambas del 15 de marzo de 2018, apoyándose en la anterior STS705/ 2015, de 23 de diciembre de 2015. Véase DÍAZ FRAILE, 2015, p. 329.

<sup>117</sup> Véase GÓMEZ POMAR, *Centro de Estudios de Consumo*, 2018 ([http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mucho\\_ruido\\_y\\_pocas\\_nueces\\_A1\\_hilo\\_de\\_las\\_recientes\\_vicisitudes\\_en\\_materia\\_de\\_IAJD.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mucho_ruido_y_pocas_nueces_A1_hilo_de_las_recientes_vicisitudes_en_materia_de_IAJD.pdf)) defendiendo que la atribución del pago del IAJD no debe entenderse incluido en el ámbito de aplicación del artículo 89.3 del TRLGDCU.

<sup>118</sup> Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, *BOE* núm. 251, de 20 de octubre de 1993.

<sup>119</sup> El artículo único.1 del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre (*BOE* núm. 271, de 9 de noviembre de 2018) ha añadido un segundo párrafo a este artículo, que explicita que cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista. Esta reforma legal se aplica únicamente a los hechos imponibles devengados a partir de la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, y por ende no rige para los préstamos hipotecarios concluidos con anterioridad (aquellos objetos de los pleitos masivos suscitados ante los tribunales españoles).

<sup>120</sup> Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, *BOE* núm. 148, de 22 de junio de 1995.

<sup>121</sup> Artículo 68 del Real Decreto 828/1995:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario.»

to del tributo. Tras la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de 23 de diciembre de 2015, que cuestionó la validez de cláusulas en condiciones generales de imposición global al consumidor de los gastos e impuestos del préstamo hipotecario, incluyendo el IAJD, comenzaron a surgir dudas. Hasta octubre de 2018, la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo mantenía la posición tradicional que ponía en valor el artículo 68 del Reglamento.<sup>122</sup> Sin embargo, en la jurisprudencia menor de la jurisdicción civil la cuestión era polémica. Mientras algunos tribunales entendían que el impuesto lo debía soportar el acreedor, es decir, la entidad financiera<sup>123</sup>, otros consideraban que este coste fiscal lo debía soportar el consumidor deudor.<sup>124</sup>

En cuanto a la abusividad, desde la Sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> de 23 de diciembre de 2015 se ponían de relieve distintas dimensiones para la aplicación de este juicio. Por un lado, el lenguaje de la condición general de la contratación que distribuía la carga del impuesto entre las partes contractuales<sup>125</sup>. Algunos contratos de préstamo establecían que el consumidor deudor sería quién habría de soportar «cualquier coste que pudiera resultar de la transacción». Este tipo de cláusulas han sido consideradas generalmente por los tribunales como abusivas<sup>126</sup>. En otros casos, el contrato incluía una cláusula que atribuía al consumidor el pago de costes, tasas o impuestos inherentes a la transacción objeto del contrato independientemente de quién fuera el sujeto pasivo dicho coste. Los tribunales españoles han interpretado de forma mayoritaria que la transferencia de la carga fiscal del impuesto al consumidor en una cláusula no negociada suponía abusividad de la misma<sup>127</sup>.

La Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en esta materia, se hacía eco de la posición prevalente en la Sala 3.<sup>a</sup> en cuanto al sujeto pasivo del IAJD (prevalente, como veremos, hasta octubre de 2018, aunque el cambio de criterio se revelara, finalmente, efímero).

Así, afirman las Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> de 15 de marzo de 2018:

«La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisio-

<sup>122</sup> Por ejemplo, STS 148/2018 de 3 de marzo de 2018.

<sup>123</sup> SAP Ávila, 50/2017 de 3 de marzo de 2017.

<sup>124</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de Primera instancia 7 bis de Pamplona, 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>125</sup> MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 15.

<sup>126</sup> En el Tribunal Supremo, Sentencias de 15 de marzo de 2018. También en otros niveles jurisdiccionales: por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño 177/2017, 178/2017 y 266/2017 de 31 de octubre de 2017 y Sentencia del Juzgado de Primera Instancia 7 bis de Pamplona 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>127</sup> Entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 553/2017 de 8 de noviembre de 2017.

nes patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001; 20 de enero de 2004; 14 de mayo de 2004; 20 de enero de 2006; 27 de marzo de 2006; 20 de junio de 2006; 31 de octubre de 2006; 6 de mayo de 2015 y 22 de noviembre de 2017). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.»

Por ello, aun cuando no oculta la Sala 1.<sup>a</sup> cierto reparo al obrar de este modo, tras establecer la nulidad por abusividad de la cláusula no negociada que coloca a cargo del prestatario todos los gastos e impuestos de la operación de financiación, en sede de juicio sobre los efectos restitutorios no condena a la devolución al consumidor prestatario de cantidades por la parte variable del IAJD:

«Es decir, anulada la condición general que imponía al consumidor el pago de todos los impuestos, cualquiera que fuera el reparto que la ley hubiera hecho respecto de una y otra parte, el tribunal debe fijar los efectos restitutorios inherentes a tal declaración de nulidad, lo que, en el caso del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, viene determinado por su ley reguladora y su reglamento (en la interpretación que de tales normas han hecho el Tribunal Constitucional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo); y como resultado de ello, acordar que el profesional restituya al consumidor las cantidades que hubo de pagar por impuestos cuyo pago la ley impone al profesional.

Para adoptar esta decisión, la jurisdicción civil no puede enjuiciar si le parece adecuada la determinación del sujeto pasivo obligado al pago del impuesto que hace la normativa reguladora de cada impuesto. La determinación de quién es el sujeto pasivo de un impuesto es una cuestión legal, de carácter fiscal o tributario, que no puede ser objeto del control de transparencia o abusividad desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores.

Pese a la estimación del recurso de casación en lo referente a la abusividad de la cláusula, debemos compartir los criterios expuestos por la Audiencia Provincial sobre el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, en cuanto a que no cabe devolución alguna por las cantidades abonadas por la constitución del préstamo.»

Irrumpe entonces el (efímero) cambio jurisprudencial en la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo por obra de varias Sentencias de

octubre de 2018. Esta modificación de la doctrina judicial contencioso-administrativa tuvo corta vida<sup>128</sup>. En esas nuevas sentencias, la sección correspondiente de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo acordó la anulación del artículo 68.2 del Reglamento del IAJD, por contradicción con la interpretación que la propia Sala daba a la fórmula legal que configuraba el sujeto pasivo del tributo en el caso de escrituras de préstamo hipotecario, según la cual el IAJD debía ser pagado por el prestamista y no por el prestatario. El fundamento argumental del cambio de criterio es que la hipoteca que garantiza el préstamo es el negocio inscribible que determina el obligado al pago del impuesto y que el interesado en la elevación a escritura pública e inscripción es el prestamista y por lo tanto debía ser considerado como sujeto pasivo del impuesto<sup>129</sup>.

De forma extraordinaria, sin embargo, pocas semanas más tarde, el Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup> corregía el cambio jurisprudencial operado el 18 de octubre anterior por medio de varias Sentencias de 27 de noviembre de 2018, según las cuales y con base en las exigencias de la «seguridad jurídica»<sup>130</sup>, restablecía la jurisprudencia anterior que entendía que el sujeto pasivo del IAJD sobre préstamos hipotecarios era el prestatario.

Curiosamente, el Gobierno, al motivar el Real Decreto-ley 17/2018 que modificó en esos turbulentos días la Ley del IAJD para cambiar –de cara al futuro, al contrario que el pronunciamiento interpretativo de la Sentencia de 18 de octubre de 2018– recurre igual-

<sup>128</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, 1505/2018, 1523/2018, 1531/2018, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018.

<sup>129</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, 1523/2018 de 22 de octubre de 2018, que establece que «[...] el beneficiario del documento que nos ocupa no es otro que el acreedor hipotecario, pues él (y solo él) está legitimado para ejercitar las acciones (privilegiadas) que el ordenamiento ofrece a los titulares de los derechos inscritos. Solo a él le interesa la inscripción de la hipoteca (el elemento determinante de la sujeción al impuesto que analizamos), pues ésta carece de eficacia alguna sin la incorporación del título al Registro de la Propiedad».

<sup>130</sup> Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, 1669/2018 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre de 2018. Afirma el Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup>:

«El valor de la jurisprudencia está en estrecha dependencia con el principio de seguridad jurídica, el cual requiere, en su proyección sobre la actividad jurisprudencial, la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que es un factor de competitividad del sistema jurídico en un entorno global, y tal previsibilidad no queda asegurada si la jurisprudencia queda al albur de cualquier cambio ocasional en la composición de un órgano colegiado. Otra cosa es, como es natural, si el cambio jurisprudencial se justifica con la modificación de factores jurídicos, no necesaria o únicamente de las normas directamente concernidas, o fácticos, o bien en la invocación de principios o presupuestos sistemáticos novedosos o no aplicados previamente. No resulta un fundamento suficiente, por el contrario, basar un cambio jurisprudencial en la mera discrepancia con criterios interpretativos previos de las mismas normas jurídicas sin más apelación que al disentimiento subjetivo con la interpretación anterior y con la sola invocación del principio de legalidad, que avala del mismo modo tanto a la jurisprudencia existente previamente como a la que se pretende establecer.»

mente, a fin de justificar la extraordinaria y urgente necesidad que ha de sustentar el uso del Decreto-ley, a la exigencia de atajar la inseguridad jurídica –aunque ahora, achacando implícitamente al propio Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup> la creación de la inseguridad jurídica al regresar, corrigiendo el criterio de la sección especializada, a la jurisprudencia tradicional en la materia–. A ello añade una curiosa conexión entre seguridad jurídica y protección del consumidor al afirmar [que] «el Gobierno no puede desatender el mandato constitucional de garantizar a los ciudadanos sus derechos como consumidores, dentro de los que ha de entenderse el de contar con un marco jurídico estable y claro».

Como ya se ha anticipado en la Sección 3 anterior, lo cierto es que las cláusulas que se refieren al pago del IAJD, coste exógeno al contrato (el «si» y el «cuánto» del tributo lo fija la autoridad tributaria y es evidente que prestamista y prestatario estarían encantados de que no existiera tal coste) no plantean una cuestión enjundiosa desde el punto de vista contractual o de la protección del consumidor.

Si la ley tributaria o una cláusula contractual válida determinan que es el prestatario quien ha de abonar el IAJD, este componente del coste variable total de recibir el servicio de financiación con garantía hipotecaria será pagado directamente por el consumidor. El resto del coste total del crédito vendrá dado por otras comisiones y por los intereses pagaderos a lo largo de la duración del crédito. Si la ley tributaria determina que quien ha de hacer frente al impuesto es el prestamista y no se permiten cláusulas contractuales que trasladen directamente esa obligación de pago del tributo sobre el prestatario, el importe del IAJD será pagado por el prestamista a la administración tributaria. Pero como ese pago a cargo del prestamista es un coste variable real e indubitable de la operación de crédito, el banco lo repercutirá al adquirente del servicio elevando exactamente en la misma cuantía una de las restantes comisiones o los intereses del préstamo. En definitiva, en el momento de contratar, es indiferente lo que diga la ley fiscal o el contrato: dadas unas ciertas condiciones del mercado de crédito, el importe del IAJD será absorbido por las partes en una proporción que no depende de lo que diga la ley fiscal ni la cláusula contractual, válida o nula<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Lo señalado en el texto es cierto con independencia de las elasticidades relativas de la oferta y la demanda de crédito. Esas elasticidades son relevantes para determinar, en términos de impacto económico, cuánto de un tributo sobre una transacción económica (como el IAJD, o el ITP, o el IVA) soporta en realidad cada parte en la transacción en términos de «precio total recibido» y «precio total pagado». O si, pongamos por caso, se incrementara el IAJD, en cuánto subirían esos «precios totales». Por ejemplo, si el Real Decreto-ley 17/2018, al convertir de forma universal al prestamista en sujeto pasivo del IAJD supone una elevación de la carga fiscal sobre las operaciones de préstamo hipoteca-

La única diferencia es de «presentación» o, si se prefiere, de «transparencia». Y en esta dimensión del problema, no parece que existan ventajas sistemáticas de concentrar el «precio total» del préstamo hipotecario únicamente en el interés pagadero durante muchos años tras el momento de la decisión de contratar una determinada hipoteca, frente a desagregar la carga tributaria del IAJD respecto de los intereses. Si los consumidores financieros fueran perfectamente racionales, les resultaría indiferente que un cierto componente del «coste total» del crédito se les presente como un pago que han de afrontar de inmediato, al concertar el crédito, o de manera diferida a lo largo de la vida del contrato.

Más bien, a la vista de la evidencia conductual existente, parece que meter todo en el saco de un coste diferido a lo largo de muchos años es contraproducente para los consumidores, pues estos (y acaso singularmente los consumidores de servicios financieros) están aquejados de un fuerte sesgo «presentista» en sus decisiones, esto es, están más atentos a los costes inmediatos en el tiempo que a los más alejados temporalmente. Por tanto, es probable que les «duela más» –y por tanto sean más sensibles a ese coste y acaso demanden menos crédito o estén más atentos a sus consecuencias– un pago inmediato que uno del mismo valor esperado pero incluido en el flujo total de pago de intereses a su cargo durante, 20, 30 o acaso más años<sup>132</sup>.

La litigación española no ha sido irrelevante, sin embargo, pues ha supuesto abrir una vía de redistribución –de enorme magnitud agregada– entre partes del contrato al socaire de la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas o de la interpretación pro consumidor de la disciplina fiscal. Evidentemente si, a toro pasado, lo que se pagó directamente por el prestatario a la autoridad tributaria, o lo que percibió el prestamista para ingresarla en la hacienda autonómica como pago del impuesto, se dice que estaba mal abonado, porque el sujeto pasivo del tributo no es el que parecía ser, o la cláusula que permitía percibir cantidades del prestatario con destino al pago del impuesto se declara nula, ahora sí, la cosa ya no da igual. Pero simplemente porque el resto del «precio» del contrato

---

rio por ese concepto, al convertir en irrelevantes las posibles exenciones o bonificaciones en favor de determinadas categorías de sujetos pasivos, cómo se repartirá entre prestamistas y prestatarios en el conjunto del mercado ese aumento de la tributación va a depender de las elasticidades relativas de oferta y demanda de crédito hipotecario. Pero las elasticidades no inciden en que la distribución de la carga tributaria entre las partes puede hacerse por disposición directa de la ley, por cláusula contractual de asunción o repercusión directa del tributo o por la vía de precio indirecta a través de comisiones e intereses del crédito, y que todas ellas arrojan el mismo resultado, dadas cualesquiera condiciones del mercado de crédito.

<sup>132</sup> BAR-GILL, 2012, pp. 21 y 117; CAMPBELL, *Working Paper European Central Bank*, 2016.

de crédito (las otras comisiones y los intereses) no se pueden modificar o ajustar a posteriori para responder a ese cambio. El banco que, *ex ante*, al contratar con el prestatario, hubiera podido «recuperar» vía comisiones o intereses lo que en concepto de IAJD debiera asumir como prestamista, ya no puede hacerlo, pues al ser posterior al contrato la conciencia de tener que asumir el IAJD, ya no cabe modificar las comisiones e intereses fijados en el contrato en el pasado, acaso hace varios años.

Por eso mismo, lo mollar de las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo que cambiaron el criterio tradicional sobre el sujeto pasivo del IAJD referido a los préstamos hipotecarios no es lo que tocaría al futuro, sino lo que suponían de revisión del pasado. El revuelo y la fulgurante caída de valor en bolsa de los bancos españoles cotizados tras anunciarse la primera de las sentencias de la Sección Segunda no derivaban de los efectos de esta para los «futuros» préstamos hipotecarios, sino de su dimensión retroactiva, máxime dada la incertidumbre asociada a su magnitud, pues cuánto hacia atrás se proyectarían tales efectos era algo que, en octubre de ese año, y dado el desconcierto de nuestro Derecho tributario y nuestro Derecho privado en la materia, nadie podía a ciencia cierta estimar.

En concreto, la alteración *ex post* de las condiciones económicas de los préstamos hipotecarios ya celebrados podía suponer la restitución de todos los pagos por IAJD. Su importe, dada la magnitud agregada y que alcanzaría a buen número de años podía ser extraordinariamente elevada.

Por esta misma razón, el Real Decreto-ley 17/2018, idéntico a la jurisprudencia emanada en octubre de 2018 de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo en cuanto a su contenido prescriptivo (esto es, que el sujeto pasivo del IAJD es el prestamista) no produjo efectos perceptibles en la cotización del sector financiero español, pues sus efectos no alcanzaban a los contratos ya celebrados, sino únicamente a los que se escrituraran a partir de su entrada en vigor.

Hacia el futuro, las sentencias de la Sección Segunda de la Sala Tercera hubieran supuesto, caso de haberse mantenido su jurisprudencia –del mismo modo que lo supondrá, previsiblemente, el Real Decreto-ley 17/2018, que no es otra cosa que el equivalente funcional de esa jurisprudencia pero adoptando forma legislativa– que los prestamistas debieran encauzar la recuperación de los costes exógenos incurridos por la «nueva» carga tributaria que ahora recae sobre ellos (y que no pueden trasladar directamente mediante cláusulas contractuales no negociadas, al menos no sin riesgos, tras la

Sentencia de la Sala Primera de 23 de diciembre de 2015) bajo la vestidura de un incremento de comisiones o de tipos de interés.

¿Cambia a mejor la situación de los futuros contratantes de crédito hipotecario como consecuencia de este cambio en la normativa fiscal? Ni un ápice. Los costes variables exógenos ligados al otorgamiento de crédito hipotecario, van a ser los mismos, cualquiera que sea el sujeto pasivo «formalmente» designado por la norma legal o su interpretación judicial, de modo que si no cambian las condiciones del mercado de crédito el coste total que pagarán los futuros prestatarios será, en términos esperados, el mismo. El bienestar de los consumidores no habrá cambiado lo más mínimo.

¿Hay que ser, entonces, más ambiciosos, y revisar la contratación hipotecaria pasada en relación con las cláusulas relativas al IAJD? Naturalmente, si los prestamistas son forzados a devolver a los prestatarios el importe del IAJD que afrontaron los consumidores en los últimos años (¿cuántos?), estos últimos saldrán beneficiados, pues reciben, por hipótesis, una «transferencia pura» en términos económicos.

Mas si hay o no que dar dinero a los consumidores que contrataron en el pasado un préstamo hipotecario no es la cuestión pertinente, ni desde el punto de vista jurídico ni desde el económico. Las transferencias puras entre sujetos privados (accionistas actuales de los bancos prestamistas condenados al pago, de un lado; prestatarios antiguos que litigan para obtener la restitución de lo pagado en concepto de IAJD, de otro) son, por definición, neutras en términos de bienestar social. Debemos, con todo, mirarlas con recelo si son costosas de efectuar y no tienen un efecto positivo para el porvenir, en términos de mejores incentivos de conducta para las empresas a quienes se fuerza a pagar o más bienestar para los consumidores futuros. En ambos planos, el del coste que supondría una masiva operación de redistribución de decenas de miles de millones de euros a través de los colapsados órganos de la justicia española, y el de los deseables efectos futuros, no arrojan un balance positivo.

En realidad, si bien se mira, el importe del IAJD fue, en la mayor parte de los casos, financiado por los prestamistas, pues lo que estos financian es, en la entraña de las cosas, lo mismo, sea cual sea la regla contractual (o legal) de distribución entre las partes del IAJD (y otros costes exógenos de la contratación del crédito hipotecario).

Veámoslo con un ejemplo muy sencillo. Supongamos que la operación que se financiaría es la adquisición de una vivienda con un precio de compra (total, incluidos los impuestos sobre la adquisición) de 100.000 € y un importe de IAJD de 1.000 €. Por simpli-

ciudad, ignoramos otros gastos y costes del crédito hipotecario (a los que, dicho sea de paso, se les aplicaría la misma lógica) y no consideramos que existan límites en términos de *Loan-to-Value* a la financiación.

Pensemos primero en una situación, denominada A, en la cual el prestamista se ve constreñido por razones jurídicas (la norma tributaria fija que el sujeto pasivo es el prestamista y los tribunales consideran que no cabe una cláusula no negociada de repercusión directa del tributo sobre el prestatario) a hacer el pago del IAJD a la administración tributaria. En A, el banco entrega 100.000 € al prestatario –para que este a su vez satisfaga el precio de adquisición– y 1.000 € a la administración tributaria. Pero los dos componentes son realmente financiados por el banco, de modo que la cifra efectiva que el prestamista está adelantando al consumidor en la operación de crédito es de 101.000 €, aunque el «nominal» del préstamo sea solo de 100.000 €. Evidentemente, el banco tendrá que recibir su remuneración por la financiación efectivamente concedida (101.000 €), a través de las comisiones y los intereses legalmente admisibles. Por tanto, el prestatario pagará una remuneración total que se corresponda con lo que el prestamista realmente ha financiado en favor del consumidor, y no solo con lo que nominalmente este ha recibido como importe explícito prestado.

En la situación B, es el consumidor, bien porque la norma fiscal así lo establece directamente, bien porque una cláusula contractual válida así lo dispone, quien ha de abonar el importe de 1.000 € a la autoridad tributaria. El consumidor entonces solicitará un préstamo de nominal igual a 101.000 €, de los que usará 100.000 € para pagar al vendedor de la vivienda y 1.000 € para satisfacer el impuesto a la administración tributaria. Al igual que en la situación A anterior, el prestatario habrá de satisfacer la remuneración (vía solo intereses, o comisiones más intereses) correspondiente a lo realmente (y aquí también, nominalmente) financiado, esto es, 101.000 €. La diferencia entre A y B es únicamente el nominal del préstamo, pues el importe realmente financiado y el coste del crédito son idénticos para el prestatario. Arbitrar y ejecutar (con elevado coste de litigación) medidas jurídicas que prohíban (peor aún, que lo hagan a posteriori) la situación B y reconduzcan todos los contratos a la situación A, que es idéntica para el consumidor, supone ignorar gravemente la sustancia de las cosas.

Con la litigación sobre la cláusula que impone al consumidor (entre otros gastos) el pago del IAJD, y con independencia de las vicisitudes sobre el significado de la previsión legal en materia tributaria, se ha tratado de enjuiciar (condenándola) su abusividad, en

definitiva, su contenido sustantivo en términos de los derechos y obligaciones de las partes, teniendo en cuenta –pues lo ordena la Directiva 93/13 y el TRLGDCU– el conjunto del contrato. Sin embargo, desde el punto de vista de su naturaleza económica estamos ante una cláusula no productiva, que no incide en las conductas de las partes que generan excedente contractual. De hecho, como vimos en la Sección 2 y acabamos de confirmar en esta Subsección, es una cláusula que ni siguiera altera el excedente individual de cada parte. La única preocupación seria que genera es de simple «conciencia» y comprensión por parte del prestatario. Y esta, salvo supuestos patológicos, generalmente no está en cuestión, tanto por la inmediatez del coste que supone –pagar el IAJD de modo inmediato– como por el modo habitual en que la negociación precontractual se produce entre las partes.

El artículo 14.1.e) LCCI ha regulado la cuestión, en apariencia de manera taxativa («se distribuirán del siguiente modo» reza el precepto). En relación con el IAJD, se remite a la normativa tributaria aplicable (Ley y Reglamento del IAJD, ahora tras el cambio de sujeto pasivo operado en noviembre de 2018. Según parte de la doctrina, esto no ha despejado todas las dudas, en particular con la cuota fija del IAJD<sup>133</sup>.

## **5.2.2 Cláusulas relativas a la distribución de los aranceles notariales y registrales**

En relación con los aranceles notariales y registrales, la jurisprudencia se ha centrado, de manera muy parecida a como lo ha hecho con el IAJD, en la determinación de la abusividad de la cláusula que atribuía el pago de dichos aranceles al consumidor y por otro, la interpretación de las normas reguladoras de los aranceles notariales y registrales para establecer la atribución de dicho pago entre las partes contractuales en aquellos casos en los que se hubiera determinado –lo que finalmente ha prevalecido– que la cláusula era abusiva.

### **a) ARANCELES NOTARIALES**

A los aranceles notariales se entendía que se referían también aquellas cláusulas del préstamo hipotecario que atribuían al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la celebración del préstamo hipotecario. Como se ha señalado anterior-

---

<sup>133</sup> MARÍN JIMÉNEZ, 2019, p. 385.

mente, dichas cláusulas fueron juzgadas abusivas por el Tribunal Supremo.<sup>134</sup>

Si acudimos a la normativa reguladora<sup>135</sup>, observamos que el Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.<sup>136</sup> No obstante la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca–, el arancel debe ser único.<sup>137</sup>

Según la normativa reguladora del Arancel deberán pagarla quienes «hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario» y, en el caso de que no estuviera claro qué persona hubiera requerido los servicios notariales, «a los interesados según las normativas sustantivas y fiscales»<sup>138</sup>.

En los tribunales, de nuevo ante la ambigüedad de las reglas escritas, surge la discrepancia en torno a quién debía soportar los aranceles notariales vinculados al otorgamiento del contrato de préstamo hipotecario. Algunos interpretaban que la parte interesa da era la entidad financiera<sup>139</sup>, mientras que otros entendían que lo era el consumidor<sup>140</sup>. Un tercer grupo consideraba interesadas en los servicios del Notario a ambas partes, por lo que concluían que las dos habían de sufragar parte de los mismos<sup>141</sup>.

<sup>134</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015: «[...] no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiario por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptualizarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato.»

<sup>135</sup> Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

<sup>136</sup> Artículo 63 del Reglamento del Notariado.

<sup>137</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019.

<sup>138</sup> Norma sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989. Véanse las sentencias de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, núm. 856/2016, de 6 de julio de 2017; y las sentencias de la Audiencia Provincial de Logroño, núm. 177/2017, 187/2017 y 266/2017, de 31 de octubre de 2017: todas ellas consideran que el segundo criterio debería aplicarse con carácter subsidiario al primero.

<sup>139</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Zamora, núm. 203/2017, de 17 de octubre de 2017.

<sup>140</sup> Véase la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona, núm. 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>141</sup> Habían adoptado esta postura –distribuyendo los gastos a partes iguales entre las partes– las sentencias de la Audiencia Provincial de Logroño, núm. 177/2017, 187/2017 y 266/2017, de 31 de octubre de 2017. En esta misma línea se ha pronunciado el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Barcelona mediante la publicación, con fecha 8 de enero de 2018, de un documento titulado «Criterios unificadores del Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona en materia de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios» (disponible en: <http://www.icab.es/files/242-499135-DOCUMENTO/CriteriosUnificadosClausulasAbusivas.pdf>).

Algunos juzgados, como es el caso del Juzgado de Primera Instancia Instrucción núm. 2 de Palencia, en sentencia núm. 177/2017, de 28 de septiembre de 2017, considera-

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente respecto de la interpretación de la parte «requirente» de los servicios del Notario y, en su caso, de la parte «interesada», y ha entendido que la intervención notarial interesa a ambas partes contratantes. Así, los costes del arancel notarial deben repartirse entre ambas partes.<sup>142</sup> El Tribunal Supremo ha establecido que el coste del Arancel notarial debe dividirse por mitades entre las partes, asumiendo así que el interés en los servicios del notario corresponde tanto al prestamista –que al elevar a escritura pública el contrato obtiene un título ejecutivo<sup>143</sup>– y al prestatario, que obtiene un préstamo con garantía hipotecaria, que indudablemente tiene un coste financiero menor que si fuera, por ejemplo, un préstamo personal sin garantía real<sup>144</sup>.

Algunos juzgados se han alzado ya mediante cuestiones prejudiciales, como han hecho ya en otros ámbitos de la contratación hipotecaria,<sup>145</sup> frente a este criterio de reparto de gastos notariales<sup>146</sup>.

Al igual que en el caso del IAJD, nos encontramos aquí ante costes exógenos a las partes, y cualquier criterio de reparto de los mismos es, *ex ante*, del todo indiferente para el resultado final, no solo para el bienestar conjunto, sino también para el excedente individual del consumidor. Y de nuevo, lo único relevante es el conocimiento del consumidor de la existencia e importe de los aranceles para poder hacerse una idea del coste del crédito.

El artículo 14.1.e) ii) LCCI, ha alterado el criterio del Tribunal Supremo (que sin embargo continúa siendo de aplicación a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI), al establecer que el prestamista asumirá –por entero– el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario, si bien se mantiene que el coste de las copias habrá de asumirlo quien las solicite.

---

ron equitativa la solución de distribuir los gastos entre las partes, pero sin precisar el porcentaje que correspondía abonar a cada una de ellas.

<sup>142</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019.

<sup>143</sup> Artículo 517.2.4 LEC.

<sup>144</sup> El Tribunal Supremo atribuye el pago del arancel notarial por mitades en relación a la escritura de otorgamiento y modificación del préstamo hipotecario mientras que el arancel notarial derivado de la escritura de cancelación de la hipoteca será a cargo del prestatario –que es el interesado– y las copias de las distintas escrituras notariales serán a cargo del solicitante de las mismas.

<sup>145</sup> GÓMEZ POMAR y LYCZKOWSKA, 2017, p. 93 documentan el fenómeno de la utilización estratégica de la cuestión prejudicial para obtener interpretaciones determinadas de la normativa española en favor del consumidor hipotecario.

<sup>146</sup> Autos del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Ceuta, de 13 y 20 de marzo de 2019, Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Palma de Mallorca de 12 de marzo de 2019.

b) ARANCELES REGISTRALES

El Tribunal Supremo se ha pronunciado también en una línea parecida en relación con los aranceles registrales. La atribución del pago de los aranceles registrales, al igual que los aranceles notariales, a menudo se encontraba en cláusulas no negociadas del préstamo hipotecario que imponían al prestatario la generalidad de gastos y tributos del contrato y que, como se ha comentado anteriormente, el Tribunal Supremo ha entendido abusivas.

A diferencia de la regulación del arancel notarial que imputa el pago del arancel al interesado en la operación<sup>147</sup>, la normativa relativa a los aranceles del Registro de la Propiedad<sup>148</sup> establece que el arancel lo deberá pagar aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

El Tribunal Supremo, atendiendo al hecho de que la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad ofrece a las entidades financieras las ventajas de la ejecución especial hipotecaria sobre el bien dado en garantía, ha entendido que el pago de los aranceles registrales derivados de la inscripción del préstamo hipotecario corresponde al prestamista, como parte interesada en la inscripción.<sup>149</sup> A su vez, los gastos derivados de la inscripción de la escritura de cancelación, que libera del gravamen al prestatario, le corresponden a éste, por ser el interesado<sup>150</sup>.

El artículo 14.1.e) iii) LCCI respalda el criterio del Tribunal Supremo, al establecer que los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

Las consideraciones precedentes acerca de la futilidad de este tipo de previsiones cuando nos hallamos ante cláusulas que ni siquiera afectan al excedente individual del consumidor cuando consideramos el contrato en su conjunto y no miramos únicamente al régimen de gastos, son aquí también de aplicación.

---

<sup>147</sup> El artículo 6 de la Ley Hipotecaria dispone que la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que adquiera el derecho, por quien lo transmita o por quién tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.

<sup>148</sup> Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad. El apartado 1 del anexo II prevé que

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

<sup>149</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019. Esta interpretación coincide con la que venían fijando distintos juzgados de primera instancia y algunas audiencias.

<sup>150</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en la nota precedente.

### 5.2.3 Cláusulas sobre gastos de gestoría y tasación

En relación con los gastos de gestoría y tasación se plantean cuestiones similares a las de las subsecciones precedentes. Hay algunas diferencias, sin embargo. En cuanto a la tasación independiente del objeto de la garantía hipotecaria, ahora la LCCI la impone con carácter obligado en su ámbito de aplicación (lo que incluye los contratos de préstamo hipotecario con consumidores): artículo 13<sup>151</sup>.

Ya desde la Ley 1/2013 se exigía tanto para la ejecución judicial como extrajudicial de la hipoteca que el inmueble hubiera sido objeto de tasación con los requisitos de la legislación del mercado hipotecario<sup>152</sup>. Por otro lado, la Ley del mercado hipotecario (art. 3 bis I), establece que las entidades de crédito estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la propia legislación del mercado hipotecario y no esté caducada, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación.

Se trata, por tanto, en materia de gastos de tasación, de un coste exógeno en su naturaleza, pues se impone legalmente a las partes. En cuanto a su importe, lo cierto es que sí hay cierta capacidad de incidir sobre el mismo, pues las partes pueden elegir un tasador u otro, y no todos son igualmente eficientes o cargan los mismos costes por la tasación.

Los tribunales han considerado mayoritariamente<sup>153</sup> que los gastos de tasación debe asumirlos el consumidor, porque no crean

---

<sup>151</sup> «Los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de préstamo. La tasación se realizará por una sociedad de tasación, servicio de tasación de una entidad de crédito regulados por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y/o profesional homologado conforme al Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo y a la disposición adicional décima de esta Ley, independiente del prestamista o del intermediario de crédito inmobiliario, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras.»

<sup>152</sup> Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario (si bien la regulación de la independencia y fiabilidad de la tasación procede fundamentalmente de la reforma de esta Ley operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

<sup>153</sup> Hay algunas excepciones en las que los Tribunales han entendido que debe ser la entidad financiera la que se haga cargo de los gastos de tasación, como es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, núm. 55/2016, de 10 de marzo de 2016. También parte de la doctrina había defendido esta postura. Véase, entre otros, AGÜERO ORTIZ, *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, argumentando que el objetivo de la tasación es, por un lado, permitir al acreedor acceder a procedimientos ejecutivos judiciales y extra-judiciales en caso de impago del deudor; y, por el otro, utilizar el contrato de préstamo

un desequilibrio entre las partes contratantes<sup>154</sup>. Es el consumidor prestatario el interesado en la tasación de la vivienda, dado que sin tasación la entidad financiera no concedería el préstamo y el contrato no se celebraría.

El artículo 14.1.e) i) LCCI respalda el criterio mayoritario de los tribunales y del Tribunal Supremo, al establecer que los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario que los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista.

En relación con los gastos de gestoría, hay que partir de la idea de que la celebración de un préstamo hipotecario y la constitución de la garantía hipotecaria suponen en España un no desdeñable volumen de «papeleo» (tramitación de los documentos para el pago de los tributos y para la gestión notarial y registral). Por motivos históricos, en España hay empresas especializadas en la realización de estas gestiones documentales y administrativas, previo pago de unos honorarios, por supuesto. Su intervención en un contrato de préstamo hipotecario –incluso aunque es innegable que las partes pueden realizar dichos trámites personalmente– es casi universal y los contratantes suelen echar mano de los servicios de una empresa de gestoría<sup>155</sup>.

En este sentido, los gastos de gestoría no son, en puridad, exógenos e impuestos a las partes. Por un lado, el uso de la gestoría es voluntario (aunque casi universal). Por otro, el importe de los gastos de gestoría no viene prefijado por una regla legal o un arancel público, sino por el coste y la eficiencia de una u otra empresa de gestoría y la capacidad negociadora de las partes en el contrato a fin de obtener el precio más bajo posible (en todo caso, no puede ser inferior al coste real para la gestoría de ejecutar el encargo de

---

hipotecario en los mercados financieros para emitir bonos hipotecarios y otras garantías. En consecuencia, la autora interpreta que los gastos de tasación no son un requisito necesario para celebrar un contrato de hipoteca. Esta línea de argumentos, nuevamente, se muestra como irrelevante para el análisis que estamos realizando. Sin ejecutabilidad, y sin costes de financiación reducidos para el acreedor, los términos del contrato de préstamo para el consumidor serían financieramente menos favorables, por lo que está claro que, al final, el beneficiario del servicio financiero es el prestatario.

<sup>154</sup> Véanse, por ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 269/2015, de 18 de noviembre de 2015 y núm. 255/2016, de 17 de octubre de 2016; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 175/2014, de 14 de mayo de 2014 y núm. 46/2015, de 6 de febrero de 2015; de la Audiencia Provincial de Córdoba, núm. 17/2015, de 4 de diciembre de 2015; y de la Audiencia Provincial de Palencia, núm. 177/2017, de 28 de septiembre de 2017.

<sup>155</sup> El artículo 40 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios asume que la gestión de los trámites del préstamo será llevada a cabo por parte de una gestoría y que las partes deberán ponerse de acuerdo en el nombramiento de dicho gestor. El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción de los previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

gestión, pues de lo contrario la gestoría se negaría a realizar el encargo).

Estas empresas generalmente participan en la operación a petición de la entidad financiera –aunque sus servicios benefician a ambas partes, que se ahorran el coste de tiempo y esfuerzo de realizar la tramitación documental necesaria– y sus honorarios generalmente son cargados al prestatario. Los consumidores también han discutido las cláusulas contractuales que, como se ha visto, les imponen estos gastos también a ellos, considerando que son abusivas.

Los gastos de gestoría a menudo estaban incluidos en cláusulas genéricas de gastos que han sido declaradas abusivas, ya sea por falta de información al consumidor de la existencia misma de estos gastos,<sup>156</sup> sea porque el consumidor no tuvo la oportunidad de decidir acerca de la empresa de gestoría o la empresa que llevaría a cabo a tasación,<sup>157</sup> o porque el banco no ha ofrecido información precontractual suficiente relativa a la identidad y a los costes que supondrán la contratación de dicha empresa<sup>158</sup>. El juicio sobre su abusividad ha venido fuertemente condicionado por la consideración como abusiva de la cláusula de atribución general de gastos y tributos derivados de la tramitación y formalización del préstamos hipotecarios.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre la pertinencia de la contratación de una gestoría para realizar los trámites inherentes a la contratación de un préstamo, entendiendo que beneficia tanto al prestamista como al prestatario. Por ello, ha determinado que su coste debe ser atribuido por mitad a las dos partes<sup>159</sup>.

De nuevo, el artículo 14.1.e) i) LCCI, ha alterado el criterio del Tribunal Supremo (que continúa siendo de aplicación a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI), al establecer que el prestamista asumirá en su totalidad los gastos de gestoría. En este caso, a la vista de que parece a todas luces mayor el conocimiento y la capacidad del prestamista de seleccionar a la gestoría más eficiente y obtener un precio más favorable por sus servicios (aumentándose así el excedente conjunto del contrato, lo que da un elemento productivo a la cláusula que impone o reparte los gastos de

<sup>156</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Palencia, núm. 177/2017, de 28 de septiembre de 2017.

<sup>157</sup> Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona, núm. 513/2017, de 9 de noviembre de 2017.

<sup>158</sup> Véase la misma sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 bis de Pamplona.

<sup>159</sup> Sentencias del Tribunal Supremo 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019, 49/2019, todas de 23 de enero de 2019.

gestoría), tal vez el juicio sobre la decisión del legislador de la LCCI haya de ser más benévolos que en los casos del IAJD y los aranceles notariales y registrales.

## 6. LA APLICACIÓN DE LOS CONTROLES *EX POST* SOBRE CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE HIPOTECA EN ESPAÑA

La litigación hipotecaria en España, centrada en los controles *ex post* (fundados en la Directiva 93/13 y el TRLGDCU) sobre distintas cláusulas de los contratos de hipoteca ha generado unos costes sociales difíciles de cuantificar, costes financieros de gran magnitud para las entidades financieras y notable incertidumbre en la contratación financiera en España.

Desde luego, solo mirando a los costes generados no podemos juzgar cabalmente lo ocurrido. Lo peor es que con todos esos costes parece cuestionable que la litigación hipotecaria haya conseguido lo que, en principio, habría de ser su objetivo principal: el incremento de la transparencia y la calidad en los contratos con los consumidores –en este caso financieros–.

Pocos pueden dudar de que la masiva litigiosidad hipotecaria española no puede explicarse sin la burbuja inmobiliaria y crediticia en España durante los primeros años del siglo XXI, que produjo una expansión inusitada del crédito hipotecario, a lo que se añadió la crisis financiera y económica a partir del año 2008, que a su vez determinó una crisis hipotecaria (de ejecuciones, de desahucios, de pleitos) de graves consecuencias sociales y económicas<sup>160</sup>.

Creemos que un factor coadyuvante ha sido el defectuoso entendimiento que ha prevalecido en España acerca de cómo los controles *ex post* sobre términos contractuales de los contratos de hipoteca basados en la normativa sobre condiciones generales europea y española inciden sobre las variables contractuales más relevantes. Ello ha llevado a una aplicación de tales controles con un enfoque que ha sido, en buena medida, poco selectivo y escasamente atento a la naturaleza y función de las cláusulas contractuales que se hallaban en juego. Esta falta de diferenciación –doctrinal y jurisprudencial– acerca de la morfología de las cláusulas contractuales y de la consideración de su papel en el contrato al analizar su abusividad o falta de transparencia, ha evitado que se pudiera acometer adecuadamente el debate sobre cada uno de los términos con-

---

<sup>160</sup> GANUZA FERNÁNDEZ y GÓMEZ POMAR 2018.

tractuales cuestionados en las distintas olas de litigación hipotecaria. Hemos tratado de ofrecer muestras de esta actitud en la Sección anterior en relación con algunas de las cláusulas más discutidas ante los tribunales españoles.

Con todo ello hemos generado los juristas unos costes sociales muy considerables y, en buena medida, evitables. Insistimos, los costes de litigación –de las partes y de la sociedad en su conjunto que paga la administración de justicia– pueden estar bien empleados y gastados si redundan en un aumento de la transparencia y calidad de los contratos financieros con consumidores en España. Sin embargo, ese aumento es difícilmente rastreable por efecto de la litigación padecida.

Integrar la función económica y contractual dentro de la relación entre las partes de las distintas cláusulas, con el fin de realizar los controles legalmente previstos sobre ellas, hubiera permitido afinarlos de modo que se aplicaran allí donde tienen sentido, y de la forma que permite obtener resultados en cuanto a mejorar la protección del consumidor. Además, controles menos «a bulto» y más perfilados hubiera permitido reducir la incertidumbre jurídica que la litigación ha generado. Este enfoque que patrocinamos entendemos que no requiere la modificación de los textos legales europeos o españoles básicos en la materia<sup>161</sup>, sino interpretarlos y aplicarlos a la luz del papel de los distintos términos en la economía y dinámica del contrato.

## 6.1 EL CONTROL SOBRE CONDICIONES CONTRACTUALES PRODUCTIVAS

Como se ha explicado anteriormente, las cláusulas productivas –tanto si definen el objeto principal del contrato, como si no– influyen y determinan la magnitud del excedente generado por el contrato, a nivel agregado y también, con frecuencia en relación con cláusulas distributivas –como la de precio– en el nivel del excedente individual de cada contratante. Por ejemplo, una cláusula suelo o techo, al asignar riesgos sobre tipos de interés entre las partes, puede mejorar o empeorar la ganancia conjunta cuando las partes –como es probable que suceda– difieren en sus actitudes ante el

<sup>161</sup> Otra cosa son las Sentencias del TJUE, como *Kásler y Káslemné Rábai* y su progenie, o *Gutiérrez Naranjo*, que han cercenado sensiblemente –sin buenas razones, creemos– la flexibilidad en cuanto a los remedios y consecuencias en materia de abusividad que permite la Directiva 93/13. O las decisiones poco meditadas del reciente legislador español, como la del nuevo párrafo segundo del artículo 83 TRLGDCU, fruto de la LCCI, que irreflexivamente fusiona en sus efectos dos controles distintos, como el de transparencia material y abusividad de contenido.

riesgo en esa dimensión. Pero no solo afecta al excedente global o conjunto del contrato, pues como al tiempo afecta al precio que el prestatario ha de pagar como remuneración, incide de forma directa también en el excedente respectivo de prestamista y prestatario. Pensemos en cambio en una cláusula de un contrato de compraventa que permite al comprador consumidor alterar, dentro del mismo término municipal, el lugar de entrega de la prestación si lo comunica antes de una cierta fecha. Esta cláusula previsiblemente mejora la ganancia contractual, pues faculta al consumidor a recibir la cosa allí donde le reporta más utilidad (si el consumidor es indiferente al lugar de entrega, ¿para qué tomarse la molestia de prever el cambio en el lugar de entrega?) y no supone costes apreciables para el vendedor, pero de por sí no afecta a la proporción en que el excedente del contrato se reparte entre las partes.

Una cláusula contractual productiva, al incidir –para mejor si es adecuada, para peor si no supone una asignación eficiente– en la ganancia conjunta que crea la relación contractual, plantea cuestiones que se relacionan con el control de transparencia sustantiva. Analizar una cláusula contractual bajo esta perspectiva supone preguntarse si el consumidor, con anterioridad a la conclusión del contrato, y más allá de la presentación formal y la redacción de la cláusula, ha dispuesto de información que le permita, de forma razonablemente sencilla, evaluar el impacto económico que le supone el contrato que va a celebrar<sup>162</sup> o, como establece el TJUE, para que el consumidor disponga, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración<sup>163</sup>.

En particular, para el consumidor, será singularmente importante conocer cuáles son los costes o sacrificios que le impone el contrato y por lo tanto qué nivel de bienestar puede esperar de éste, pues con frecuencia el beneficio o utilidad que espera obtener depende fundamentalmente de la naturaleza objetiva del bien o servicio y esta se ve menos afectada por el clausulado contractual. El consumidor debe conocer el excedente que le proporciona el contrato con la empresa A para poder compararlo con el que eventualmente pudiera ofrecerle la empresa B, C o D.

No obstante, esta no es la única dimensión de eficiencia relevante en el plano contractual en relación con las cláusulas productivas. La «calidad» de la cláusula contractual también tendrá un impacto en la generación de excedente contractual conjunto. Una cláusula productiva será de mejor calidad cuando genera un exce-

---

<sup>162</sup> FENOY PICÓN, 2018, p. 865.

<sup>163</sup> Véanse las sentencias TJUE *RWE Vertrieb y Gutiérrez Naranjo*, entre otras

dente contractual conjunto mayor que otra cláusula alternativa. Por ejemplo, una cláusula contractual X, que reduce el excedente conjunto del contrato en relación con el que resulta de la alternativa contractual Y, para con ello poder el predisponente apropiarse de una mayor porción del excedente contractual (aunque el total sea inferior con X que con Y, la parte que obtiene el profesional es mayor con X), fácilmente podemos entender que es abusiva en su contenido, tanto en el plano jurídico (art. 82.1 TRLGDCU, art. 3.1 Directiva 93/13) como económico.

Por lo tanto, la calidad de la cláusula contractual que determina la atribución de derechos y obligaciones entre las partes contractuales e impacta en el excedente contractual conjunto es un análisis pertinente en relación con las cláusulas contractuales productivas. Concretamente, el análisis de abusividad del contenido de una cláusula debiera favorecer las cláusulas contractuales no negociadas que maximizaran el excedente contractual conjunto<sup>164</sup>, como si éstas formaran parte de un contrato económicamente completo<sup>165</sup>. Tal y como se explicará a continuación, este elemento de calidad sustantiva de la cláusula contractual no está presente en las cláusulas distributivas, que no influyen en el excedente agregado generado por el contrato, sino que simplemente «reparten» el excedente generado entre las partes contractuales.

Por tanto, en relación con las cláusulas productivas tanto el control de transparencia material como el de contenido o abusividad resultan en abstracto pertinentes. Pero ello no quiere decir que deban confundirse o incluso aplicarse sobre los mismos aspectos de la cláusula productiva. El control de transparencia sustantiva o material debe limitarse a aquellos elementos de la cláusula que afectan al efectivo conocimiento del consumidor acerca de los costes o sacrificios que se le derivarán del contrato que se propone –o le proponen– realizar. El control de abusividad debe referirse a la reducción o falta de optimización del excedente contractual que resulta de la cláusula.

El primero ha de centrarse –«subjetivamente», si se quiere, aunque no de forma individualizada para cada consumidor<sup>166</sup>– en la comprensión por el consumidor del excedente contractual que

<sup>164</sup> La idea de que los términos implícitos de un contrato previstos legalmente o aplicados judicialmente deben tender a maximizar el excedente conjunto es el punto de arranque del análisis económico del Derecho de contratos: CRASWELL, 2000.

<sup>165</sup> Sobre la noción de contrato completo, SHAVELL, 2004, capítulo 3.

<sup>166</sup> No podemos olvidar que estamos ante contratación en masa y en algunos casos, la «masa» es de millones de contratos. Por eso la atención y la relevancia de las normas generales (de carácter administrativo, esencialmente) sobre los contratos de diverso tipo en distintos sectores han de ser muy importantes en el análisis de transparencia material si se desea efectuarlo de forma económicamente sensata. Desde luego, esto supone ser más exigentes con los legisladores y reguladores en la materia, que con frecuencia no están a la altura.

espera recibir, y especialmente de los costes totales del contrato. Ello permite incluir con facilidad en el análisis los sesgos cognitivos y de conducta que aquejan a los consumidores en el momento de contratar<sup>167</sup>, bien con carácter general, bien en el segmento específico de contratación de que se trate. El segundo debe indagar en la incidencia del reparto de derechos y obligaciones entre las partes del contrato sobre la ganancia contractual global y las desviaciones respecto de los términos que típicamente maximizan ese excedente conjunto. Pero no todos los elementos o dimensiones de la cláusula son igualmente relevantes para uno u otro análisis.

Esto se puede apreciar en relación con la cláusula suelo. El aspecto relevante desde la perspectiva del análisis de abusividad de la cláusula suelo es su incidencia en la asignación del riesgo de tipo de interés de mercado. Probablemente, desde este punto de vista, una cláusula suelo –especialmente si viene acompañada de una cláusula techo– supone una más adecuada asignación del riesgo de tipo de interés entre prestamista y prestatario que una simple cláusula de interés variable sin ninguna clase de limitación. En cambio, por lo que se refiere a la transparencia material lo importante no es esta función de asignación de riesgo de tipo de interés, sino, al afectar al interés remuneratorio, su efecto sobre el coste que espera afrontar el prestatario y por tanto sobre su decisión al comparar distintas ofertas de contrato de crédito (de otras entidades, pero también de la misma entidad) sin límites a la variación del tipo de interés o con límites distintos. Por eso, la opción del artículo 21.3 LCCI es desafortunada, pues vuelve a confundir ambas dimensiones de la cláusula, lo que tiene de asignación de riesgos de eventos inciertos –evolución futura de los tipos de interés– con lo que supone de impacto sobre la capacidad de evaluación por el consumidor de su excedente individual y posibilidad de comparación entre distintas ofertas.

Por otro lado, aunque es una cuestión que solo podemos dejar apuntada aquí<sup>168</sup>, las consecuencias del control de abusividad y del de transparencia material no necesariamente han de coincidir y, en puridad, debieran generalmente ser divergentes. Si un cierto término no negociado es materialmente falto de transparencia y tiene un impacto sobre el excedente individual del consumidor que este no podía haber anticipado y evaluado precisamente por su carácter no transparente, la cláusula no debiera ser vinculante frente al consumidor (con lo que se respeta sin duda el art. 6.1 Directiva 93/13

---

<sup>167</sup> ZAMIR y TEICHMAN, 2018, capítulos. 2 y 8.

<sup>168</sup> Más extensamente, en GÓMEZ POMAR, ARTIGOT GOLOBARDES y GANUZA FERNÁNDEZ, 2018, sección 5.

que, en su tenor, no va más allá de esta falta de vinculación, aunque el TJUE le haya hecho decir al precepto lo que este no dice), pero el adherente debiera quedar colocado, tras la aplicación del control *ex post*, idealmente en una situación de bienestar individual equivalente a la que le habría proporcionado la mejor (desde la perspectiva del consumidor, esto es, la que le da mayor excedente individual) cláusula transparente en esa materia que se ofrece en el mercado al tiempo de contratar. En definitiva, la función contractual de la cláusula y el carácter del control *ex post* que se opera sobre la misma apuntan a remedios y consecuencias diversificados.

## 6.2 EL CONTROL SOBRE LAS CLÁUSULAS DISTRIBUTIVAS

Las cláusulas no productivas o meramente distributivas, por su propia naturaleza, no suscitan cuestiones de calidad sustantiva en cuanto a mejorar o empeorar el excedente conjunto de la relación contractual. No existirá normalmente alternativa en el mercado que pueda proporcionar un excedente mayor o menor que la cláusula en cuestión. Por tanto, el control de abusividad, entendido –como creemos que debe serlo– como una garantía jurídica de la calidad de los términos del contrato para promover la ganancia contractual conjunta, no parece tener espacio si se proyecta sobre las cláusulas distributivas.

La ilustración más clara de la afirmación anterior la encontramos en aquellas cláusulas no productivas que no solo no inciden en el excedente global, sino que ni tan siquiera, teniendo en cuenta el conjunto del contrato, alteran la porción individual que cada parte recibe del excedente conjunto. El ejemplo más significativo de esta clase de cláusulas la encontramos en las de asignación del pago de gastos y tributos en la contratación hipotecaria. Con la excepción de los gastos de gestoría, si pensamos en los tributos (IAJD) y en otros gastos (aranceles notariales y registrales, tasación), estamos ante costes variables exógenos impuestos a las partes por la normativa fiscal, civil o administrativa que los exige y cuantifica. Las cláusulas contractuales al efecto se limitan a repartir en una cierta forma (aunque sea imputando la totalidad a una sola de las partes) esos costes inevitables e inmodificables por las partes. Ya hemos explicado cómo la cláusula de reparto que se incluya en el contrato no va a determinar finalmente quien absorba de verdad esos costes exógenos.

Si una norma o una cláusula contractual válida determinaran que es el prestatario quien ha de abonar un cierto tributo o arancel, este componente del coste variable total de recibir el servicio de financiación con garantía hipotecaria será pagado directamente por

el consumidor. Por el contrario, si una norma estipula que ha de ser el prestamista quien ha de abonar el impuesto o gasto y se proscriben<sup>169</sup> cláusulas contractuales que trasladen directamente esa obligación de pago sobre el prestatario, el importe del tributo o el gasto será pagado por el prestamista a quien corresponda. Pero como ese pago a cargo del prestamista es un coste variable real de la operación de crédito, el banco lo repercutirá al adquirente del servicio elevando exactamente en la misma cuantía una de las restantes comisiones o los intereses del préstamo. En definitiva, en el momento de contratar, es indiferente lo que diga la norma o el contrato: dadas unas ciertas condiciones del mercado de crédito, el importe de los tributos y gastos como costes exógenos de la transacción será asumido por las partes en una proporción que no depende de lo que diga la norma fiscal o administrativa, ni la cláusula contractual, válida o nula<sup>170</sup>.

Así, si el prestamista es el sujeto pasivo del impuesto o gasto X y puede repercutirlo contractualmente al consumidor, el interés remuneratorio más el *spread* sobre el principal y el coste del impuesto no incluirá ese importe. Evidentemente, el prestatario habrá abonado, como parte de su coste monetario total por recibir el crédito, el importe X a quien corresponda (autoridad tributaria, fedatario, etc.). Si, por el contrario, el prestamista es el sujeto pasivo del impuesto o gasto X y no puede repercutirlo contractualmente al consumidor, el coste financiero del préstamo para el consumidor habrá de incluir ese importe X a través de otro concepto, como por ejemplo un *spread* mayor al que se pediría si el coste del impuesto o gasto pudiera ser repercutido al consumidor de forma expresa.

En cualquier caso, desde el punto de vista económico, el excedente del consumidor será el mismo independientemente de quién sea, según la normativa fiscal o administrativa, quien haya de abonar el tributo o gasto e independientemente de que las reglas civiles permitan o no repercutir dicho coste contractualmente.

En este caso, es evidentemente baladí el sujetar este tipo de cláusulas a un control de abusividad o calidad sustantiva, pues las mismas son radicalmente irrelevantes no ya para el excedente conjunto, sino para el individual de las partes (incluido el consumidor, claro). La consideración como abusivas de estas cláusulas lo único que hará es que el reparto del coste que suponen los tributos y gastos no sea «explícito» a través de una cláusula contractual *ad hoc*, sino implícito a través del conjunto de elementos de precio (inter-

---

<sup>169</sup> Como ahora hace el artículo 14.1.e) LCCI.

<sup>170</sup> Véase Sección 4 anterior.

ses y comisiones) del contrato de préstamo hipotecario, siendo el resultado para la posición del consumidor exactamente la misma.

De hecho, en este caso, el control de transparencia material o sustantiva –que, como veremos, sí procede en general respecto de las cláusulas distributivas– debe orientarse a verificar si el consumidor conocía la existencia del tributo o gasto a su cargo y su importe, con el fin de que pudiera decidir si le interesa celebrar el contrato de crédito o no. Aquí no se trataría de que el consumidor pudiera comparar entre términos contractuales alternativos, u ofertas globales distintas de otras entidades, sino simplemente si le compensa o no contratar el préstamo hipotecario a la vista de esos costes exógenos que son los impuestos y gastos. No cabe en esto comparar entre ofertas distintas pues, por definición, esos costes exógenos son idénticos para todos los oferentes de crédito, al contrario que los costes endógenos, que dependen de la mayor o menor eficiencia de cada empresa en el mercado. De hecho, en la práctica, sería muy raro que un consumidor se viera afectado en su decisión de contratar el préstamo hipotecario por los gastos y tributos, dado que su importe será en principio, objeto de financiación por parte del prestamista, tal y como se explicó en la Sección 5 al abordar este tipo de cláusulas.

Por tanto, en relación con las cláusulas distributivas no es ni necesario ni útil realizar un control de la calidad de la cláusula a través de su sujeción a un control de abusividad. La única dimensión relevante para el bienestar el consumidor será si este ha tenido la oportunidad de conocer y evaluar de forma efectiva para sus propios intereses cómo la cláusula incide en su excedente contractual individual, lo cual supone en la mayor parte de los casos examinar si los costes para el consumidor inherentes a esa cláusula podían ser razonablemente asimilados y apreciados al momento de contratar.

En efecto, la eventual falta de transparencia sustantiva de una cláusula distributiva es relevante porque afecta a la corrección de las expectativas del consumidor acerca de la magnitud del excedente del contrato para aquel. Si sus expectativas se ven frustradas al conocer el coste real de la cláusula distributiva, el resultado puede ser indeseable, pues el consumidor podría haber preferido otra alternativa en el mercado o incluso no contratar de ninguna forma.

La falta de transparencia material de las cláusulas distributivas puede impedir al consumidor realizar una adecuada evaluación del excedente que le genera el contrato. Es posible imaginar que no obstante el menor –pero todavía positivo– excedente contractual obtenido, el consumidor hubiera celebrado igualmente el contrato. Sin embargo, en el límite es posible concebir situaciones en las que

si el consumidor hubiera podido conocer el coste o sacrificio real inherente al contrato que ha de soportar, el comprador o prestatario hubiera preferido celebrar un contrato distinto o incluso no celebrarlo en absoluto. Si el coste efectivo del contrato para el consumidor, incluido el coste asignado contractualmente a través de la cláusula no transparente, fuera mayor que el que se obtendría con la oferta alternativa de una empresa competidora, preferiría contratar con esta. Si ese excedente es inferior al precio de reserva del consumidor y por tanto su excedente contractual individual es negativo, prefiere razonablemente abstenerse de contratar<sup>171</sup>.

De nuevo, el análisis de la transparencia material o sustantiva de las cláusulas distributivas no puede abordarse de forma indiscriminada. No todas las cláusulas no productivas son iguales a los efectos de la comprensión efectiva por parte de los consumidores de los costes totales que suponen para estos. Ciertas cláusulas serán, para la generalidad de los consumidores, objeto de atención relevante, por ser cláusulas típicamente significativas, o porque la normativa sectorial correspondiente (piénsese, en el ámbito de los contratos de crédito, en la TAE y sus componentes) promueve la atención hacia las mismas o su presentación en un formato o a través de mecanismos particularmente (potencialmente al menos) efectivos para su evaluación por los consumidores.

Cuanto más visible y significativo sea un cierto elemento o dimensión del contrato para el consumidor, más fácil es –en ausencia de maniobras de ocultación u ofuscación por parte de un oferente– que el conjunto de los consumidores puedan efectivamente apreciar su impacto en el coste esperado y en el excedente individual que se confía recibir y, con ello, más factible es que se puedan comparar distintas ofertas y escoger la más favorable. Si un cierto término contractual es visible y relevante en este sentido, y se puede esperar que los consumidores se hallen razonablemente informados acerca de su impacto, más probable es que el propio funcionamiento del mercado pueda disciplinar a aquellas empresas que ofrecen términos que suponen mayor coste y, por ende, menor excedente al consumidor. El juicio de transparencia material ha de efectuarse teniendo en cuenta estos factores, pues de ellos depende en buena medida su valor añadido.

---

<sup>171</sup> Esta visión parece estar en línea con lo apreciado por el TJUE en la Sentencia *Gyula Kiss*, en la que concluye que la exigencia de transparencia en relación con una cláusula contractual relativa a comisiones de gestión de un contrato de préstamo no exige identificar los servicios concretos proporcionados como contrapartida por esa comisión, ni aun menos el coste de los mismos para el prestamista, pues ello no le impide conocer el impacto de los sacrificios económicos del contrato en relación con los beneficios que le reporta el préstamo.

Si pensáramos que los tribunales, al ejecutar este análisis de transparencia material *ex post*, están dotados de infalibilidad y que siempre alcanzarán la conclusión correcta acerca de la suficiencia o insuficiencia en la transparencia de una cierta cláusula, estaríamos ante factores de importancia secundaria, en el mejor de los casos. Pero el presupuesto de acierto pleno en el análisis de transparencia material es una quimera, pues caben errores en ambos sentidos: considerar no transparente lo que en verdad permite la efectiva evaluación de coste y excedente por el consumidor, y juzgar como transparente una cláusula que no se presenta de un modo que el consumidor pueda razonablemente evaluar lo que obtendrá, en términos netos, del contrato. Por eso es importante calibrar adecuadamente el test de transparencia material a la visibilidad y significado de la cláusula en cuestión para los consumidores. Así reduciremos la posibilidad –elevada, nos tememos, en abstracto– de error en el juicio de transparencia sustantiva.

Naturalmente, la consideración de cuándo un tipo de cláusula es generalmente visible y relevante para la decisión del consumidor es algo que también debe hacerse con cuidado. Pero más allá de la necesaria prudencia, es muy conveniente que esa tarea se emprenda con un buen pertrecho de información empírica y conocimiento concreto del sector de la contratación de que se trate y sus características específicas. El TJUE, en alguna sentencia en particular<sup>172</sup>, da la sensación de preferir, a la hora de determinar cuándo un término contractual afecta al «objeto esencial» del contrato (podemos acaso presumir que resulta más visible y relevante uno que lo afecta que otros términos del contrato que no lo hacen) categorías apriorísticas, derivadas de las construcciones jurídicas tradicionales en cuanto a las prestaciones principales o los elementos esenciales de un tipo contractual que a la realidad del comportamiento de los consumidores. De nuevo, esta actitud, desafortunadamente, viene a dar la espalda a la sustancia económica del problema, sin la cual es difícil abarcar cabalmente la estandarización contractual y sus consecuencias para los consumidores.

## 7. CONCLUSIÓN

El enjuiciamiento de numerosas e importantes cláusulas de los contratos hipotecarios a la luz –severa– de la normativa de condiciones generales de contrato ha monopolizado el debate contrac-

---

<sup>172</sup> Sentencia TJUE *Matei*.

tual y de justicia civil en España en los últimos años. En ese debate hemos empleado muchas energías intelectuales y cuantiosos recursos económicos y de tiempo de nuestro sistema de administración de justicia que acaso lamentaremos durante décadas.

El enfoque adoptado y su plasmación jurisprudencial, sin embargo, plantean dudas de efectividad, particularmente desde el punto de vista del bienestar del consumidor, que es el objetivo final de la Directiva 93/13 y de la normativa española en la materia. El análisis judicial *ex post* sobre las condiciones no negociadas en contratos con consumidores debiera estar íntimamente relacionado con el papel de las cláusulas contractuales en el contrato. Esto exige a ser menos mecánico en el diseñar el cómo de los controles y los efectos de su aplicación. Así, los exámenes de transparencia a los que debería quedar sujeta una cláusula productiva que refleja costes endógenos a la transacción habrían de ser distintos a los aplicados a una cláusula distributiva que atribuye costes exógenos. La aplicación uniforme de los controles de transparencia y de abusividad al margen de la naturaleza y función en el contrato de las cláusulas en cuestión no solo es un desenfoque teórico, sino que ha sido entre nosotros fuente de elevados costes sociales en litigación y efectos negativos sobre la administración de justicia. Todo ello era fácilmente evitable.

Muchas de las controversias que nos han ocupado, además de costosas, han tenido efectos redistributivos señalados. Por ejemplo, la litigación sobre cláusulas puramente distributivas como las relativas al IAJD o los aranceles notariales y registrales han tenido y tienen efectos redistributivos de rentas no solo entre entidades financieras y consumidores sino entre consumidores pasados y consumidores presentes y futuros.

La determinación *ex post* de la abusividad de las cláusulas contractuales puramente distributivas tiene efectos para las partes contractuales porque las consecuencias restitutorias de la abusividad operan una transferencia a posteriori de excedente contractual desde las entidades financieras a los consumidores sin que el excedente contractual agregado se modifique. Es decir, el efecto de la litigación ha sido neutral o indiferente desde el punto de vista del bienestar generado por el contrato, pero masivamente ha transferido a posteriori recursos de una parte del contrato a la otra. Con ello no hemos mejorado la asignación de recursos, simplemente hemos enriquecido a unos y empobrecido a otros, gastando ingentes recursos por el camino. Puestos a querer una redistribución masiva en favor de los ciudadanos que celebraron contratos de crédito hipotecario en el período de la burbuja inmobiliaria y crediticia (¿y por qué a ellos, y

no a otros que acaso lo necesitan más pero no pudieron comprar vivienda con una hipoteca?) hay medios más baratos que hacerlo a través de una oleada de litigación masiva.

Una segunda dimensión de la redistribución generada por la aplicación de la normativa de control de condiciones generales sobre cláusulas puramente distributivas tiene lugar entre consumidores pasados y consumidores presentes y futuros. Se puede esperar que los mayores costes de contratación hipotecaria que esta litigación a producido supongan precios más elevados en el futuro para el crédito hipotecario. Para saberlo con exactitud tendremos que esperar a estudios empíricos *ad hoc*.

Por otro lado, no parece claro que los contratos de préstamo hipotecario hayan ganado apreciablemente en transparencia como consecuencia de las disquisiciones en las que se ha embarcado la jurisprudencia y la doctrina españolas en torno a los costes exógenos de los contratos de hipoteca.

Todo ello, además, con un elevadísimo coste de litigiosidad añadida en un país como España aquejado de forma crónica de mayores niveles de litigación que los países de nuestro entorno.

¿Ha merecido la pena esta aventura en que se ha embarcado el Derecho privado español? ¿Ha servido para satisfacer los objetivos de la normativa europea y española de protección del contratante consumidor? ¿Ha mejorado el bienestar de los consumidores pasados, presentes y futuros en la contratación bancaria, más allá de transferencias de riqueza *ex post facto* a ciertos contratantes pasados de hipotecas y de efectos redistributivos no deseados entre aquellos y los consumidores presentes y futuros? Es difícil contestar en sentido afirmativo a estas preguntas, nos tememos.

La poco reconfortante experiencia española en la materia permite extraer algunas enseñanzas importantes, con todo. La primera, que la contratación en masa, y singularmente la financiera, genera efectos globales o generales no solo en la economía (en el propio sistema financiero) sino en el funcionamiento del Derecho y de la Administración de Justicia. Las malas y buenas soluciones que ofrecemos van a transmitir sus ondas favorables o perniciosas al conjunto del sistema jurídico.

La segunda es que la contratación en masa es una realidad económica, como tantas otras que ha de regular el Derecho. Desconocer la sustancia económica del fenómeno objeto de regulación a la hora de diseñar, interpretar y aplicar las formas de respuesta a los problemas es un punto de partida poco prometedor si queremos encarar la tarea bien pertrechados intelectual y prácticamente.

Por eso, en este trabajo hemos intentado argumentar que la utilización de un instrumental económico básico en una relación contractual (costes, precios y su relación con los primeros, excedente y su distribución, cláusulas productivas y distributivas) permite afinar los instrumentos jurídicos para afrontar la contratación en masa, especialmente la financiera.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ADAMS, Michael: «Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen», en Neumann (Ed.) *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik Band 140* (1984).
- ADAMS, Michael: Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes-Verträge bei asymmetrischer Information Betriebsberater (1989).
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Civitas (2009).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas (1991).
- «Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato», *Almacén de Derecho* (2017) (disponible en: <http://almacendedderecho.org/clausulas-predispuestas-describen-objeto-principal-del-contrato/>).
  - «La sentencia del TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Blog Derecho mercantil* (2019), disponible en <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2019/03/la-sentencia-del-tjue-sobre-clausulas.html>.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Nulidad de la cláusula de gastos de préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazo)», 20, *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 1-28 (2016).
- ARRUÑADA SÁNCHEZ, Benito y CASAS-ARCE, Pablo: «Préstamos hipotecarios y limitaciones al tipo de interés», en Juan-José Ganuza Fernández y Fernando Gómez Pomar (coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Aranzadi (2018).
- BADARINZA, Cristian, CAMPBELL, John Y. y RAMADORAI, Tarun: «International Comparative Household Finance», National Bureau of Economic Research Paper No. 22066, pp. 1-40 (2016).
- BAKOS, Yannis, MAROTTA-WURGLER, Florencia y TROSSEN, David R.: «Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts», *Journal of Legal Studies*, 43 (pp. 1-35) (2014).
- BAR-GILL, Oren: *Seduction by Contract*, Oxford University Press (2012).
- BEBCHUK, Lucian y POSNER, Richard: «One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets», 104, *Michigan Law Review*, pp. 827-835 (2006).
- BEN-SHAHAR, Omri y SCHNEIDER, Carl: *More than You Wanted to Know. The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press (2014).
- BEN-SHAHAR, Omri: «Fixing Unfair Contracts», 63 *Stanford Law Review*, pp. 869-906 (2011).
- «A Bargaining Power Theory of Default Rules», 109 *Columbia Law Review*, pp. 396-430 (2009).

- «The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law», 5 (1), *European Review of Contract Law*, pp. 1-28 (2009).
- BIX, Brian: *Consent and Contracts*, en Andreas Müller y Peter Schaber (eds.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, Routledge (2018) (disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3031183>).
- BOVER, Olympia, CASADO, José María, COSTA, Sonia, DU CAJU, Phillip, McCARTHY, Yvonne, SIERMINSKA, Eva, TZAMOURANI, Panagiota, VILLANUEVA, Ernesto y ZAVADIL, Tibor: «The Distribution of Debt Across Euro Area Countries: The Role of Individual Characteristics, Institutions and Credit Conditions», 12 (2), *International Journal of Central Banking*, pp. 71-128 (2016).
- CALO, Ryan: «Digital Market Manipulation», 82, *George Washington University Law Review*, pp. 995-1051 (2014).
- CALO, Ryan y ROSENBLAT, Alex: «The Taking Economy: Uber, Information and Power», 117, pp. 1623-1690 *Columbia Law Review* (2018).
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi (2006).
- «Transparencias, desequilibrios e inefficiencias en el régimen de las cláusulas abusivas», *LV Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LV, 2014-2015, pp. 549-644 (2015).
- «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016, su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo», *InDret* 1/2017, pp. 1-32 (2017).
- CAMPBELL, John Y. y COCCO, João F.: «Household Risk Management and Optimal Mortgage Choice», 118 *Quarterly Journal of Economics*, pp. 1449-1494 (2003).
- CAMPBELL, John Y.: «Restoring Rational Choice: The Challenge of Consumer Financial Regulation», *American Economic Review*, 106(5) :1-30 (2016).
- CAÑIZARES LASO, Ana: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», 2 (3), *Revista de Derecho civil*, pp. 67-105 (2015).
- CARRASCO PERERA, Ángel: «La acción para reclamar intereses pagados en virtud de una cláusula suelo está prescrita cuando han transcurrido cuatro años desde que el contrato hipotecario ha sido consumado y cancelado», 21 *Centro Estudios de Consumo*, pp. 90-105 (2017).
- «De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores», 21 *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 168-170 (2017).
- «Régimen de condiciones generales de contratación en el contrato de crédito inmobiliario», en Ángel Carrasco Perera (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2019).
- «Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», en Ángel Carrasco Perera (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2019).
- DE CASTRO BRAVO, Federico: «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», XIV (2), *Anuario de Derecho civil*, pp. 295-342 (1961).
- CHEN-WISHART, Mindy: «Regulating Unfair Terms», en Gullifer y Vogenauer (eds.), *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, Hart Publishing (2015).
- COAKLEY, Martha y Daniel, Alicia: «Improving Consumer Protection: Lessons from the 2008 Recession», 103 *Minnesota Law Review*, pp. 2477-2494 (2019).
- CORDERO LOBATO, Encarna: «No cabe sanción administrativa por «Introducción de cláusulas abusivas en los contratos» sin la declaración judicial previa del carácter abusivo de la cláusula», 22 *Centro de Estudios de Consumo*, pp. 192-194 (2017).

- CRASWELL, Richard: «Contract Law. General Theories», en Boudewijn Bouckaert y Gerrit de Geest (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 1, Edward Elgar (2000).
- CZIUPKA, Johannes: *Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Mohr Siebeck (2010).
- DELLACASA, Matteo: «Judicial review of «core terms» in consumer contracts: defining the limits», *European Review of Contract Law*, 11 (2), pp. 152-176 (2015).
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015», en Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina Civil y Mercantil*, BOE/Dykinson 5618\2015, pp. 317-345 (2015).
- «La doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, Notarios y Registradores» (2019) (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>).
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Control notarial de cláusulas no transparentes y abusivas en los contratos de crédito o préstamo hipotecario», en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Vivienda e hipoteca*, Tecnos (2018).
- EISENBERG, Melvin A.: *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press (2018).
- FENOY PICÓN, Nieves: «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina española y de la jurisprudencia del Tribunal supremo», LXXI, *Anuario de Derecho civil*, pp. 855-1049 (2018).
- FURTH-MATZKIN, Meirav: «On the Unexpected Use of Unenforceable Contract Terms: Evidence from the Residential Rental Market», 9 *Journal of Legal Analysis*, pp. 1-49 (2017).
- «Bargaining in the Shadow of the Contract», Working Paper, John M. Olin Program in Law, Economics and Business, 6118 Harvard Law School (2018).
- GANUZA FERNÁNDEZ, Juan-José y GÓMEZ POMAR, Fernando (coord.): *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Aranzadi (2018).
- GILO, David y PORAT, Ariel: «The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects», 104 *Michigan Law Review*, pp. 983-1032 (2006).
- GÓMEZ POMAR, Fernando y LYCKOWSKA, Karolina: «Spanish Courts, the European Court and consumer law: some thoughts on their interaction», en Fabrizio Cafaggi y Stephanie Law (eds.), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Edward Elgar (2017).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan-José: «Standard Contract Terms and Legal Controls: A Reconstruction from the Law and Economics Theory of Contract», Working Paper, Universitat Pompeu Fabra, pp. 1-78 (2018).
- GÓMEZ POMAR, Fernando, ARTIGOT, Mireia y GANUZA FERNÁNDEZ, Juan-José: «Y todos estos pleitos, ¿para qué?», *InDret 4/2018*, pp. 1-8 (2018).
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «Mucho ruido y pocas nueces. Al hilo de las recientes vicisitudes en materia de IAJD y contratación hipotecaria», *Centro de Estudios de Consumo* (2018) (disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mucho\\_ruido\\_y\\_pocas\\_nueces\\_Al\\_hilo\\_de\\_las\\_recientes\\_vicisitudes\\_en\\_materia\\_de\\_IAJD.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Mucho_ruido_y_pocas_nueces_Al_hilo_de_las_recientes_vicisitudes_en_materia_de_IAJD.pdf)).

- «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la Sentencia Abanca del TJUE», *InDret 2/2019*, pp. 1-12 (2019).
- «Core v. Non-Core Contract Terms and Legal Controls over Standard Terms: Bad Lessons from Europe?», *European Review of Contract Law*, pp. 177-194 (2019).
- GÓMEZ POMAR, Fernando y ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia: «*Ex post* fairness controls and contract design: the Spanish experience», en Klaus Mathis y Avishalom Tor (eds.), *Consumer Law and Economics*, Springer (en prensa 2020).
- HERNÁNDEZ TORRES, Estefanía: «El vencimiento anticipado en el proyecto de ley sobre contratos de crédito inmobiliario», en *Los Contratos de Crédito Inmobiliario: Algunas soluciones legales*, Reus (2018).
- HOFFMANN, David: «Relational Contracts of Adhesion», 88(6) *University of Chicago Law Review*, pp. 13951461 (2018).
- JANSEN, Nils: «Unfair Contract Terms», en Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, (2018).
- JOHNSTON, Jason Scott: «Do Product Bans Help Consumers? Questioning the Economic Foundations of Dodd-Frank Mortgage Regulation», 23(3) *George Mason Law Review*, pp. 617-696 (2016).
- KAR, Robin B. y RADIN, Margaret J.: «Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis», 132 (4), *Harvard Law Review*, pp. 1135-1219 (2019).
- KIM, Nancy: «Relative Consent and Contract Law», 18, *Nevada Law Journal*, pp. 165-219 (2017).
- LEIB, Ethan J. y EIGEN, Zev J.: «Consumer Form Contracting in the Age of Mechanical Reproduction: The Unread and the Undead», Vol. 2017 (1), *University of Illinois Law Review*, pp. 65-109 (2017).
- LÓPEZ JIMÉNEZ, José María (Coord.): «Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», Bosch (2019).
- MARÍN JIMÉNEZ, Manuel Jesús: «Asignación de gastos entre las partes en el contrato», en Ángel Carrasco Perera (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi (2019).
- MAROTTA-WURGLER, Florencia: «Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's 'Principles of the Law of Software Contracts」, 78, *University of Chicago Law Review*, pp. 165-186 (2011).
- MARTÍN FABA, José María: «STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario», CESCO, pp. 1-23 (2019) (disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE\\_de\\_26\\_de\\_marzo\\_de\\_2019\\_sobre\\_vencimiento\\_anticipado\\_del\\_credito\\_hipotecario.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf)).
- MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, 10.<sup>a</sup> ed. C. F. Müller (2010).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario a la disposición adicional primera», en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (Dir.), Jesús Alfaro Águila-Real (Coord.), *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Cívitas (2002).
- «Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario», en Lorenzo Prats y Gema Tomás (eds.), *Culpa y responsabilidad. Libro Homenaje a Ricardo de Ángel*, Aranzadi (2017).
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria», *InDret 2/2018*, pp. 1-80 (2018).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago», en Luis Díez Picazo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, vol II, Aranzadi (2014).

- MUÑIZ ESPADA, Esther: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrinal hacia la vivienda colaborativa*, Aranzadi (2018).
- MUTHOO, Abhinay: *Bargaining Theory with Applications*, Cambridge University Press (1999).
- OMAN, Nathan B.: *The Dignity of Commerce. Markets and the Moral Foundations of Contract Law*, University of Chicago Press (2017).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato», *Almacén de Derecho* (2017) (disponible en: <http://almacendederecho.org/10-tesis-la-falta-transparencia-las-clausulas-referidas-los-elementos-esenciales-del-contrato/>).
- «La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivo», *Almacén de Derecho* (2019) (<https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>)
- PAZOS CASTRO, Ricardo: *El control de las cláusulas abusivas de los contratos con consumidores*, Aranzadi, (2017).
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José: «Las consecuencias de la abusividad y de la falta de transparencia. El polémico artículo 6 de la Directiva», *Almacén de Derecho*, marzo de 2017 (2017) (<http://almacendederecho.org/las-consecuencias-la-abusividad-la-falta-transparencia-polemico-articulo-6-la-directiva/>).
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi (2004).
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *InDret* 3/2013, pp. 1-28 (2013).
  - «Juicio Crítico a la declaración del carácter abusivo de la cláusula que en préstamos hipotecarios impone los gastos del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción registral y del impuesto de actos jurídicos documentados al prestatario consumidor (a propósito de la STS 23 diciembre 2015)», 19, *Lex Mercatoria*, pp. 93-99 (2016).
  - *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant lo blanch (2019).
- RADIN, Margaret J.: *Boilerplate: The Fine Print, Vanishing Rights and the Rule of Law*, Princeton University Press (2012).
- RAISER, Ludwig: *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hanseatische Verlagsanstalt (1935).
- RUB, Guy: «Copyright Survives. Rethinking the Copyright-Contract Conflict», 103, *Virginia Law Review*, pp. 1141-1248 (2017).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch (2019).
- SÁNCHEZ LERÍA, Reyes: «Sobre el deber de transparencia en el proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en Sánchez Lería y Vázquez-Pastor Jiménez (coord.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus (2018).
- SHAVELL, Steven: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press (2004).
- VARIAN, Hall R., *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach: Media Update*, 9th ed., W. W. Norton & Company (2019).
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes», en Juan-José Ganuza Fernández y Fernando Gómez Pomar (coord.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, Aranzadi (2018).

- ZAMIR, Eyal y FARKASH, Yuval: «Standard Form Contracts: Empirical Studies, Normative Implications, and the Fragmentation of Legal Scholarship», *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, N.º15-16, 29, pp. 137-170 (2016).
- ZAMIR, Eyal y KATZ, Ori: «Substituting Invalid Contract Terms: Theory and Preliminary Empirical Findings», *Hebrew University of Jerusalem Legal Studies Research Paper Series*, N.º 19-22, pp. 1-44 (2019).
- ZAMIR, Eyal y TEICHMAN, Doron: *Behavioral Law and Economics*, Oxford University Press (2018).
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Criterios de determinación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente que repercuten en el consumidor el pago del impuesto de plusvalía y los gastos de alta en los distintos suministros necesarios para la habitabilidad de la vivienda. Comentario a la STJUE, Sala Primera, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/2012, “Constructora Principado, S. A., y José Ignacio Menéndez Álvarez”», 15-2014, *La Ley Unión Europea*, pp. 14-23 (2014).

## **JURISPRUDENCIA CITADA**

### **Unión Europea**

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de mayo de 2000, Shirley Preston y otras v. Wolverhampton Healthcare NHS Trust y otros, Dorothy Fletcher y otras v. Midland Bank plc, C-78/98.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero, Salvat Editores SA v. José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane y Emilio Viñas Feliú, C-240/98 a C-244/98.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de octubre de 2006, Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium, S. L., C-168/05.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 4 de junio de 2009, Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Györfi, C-243/08.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 10 de mayo de 2011, Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de los Países Bajos, C-144/99.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de marzo de 2012, RWE Vertrieb AG v. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e. V., C-92/11.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S. A. v. Joaquín Calderón Camino, C-618/10.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia 14 de marzo de 2013, Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa), C 415/11.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 16 de enero de 2014, Constructora Principado, S. A. v. José Ignacio Menéndez Álvarez, C-226/12.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 30 de abril de 2014, Árpád Kásler, Hajnalka Káslemné Rábai v. OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de febrero de 2015, Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei v SC Volksbank România SA, C-143/13.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 23 de abril de 2015, Jean-Claude van Hove v. CNP Assurances SA, C-96/14.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Francisco Gutiérrez Naranjo v. Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA v. Emilio Irles López y Teresa Torres Andreu, C-154/15 y C-307/15.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus SA v. Jesús Gutiérrez García, C-421/14.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 22 de febrero de 2018, Liviu Petru Lupean y Oana Andreea Lupean v. SC OTP Baak Nyrt, C-119/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 7 de agosto de 2018, Banco Santander, S. A.v. Mahamadou Demba y Mercedes Godoy Bonet, Rafael Ramón Escobedo Cortés v. Banco de Sabadell, S. A., C-961/16 y C-94/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezel Zrt. v. Teréz Ilyés, Emil Kiss, C-51/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de marzo de 2019, Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt, C-118/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria, S. A. v. Alberto García Salamanca Santos y Banxia, S. A., v. Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez, C-70/17 y C-179/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Conclusiones del Abogado General de 15 de mayo de 2019, Gyula Kiss, CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss y Gyuláné Kiss, C-621/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Auto de 3 de julio de 2019, Banxia, S. A. v. Alfredo Sánchez Martínez, Sandra Sánchez Triviño, C-486/16.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de octubre de 2019, Gyula Kiss and CIB Bank Zrt. v. Emil Kiss and Gyuláné Kiss, C-621/17.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 3 de octubre de 2019, Kamil Dziubak Justyna Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG, C-260/18.

## **España**

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 406/2012 de 18 de junio.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 221/2013, de 11 de abril.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 241/2013 de 9 de mayo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 464/2014 de 8 de septiembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 705/2015 de 23 de diciembre.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 79/2016 de 18 de febrero.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 788/2017 de 9 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 171/2017, de 9 de marzo.

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 1557/2017 de 16 de septiembre.

- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 367/2017 de 8 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 655/2017 de 1 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 669/2017 de 14 de diciembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 25/2018 de 17 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 147/2018 de 15 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 148/2018 de 15 de marzo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 432/2018 de 11 de julio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 483/2018 de 11 de septiembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 489/2018, de 13 de septiembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1505/2018 de 16 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 1523/2018 de 22 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 1531/2018 de 23 de octubre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1669/2018 de 27 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1670/2018 de 27 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Pleno). Sentencia núm. 1671/2018 de 27 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 673/2018 de 29 de noviembre.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 44/2019 de 23 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 46/2019 de 23 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 47/2019 de 23 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 48/2019 de 23 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 49/2019 de 23 de enero.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 647/2019 de 21 de mayo.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 849/2019 de 18 de junio.
- Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Pleno). Sentencia núm. 463/2019 de 11 de septiembre.
- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 175/2014 de 14 de mayo.
- Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 46/2015 de 6 de febrero.

Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 17/2015 de 28 de septiembre.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 269/2015 de 18 de noviembre.

Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 17/2015 de 4 de diciembre.

Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 255/2016 de 17 de octubre.

Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 822/2017 de 13 de enero.

Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 41/2017 de 7 de febrero.

Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 86/2017 de 15 de febrero.

Audiencia Provincial de Ávila (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 50/2017 de 3 de marzo.

Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 211/2017 de 7 de junio.

Audiencia Provincial de Asturias (Sección 5.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 306/2017 de 14 de septiembre.

Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 177/2017 de 31 de octubre.

Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 176/2017 de 31 de octubre.

Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 187/2017 de 31 de octubre.

Audiencia Provincial de Logroño (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 266/2017 de 31 de octubre.

Audiencia Provincial de Santander (Sección 4.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 553/2017 de 8 de noviembre.

Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 38/2018 de 1 de febrero.

Audiencia Provincial de León (Sección 1.<sup>a</sup>). Sentencia núm. 67/2018 de 27 de febrero.

Juzgado de Primera Instancia (núm. 2 de Palencia). Sentencia núm. 177/2017 de 28 de septiembre.

Juzgado de Primera Instancia (núm. 6 de Zamora). Sentencia núm. 203/2017 de 17 de octubre.

Juzgado de Primera Instancia (núm. 7 bis de Pamplona). Sentencia núm. 513/2017 de 9 de noviembre.

Juzgado de Primera Instancia (núm. 17 de Palma de Mallorca). Auto de 12 de marzo de 2019.

Juzgado de Primera Instancia (núm. 6 de Ceuta). Auto de 13 de marzo de 2019.

Juzgado de Primera Instancia (núm. 6 de Ceuta). Auto de 20 de marzo de 2019.

# La protección patrimonial de la persona mayor<sup>1</sup>

**MARÍA REYES CORRIPIO GIL DELGADO**

Profesora Propia Doctora

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

## RESUMEN

*El trabajo propone tres clases de medidas para adaptar la legislación y la práctica civil españolas a las vulnerabilidades patrimoniales de la persona mayor: Primero, que toda persona mayor a partir de cierta edad pueda acceder a sistemas de protección patrimonial similares a los establecidos para las personas con discapacidad. Segundo, incrementar las salvaguardias legales y notariales en los actos relevantes que pueda realizar una persona mayor no incapacitada pero que acuse debilidad física o psíquica para que su consentimiento sea consciente y libre de presiones, y tercero, para la persona incapaz natural, se diseñe un sistema específico de protección acorde a la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, con instituciones ágiles y respetuosas con su voluntad, reformulando algunas instituciones existentes –si bien actualmente secundarias– como la guarda de hecho y la curatela.*

## PALABRAS CLAVE

*Derecho civil. Anciano. Discapacidad. Patrimonio. Actos Jurídicos. Guarda de hecho. Curatela. Asistente.*

---

<sup>1</sup> Quiero expresar mi agradecimiento al Prof. Ruiz de Huidobro de Carlos por las valiosas consideraciones que ha realizado sobre este trabajo que me han ayudado a mejorarlo.

## *The state protection of elderly people under the civil law*

### **ABSTRACT**

*This paper presents three type of measures to adapt Spanish legislation and legal practice to real needs of elderly people: firstly, give them a estate protection similar to those established for disable people from a certain age; secondly, improve legal and notary safeguards in all relevant legal acts made by deficiency older people in order to ensure that consent is conscious and freely given, and, finally, to those individuals who need judicial measures due to intellectual disabilities, have a protection in accordance with the International Convention of Persons with Disabilities, reinforcing some existing –but secondary– institutions like the «facto guardian» or the «curatorship».*

### **KEYWORDS**

*Civil law. Ageing people. Disability. Estate. Legal acts. Facto guardian. Curatorship. Assistant*

SUMARIO: I. *Introducción*.–II. *El acceso de toda persona mayor a una protección patrimonial*. 1. Base jurídica. 2. Dificultades para el acceso a los mecanismos de protección de la Ley 41/2003 (LPPD). 3. Propuestas.–III. *La protección de la persona mayor vulnerable*. 1. Protocolos preventivos en sede notarial. 1.1 Indicadores de vulnerabilidad. 1.2 Medidas aplicables. 2. Deberes de información y lealtad derivados de la buena fe negocial. 3. Aumento de las garantías legales para los actos de singular relevancia.–IV. *La protección de la persona mayor incapaz*. 1. Mantener el *status quo*: la guarda de hecho del anciano. 2. Modificar su capacidad: la curatela de la persona mayor.–V. Propuestas de *lege ferenda*.–VI. *Bibliografía*.

### I. PLANTEAMIENTO

La persona mayor tiene en nuestros días un singular interés por dos motivos: primero por su relevancia como sector poblacional en aumento dada la mayor esperanza de vida<sup>2</sup> y segundo por su vulne-

---

<sup>2</sup> Si atendemos a los datos del INE la esperanza de vida de los varones es de 80,393774 años y de las mujeres 85,738302 (<https://www.enterat.com/actualidad/esperanza-vida-espana.php>).

rabilidad y progresiva dependencia cuando llega a la ancianidad que le hace merecedora de una atención propia por el Derecho actual. Los rápidos cambios sociales y las exigencias de una sociedad cada vez más compleja han aumentado los riesgos para las personas mayores, sobre todo de los ancianos. El enfoque civil de esta realidad no es satisfactorio a día de hoy. Aunque la senectud tenga cierta relevancia civil<sup>3</sup> no está directamente contemplada en el Código y, si dejamos aparte su inclusión en el derecho de alimentos de ascendientes y la sucesión mortis causa, solo existen referencias indirectas como la del artículo 251 CC que permite excusarse en el ejercicio de la tutela cuando por edad o enfermedad (...) resultase «excesivamente gravoso el ejercicio del cargo» o la del artículo 193 CC que reduce el plazo general de diez años a cinco para que pueda declararse fallecido al ausente cuando la persona hubiera cumplido setenta y cinco años. En contraste a esta parquedad, la sociedad civil<sup>4</sup> y la doctrina jurídica vienen reclamando que se le dé un tratamiento específico<sup>5</sup>: Para García Cantero la senectud debería tener un hueco propio y adecuado en las obras generales de Derecho civil<sup>6</sup> y Rams Albesa<sup>7</sup> sugiere que se le dé una especial protección al anciano frente a los engaños y abusos que pueda sufrir. Medina Alcoz<sup>8</sup>, por su parte, nos habla de un Derecho de la ancianidad, como conjunto de conocimientos relacionados con las personas de la tercera (o cuarta) edad, transversal e interdisciplinar que si bien no crea una nueva rama dentro del Derecho civil es capaz de modular los límites de las ramas tradicionales. Más

<sup>3</sup> La falta de una regulación explícita en el Código, la ausencia de un verdadero consenso doctrinal y los riesgos que para la persona mayor pueden derivarse de ello nos impiden calificar a la senectud como un estado civil propiamente dicho limitándonos a considerarla una condición civil. Mas aventurado es el Prof. García Cantero que lo impulsa claramente enclavado en un concepto moderno de estado civil (GARCÍA CANTERO, *RJN*, 2018, p. 111).

<sup>4</sup> Tanto el Defensor del Pueblo como la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología y la Asociación multidisciplinaria de Gerontología, han recomendado que «en todo tipo de elaboración legal sea un referente sistemático la persona mayor en situación de dependencia, por cuanto en la legislación actual no se contemplan las especiales necesidades de las personas mayores», Recomendaciones del Defensor del Pueblo e informes de la Sociedad española de Geriatría y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología «La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos». Madrid, 2000, p. 220. (<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2000-01-La-aten%C3%B3n-sociosanitaria-en-Espa%C3%B1a-perspectiva-gerontol%C3%B3gica-y-otros-aspectos-conexos.pdf>).

<sup>5</sup> Aunque aquí recogemos pronunciamientos concretos de varios autores, puede decirse que existe desde hace bastantes años un consenso sobre la necesidad de una profunda reflexión jurídica sobre los temas que afectan a las personas mayores y a la protección que se les debe dispensar como indica Martínez Rodríguez. (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, 2004, p. 119).

<sup>6</sup> Postura sostenida en tres de sus obras: GARCÍA CANTERO, *Act. Civ.*, 2010, p. 1607; GARCÍA CANTERO, 1988, p. 295 y en GARCÍA CANTERO, *RJN*, 2018, p. 105.

<sup>7</sup> RAMS ALBESA, *RCDI*, 2011, p. 267.

<sup>8</sup> MEDINA ALCOZ, *RDP*, 2011, p. 76.

recientemente Colmenar Mallén<sup>9</sup> lamenta que, desde el Derecho romano hasta hoy, nuestro ordenamiento no haya sido capaz de proporcionar una respuesta rápida y eficaz a las numerosas y complejas necesidades de los mayores que por su avanzada edad o por otras circunstancias precisan asistencia.

La Constitución hace expresa mención a la protección de la tercera edad en su artículo 50 y el Estatuto de Cataluña integra a los ancianos con nombre propio entre los colectivos a proteger («niños, jóvenes, personas con discapacidades y ancianos»). También existen leyes autonómicas como la asturiana reguladora de la asistencia y protección de ancianos<sup>10</sup> y las leyes canaria y andaluza que ponen el acento en la necesidad de proteger los derechos de las personas mayores<sup>11</sup> pero que no abordan la problemática de su estatus civil (ni podrían hacerlo por la reserva competencial estatal fijada en el art. 149.1.8.º CE sin perjuicio de las comunidades aforadas).

A falta de un tratamiento específico, la protección civil se limita a los ámbitos regulados para las personas discapacitadas que solo les serán aplicables a la persona mayor cuando alcance cierto grado de discapacidad (en sentido estricto) y a las normas sobre modificación de capacidad previstas para déficits de autogobierno (art. 199 y 200 CC). Estas soluciones no son suficientes pues no valen para las personas mayores que no tienen los umbrales de discapacidad o incapacidad requeridos.

Expuesto el interés por acometer un estudio de la regulación civil de la tercera edad, surge la dificultad de concretar los destinatarios, las medidas a aplicar y las circunstancias que las activan. Cuando se habla de persona mayor el abanico de edad y de situaciones puede ser muy amplio sobre todo si se toma como punto de partida la edad de jubilación<sup>12</sup>. Además, en sede civil, la protección va ligada a circunstancias como la vulnerabilidad que no depende necesariamente de una edad determinada. Nótese cómo el Derecho catalán prefiere utilizar, en este ámbito, la expresión «ancianos» que la de «tercera edad» resaltando así que la causa de la protec-

---

<sup>9</sup> COLMENAR MALLÉN, 2016, p. 406.

<sup>10</sup> Ley asturiana 7/1991 de 5 de abril, reguladora de la asistencia y protección de ancianos (*BO del Principado de Asturias y de la Provincia* 19 de abril de 1991, núm. 89) y su desarrollo en el Decreto 79/1994, de 13 de octubre de centros residenciales, que comentaremos en este trabajo.

<sup>11</sup> Canarias (Ley núm. 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones. *BO de Canarias* 19 de julio de 1996) y Andalucía (Ley 6/1999 de 7 de julio de atención y protección a las personas mayores. *BO de la Junta de Andalucía* 29 de julio de 1999, núm. 87).

<sup>12</sup> Por ejemplo, la Ley 3/1996 de Canarias aplica el concepto tercera edad a los mayores de sesenta años y admite edades inferiores si fueren pensionistas o estuvieren afectados de incapacidad física, psíquica o sensorial [art. 2.1 a), b) y c)]. También García Garnica identifica los sesenta años como la edad de inicio de la persona mayor (GARCÍA GARNICA, RDUNED, 2018, p. 61).

ción es precisamente la fragilidad que resulta connatural en este concepto<sup>13</sup>.

Esta fragilidad no debe derivar solo en un elenco de instrumentos puntuales<sup>14</sup>, como serían los contratos de alimentos y de vitalicio, las donaciones modales, la hipoteca inversa y el seguro de dependencia, o los contratos con centro residencial, así como las autotutelas, pactos de acogida o los pactos de convivencia y ayuda mutua, que pese a su indudable interés no son objeto de particular estudio en este trabajo. El Derecho civil debe ir más lejos que ofrecer instrumentos puntuales, debe establecer principios, protocolos e instrumentos generales que diseñen un patrón general protector de la persona mayor, para lo cual proponemos tres medidas:

1.º Permitirle a toda persona mayor el acceso automático a los beneficios de la protección patrimonial de las personas con discapacidad dirigidas a la conservación de su patrimonio y al mantenimiento de su calidad de vida teniendo en cuenta que durante la tercera edad la persona depende básicamente de los sistemas de protección públicos (pensiones) y/o del rendimiento de su patrimonio.

2.º Para las personas mayores no incapacitadas pero vulnerables, introducir garantías para actos negociales relevantes sobre todo si hay riesgo para su patrimonio. Serían medidas aplicables según un criterio mixto a aquellas personas mayores que, además de tener cierta edad, acusen fragilidad, discapacidad, reducción de su capacidad de comprensión o de respuesta, en otras palabras, que tengan limitaciones.

3.º Finalmente, para la protección del incapaz natural, proponemos avanzar hacia un sistema más respetuoso con la persona fortaleciendo dos instituciones que actualmente tienen menor peso jurídico pero que están llamadas a desempeñar un papel relevante en la adaptación del Derecho español a la Convención Internacio-

<sup>13</sup> El nuevo Código de Consumo de Cataluña aprobado por Ley 22/2010, de 20 de julio (art. 111.2.c) los integra así entre los colectivos especialmente protegidos cambiando en este punto la dicción de la anterior Ley de consumo de Cataluña de 3/1993, de 5 de marzo, en cuyo artículo 24 instaba a los poderes públicos a adoptar medidas que tuvieran en cuenta las necesidades de la «tercera edad», atendiendo a «las posibles limitaciones de cualquier orden de este colectivo». La Ley de 2010 prevé, además, en su artículo 262.10, dotarles de una mayor protección mediante una regulación reglamentaria, lo cual manifiesta la trascendencia que puede llegar a tener en el ámbito del derecho de consumo aunque tenga este artículo suspendida su vigencia y aplicación por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad [STC (Pleno) JUR/2015/239027].

<sup>14</sup> Cuya enumeración ha sido realizada por otros autores como MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2010, pp. 2687 a 2721; MUÑIZ ESPADA, *RDdef*, 2001, pp. 91 ss. y MEDINA ALCOZ, *RDP*, 2011, pp. 90-92.

nal de los derechos de las personas con discapacidad (CIPD)<sup>15</sup> –la guarda de hecho y la curatela–.

## **II. EL ACCESO DE TODA PERSONA MAYOR A UNA PROTECCIÓN PATRIMONIAL**

El aumento de la esperanza de vida y la mayor demanda de recursos en una fase vital caracterizada por la falta de ingresos económicos hace que la respuesta civil actual, que se limita a aplicar las reglas tradicionales de alimentos entre parientes y, en su caso, las normas sucesorias, sean «marcadamente» insuficientes, como indica Martínez de Aguirre<sup>16</sup>. El legislador debe reconocer expresamente el derecho de toda persona mayor a una protección de su patrimonio y permitirle el acceso automático al marco jurídico protector diseñado por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD)<sup>17</sup>.

### **1. BASE JURÍDICA**

Consideramos que hay base legal suficiente para que se pueda construir en nuestro Derecho una protección jurídico civil patrimonial para la tercera edad. Existe una profusión de instrumentos jurídicos de naturaleza muy diversa, internacionales y nacionales, públicos y privados que refieren el derecho de la persona mayor a obtener y gestionar recursos económicos suficientes para llevar una vida digna y participativa. Respecto a los instrumentos internacionales, y a título ejemplificativo, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado y al seguro de vejez (art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)<sup>18</sup> y a llevar una vida

---

<sup>15</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y publicada en el *BOE* de 21 de abril de 2008, núm. 96. Aunque la Convención no se dirige específicamente al anciano, es de suyo que lo integra en la medida en que puede ser discapacitado y a él se refiere en dos artículos: el artículo 25 centrado en el derecho a la salud y el artículo 28 relativo el derecho de las personas mayores con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, p. 196.

<sup>17</sup> Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC y de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad. *BOE* de 19 de noviembre de 2003, núm. 277.

<sup>18</sup> Accesible en [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf). También puede citarse la declaración de la Federación Internacional de la Vejez sobre derechos y responsabilidades de las personas de edad, en la que se apoyó la Asamblea General UN para adoptar su Resolución 46/61 sobre principios a favor de las personas de edad. En Europa la revisión de la Carta Social Europea introduce el derecho a la protec-

digna y participativa (art. 23 de la Carta Social Europea y en el Pacto de San José)<sup>19</sup>. Nuestra Constitución, en su artículo 50, sitúa a la tercera edad bajo el amparo de los principios de la suficiencia económica y del bienestar, algo que podría tenerse por un derecho fundamental a la calidad de vida de la persona mayor y en este mismo sentido el Estatuto de Cataluña orienta la actuación pública en materia de vejez hacia los objetivos de que «puedan llevar una vida digna e independiente y participar en la vida social y cultural» así como lograr su «plena integración» en la sociedad mediante políticas públicas «basadas en el principio de solidaridad intergeneracional» (art. 40.6 del Estatuto). Nótese que estas normas no se limitan a prevenir el riesgo de pobreza<sup>20</sup> y abandono en personas de edades avanzadas que no puedan garantizarse ingresos por trabajo<sup>21</sup>, sino más bien a proporcionarles herramientas para que tengan cierta calidad de vida en una sociedad del bienestar.

Para alcanzar este objetivo el patrimonio y los recursos económicos propios de la persona mayor deben quedar vinculados a sus necesidades asistenciales, particularmente las que puedan derivarse de su pérdida progresiva de autonomía, evitando que la carga económica recaiga exclusivamente sobre el Estado o la familia<sup>22</sup>. El Pacto de Toledo, Comisión parlamentaria creada en 1995 para afrontar el déficit de las pensiones, insistió en la necesidad de respaldar los sistemas complementarios de ahorro y previsión social de carácter privado y promover la solidaridad *intra* e intergeneracional y la Comisión Europea

---

ción social de las personas de edad avanzada y la Recomendación COM (2000) final, de 18 de marzo muestra su preocupación por garantizar la salud y bienestar en un escenario de longevidad creciente. El artículo 25 de la Carta de Niza, en la Unión Europa establece el derecho a la protección de la seguridad social y servicios sociales durante la vejez. (BARRANCO AVILÉS, 2010, p. 581).

<sup>19</sup> En efecto, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales otorga derecho a toda persona a la seguridad social. La Resolución de Naciones unidas sobre derechos de las personas de edad les concede a estas el derecho a «tener alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención a su salud, adecuados mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia» (Principios de las UN en favor de las personas de edad, Asamblea General de 16 de diciembre de 1991).

<sup>20</sup> Ya solo este aspecto merece que se le preste especial atención a la persona mayor. En el informe de 1975 sobre la situación de las personas mayores en España (informe GAU) se indica que la pobreza está presente en los ancianos «en proporciones escandalosas» lo que activó importantes políticas como los Servicios de Ayuda a Domicilio (SAD) (Libro Blanco sobre atención a las personas con dependencia en España, MTAS). Hoy en día perviven las insuficiencias del modelo asistencial y las decisiones las acaban tomando los familiares da través de soluciones que el mayor rechaza (por ejemplo, ingreso en residencias geriátricas). (BARRANCO AVILÉS, 2010, p. 596).

<sup>21</sup> ALEMÁN BRANCHO, GyAPP, 2013, p. 2.

<sup>22</sup> Este es el objetivo de la protección patrimonial establecida de las personas con discapacidad que sea «con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido...» (Preámbulo de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad).

anima a constituir planes de ahorro para la jubilación<sup>23</sup>. El legislador español ha querido fortalecer los espacios de cobertura privada como son los fondos privados de pensiones. El mismo interés por garantizarle a la persona mayor o dependiente el acceso a recursos líquidos que le permitan atender sus necesidades ha propiciado la regulación de instrumentos privados de cobertura de dependencia y la hipoteca inversa (Ley 41/2007)<sup>24</sup>. Esta última regula una vía específica para que la persona mayor (sea o no dependiente) pueda utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta y disfrutar en vida del ahorro acumulado en inmuebles con un efecto positivo sobre su bienestar, como indica la Ley en su preámbulo (núm. VIII). El acceso a estos productos financieros, sin embargo, encuentra diversos obstáculos<sup>25</sup> por depender de la oferta que se haga por parte de las entidades, mayormente bancarias, lo que limita su accesibilidad en el mercado, inexistente en España desde el año 2013 hasta septiembre de 2018<sup>26</sup>.

## 2. DIFICULTADES PARA EL ACCESO A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LA LEY 41/2003 (LPPD).

Como hemos indicado *ad supra*, el primer obstáculo para la aplicación a la persona mayor del marco jurídico social y civil de la persona con discapacidad es que está reservado para quienes se encuentren en determinados umbrales de discapacidad por padecer una minusvalía física o sensorial del 65% o psíquica del 33% (art. 2.2 LPPD), (discapacitados en sentido estricto) lo que implica distinguirlos dentro del colectivo general discapacitados (en sentido amplio) y que deberá acreditarse mediante el certificado expedido por la administración correspondiente o por resolución judicial (art. 2.3 LPPD) lo que deja fuera a aquellas personas cuya minusvalía no haya sido determinada o se quede por debajo de dicha graduación. El

<sup>23</sup> Comisión Europea, Libro Blanco «Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles», de 16 de febrero, COM (2012) 55 final. (<https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7341&langId=es>). Precisamente la incidencia del envejecimiento de la población sobre la economía y las políticas públicas ha sido una preocupación constante en los últimos años en el contexto europeo y particularmente en el español, como consta en el Informe Anual 2018 del Banco de España, recientemente publicado (capítulo IV). Accesible en [https://www.bde.es/bde/es/Pie/informe/Informe\\_Anual\\_2018.html](https://www.bde.es/bde/es/Pie/informe/Informe_Anual_2018.html).

<sup>24</sup> 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. (*BOE* de 18 de diciembre de 2007)

<sup>25</sup> SÁNCHEZ VENTURA MORER, *RDP*, 2019, pp. 97-120.

<sup>26</sup> En 2008 la oferta de Optima Mayores a través del banco portugués BNI fue un éxito y reactivó la demanda y ahora varias compañías como VisaCaixa, Mapfre y Santalucía tienen previsto también lanzar hipotecas inversas..

artículo 227-1.1 CCCat. es más amplio al permitir también la constitución de un patrimonio protegido a las personas dependientes, siempre que lo sean en grado II o III, (dependencia severa y gran dependencia, que suponen un baremo de dependencia de al menos el 50% y que se da cuando la persona requiere apoyo extenso o generalizado permanente para su autonomía personal, es decir, que precisa apoyo para actividades de la vida diaria), en unos casos tendrán discapacidades incapacitantes y en otros meros deterioros o debilidades leves y, desde luego, no siempre son discapacitados en sentido estricto<sup>27</sup> por lo que no todos podrán beneficiarse de la Ley.

A ello se añaden las disfunciones procedentes de los diversos ámbitos privado-público en los que opera la Ley. El grado de discapacidad remite a un procedimiento administrativo del que el Derecho civil es ajeno y en el cual la certificación administrativa del grado de discapacidad tiene un peso enorme, pues de ella depende casi todo el sistema de protección. En este punto, se ha criticado la desconexión entre las medidas protectoras de esta ley y el sistema de capacidad modificada pues los jueces no determinan la discapacidad en los procesos relativos a la capacidad de la persona y tampoco existen tablas que permitan transitar entre cualesquiera medidas tuitivas advirtiéndose desajustes entre ambos ámbitos de protección. La doctrina demanda una norma estatal que establezca correlaciones entre dependencia, discapacidad e incapacitación con objeto de mejorar la atención a los afectados<sup>28</sup>. Para Ruiz Rico la solución, al menos para el incapacitado, es la de reconocérsele automáticamente como discapacitado en sentido estricto<sup>29</sup>. Otros autores también han expuesto estas dificultades que quiebran la finalidad de la LPPD de proteger a las personas de cierta edad a las que alude en su preámbulo<sup>30</sup>.

En consecuencia, colectivos vulnerables como el de las personas de avanzada edad no pueden beneficiarse de estas medidas, aunque tuvieran diagnosticadas enfermedades de largo alcance e incidencia tipo Alzheimer, Parkinson, ELA, esclerosis múltiple, porque las secuelas que producen tardan un tiempo en ser visibles.

<sup>27</sup> Como indica esta autora, las asociaciones de afectados piden el reconocimiento del Alzheimer como una enfermedad discapacitante, y no de la vejez, de forma que podemos hablar dentro del colectivo «ancianos» de aquellos que son discapacitados y los que no lo son (MARTÍNEZ GALLEGO, 2004, p. 152).

<sup>28</sup> MORETÓN SANZ, *RUCT*, 2007, p. 106.

<sup>29</sup> RUIZ RICO RUIZ MORÓN, *Act. Civ.*, 2004, p. 359. Esta autora sigue la interpretación dada por la Dirección General Tributaria en la Resolución de 12 de julio de 2001 que equiparan a los incapacitados con los discapacitados.

<sup>30</sup> MONESTIER MORALES, *RFDdG*, 2007, pp. 6 y 7; MINGORANCE GOSÁLVEZ, 2015, p. 139.

La Alianza Española de enfermedades neurodegenerativas<sup>31</sup> lleva siete años pidiendo que se reconozca a estos pacientes la condición de discapacitados en sentido estricto desde el mismo momento del diagnóstico, algo que les permitiría un acceso automático a la protección social y civil.

En conclusión, la presencia de senilidades y vulnerabilidades ligadas a la vejez o situaciones de ancianidad que puedan prolongarse en el tiempo debería abrir la puerta a una protección patrimonial específica lo que enlazaría con los dos objetivos antes citados: coadyuvar a su autosuficiencia económica y su bienestar, y no recargar el sistema público de pensiones<sup>32</sup>.

### 3. PROPUESTAS

En coherencia con lo expuesto, entendemos que debe reconocerse a toda persona mayor, tenga o no el grado de discapacidad que exige la ley, el acceso a mecanismos especiales de protección patrimonial como bien puede serlo constituir un patrimonio protegido<sup>33</sup> en línea con la LPPD. Herbosa considera que permitir la constitución de un patrimonio protegido para el anciano, sujeto a un régimen especial de conservación y administración de los bienes y con unos beneficios fiscales, es una «respuesta razonable» a una «necesidad real»<sup>34</sup> y deben poder constituirlos con antelación a la manera en la que el artículo 223 CC permite a la persona adoptar disposiciones relativas a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor<sup>35</sup>. También podrían explorarse fórmulas de patrimonios protegidos colectivos para cónyuges (o análoga relación de afectividad) mayores con una clarificación de las consecuencias que la muerte o el divorcio tuviera sobre el mismo y que podría, por ejemplo, continuar su individualidad e integridad tras la

<sup>31</sup> El 18 de diciembre de 2018, 47 asociaciones de Aedem-Cocemfe, han pedido al gobierno de España que sea reconocida automáticamente el 33 % de la discapacidad cuando reciben el diagnóstico de una enfermedad neurodegenerativa (<http://neuroalianza.org/actualidad/>).

<sup>32</sup> La persona dependiente deberá contribuir a los gastos mediante el copago del sistema y de la estructura pública de atención al dependiente (DE ASIS ROIG, 2013, pp. 130-131).

<sup>33</sup> Un patrimonio protegido es una actuación previsora de indudable interés para la persona anciana que debe facilitársele. Como indica Zurita, «no resulta descartable que los propios mayores, previendo su futura incapacidad, o sus hijos y demás familiares, opten por esta nueva figura de protección de sus intereses económicos, para afrontar la venidera minusvalía con mayores garantías» (ZURITA MARTÍN, 2004, p. 279).

<sup>34</sup> HERBOSA MARTÍNEZ, *Act. Civ.*, 2005, pp. 1952 y 1928.

<sup>35</sup> Como indican DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, 2006, pp. 101-103, y MARTÍN AZCANO, 2010, pp. 180-182.

muerte de uno en aras a preservar el bienestar del supérstite. Ello ofrecería tranquilidad a la persona mayor por la suerte del otro<sup>36</sup>.

Respecto a otras medidas de protección, la Ley LPPD reformó el artículo 822 CC dando un tratamiento especial a la donación y al legado de habitación en favor de los legitimarios con discapacidad y creando un derecho legal de habitación en su favor<sup>37</sup> coexistente con los derechos del cónyuge supérstite vía artículos 1406 y 1407 CC. Estas normas resultan difícilmente aplicable al caso del anciano ascendiente por las condiciones que la norma exige. La necesidad de fortalecer la solidaridad intergeneracional sobre todo hacia los padres, de quienes los hijos han recibido tanto, nos llevan a considerar fórmulas de retorno respecto de los bienes dejados por el hijo que fallece. Nuestro sistema jurídico admite ya la reversión de bienes donados al hijo premuerto cuando este muriera sin posteridad (art. 812 CC). Pero una sociedad envejecida debería ser proclive a reconocerles derechos a los padres ancianos que lo puedan necesitar, haya o no legitimarios, y que coexistan con los derechos del heredero, quizá a modo de derecho de habitación como hace el 822, de legado vitalicio de pensión de alimentos (art. 879 y 880 CC) o constituyendo alguna suerte de titularidad fiduciaria sujeta a reserva para que luego esos bienes puedan seguir su curso natural (tipo 811 CC)<sup>38</sup>. Podría decirse que la carga ética que acompaña el Derecho de familia inclina su balanza en favor del ascendiente (o del cónyuge anciano respecto de los bienes del otro) cuando la tercera generación tenga sus propios ingresos y no lo necesite. Podrían ser ajustes normativos de las instituciones clásicas adaptados a los tiempos actuales sobre la base de los principios de justicia y equidad en las relaciones familiares.

<sup>36</sup> Se aprecia en este punto un cambio de tendencia, los mayores no buscan ahora tanto la preservación de los bienes familiares en manos de los hijos como garantizar el bienestar del que sobreviva (MUÑIZ ESPADA, *RDF*, 2001, p. 93).

<sup>37</sup> Este artículo introduce, en su primer párrafo, un trato especial a la donación y al legado de derecho de habitación constituido por el causante sobre su vivienda habitual en favor de un legitimario discapacitado que conviviera con él en el momento del fallecimiento, y en el segundo párrafo, atribuye por ministerio de la ley un derecho de habitación en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesitare. Véase comentario en RAMOS MAESTRE, *RDP*, 2013, p. 15.

<sup>38</sup> Estas soluciones encajan bien con las modernas reflexiones doctrinales sobre la función que cumple la legítima de los descendientes. Como indica Carrasco Perera la legítima sucesoria tenía un mayor sentido en épocas pretéritas cuando había que atender las necesidades de la prole en momentos históricos en los que la expectativa de vida era baja, sin embargo ahora, en su opinión, «solo deberían tener derechos legitimarios aquellos descendientes que en el momento del fallecimiento del causante se encontraran en situación actual (no posible) de titular un crédito de alimentos contra el causante» (CARRASCO PERERA, *AJA*, 2014, p. 1). A nuestro juicio las legítimas y las expectativas sucesorias de los descendientes son reflejo de los vínculos intergeneracionales y siguen desempeñando su papel en nuestra sociedad, pero debe reconsiderarse cómo pueden incidir factores como el alargamiento de la vida y las necesidades de los ascendientes mayores.

### III. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA MAYOR VULNERABLE

Este epígrafe aglutina otra suerte de medidas, las destinadas a la persona mayor no incapacitada pero frágil y vulnerable, a la que bien se puede denominar como «anciano», «persona de edad avanzada»<sup>39</sup> o «persona senil»<sup>40</sup>. Con acierto las leyes autonómicas citadas *ad supra* centran lo específico de su vulnerabilidad en el hecho de que «por razones físicas y psíquicas, tienen enormes dificultades para obtener la protección de sus derechos o, más simplemente, para formular quejas» (Preámbulo Ley asturiana), y buscan garantizar la plena protección jurídica cuando la persona mayor tenga «limitaciones»<sup>41</sup> (Ley Canaria). El Convenio de la Haya, por su parte, los define como adultos que por motivos de edad no se encuentran «en condiciones de velar por sus intereses»<sup>42</sup>. Un buen ejemplo para ilustrar su especial vulnerabilidad en el ámbito negocio nos lo da el artículo 46 de la Ley andaluza de protección de personas mayores que reza:

«Cuando las Administraciones Públicas tengan noticia de que el patrimonio de una persona mayor está siendo objeto de explotación, bien por sus propios familiares o por terceros, se procederá a comunicarle de forma expresa las acciones judiciales que pueda iniciar, proporcionándole asistencia jurídica si fuera necesario, sin perjuicio del traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal»<sup>43</sup>.

El legislador se muestra, en estas normas, consciente de que la pérdida de facultades y la mayor dependencia juegan en contra del anciano volviéndolo particularmente indefenso, lo que otros pueden aprovechar para obtener atribuciones patrimoniales de forma

<sup>39</sup> Expresión que aparece en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (*BOE* de 30 de noviembre de 2007, núm. 287) y en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo (*BOE* de 4 de noviembre de 2017, núm. 268). También puede encontrarse en normativa local como la reciente Ordenanza de movilidad sostenible de Madrid (*BOCM* núm. 253, de 23 de octubre de 2018) que recoge las personas de edad avanzada como colectivo especialmente protegidos (art. 10).

<sup>40</sup> Utilizada mayormente en resoluciones judiciales [i.e., SAP Barcelona núm. 34/2014, de 24 de enero, y núm. 60/2018 de 7 de febrero o SAP Madrid núm. 759/2004 de 14 de noviembre].

<sup>41</sup> La expresión «con limitaciones», empleada por la Ley Canaria 3/1996 (art. 1.f) se refiere a las dificultades que la persona mayor puede tener para la obtención de una plena protección jurídica.

<sup>42</sup> Artículo 1.1 del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, de protección internacional de adultos (todavía no ratificado por España) y que eluden el uso de la expresión «incapaces» o «incapacitados».

<sup>43</sup> Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores de Andalucía. Citada.

poco honesta<sup>44</sup> y la jurisprudencia ha invalidado actos dispositivos realizados por aquél bajo presión<sup>45</sup>.

Las manipulaciones, engaños, errores e incapacidades que pueda sufrir la persona mayor vulnerable deben ser contrarrestados con actuaciones basadas en la precaución y la prudencia. Aclaramos que no está en nuestro ánimo sugerir una sujeción automática de todo anciano a condiciones gravosas en el ámbito negocial, como sería el exigirle, por el mero hecho de tener determinada edad que aporte certificados de aptitud mental o documentos similares acreditativos de no padecer demencia o Alzheimer. Nuestra idea, bien al contrario, consiste en adaptar los principios generales de la contratación a la situación de vulnerabilidad de las personas mayores, incorporando acciones protectoras *ad casum* según las condiciones de cada persona, tasadas y basadas en el principio de «interés superior del mayor» y de la buena fe. Concretamente proponemos tres medidas: 1.º Elaborar protocolos de actuación en los actos intervenidos por notarios y funcionarios, 2.º Fortalecer la buena fe y los deberes de información en los contratos celebrados con ancianos y 3.º Vehicular controles preventivos de actos tasados de gran trascendencia cuando existan dudas razonables sobre la capacidad o libertad de la persona mayor no incapacitada.

## 1. PROTOCOLOS PREVENTIVOS EN SEDE NOTARIAL

En el ámbito notarial es donde se realizan los negocios patrimoniales de mayor relevancia, desde contratos o apoderamientos hasta disposiciones testamentarias o protocolización de testamentos ológrafos<sup>46</sup>. El notario da fe pública del acto y de la capacidad y liber-

<sup>44</sup> En este ámbito destacan las estafas por apoderamientos abusivos de bienes de personas ancianas en los que se abusa de su debilidad y de incapaces naturales [*vid.*, por ejemplo, STS (Sala Segunda de lo Penal) núm. 1038/2003, de 16 de julio (RJ 2003/6348)], las donaciones o enajenaciones no queridas y los testamentos. Como indica Javato Martín, el apoderamiento y despatrimonialización final del anciano suelen venir acompañados de actividades tendentes a ganarse su confianza, a veces, bajo falsas promesas de cuidado cobijo o convivencia y constituyen verdaderas estafas a los que se aplica el agravante del artículo 250.1.6 CP y constituyen tipos de maltrato al anciano (JAVATO MARTÍN, 2010, p. 132). Antoni Vaquer enumera el problema de la influencia ejercida sobre el causante vulnerable para captar su voluntad y beneficiarse de la herencia, que en nuestro ordenamiento se soluciona atendiendo a la doctrina de la falta de capacidad y de los vicios del consentimiento. (VAQUER ALOY, ADC, 2015, p. 354).

<sup>45</sup> La STS de 3 de junio de 2014 que introduce un giro jurisprudencial flexibilizando la causa de desheredación por maltrato viene a considerar como maltrato psicológico o moral el haber forzado a la persona mayor a otorgar donaciones [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 258/2014, de 3 de junio (RJ 2014/3900)].

<sup>46</sup> En efecto, el testamento ológrafo ha sido mirado con recelo por la imposibilidad de acreditar la libertad del testador cuando es un anciano vulnerable y dependiente. De hecho, el artículo 412.5.2 CCCat lo restringe como vía para beneficiar en la sucesión a las

tad del otorgante<sup>47</sup>, un juicio que constituye en la práctica «una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud solo destruible por una evidente prueba en contrario»<sup>48</sup>. Por ello, una vía idónea para proteger a la persona en los últimos años de vida, cuando su capacidad natural pudiera estar mermada o condicionada por sus urgentes necesidades vitales<sup>49</sup> sería establecer protocolos de actuación que ayuden a detectar si está actuando con suficiente conciencia y voluntad en el tráfico jurídico<sup>50</sup>.

Si atendemos a la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad (CIPD)<sup>51</sup> las salvaguardias en la tercera edad deben ir dirigidas principalmente a poner a su alcance los medios que necesite para tomar decisiones bajo el peso de sus circunstancias vitales sin que se les pueda privar anticipadamente de su poder de decidir sobre su esfera personal o patrimonial y se le debe permitir actuar con los apoyos que necesite para prestarlas. La misma CIPD está impulsando fórmulas basadas en el apoyo para la persona sea la protagonista activa de su proyecto vital<sup>52</sup>. En este contexto resulta claro que el notario (o el funcionario interviniente según el caso) puede convertirse, como indica Carol Rosés, «en el apoyo ideal –por su preparación y prestigio– para las personas discapacitadas y vulnerables en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención»<sup>53</sup> y que podría configurarse incluso como una suerte de ombudsman social con funciones especiales de vela sobre las personas mayo-

«personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual», pudiendo ordenarlo solo en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio.

<sup>47</sup> Artículo 17 bis de la Ley Orgánica del Notariado, prescribe que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado» (Ley de 28 de mayo de 1862, Orgánica del Notariado. *BOE* de 29 de mayo).

<sup>48</sup> STSJ Cataluña de 21 de junio de 1991 (RJ 1991/3908). La capacidad del que realiza el acto, que ya de por sí se presume, en aplicación de los principios *favor negoti* y *favor testamenti*, es reforzada por la jurisprudencia en el caso de testamentos notariales SSTS (Sala Primera de lo Civil) de 7 de octubre 1982 (RJ 1982/5545) y de 10 de abril 1987 (RJ 1987/2549). Con todo, el juicio del notario autorizante no constituye una prueba absoluta de la capacidad del otorgante.

<sup>49</sup> ARSUAGA CORTAZAR, *RFyS*, 2015, p. 18.

<sup>50</sup> GÓMEZ GARZAS, 2007, p. 221.

<sup>51</sup> La Convención recoge expresamente la cuestión del anciano en dos artículos: el artículo 25 (centrado en su derecho a la salud) y el artículo 28 (relativo el derecho de las personas mayores con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social).

<sup>52</sup> Y en este sentido contamos con diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Sirvan como ejemplo los Autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009/288), de 19 mayo 2009 (RJ 2009/2927), 21 enero 2009 (RJ 2009/553), de 11 mayo 2010 (RJ 2010/3691) núm. 2/2011 de 3 febrero (RJ 2011/4383).

<sup>53</sup> CAROL ROSÉS, *RCDI*, 2017, p. 3249.

res, como indica García Garnica<sup>54</sup>. Este apoyo se concreta en una suma de pasos a seguir ante indicios de vulnerabilidad o necesidades detectadas, sin que ello cierre la puerta a una eventual reclamación de nulidad si resultara que la persona carecía de capacidad natural (art. 1300 CC en relación con el art. 1261 CC).

### 1.1 Indicadores de vulnerabilidad

Una actuación previsora debe activarse ante toda persona mayor vulnerable. Insistimos que no se trata de privársele de sus derechos por ser anciano o por «la mera constatación de una enfermedad o demencia previa o posterior o la edad avanzada o senectud»<sup>55</sup> sino de proveerles de cautelas y remedios para que puedan expresar su voluntad de forma consciente y libre, dotando de garantías al acto en la medida en que sea realizado por una persona vulnerable que esté poniendo en peligro su suficiencia económica y su bienestar.

La edad sería el primer indicador de vulnerabilidad, aunque puntualizamos que la protección negocial aquí referida debe ligarse más a la incidencia de la edad que a la edad misma. Sentado esto, tampoco cabría hablar de persona mayor si esta no hubiera alcanzado determinada edad, ¿cuál podría ser esta?. Si atendemos al Código civil, parece que establece un punto de inflexión jurídica en los 75 años, al reducir el plazo para la declaración de fallecimiento de diez a cinco años (art. 193 CC). Esta misma edad es tomada en cuenta por la doctrina para determinar el inicio de la edad senil<sup>56</sup>. Por su parte, la jurisprudencia, atendiendo a diversas jurisdicciones (penal, administrativo, civil), ha atribuido la denominación de anciano a personas de 70 años en adelante<sup>57</sup>, que

<sup>54</sup> (GARCÍA GARNICA, RDUNED, 2018, p. 89). En este punto la autora recoge las propuestas de Castro Girona Martínez (nota al pie 56).

<sup>55</sup> ALVAREZ LATA, 2009, pp. 1-3.

<sup>56</sup> MEDINA ALCOZ, *Act. Cív.*, 2010, p. 1111.

<sup>57</sup> Sin pretender ser exhaustivos recogemos diversos pronunciamientos jurisprudenciales que asocian el término anciano a una edad determinada: 70 años [SAP Castellón núm. 38/2006 de 14 de marzo (JUR 2006/237158)], 71 años [SAP Valencia núm. 545/2001, de 16 de julio. (JUR 2002/2810)], 75 años [SAP Granada núm. 550/2009 de 30 de octubre JUR 2010/71536, o en SAP Madrid, núm. 22/2016, de 25 de enero. JUR 2016/53154)], 76 años [SAP Las Palmas núm. 365/2009 de 24 de julio JUR 2009/438240)], 77 años [SAP Barcelona núm. 57/2016 de 16 de diciembre JUR 2016/68407 o en AAP Las Palmas, núm. 170/2009 de 17 de julio JUR 2009/438642)], 78 años [SAP Salamanca núm. 255/2007, de 10 de julio AC 2008/163)], 79 años [AAP Barcelona núm. 342/1996, de 24 de julio (AC 1997/1653); SAP Murcia núm. 75/2006 de 8 de febrero (JUR 2006/161426)]; 80 años [(STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 1139/1994 de 17 de diciembre (RJ 1994/9427), SAP IB núm. 83/2014 de 4 de marzo (JUR 2014/95483)]; 81 años [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 11/2017 de 19 de enero (RJ 2017/276); STSJ Madrid núm. 512/2015 de 15 de julio (JUR 2015/271565)] y 82 años [(SAP Tarragona núm. 419/2008, de 24 de octubre (JUR 2009/78721)].

podría servirnos igualmente como un punto de partida para valorar la necesidad o no de activar protocolos.

Respecto a los factores circunstanciales de la persona que pueden ser relevantes para activar protocolos, el principal de ellos es su discapacidad. La praxis jurídica de las nulidades negociales nos puede resultar muy útil. Por ejemplo, en la SAP Ourense 12/2009<sup>58</sup> se dio trascendencia al hecho de que la anciana, a pesar de saber leer y escribir, prestó su consentimiento mediante la impresión de su huella dactilar, acto que no necesariamente supone un actuar reflexivo como lo es una firma manuscrita; este factor nos lleva a detectar un escenario para el que deberían existir pautas uniformes de actuación. También se podrían activar los protocolos si la persona mayor tuviera acreditado un grado de discapacidad relevante civilmente (o en sentido estricto) por superar los porcentajes antes aludidos de la Ley 41/2003 LPPD, como propone Carmen Hernández<sup>59</sup>.

Deberían también poder valorarse las circunstancias en las que se desenvuelve la vida de la persona mayor<sup>60</sup>. En el caso de la SAP de Las Palmas núm. 217/2011<sup>61</sup>, la Audiencia tuvo en cuenta que la testadora (Silvia, enferma de Alzheimer) otorgó el testamento bajo la influencia de su cuidadora, siendo que ambas vivían solas en el piso, que había sido otorgado en la casa de Silvia y que la cuidadora había pedido a un testigo que ocultara a los familiares la existencia del testamento. Véase cómo, en estas circunstancias, la testadora realizó el acto desprotegida. Conocer los objetivos vitales, intereses y metas de la persona puede servir para detectar si el acto que se quiere realizar es o no congruente, pues permite ver si «sus fines y sus metas se plantean como posibles en el marco vital en el que transcurre su vida, haciéndose consciente y responsable de su propia realidad, a pesar de las interferencias que los procesos físicos y psíquicos pueden causar»<sup>62</sup>.

Finalmente, debe extremarse la precaución si el acto entraña un riesgo económico para la persona de edad, es decir, si a resultas de dicho acto quedara expuesto su patrimonio o comprometidos sus intereses. La propia trascendencia del acto, como sería la donación *in extenso* de bienes de gran valor o el otorgar un poder de ruina sin

<sup>58</sup> SAP Ourense (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 12/2009 de 22 enero (AC 2009\462). FJ 3.

<sup>59</sup> HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, RDUNED, 2006, p. 186.

<sup>60</sup> No es ajeno al mundo jurídico adoptar medidas a partir de datos relevantes de la situación de la persona. El Tribunal Supremo requiere que los jueces de instancia en procesos de capacidad, que accedan a información relevante de las circunstancias de la persona pues, para poder elaborar el «traje a medida», precisan conocer «la situación en la que se encuentra esa persona en su vida diaria, y cómo se cuida en esa faceta de su vida, para inferir si puede actuar por sí misma o necesita ayuda» [STS, (Sala Primera de lo Civil) núm. 216/2017, 4 de abril (RJ 2017/1505)].

<sup>61</sup> SAP Las Palmas (Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 197/ 2011, de 17 mayo (AC 2011\1410).

<sup>62</sup> GARCÍA MEDINA Y GUILARTE MARTÍN-CALERO, OSLS, 2011, p. 13 y en GARCÍA MEDINA, RA, 2013, p. 43.

posibilidad real de control debería dar la voz de alarma para la adopción de medidas o cautelas. En el caso de una persona de edad y dependiente, ha de valorarse su interés superior y su protección patrimonial, que debería conformarse como un principio general del Derecho<sup>63</sup>. Por ejemplo, en el caso de Aurelia Sordi, (heredera de la fortuna de Alberto Sordi) pudo resultar evidente el riesgo que asumía esta, al tener 95 años y carecer de capacidad natural, cuando le otorgó un poder a su chofer con plena disposición sobre su patrimonio. Serrano García<sup>64</sup> recoge este asunto para ilustrar la desprotección de la anciana que solo quedó amparada cuando los responsables del Banco solicitaron la actuación del Ministerio Público lo que evidencia la necesidad de adoptar garantías cuando la persona de edad vulnerable queda expuesta, extremo este que debería poder ser apreciado por el notario o funcionario interviniente.

Cierto es que, en el caso anterior, la poderdante adolecía de falta de capacidad natural, pero la cuestión fundamental para la protección patrimonial del anciano es la de cómo interpretar el valor de la autonomía cuando está sujeto a limitaciones y vulnerabilidades. En este contexto, como indica García Medina, «la mejor protección viene dada por un justo equilibrio entre autonomía-beneficio-justicia»<sup>65</sup>, que evite el riesgo de expolio de la persona mayor. Ello significa que cuando el anciano está sujeto a vulnerabilidades derivadas de la edad, su voluntad puede estar mediatisada lo que impide que pueda darse a la autonomía, e incluso al cabal juicio, un valor absoluto, debiendo contrarrestarse en ciertos casos con otros valores como son el beneficio o el interés superior del mayor. La dificultad que encierran estos últimos conceptos no es pequeña, como indica García Medina<sup>66</sup>, pues no están concretados legalmente los factores que nos permitan determinar cuándo el acto es de su beneficio o interés, pero tratándose de actos de contenido económico su mejor interés sería el más acorde con el objetivo constitucional de garantizar su suficiencia económica y su bienestar.

## 1.2 Medidas aplicables

Detectada la vulnerabilidad, deben realizarse actuaciones que auxilien el juicio de capacidad notarial teniendo en cuenta que para

<sup>63</sup> GARCÍA PONS, *ADC*, 2013, p. 130.

<sup>64</sup> SERRANO GARCÍA, *RCDI*, 2015, p. 2599.

<sup>65</sup> GARCÍA MEDINA Y GUILARTE MARTÍN-CALERO, *OSLS*, 2011, p. 11. En este sentido Carol Rosés resalta la necesidad de encontrar un equilibrio entre autonomía y protección porque tan contrario a los derechos de la persona es impedirles algo que pueden hacer como permitirles algo que no pueden (CAROL ROSÉS, *RCDI*, 2017, p. 3245).

<sup>66</sup> GARCÍA MEDINA, *RA*, 2013, pp. 41-42.

actuar válidamente en el tráfico jurídico se exige una capacidad mayor que para otros actos (i.e. otorgar testamento) luego debe velarse porque la persona tenga este plus de conciencia y voluntad no compatible con supuestos de reducción de aptitudes cognitivas. Sería conveniente establecer protocolos que incorporen fórmulas para garantizar actos libres, favoreciendo decisiones realmente queridas y auténticas, siempre que la persona las pueda tomar por sí misma, arbitrando medios para prevenir posibles conflictos de intereses o la aparición de vicios del consentimiento.

Gomá<sup>67</sup> sugiere que el notario tenga con el anciano una conversación informal que le permita evaluar la coherencia y la lógica de su razonamiento y que se quede a solas con él para que este pueda expresar su voluntad sin presiones, algo idóneo siempre que el anciano pueda mantener el diálogo sin la presencia de sus familiares directos<sup>68</sup>; también sugiere la realización de un sencillo test utilizado por los facultativos médicos para cerciorarse de la capacidad<sup>69</sup>. Si fuere preciso, podría requerírsele cumplimentar un cuestionario de datos (discapacidades, dependencias del cuidador, relaciones familiares, entre otros) de mayor o menor calado según los indicios de vulnerabilidad. Los resultados del análisis deben serle comunicados a la propia persona y conservados para atender futuras reclamaciones.

El notario o funcionario interviniente podría auxiliarse de otros profesionales habida cuenta de que es difícil valorar la capacidad de toma de decisiones y la ausencia de vicios del consentimiento en las personas de edad avanzada<sup>70</sup>. Un trabajador social, por ejemplo, podría identificar las necesidades de apoyo de un anciano para realizar un acto concreto y facilitarle medios para comprender el acto jurídico y comprobar que todos los implicados o afectados por el acto (por ejemplo otros familiares que podrían impugnarlo) estén de acuerdo<sup>71</sup>. La presencia de agentes sociales que cooperen con el notario o funcionario tiene ya su reflejo en el Código civil, en materia de consentimiento matrimonial. El nuevo artículo 56 CC<sup>72</sup>,

<sup>67</sup> GOMÁ LANZÓN, ENSXXI, 2006.

<sup>68</sup> GARCÍA CANO, 2010, p. 92.

<sup>69</sup> Se trata del test denominado Short Portable mental Status Questionnaire (SPSMQ), diseñado por Pfeiffer en 1975. Su utilización en el ámbito notarial es apoyada por autores como Fernando Carol Roses, (CAROL ROSÉS, *RCDI*, 2017, p. 3262) o en VERVERA IZQUIERDO, *RCDI*, 2014, p. 1654. Vaquer sugiere emplear los test propuestos en el entorno anglosajón para valorar una posible influencia indebida (VAQUER ALOY, *ADC*, 2015, p. 329).

<sup>70</sup> Como indica DE SALAS MURILLO, 2010, p. 41.

<sup>71</sup> Así se ha pronunciado recientemente la geriatra Sánchez Castellano. (SÁNCHEZ CASTELLANO, ENSXXI, 2019, p. 13).

<sup>72</sup> La nueva redacción del artículo 56 vino impuesta a propósito de los problemas interpretativos que generaba la expresión contrayentes «afectados por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», de la redacción de 2015 (que aún no había entrado en

otorga a los letrados de la AJ, notarios y encargados del RC que tramiten el acta o expediente matrimonial, la facultad de recabar de Administraciones o Entidades de iniciativa social, «la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales, que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes». Entiéndase bien que este artículo no introduce complementos en la toma de decisiones del contrayente, sino que propicia que una decisión pueda ser puesta en práctica pese a las dificultades derivadas de la discapacidad que podrían impedírselo, posibilitando la expresión de su consentimiento. Dicha previsión podría ser aplicable a otros ámbitos que guarden semejanza con el caso anterior, (por ejemplo, la testamentifacción por aquel a quien la sentencia de incapacitación no se lo prohíba expresamente) cuyo escenario jurídico sea la imposibilidad de realizar de otra forma el acto<sup>73</sup>.

También pueden servirse de facultativos para determinar la capacidad del otorgante en casos excepcionales<sup>74</sup> y se recomienda que medie la valoración de un geriatra, psiquiatra o neurólogo<sup>75</sup>. Debe tenerse en cuenta que el juicio que se le podría exigir al notario es básicamente el de su apreciación personal fundada en su experiencia, lo cual no significa que deba recurrir constantemente a facultativos para determinar el grado de deterioro del sujeto o, pedirle al sujeto otorgante que aporte informes neuropsicológicos de sus capacidades si tienen determinada edad<sup>76</sup>. Imponerle tal carga por sistema tomando como base la edad resultaría ofensivo y

---

vigor), en sustitución de la anterior expresión «afectado por deficiencias o anomalías psíquicas» para las que se requiere un dictamen médico sobre su capacidad para consentir. La Resolución Circular DGRN de 23 de diciembre de 2016 indicaba la necesidad de ajustar este precepto a la CIPD pudiendo ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás. La reforma del artículo 56 CC por Ley 4/1917, de 18 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria (*BOE* de 29 de junio de 2017, núm. 154) y Ley 4/2017, de 28 de junio de modificación de la Ley de Jurisdicción voluntaria (*BOE* núm. 154, de 29 de junio 2017).

<sup>73</sup> En efecto, como manifiesta De Amunategui, dadas las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha y sin discusión posible, el curador no puede completar la capacidad testamentaria ni contribuir a la iniciativa del testador para otorgar testamento, aunque lo indicara expresamente la resolución judicial. (DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *RDP*, 2018, p. 20).

<sup>74</sup> El dictamen favorable de los facultativos es requerido preceptivamente en aplicación del artículo 665 CC para el testamento otorgado por incapacitado sin que se haya pronunciado el juez sobre su capacidad para testar, ofrece una presunción *iuris tantum* pudiendo quedar desvirtuada en el procedimiento [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 848/1998, de 19 de septiembre (RJ 1998/6399)]. En este punto Beltrán de Heredia, ha llamado la atención sobre el hecho de la diferente calificación cuando el dictamen es favorable a la capacidad, en cuyo caso se establece una presunción *iuris tantum* de capacidad, frente al dictamen desfavorable, pues cuando los médicos certifican que no se encuentra en un intervalo de lucidez, sería una presunción *iuris et de iure* (BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *RDP*, 1966, p. 254).

<sup>75</sup> SÁNCHEZ CASTELLANO, *ENSXXI*, 2019, p. 13.

<sup>76</sup> VÉRDERA IZQUIERDO, *RCDI*, 2014, p. 1654.

discriminatorio (art. 14 CE) y solo sería viable como un modo de valoración *in situ* de la capacidad en casos excepcionales.

Con la participación de otros profesionales se produce una evolución de la oficina notarial hacia la integración de equipos pluri-disciplinares (trabajadores sociales, psicólogos o facultativos independientes) que colaboren con los notarios.

## 2. DEBERES DE INFORMACIÓN Y LEALTAD DERIVADOS DE LA BUENA FE NEGOCIAL

Si el epígrafe anterior va referido a los notarios y funcionarios públicos intervenientes, este se centra en los deberes de información y lealtad que impone la buena fe a las partes durante la formación del contrato. En las sociedades complejas y tecnológicas en las que viven nuestros mayores se incrementan los riesgos de desconocimiento real del producto contratado de ahí la singular trascendencia de la fase formativa del contrato. Algunas normativas, como la sanitaria, la de consumidores y usuarios o la regulación de protección de datos, imponen deberes específicos de información y transparencia en esta fase para coadyuvar a que las decisiones sean realmente queridas y prevenir los vicios del consentimiento. Particularmente la transparencia lleva a imponer nuevas actuaciones tendentes a garantizar la comprensión del contrato, por ejemplo, la reciente ley de crédito inmobiliario, reconoce el derecho del prestatario a un asesoramiento personalizado y gratuito del notario sobre el contenido y las consecuencias del contrato tal y como se deriva de la documentación (art. 14 LCCI)<sup>77</sup>.

Pero la buena fe no se limita a casos excepcionales o negocios complejos, es un principio general de Derecho (art. 7.1 CC) que obliga a la persona a obrar con buena conciencia en el tráfico jurídico en un doble sentido: subjetivo y objetivo o relacional. En sentido subjetivo significa que ignora la lesión que causa en un interés ajeno (arts. 78 o 433 CC)<sup>78</sup> o que confía en una apariencia jurídica (art. 34 LH), mientras que, en un sentido objetivo o relacional impone un modelo o arquetipo de conducta y una lealtad respecto de la persona con la que se relaciona. Aunque ambas acepciones pueden ser valorables en los negocios realizados con personas de edad avanzada, en este epígrafe nos referimos fundamentalmente a la segunda acepción y a la fase formativa del contrato.

<sup>77</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (*BOE* núm. 65 de 16 de marzo de 2019).

<sup>78</sup> RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, 2016, p. 405.

Los Principios del Derecho Europeo de los contratos (PECLs)<sup>79</sup> sitúan a la libertad contractual dentro del respeto a la buena fe y a las normas imperativas que recogen estos principios (art. 1:102 PECLs), ello se concreta: 1.º en el deber de proporcionar o comunicar a la otra parte cierta información, atendiendo a diversas circunstancias tales como si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia (letra a) o si podía razonablemente obtener información por sí misma (letra c), teniéndose el no proporcionarla como actuación dolosa (por ocultación maliciosa de la información) (art. 4:107 PECLs) y 2.º en el deber de tener en cuenta los derechos de la otra parte, particularmente para las cláusulas no negociadas de manera individual que causen, en perjuicio a la otra parte y de forma contraria a la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 4:110 PECLs).

¿Cómo puede aplicarse este principio al caso del anciano? incorporando especiales deberes de información y lealtad. La Ley de crédito inmobiliario se ha hecho eco del deber de las partes contratantes de comportarse con honestidad y franqueza teniendo en cuenta los intereses del prestatario<sup>80</sup>, algo que puede predicarse con mayor razón cuando se trata de un anciano sujeto a problemas de salud, aunque mantenga incólumes sus facultades mentales<sup>81</sup>. Así, se entiende deshonesto y por tanto contrario a la rectitud de comportamiento que impone la buena fe, aprovecharse de la inexperiencia o ignorancia del débil para realizar captaciones de su voluntad. Si un pequeño inversor se fía de la información suministrada por los empleados del banco no deberá soportar su falta de diligencia o ingenuidad, pues, en definitiva, el Derecho no tiene por qué ser más protector de «los astutos que (defensor) de los confiados»<sup>82</sup>.

En el contexto de la última crisis económica, la jurisprudencia ha llegado a reprocharle a las entidades bancarias el ser insensibles a la situación en la que se encontraba la persona anciana, a veces no capacitada para entender un producto financiero<sup>83</sup> o para emitir

<sup>79</sup> Principios del Derecho Europeo de los Contratos, Comisión de Derecho Europeo, Olé Lando (<http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>) *Vid.* artículo I-1:103 del Marco común de referencia (Draft Common Frame of Reference) y comentario en CUADRADO PÉREZ, *RCDI*, 2014, pp. 1724-1725.

<sup>80</sup> El artículo 5 LCCI, antes referida, impone a los prestamistas e intermediarios el «actuar de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios». Nótese cómo el artículo incluye una referencia expresa al respeto de los intereses del prestatario.

<sup>81</sup> SAP Madrid núm. 207/2017, de 30 mayo (JUR 2017/184954).

<sup>82</sup> STS (Sala de lo Civil) de 26 octubre 1981 (RJ 1981/4001).

<sup>83</sup> Recordamos aquí el principio de transparencia obliga a informar, con un lenguaje claro y accesible, de manera que la persona pueda entenderlo y tomar la decisión de forma correcta. La Ley de Condiciones Generales impone en los contratos con condiciones gene-

una declaración de voluntad y el ser «indiferentes al hecho de que sus condiciones personales no fueran las idóneas para suscribir dicho producto»<sup>84</sup>. En otras ocasiones, se ha puesto el énfasis en que el anciano tenía «poca instrucción y sin conocimientos financieros, menos aún en productos tan novedosos en aquella época»<sup>85</sup>. Son factores que deben guiar la actuación de las partes en relación con contratos en los que intervengan ancianos propiciando una correcta información y comprensión del negocio, por ejemplo haciéndole ver las repercusiones de manera que lo entienda, facilitando que el acto sea realmente querido<sup>86</sup>.

La falta de información o la reticencia dolosa deben llevar a aplicar con el máximo rigor las reglas relativas al consentimiento «no idóneo»<sup>87</sup> y a los vicios del consentimiento como indica García Rubio<sup>88</sup>. Para Arsuaga<sup>89</sup> el dolo es la categoría que «mejor se acomoda» a la invalidez de los actos o contratos celebrados por el anciano que se ve inducido, por las palabras o maquinaciones insidiosas del otro contratante, a celebrar un contrato que no hubiera realizado<sup>90</sup>. De la misma manera lo entiende la jurisprudencia que le da trascendencia anulatoria a la debilidad de una persona mayor: La STS de 28 de septiembre de 2011<sup>91</sup> anula, por dolo, la donación hecha por una mujer de edad que al verse sorprendida en la notaría y en presencia de sus nietos firmó las escrituras de donación preparadas por su hijo que incluían otros inmuebles distintos de los que ella pensaba donar, en este contexto el tribunal consideró que la anciana se encontraba ante una situación sorpresiva que le llevó a prestar un consentimiento bajo la presión que imponían las circunstancias y encontrándose en un estado emocional provocado por una situación deliberada para arrancar su consentimiento de una forma irreflexiva y errónea (...). El Tribunal valoró el hecho de que se trataba de persona de avanzada edad y dependiente que no pudo «hacer frente al conflicto emocional que le planteaba la dona-

---

rales un control de transparencia regulado (art. 5.5 LCGC), que lo vuelve ineficaz cuando carezca de claridad, sencillez y comprensión.

<sup>84</sup> Sentencia del JPI de Gijón núm. 120/2013, de 10 julio (AC 2014\1196).

<sup>85</sup> SAP A Coruña núm. 81/2017 de 20 marzo (JUR 2017\124718). En este sentido *vid* SAP Pontevedra núm. 29/2016, de 21 de enero (JUR 2016/1056222)

<sup>86</sup> GARCÍA CANO, 2010, p. 92.

<sup>87</sup> STS (Sala Primera de lo Civil) de 14 de febrero 2006 (RJ 2006/885). *Vid* TENA PIAZUELO, 2010, p. 161.

<sup>88</sup> GARCÍA RUBIO, *RDC*, 2018, p. 39.

<sup>89</sup> ARSUAGA CORTAZAR, *RFyS*, 2015, p.18.

<sup>90</sup> Y en algunos casos no solo «dolo civil por omisión de información que permite la anulabilidad del contrato, sino que la entidad comercializadora del producto puede presumiblemente haber incurrido en otro tipo de dolo de mayor entidad y gravedad» (SJPI Mataró, 5 de febrero de 2013, AC 2013/185).

<sup>91</sup> STS (Sala Primera de lo Civil), núm. 658/2011, de 28 de septiembre (RJ 2011/6586).

ción, cuando se vio en la tesitura de firmar la documentación que le fue presentada en la notaría, por lo que plasmó su firma aún sin desearlo».

Como el efecto fundamental del vicio del consentimiento es la nulidad (relativa) se estarían reforzando por esta vía los medios de defensa del anciano y la restitución de lo suyo. Aún más, podrían disponerse fórmulas indemnizatorias más amplias comprensivas del daño moral, como sugiere Rams Albesa, que propone orientar los efectos de la contravención hacia la nulidad y el abuso de posición dominante y garantizarles la más plena restitución de sus bienes «con fijación de responsabilidades que incluyan amplios daños morales, pues el engaño y el abuso de confianza quiebra seriamente el equilibrio anímico de los ancianos y deja secuelas para la autoestima de muy difícil reparación»<sup>92</sup>.

### 3. AUMENTO DE LAS GARANTÍAS LEGALES PARA ACTOS DE SINGULAR RELEVANCIA

A los protocolos genéricos para casos en los que existan indicios de vulnerabilidad y a la aplicación de las reglas de la buena fe y los vicios del consentimiento respecto de la «persona débil», podrían sumarse algunas garantías judiciales para actos de singular relevancia. No se trata, como indicábamos en la introducción, de privarle a la persona mayor de su derecho a realizar actos jurídicos por el mero hecho de haber alcanzado una concreta edad pues, como nos dice el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 1928: «ni el Derecho ni la Medicina consienten que, por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente», siendo insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano «decrépito y achacoso»<sup>93</sup>. En cambio, entendemos admisible *de lege ferenda* introducir un control preventivo en los actos de especial trascendencia que quieran realizar personas vulnerables por motivos de edad cuando tomen decisiones contrarias a su interés objetivo. La doctrina ha sugerido ya algunas de las ideas que presentamos en este epígrafe:

Una vía podría ser invertir la presunción de capacidad cuando la aptitud de la persona necesitada de apoyos suscita serias dudas. Romero Coloma entiende que «allá donde se otorgue un testamento sumamente complejo, por una persona anciana, e ingresada,

<sup>92</sup> RAMS ALBESA, *RCDI*, 2012, p. 267.

<sup>93</sup> *Vid* reproducciones del fragmento en BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, *RDP*, 1966, pp. 254-260 y en ROMERO COLOMA, 2013, p. 248.

además, en un centro psiquiátrico, la presunción de capacidad de testar, (...) se invierte en el sentido de estimar que en estas circunstancias especiales –un tanto excepcionales, diría yo–, el testamento no es válido por incapacidad»<sup>94</sup>. Esta solución no nos parece la más acertada por el riesgo de que el anciano acabe viéndose obligado sistemáticamente a acreditar su capacidad por meros motivos de edad.

Otra posibilidad sería introducir controles o restricciones a la libre disposición de su patrimonio personal o de algunos bienes particularmente valiosos como su vivienda habitual<sup>95</sup>. Algo hay previsto en este sentido pues el artículo 634 CC impone al donante reservarse «en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias». Esta norma protege a la persona de los impulsos de liberalidad excesivos o de las captaciones de su voluntad, pero no le impone al notario ningún deber de averiguar qué bienes integran la reserva. Ello es comprensible para evitar las trabas al tráfico jurídico económico, pero hace que las reglas tengan virtualidad solo cuando alguien, acreditando la insuficiencia de la reserva, solicite judicialmente la reducción de la donación por inoficiosas.

Creemos, finalmente, que antes que imponer prohibiciones legales para los actos patrimoniales de la persona mayor es preferible sujetar ciertos actos a autorización judicial cuando la persona mayor resulte vulnerable. Muñoz García se muestra partidaria de arbitrar sistemas de autorización judicial para actos de disposición que afecten directamente al patrimonio del mayor y que obtendrían la máxima tutela<sup>96</sup>. Santos Urbaneja<sup>97</sup> sugiere incorporar procedimientos de autorización de actos y negocios jurídicos concretos relativos a personas cuya capacidad natural está mermada para evitar el recurso a la incapacitación total. Este sistema haría más transparente el motivo que lleva a los familiares a incapacitar al enfermo y, en definitiva, permitiría obtener la protección de una forma más rápida, con control judicial y limitada al acto jurídico concreto que se quiere realizar, particularmente los prevenidos en

<sup>94</sup> ROMERO COLOMA, *RJN*, 2010, p. 665.

<sup>95</sup> La vivienda es objeto de especial protección constitucional (art. 47 CE) y debe quedar singularmente protegida cuando se trata personas mayores. La especial gravedad que supone aprovecharse de la vulnerabilidad del anciano para privarles de su morada ha sido objeto desde hace años de una especial preocupación por la doctrina penal y administrativa. No es el lugar para hacer una exposición de esta problemática pero sí resaltar la mayor gravedad que tienen conductas tales como el asedio inmobiliario cuando se trata de anciano que está sujeto a especiales factores de vulnerabilidad, y que se caracterizan por su invisibilidad social y «su ausencia de voz asertiva en la moderna sociedad» (HERRERA MORENO, 2010, p. 220).

<sup>96</sup> MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2010, p. 2689.

<sup>97</sup> SANTOS URBANEJA, 2009.

el artículo 271 CC que se plantean pocas veces en la vida. Esta propuesta tiene indudables ventajas pues ofrecería seguridad jurídica evitando futuros conflictos o el aprovechamiento de la fragilidad del anciano<sup>98</sup> pero es más apropiada para los casos de falta evidente de autogobierno.

#### IV. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA MAYOR INCAPAZ

Recogemos aquí una serie de propuestas referidas a la modificación judicial de capacidad. La pregunta inicial que debemos formularnos si es la mejor solución para el anciano incapaz es la de promover su incapacitación. Algun autor considera que sí, que propiciar la puesta en marcha de estos remedios judiciales es la mejor opción para que el anciano vea protegidos debidamente sus intereses personales y patrimoniales<sup>99</sup> sin embargo, no parece ser este el sentir mayoritario como lo muestra el escaso número de incapacitaciones de ancianos seniles. Diversos factores explican este hecho como son que el procedimiento resta operatividad práctica a la institución por su rigidez, lentitud y complejidad lo que desincentiva que se acuda al mismo ellos<sup>100</sup> o que existe un excesivo peso del juez ordinario y escasa permeabilidad a las propuestas provenientes del derecho público como indican Natalia Alvarez Lata y Jose Antonio Seoane<sup>101</sup>. A ello se añade el rechazo social a incapacitar a padres o familiares<sup>102</sup> e incluso los profesionales como jueces o facultativos que los atienden y que están obligados por ley a poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757.3 LEC) han incumplido sistemáticamente esta obligación, dándose «un choque entre un *desideratum* (que toda persona susceptible de estar incapacitada lo esté) con una base legal bien clara, y un cierto pudor de la conciencia de esos profesionales, respecto a lo que todavía parece un “ataque” a la intimidad del individuo y al individuo mismo»<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> VIVAS TESÓN, *RDUNED*, 2010, p. 572.

<sup>99</sup> DÍAZ PARDO, *La Ley DF*, 2014.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2010, p. 205. En la misma línea, indica Jiménez Clar que «la propia configuración de estas enfermedades y el entorno en que se producen da lugar a que los mecanismos correctores previstos por el legislador carezcan de la necesaria agilidad» (JIMÉNEZ CLAR, *RJCV*, 2003).

<sup>101</sup> ÁLVAREZ LATA y SEOANE, *DPyC*, 2010, p. 13.

<sup>102</sup> Tanto la propia persona anciana como sus familiares son reacios a acudir a la modificación de capacidad por considerar al procedimiento, si no vejatorio «sí al menos incómodo y muy doloroso, originando contradictorios sentimientos de culpabilidad» (MUÑIZ ESPADA, *RDF*, 2001, p. 66); pesa todavía sobre este procedimiento el hecho de que hasta su reforma en el año 1983 iba dirigido a los «locos».

<sup>103</sup> DE SALAS MURILLO, 2003, p. 272.

La Resolución del Consejo de Europa sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados<sup>104</sup> entiende que esta situación solo es admisible cuando la persona tenga muy afectada su capacidad de autogobierno y quede acreditado, «con toda evidencia» que es la protección más idónea, (Principio 3). La propia excepcionalidad con la que se configura este remedio, es un indicio de que no es la solución *a priori* o por defecto siendo preferible siempre soluciones que no restrinjan la capacidad de la persona. Por ello, debemos limitar la modificación de capacidad a aquellos casos en los que no sea posible mantener el *status quo*. Desde este presupuesto, la mejor opción para la persona de avanzada edad y salvo patologías graves, será la curatela pues aunque tenga afectadas algunas funciones «cognitivas, de memoria, de pensamiento abstracto, de juicio, de lenguaje, de la capacidad para realizar tareas físicas complejas, de identificación y reconocimiento de personas y cosas, de elaboraciones mentales objetivas y cambios de personalidad»<sup>105</sup>, conserva «intactos o poco alterados los mecanismos de alerta y los niveles de conciencia»<sup>106</sup>, por tanto, en la generalidad de los casos, bastará recurrir a sistemas curatelares salvo que haya enfermedad severa. Como indica la STS de 27 de noviembre de 2015 «la senilidad o senectud como estado fisiológico, es diferente a la demencia senil como estado patológico»<sup>107</sup>. Así, en unos casos, podrá tomar decisiones pese a la disminución clara de su capacidad natural con los apoyos del curador y en otros no podrá y será preciso que otro actúe en su interés.

La preferencia por la curatela<sup>108</sup> se enmarca en un panorama de fuertes críticas a la tutela como institución para el apoyo al ejerci-

<sup>104</sup> Resolución del Consejo de Europa núm. R (99)4 sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados Adoptada el 23 de febrero de 1999, [accesible en: <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10470/3-10470.pdf> (consultada el 13 de marzo de 2018)].

<sup>105</sup> Definición dada por AFADES en *Enfermedad de Alzheimer y demencias afines. Necesidades detectadas*, Documentos de Bienestar Social, Gobierno Vasco, Vitoria, 1999, p. 45.

<sup>106</sup> *Idem*.

<sup>107</sup> STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 1017/1995, de 27 de noviembre (RJ 1995/8717).

<sup>108</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas (*La Ley* 3618/2010). También la jurisprudencia destaca el papel de la curatela sobre todo en el marco de la CIPD para lo cual véanse la STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 216/2017 de 4 de abril (RJ 2017/1505), o la SAP de A Coruña (sección 3.<sup>a</sup>) núm. 205/2017 de 23 de junio (JUR 2017/202173). Respecto al ajuste a la CIPD de la curatela vid STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 544/2014 de 20 de octubre 2014, (Rec. 229/2013) y, particularmente, la STS de 29 de abril de 2009 destaca el papel que la curatela está llamada a desempeñar en este campo, por ofrecer un marco graduable y abierto en función de las necesidades y circunstancias de la persona, así como por sus garantías al constituirse mediante un procedimiento judicial y contradictorio.

cio de la capacidad<sup>109</sup>. La CIPD es contraria a los sistemas basados en la sustitución de la persona y pide cambiarlos por otros abiertos, inclusivos e integrados por diversas figuras de apoyo de implantación gradual y paulatina, que involucre a los poderes públicos y a la sociedad y que sea diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona<sup>110</sup>. En vista de ello se ha recomendado potenciar la curatela ajustando las funciones para evitar cualquier exceso de sobreprotección<sup>111</sup>. Abordaremos estas cuestiones en el marco del reciente Anteproyecto de ley que reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad<sup>112</sup> el cual suprime la tutela de adultos como sugería Pallarés<sup>113</sup> y hace interesantes aportaciones sobre la guarda de hecho y la curatela, instituciones que actualmente tienen menor peso y que quiere claramente reforzar, pero no diseña un marco jurídico específico para la persona de edad avanzada y deja sin resolver los conflictos de intereses que puedan surgir.

## 1. MANTENER EL STATUS QUO: LA GUARDA DE HECHO DEL ANCIANO

Como punto de partida consideramos que, para el anciano incapaz, la mejor opción es la solución natural continuista, basada en el cuidado familiar y en la conservación y custodia del patrimonio aplicando los rendimientos a la finalidad de atender sus necesidades. Es deseable que a la vejez se le dé una solución continuista en el seno de su familia que es donde la persona encuentra su princi-

<sup>109</sup> Sirva como ejemplo el documento temático del Comisariado de los Derechos humanos del Consejo de Europa que pide «la abolición de los mecanismos que prevén la incapacitación total y la tutela plena» (Comisariado de los Derechos humanos del Consejo de Europa, «¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial». Estrasburgo, 20 de febrero de 2012, Documento temático (CommDH/IssuePaper).

<sup>110</sup> Como indica CUENCA GÓMEZ, REDUR, 2012, p. 75. Ideas recogidas también en CUENCA GÓMEZ, BARRANCO AVILÉS, Y RAMIRO AVILÉS, AFDdeAH, 2012, pp. 53-80; y en CUENCA GÓMEZ, AFD, 2016, pp. 53-83.

<sup>111</sup> Recomendaciones del Defensor del Pueblo e Informes de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontología y de la Asociación Multidisciplinaria de Gerontología, «La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos», Madrid, 2000, p. 220 (<https://www.defensordepueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2000-01-La-atenci%C3%B3n-sociosanitaria-en-Espa%C3%B1a-perspectiva-gerontol%C3%B3gica-y-otros-aspectos-conexos.pdf>)

<sup>112</sup> De 21 de septiembre de 2018, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>

<sup>113</sup> Este autor sugirió reservar la tutela como institución de guarda y protección a los menores y dejar la curatela para los mayores de edad, como ya se hacía el Derecho Romano y como recogió el proyecto García Goyena de 1851, o admitir diversas modalidades (curatela de acompañamiento, de representación, de cooperación, de porte general), según el modelo suizo. (PALLARÉS NEILA, *Act. Civ.*, 2016, pp. 1-11)

pal acomodo<sup>114</sup> y ello debe priorizarse, facilitando que los padres puedan asumir la carga de supervisar los cuidados y las necesidades patrimoniales del mayor que los precise<sup>115</sup> evitando el desarraigo<sup>116</sup>. Para el anciano incapaz debe mantenerse, si fuera posible, el *status quo* que determinó cuando tenía capacidad, siempre que ese *modus vivendi* pueda continuar funcionando sin fricciones (por ejemplo, si él mismo colaborara en su cuidado facilitando la labor de su guardador, si tuviera un modesto patrimonio o si precisara solo de medidas de alcance puntual o apoyo para actuaciones concretas)<sup>117</sup>. Este mismo efecto se puede conseguir con la guarda de hecho, que da una solución continuista y sin fricciones cuando la persona tenga bien organizada su vida y resulte innecesario el proveer a su incapacitación. Además es una institución que cubre «la infinita variedad de formas de asistencia que originan las situaciones o dependencias propias de la ancianidad»<sup>118</sup> y puede abarcar tanto la esfera patrimonial como la personal.

Para aprovechar las ventajas de la enorme versatilidad y utilidad de esta figura la doctrina ha propuesto revestirla de las notas de estabilidad y permanencia y elevarla al rango de institución tutelar. Palacios González<sup>119</sup> considera que «debe defenderse una interpretación de la guarda de hecho que excluya la transitoriedad como característica consustancial a esta figura», sin que resulte obligatorio promoverla o constituirla aunque se aprecie causa de incapacitación (salvo que hubiera sentencia previa de incapacitación) por lo que, si no se plantean conflictos respecto al anciano que está atendido en el seno familiar no sería precisa otra medida bastando con facultar al guardador de hecho para asumir las funciones de cuidado personal y gestión ordinaria de sus bienes. Leciñena lo entiende de la misma manera cuando indica la conveniencia de que el juez pueda optar por la mera guarda en lugar de nombrarle un tutor o curador pues «el juez, a la vista de los principios de necesidad,

<sup>114</sup> CEAFA y Fundación Sanitas, «El cuidador en España. Contexto actual y perspectivas de futuro. Propuestas de intervención», Pamplona-Barcelona, 2016, p. 17. accesible en: <https://www.ceafa.es/files/2017/06/Estudio%20Cuidadores-1.pdf>. En esta línea van también las leyes autonómicas de protección de la tercera edad que ponen el énfasis en promover la permanencia de los mayores en el contexto sociofamiliar en el que han desarrollado su vida [Art. 1. h) de Ley Canaria 3/1993 citada].

<sup>115</sup> La Ley 39/1999 de 5 de noviembre que amplía el derecho a reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas.

<sup>116</sup> En este sentido la Ley de Andalucía, 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores recoge los principios de normalización e integración asegurando la permanencia de las personas mayores en su medio familiar y social evitando su desarraigo.

<sup>117</sup> LECIÑENA IBARRA, *RDdF*, 2016, p. 102. Para García Cantero, «quizá baste con que el juez nombre un curador para un asunto concreto o una actividad determinada de la persona discapacitada» (GARCÍA CANTERO, *RDC*, 2014, pp. 67-106).

<sup>118</sup> MUÑIZ ESPADA, *RDdF*, 2001, p. 73.

<sup>119</sup> PALACIOS GONZÁLEZ, *Act. Civ.*, 2014.

subsidiariedad y proporcionalidad que recoge el texto internacional», puede considerar «que lo procedente no es acordar la sustitución de la voluntad del sujeto con discapacidad, bastando la prestación del apoyo que se precise a través de la persona más cercana a él cual es la de su guardador»<sup>120</sup>. Para Hernández Caballero, dadas las facultades que se les conceden «nada obstaría a una potencial continuidad de esta figura tuitiva, aun sin desconocer que ello supondría la consideración de cargo tutelar»<sup>121</sup>.

La guarda tiene actualmente el inconveniente de ser una institución pobemente regulada en nuestro Código lo que hace que los guardadores no encuentren un marco cómodo favorable al desarrollo de su función. Esta deficiencia debe ser subsanada pues una persona mayor que tiene su capacidad natural mermada está expuesta y la mejor forma de prevenir el trato inadecuado es precisamente empoderarla a ella y a sus familiares facilitando que pueda ejercer sus derechos y defenderse, como señala Leturia<sup>122</sup>. Por ello sería preciso arbitrar fórmulas para que puedan ser tenidos por tales y actuar en el tráfico jurídico.

Algunos autores proponen introducir figuras de guarda específicas para la vejez que no requieran de la modificación judicial de su capacidad. Rodríguez Martín<sup>123</sup> propone la creación de una curatela para la senectud, en la línea de un *curator minorum*<sup>124</sup> para evitar que los terceros abusen o se aprovechen del desconocimiento del anciano y de su inexperiencia en el tráfico negocial en una vida cada vez más compleja facilitando la impugnación de los actos no beneficiosos realizados por el curatelado sin la debida asistencia que, a la postre, le resulten perjudiciales. Moreno Trujillo<sup>125</sup> se inclina por una protección automática del anciano reconociéndole a los hijos una *potestas filii* y Muñoz García ha sugerido retomar instituciones como el Consejo de familia que «dispensaron la máxima tutela a los menores y que ahora también podrían conferir protección a los mayores»<sup>126</sup>. Estas soluciones pueden abrir la vía a

<sup>120</sup> LECIÑENA IBARRA, *RDdF*, 2016, pp. 99-100.

<sup>121</sup> HERNÁNDEZ CABALLERO, *La Ley*, 2017.

<sup>122</sup> LETURIA ARRAZOLA, *OSLS*, 2011, p. 3.

<sup>123</sup> RODRÍGUEZ MARTÍN, 2015, p. 1543.

<sup>124</sup> La *cura minorum XXV annis* (figura protectora de los menores de 25 años que, sin embargo, tenían plena capacidad de obrar) aplicada a las personas mayores no incapacitadas, puede servir de inspiración al legislador actual para atender la particular vulnerabilidad del anciano. Los actos realizados por el anciano sujeto a una hipotética *cura minorum* devendrán anulables sin el complemento de capacidad pues esta institución permite vincular al consentimiento otorgado por el menor de 25 años con la asistencia de un tercero sin el cual el negocio será válido, pero podrá ser impugnado (nulidad relativa o anulabilidad) amparándose en la vulnerabilidad derivada de su edad.

<sup>125</sup> MORENO TRUJILLO, 2009, p. 1.

<sup>126</sup> (MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2010, p. 2689). Si bien respecto a esta afirmación no todos los autores están de acuerdo, dadas las críticas que tuvo su funcionamiento y que

la anulabilidad del contrato perjudicial para el anciano (cuya legitimación activa correspondería a la persona que padeció el déficit de capacidad) pero las soluciones automáticas, sin el rigorismo de la declaración judicial de capacidad, solo podrían caber en casos evidentes de incapacidad natural y con las debidas garantías o servirán a la postre para que el anciano vea restringida su libre actuación por sistema. Estas figuras pueden encajar en el concepto de guarda de hecho, bien reconociendo tipos específicos de guardadores (hijos, etc.) bien como formas especiales de constituir la guarda.

Dados los presupuestos para su existencia, los guardadores necesitarán acudir al juez para obtener habilitaciones singulares *ad hoc* y actuar sobre la esfera del guardado<sup>127</sup>. También podrían buscarse otras fórmulas para que pueda acreditar su condición sin necesidad de acudir al juez. Fábrega<sup>128</sup> considera admisible, al amparo del artículo 304 CC, que el notario compruebe y fije los hechos notorios sobre los que pueda ser fundada la guarda y levante «Acta de notoriedad» con plenos efectos jurídicos. El avance en la oficina notarial que hemos propuesto *ad supra* permitiría alcanzar un nivel óptimo en la valoración de la situación y condiciones de una persona mayor. Otra cosa es que esta vía no debe servir de cauce para que el guardador actúe libremente sobre los bienes del guardado disponiendo del patrimonio de este sino para acreditar su legitimación en decisiones de mero cuidado personal y de custodia patrimonial.

La actuación del guardador en defensa del guardado o para la toma de decisiones básicas orientadas al cuidado o la gestión ordinaria de sus asuntos, dentro de una línea continuista no debería ofrecer ningún problema. En estos casos bastaría con aplicar algún instrumento jurídico para solventar problemas puntuales sin necesidad de previa modificación de su capacidad (por ejemplo, que se establecieran procedimientos de control o determinadas autorizaciones). Esta solución sería razonable cuando, como indica Elósegui<sup>129</sup> la persona esté perfectamente atendida y no haya ninguna disfunción en su entorno. Es, por otra parte, el remedio más compatible con el respeto al derecho de la persona a elegir su forma de vida, a la promoción de su autonomía personal y, en cuanto que discapacitada, a los apoyos para las actividades fundamentales de

---

llevaron a su supresión en 1983 (MORENO-LUQUE CASARIEGO, *DLa Ley*, 1985, p. 1297).

<sup>127</sup> Por ejemplo, el Auto del Juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia núm. 5 de Córdoba de 29 de abril (JUR 2013/208043) habilita a los padres de su hijo con síndrome de Down como guardadores permitiéndoles disponer de los fondos de la cuenta bancaria que tiene a su nombre sin necesidad de incapacitarlo judicialmente en aplicación de la CIPD.

<sup>128</sup> FÁBREGA RUIZ, 2010, p. 307.

<sup>129</sup> ELÓSEGUI SOTOS, 2010, p. 251.

la vida diaria, criterios consagrados con carácter general en materia de discapacidad en el artículo 3 a) del RD Legislativo 1/2013<sup>130</sup>.

El Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018 (art. 261) se inclina por permitir la permanencia del guardador y su acreditación mediante expediente de jurisdicción voluntaria. La medida es interesante, –sin que pretendamos con ello proponer la judicialización de toda guarda lo que acarrearía el colapso de nuestros tribunales– si bien se echa en falta una mejor determinación del efecto que produce su nombramiento y si se permite o no que, en contextos de deterioros cognitivos con guarda judicializada o sin ella, sea válido lo actuado por el incapaz si cuenta con el apoyo de quien de modo habitual le atiende y guarda, sobre todo si entre ellos existe un vínculo familiar fuerte (cónyuge, padres, hijos). Por otra parte, ha de valorarse el efecto de esta habilitación judicial sobre la capacidad del guardado que podría verse mermada *de facto* sin un procedimiento contradictorio que lo determine. Igualmente, deben introducirse garantías que eviten que el guardado quede a merced del guardador y poder detectar si existen fricciones que alteren la línea continuista en la vida del anciano.

Respecto a las situaciones en las que el *status quo* del anciano no puede mantenerse, por ejemplo si fuera necesario adoptar decisiones relevantes sobre su persona o bienes y él mismo ya no pudiera tomarlas y no colaborara ni facilitara su cuidado, –es decir, que precisara medidas nuevas y no las quisiera, compartiera o aceptara, o cuando discrepara del apoyo recibido o de las condiciones en que se ejerce o, finalmente, se dieran otras circunstancias de especial trascendencia– entonces sería preciso recurrir a la modificación judicial de su capacidad.

## 2. MODIFICAR SU CAPACIDAD: LA CURATELA DE LA PERSONA MAYOR

El aspecto fundamental de la curatela es su función de mero complemento de la capacidad. El curador «no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad»<sup>131</sup>, por tanto será un buen remedio

<sup>130</sup> Este artículo recoge como principio de actuación en materia de discapacidad «el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social *BOE* 3 diciembre 2013, núm. 289).

<sup>131</sup> STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 995/1991 de 31 diciembre (RJ 1991/9483) y en posteriores como la STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 341/2014 de 1 julio (RJ 2014/4518).

cuando la persona conserve «un grado de discernimiento, capacidad volitiva y equilibrio suficientes para gobernarse a sí misma»<sup>132</sup> o esté en «condiciones de regir su cotidianeidad con suficientes garantías para ella misma y sin riesgo para tercero» aunque precisamente por padecer una enfermedad es aconsejable dotarles de «asistencia para los actos de gestión patrimonial de una cierta complejidad».

La curatela es la solución idónea para atender la fragilidad de quienes conservan su memoria, su potencial cognitivo y son dueñas de sus actos aunque poseen trastornos, enfermedades o depresiones que les suman en apatía y les impiden cuidar de sí mismos<sup>133</sup> o tengan un deterioro cognitivo no tan severo<sup>134</sup>. Pero esta ventaja se convierte en una traba en casos severos en los que solo las soluciones tutelares basadas en la representación y en la restricción de la capacidad pueden atender sus necesidades e imponer a la persona las rutinas que necesita (desde alimentación, vivienda, obtención de recursos, gestiones, atención a su salud, medicación)<sup>135</sup>. De esta forma, pueden resultar insuficientes las meras funciones de asistencia que integran actualmente la curatela a menos que se reformule en una doble dirección: habilitarla para asumir funciones de índole personal y atribuirle en ciertos casos funciones representativas.

Respecto al primer punto, debe señalarse que la jurisprudencia<sup>136</sup>, aprovechando la flexibilidad de los términos del 287 CC, ha comenzado a otorgar a los curadores funciones de contenido personal<sup>137</sup> como la supervisión del tratamiento médico (STS de 27 de noviembre de 2014<sup>138</sup> y de 3 de junio de 2016<sup>139</sup>); con ello mejora sin duda esta figura.

<sup>132</sup> SAP Barcelona núm. 4/2008 de 2 de enero (AC 2008/674). De la que proceden también las subsiguientes citas entrecerrilladas que se recogen en el texto.

<sup>133</sup> SAP Asturias núm. 232/2016, de 18 de julio (AC 2016/1524).

<sup>134</sup> STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 244/2015, de 13 de mayo (*La Ley* 54799/2015)

<sup>135</sup> ELÓSEGUI SOTOS, 2010, p. 254.

<sup>136</sup> Es fundamental citar la STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 282/2009, de 29 de abril (RJ 2009/2901) que marca la posición del alto tribunal en lo concerniente a aplicación de la CIPD. *Vid.* comentarios a esta sentencia en DE PABLO CONTRERAS, 2009, pp. 555-580 y en GARCÍA PONS, ADC, 2013, pp. 76-80.

<sup>137</sup> Puede decirse que la curatela estaba pensada para atender necesidades patrimoniales pues si el grado de incapacidad es menor se entiende que lo único que hay que amparar es el patrimonio, sin que sea limitada la actuación del anciano en lo personal, y estos casos serían cubiertos por una curatela (DE COUTO GÁLVEZ, 1999, p. 50).

<sup>138</sup> STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 698/2014, de 27 de noviembre (RJ 2014/6032).

<sup>139</sup> STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 373/2016, de 3 junio (RJ 2016/2311). En este caso el Tribunal Supremo declara parcialmente incapacitada a la anciana tanto en el plano personal como patrimonial precisando del apoyo de un curador, cuya intervención será requerida en lo personal en cuanto lo necesite su salud, toma de medicación y autocuidado.

Respecto al segundo aspecto, es ciertamente un escollo que los curadores realicen solo una labor de asistencia puntual a ciertos actos patrimoniales y no puedan sustituir a la persona en la toma de decisiones ni representarle legalmente<sup>140</sup>. Los jueces se han resistido a atribuirle a la curatela funciones representativas. La Sentencia TS 995/1991, invocada también en resoluciones posteriores como la 341/2014<sup>141</sup> considera que el curador no representa sino que asiste y protege con su apoyo o intervención en aquellos actos que realice el incapaz y estén especificados en la sentencia. Por otra parte, si la característica diferencial entre tutela y curatela radica en que la segunda no atribuye representación, permitírsela ofrecería el riesgo de solapamiento con la tutela y su desdibujamiento. Sin embargo, De Salas<sup>142</sup> ve posible ir más allá de una mera asistencia y atribuirle a la curatela funciones representativas como se deduce de la Instrucción de la Fiscalía 3/2010 (y hace expresamente la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre<sup>143</sup> y el art. 223.6 del Código civil de Cataluña<sup>144</sup>) y considera incorrecto el axioma tutela = representación con suplencia de la persona e incapacitación total y curatela = asistencia o mero complemento de la capacidad de obrar, incapacidad parcial. Además, contamos con alguna resolución que se inclina por la incapacitación parcial otorgando al curador facultades de administración del patrimonio<sup>145</sup> y que se aplica a personas ancianas incapaces que precisan asistencia para administrar sus bienes.

Realmente, por muy en contra que uno quiera estar de admitir la sustitución de la persona en ciertos casos, es algo inevitable, es

<sup>140</sup> Pereña ha señalado que las carencias de la curatela en materia de representación son tales que es imposible llegar a priorizarla en todo caso sobre la tutela, como se está haciendo. La curatela de incapacitados, denominada impropia, y regulada en el artículo 289 CC es una institución que tiene actualmente carencias en materia de protección de la persona con discapacidad (PEREÑA VICENTE, *RDP*, 2016, p. 14). También De Salas Murillo considera que tal y como está configurada en el Código, carece de utilidad real (DE SALAS MURILLO, 2016, p. 260).

<sup>141</sup> STS 341/2014, 1 julio (RJ 2014/4518).

<sup>142</sup> DE SALAS MURILLO, *DPyC*, 2013, pp. 17 ss.

<sup>143</sup> Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón. Esta Ley, actualmente derogada, introdujo una curatela con facultades representativas (para determinados actos patrimoniales) o de contenido personal (cuidado de la persona). Actualmente está regulada en el artículo 150.2 del Código de Derecho foral de Aragón aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

<sup>144</sup> En el Código Civil de Cataluña aparece claramente la singularidad de la tutela de incapacitados en relación a la de menores de edad y pródigos, pues para estos se dispone que el curador no tiene la representación de la persona puesta en curatela y se limita a completar su capacidad (art. 223.4 CCcat) mientras que se admite expresamente para la curatela de incapaces. (Ley 25/2010 de 29 de julio que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a persona y familia. D.O. Generalitat de Catalunya 5 agosto 2010, núm. 5686)

<sup>145</sup> Por ejemplo, SAP Asturias, 232/2016, de 18 de julio (AC 2016/1524).

una imposición de la realidad, como indica De Salas<sup>146</sup> y puede ser una medida absolutamente necesaria. En este punto, el Anteproyecto es partidario de que el curador pueda ostentar funciones representativas permanentes para los casos más graves y que en los menos severos asuman simplemente funciones asistenciales, lo que, aplicado al anciano permitiría ofrecer una cobertura completa.

En conclusión, la solución pasa por poner el énfasis en la graduación de apoyos, como viene reclamándose desde la reforma de 1983<sup>147</sup> y, con un juez cada vez más especializado en medidas proporcionadas a cada caso que se ajusten a las necesidades personales y de administración de sus bienes, la curatela puede dar una respuesta satisfactoria a la protección patrimonial de las personas incapaces.

## V. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Las personas mayores constituyen un colectivo vulnerable y necesitado de protección no regulado específicamente en el Código civil. En sociedades tan complejas como las actuales, una regulación dirigida específicamente a la protección patrimonial de la persona en las últimas etapas de su ciclo vital evitaría los riesgos de pobreza, discriminación y abusos que puedan sufrir. Los términos «persona mayor» o «persona de edad», son suficientemente amplios como para permitirnos un enfoque conjunto de la tercera (y la cuarta) edad si bien no todas las propuestas que aquí se hacen pueden aplicarse por igual a los integrantes del colectivo. Diferenciamos, por tanto, entre las medidas dirigidas a la persona mayor en general y las que solo pueden aplicarse a aquellos en quienes concurren circunstancias especiales de necesidad, vulnerabilidad y fragilidad:

1.º Las primeras propuestas van en la línea de reconocerles ciertos derechos o garantías patrimoniales. Creemos que todo el colectivo, a partir de la edad de jubilación, debería tener acceso automático a los beneficios que establece la Ley de protección patrimonial de la persona con discapacidad sin tener que alcanzar un determinado grado. La finalidad de esta propuesta es que pueda coadyuvar

---

<sup>146</sup> DE SALAS MURILLO, RAC-M, 2018, p. 120.

<sup>147</sup> La STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 341/2014, de 1 julio (RJ 2014/4518) será la creadora de la teoría de que el sistema de protección de la persona afectada por la incapacidad debe ser un «traje a medida». *Vid.* también, SSTS (Sala Primera de lo Civil) de 13 de mayo de 2015 (RJ 2015/2023), núm. 557/2015 de 20 octubre (RJ 2015/4900) o la núm. 373/2016 de 3 junio (RJ 2016/2311). Todo ello significa que las sentencias de instancia deben indicar los concretos actos llevados a cabo por el incapacitado en los que pueda inferir el déficit de autogobierno y la necesidad de apoyo [STS (Sala Primera de lo Civil) núm. 216/2017 de 4 abril (RJ 2017/1505)].

a su suficiencia económica y su bienestar, como manda el artículo 50 CE cuando depende de los sistemas de protección públicos (pensiones) y/o del rendimiento de sus ahorros. Además, en el caso de personas de avanzada edad y con escasos recursos deben valorarse otras medidas adicionales como atribuirles derechos sobre la herencia de los hijos, tengan o no descendientes. Ello supone un importante cambio de percepción en la sucesión de personas con padres ancianos, inclinando la balanza de la carga ética que acompaña el Derecho de familia en su favor cuando los nietos, ya mayores de edad, no precisan del mismo cuidado y debe tenerse por justo retorno de los servicios que aquellos recibieron de sus padres.

2º El segundo grupo de medidas que se sugieren en este trabajo son cautelas, deberes y principios que deben implementarse cuando una persona mayor no incapacitada pero vulnerable realiza un acto negocial. Nuestra propuesta consiste en incorporar protocolos y acciones protectoras *ad casum* según las condiciones de cada persona, tasadas y basadas en el «interés superior del mayor» y la «buena fe», adaptando los principios generales de la contratación a la situación de vulnerabilidad de las personas mayores. Aquí utilizamos un criterio mixto para identificar los destinatarios, el dato objetivo de la edad y el subjetivo de la fragilidad, (discapacidad, reducción de su capacidad de comprensión y respuesta) los cuales se corresponden con la fase de ancianidad, senilidad, senectud o vejez de la persona mayor. En este contexto, se abren varias líneas de protección patrimonial:

2.1 Cautelas a adoptar por notarios y funcionarios públicos que intervienen en los actos patrimoniales cuando se realicen actos relevantes o que versen sobre bienes de especial protección, como la vivienda habitual. La identificación previa de vulnerabilidades permitirá valorar si la persona cuenta o no con suficiente capacidad, libertad y con un apoyo confiable y extremar las cautelas cuando tenga dificultades intelectivas y volitivas o menor capacidad de respuesta. Al incorporarse elementos de juicio tomados de la situación contextual de la persona mayor, sus circunstancias, guarda y otros factores y al contar con el auxilio de otros profesionales, podrán detectarse situaciones de incapacidad natural de forma más eficiente evitando futuras impugnaciones negociales. En este último caso, cuando los protocolos revelen que la persona mayor puede tener afectada su capacidad de autogobierno, deberían existir vías judiciales fluidas para que un acto que sea acorde a su interés objetivo pueda realizarse sin tener que modificarle judicialmente el ejercicio de su capacidad.

2.2 Incorporar deberes de información y lealtad en las partes contratantes cuando se contrata con una persona mayor vulnerable

para prevenir posibles vicios de consentimiento. La buena fe impone a quien contrata con un anciano una especial diligencia durante la fase formativa del contrato concretada en el deber de suministrarle la información necesaria y actuar con criterios de transparencia y justo equilibrio de prestaciones. La doctrina de los vicios del consentimiento deberá tener mayor cabida para evitar que se produzcan atribuciones patrimoniales injustas, permitiéndole, en su caso, desligarse de la relación contractual o modificarla cuando quede acreditado que la contraparte no atendió suficientemente los mencionados deberes.

2.3 La defensa de la persona mayor vulnerable podría incorporar restricciones o procedimientos para realizar actos de disposición sobre bienes de especial relevancia en la medida en que el propio patrimonio debe ir dirigido a la finalidad específica de atender su suficiencia económica y su bienestar. En el caso de una persona de edad y dependiente, ha de valorarse su interés superior y su protección patrimonial, que debería conformarse como un principio general del Derecho. La supervisión judicial de ciertos actos cuando la persona acusara limitaciones podría ser una herramienta valiosa siempre que no se trate de prohibiciones basadas en meros motivos de edad o de enfermedad ni supusiera una limitación de la capacidad de obrar de la persona. Sería conveniente alcanzar un equilibrio sobre la base de los principios de «autonomía-beneficio-justicia» limitándose a categorías especiales de bienes o de actos.

3.º El último grupo de medidas concierne a las personas mayores incapaces. En este punto la protección patrimonial depende de la existencia de una institución permanente de protección y apoyo. Un marco protector para la persona de avanzada edad debería ofrecer remedios flexibles basados en el apoyo a la capacidad y sin enojosas restricciones al ejercicio de sus derechos, siempre que ello sea posible, como manda la CIPD. Lo deseable es mantener el *status quo* de la persona reforzando la guarda de hecho y constituir algún sistema tutelar o curatelar reforzado (como mantiene el Anteproyecto de reforma del Código civil de 2018) cuando ello fuere preciso. Respecto a la guarda, consideramos que es necesario potenciar esta figura tuitiva dotándola de continuidad y clarificando sus funciones para convertirla en un remedio útil para las personas mayores que están correctamente atendidas, aunque también deben existir fórmulas para identificar al guardador y clarificar sus funciones y efectos sobre la esfera del guardado. Para los casos en los que la persona necesite mayor protección jurídica debe proveérsele de un sistema tutelar o curatelar reforzado que permita imponerle al anciano las rutinas de alimentación, vestido, cuidado que precise, así como la administración de sus bienes y la defensa de sus derechos, incluida la representación.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN BRANCHO, Carmen: «Políticas públicas para mayores», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 9, 2013, 20 pp. (Accesible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2815/281528255001.pdf>).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Comentario al artículo 663», en *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, (BIB 2009/7695).
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, y SEOANE, José Antonio: «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11-66.
- ARSUAGA CORTAZAR, José: «Eficacia de los actos del anciano con voluntad viciada por la intervención de terceros», *Revista Familia y Sucesiones*, núm. 110, 2015, pp. 16-23.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: «Envejecimiento y discapacidad», en *Estudios sobre el impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2010, pp. 573-599.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo: «Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», *Revista de Derecho Privado*, 1966, pp. 254-260.
- CAROL ROSÉS, Fernando: «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentificación de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 2017, pp. 3242 a 3265.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Te ningunean tus hijos? ¡Desherédalos!», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 896, 2014, p. 1 (BIB 2014/4447).
- COLMENAR MALLÉN, María del Carmen: *Instituciones jurídico-asistenciales y de guarda para mayores discapacitados: derecho romano, recepción y problemas actuales de la necesaria incapacitación judicial*. Universidad Jaime I, Castellón 2016 (tesis doctoral). (Accesible en <https://www.educacion.gob.es/teseo/mostrarRef.do?ref=1206960#>)
- CUADRADO PÉREZ, Carlos: «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada ¿una ocasión perdida? (parte I)», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 744, 2014, pp. 1717-1758.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia: «Derechos humanos y discapacidad: de la renovación del discurso justificatorio al reconocimiento de nuevos derechos», *Anuario Filosofía del Derecho*, núm. 32 2016, pp. 53-83.
- «La capacidad jurídica de las personas con discapacidad», *Derechos y Libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221 a 257.
- «El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española», *REDUR*, núm. 10, 2012, pp. 61-94.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, y RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel: «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las personas con Discapacidad», *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, núm. 5 2012, pp. 53-80.

- DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente», *Revista de Derecho Privado*, núm. 102, 2018, pp. 1 a 37.
- «La constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Colegio de Registradores dela Propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 77-110.
- DE ASÍS ROIG, Rafael F.: *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, 2013.
- DE COUTO GÁLVEZ, Rosa María: *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores*, Universidad Pontificia Comillas y Cruz Roja Española, 1999.
- DE SALAS MURILLO, Sofía: «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad», en *Nuevos modelos de gestión del Derecho Privado: Jurisdicción Voluntaria*, Universidad de Lleida-Aranzadi, 2016, pp. 256-301.
- «Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 2018, pp. 71-120
  - «Repensar la curatela», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013, pp. 11-48.
  - «La valoración de la discapacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 29.
  - *Responsabilidad civil e incapacidad*, Tirant Monografías, Valencia, 2003.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «Obligaciones de los hijos mayores para con sus padres: respeto y contribución al levantamiento de las cargas familiares», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5 2015, pp. 35-68.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «La incapacidad como procedimiento necesario para la defensa de nuestros mayores», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 2, 2014 (*La Ley 1576/2014*)
- ELÓSEGUI SOTOS, Aurora: «Experiencia práctica en la aplicación de las figuras de guarda legal», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 245-256.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco: «Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 295-338.
- FILLAT DELGADO, Yolanda, y PINAR ÁLVAREZ, Arancha: «Estudio sobre la situación de la tutela de las personas adultas con discapacidad intelectual en España. Servicios de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica», Asociación Española de Fundaciones Tutelares y Real Patronato sobre Discapacidad, 2016, 122 pp. (Accesible en: <https://www.siis.net/documentos/ficha/529708.pdf>).
- GARCÍA CANO, Tomás: «Función calificadora de la capacidad en los documentos notariales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza 2010, pp. 81-94.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «¿«Persons with disability» vs. Personas incapacitadas... o viceversa? (Inserción del artículo 12 del Convenio de Nueva York, de 2006, en el Ordenamiento español)», *Revista de Derecho civil*, Vol. 1,

- núm. 4, 2014, pp. 67-106. Accesible en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/94/63>.
- «Notas sobre la «senectud» como estado civil de la persona», en *Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goyrisolo*, I, Madrid 1988, pp. 295-308.
- «La senectud entre el Derecho civil y el Derecho social», *Actualidad civil*, núm. 14, 2010, pp. 1607.
- «La senectud: ¿estado civil de la persona?», *Revista jurídica del notariado*, núm. 106, 2018, pp. 103-126.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen: «La protección jurídica de las personas mayores: un reto para el siglo XXI», *Revista de la Facultad de Derecho de UNED*, núm. 23, 2018, pp. 59-97.
- GARCÍA MEDINA, Javier: «Personas mayores y vulnerabilidad de sus derechos. Mecanismos de protección y criterios interpretativos», *Revista Académica*, núm. 2, 2013, pp. 5-49.
- GARCÍA MEDINA, Javier, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La Protección Jurídico-Civil de la Ancianidad» (The Legal Protection of the Elderly) (December 5, 2011), *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, núm. 8, 2011, 15 pp. (Accesible en <https://ssrn.com/abstract=1968389>)
- GARCÍA PONS, Antonio: «El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de los Estados signatarios: el caso de España», *Anuario de Derecho civil*, 2013, pp. 59 a 147.
- GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, Martín: «La nueva legislación alemana sobre tutela o asistencia (*Betreuung*) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo», *Actualidad Civil*, núm. 21, 1999, pp. 553-581.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio». *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 2018, pp. 29-60.
- GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen: «La curatela», en *Comentarios a las reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, 1986, pp. 685-715.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio: «El testamento del anciano», *El notario del siglo XXI*, núm. 8, 2006, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406>
- GÓMEZ GARZAS, Jesús: «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores*, director, Tecnos, 2007, pp. 216-223.
- HERBOSA MARTINEZ, Inmaculada: «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad», *Actualidad Civil*, núm. 16, 2005, pp. 1925 a 1954.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, María José: «La guarda de hecho en el panorama tutitivo de las personas con discapacidad», *Diario La Ley*, núm. 8991, p. 2017.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «La causa séptima de indignidad sucesoria: una medida de protección jurídica para las personas discapacitadas», *Revista de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 2006, pp. 171-198.
- HERRERA MORENO, Myriam: «Ancianidad y vivienda: la evolución del tratamiento jurídico-penal del asedio inmobiliario», en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 217 a 237.
- JAVATO MARTÍN, Manuel: «El maltrato de las personas mayores. Perspectiva jurídico penal», en *Violencia, abuso y maltrato de personas mayores. Perspectiva jurídico-penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 68 a 168.

- JIMENEZ CLAR, Antonio J.: «Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: Los enduring powers of Attorney», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 8, 2003 en TOL 310.218.
- LECIÑENA IBARRA, Ascensión: «La nueva dimensión de la guarda de hecho de las personas con discapacidad tras la reforma del artículo 303 por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», *Derecho de Familia*, núm. 73, 2016, pp. 99-100.
- *La guarda de hecho de las personas mayores*, Civitas, 2014.
- LENTI, Leonardo: «Los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado: entre administración de apoyo e incapacitación», en *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, 2011, pp. 495-513.
- LETURIA ARRAZOLA, Francisco Javier: «Los Derechos de las Personas Mayores (The Rights of Elderly)», *Oñati Socio-Legal Series* Vol. 1, núm. 8, 2011, 24 pp.
- MARTÍN AZCANO, Eva María: *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, 2010.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, pp. 187-220.
- MARTÍNEZ GALLEGOS, Eva María: «Incapacitación de los mayores, tutela y autotutela», en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 145-165.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Los mayores como beneficiarios de prestaciones familiares», en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 119-144 (*La Ley* 2654/2009).
- MEDINA ALCOZ, María: «La tutela resarcitoria de las personas mayores: el *privium senectutis*», *Actualidad civil*, núm. 10, 2010, pp. 1111-1115.
- «La ancianidad en el Derecho civil», *Revista de Derecho Privado*, núm. 5 2011, pp. 74-101.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, Carmen: *Estudios sobre la protección patrimonial de las personas con discapacidad*, FEPAMIC y Aranzadi, 2015.
- MONESTIER MORALES, Juan Luis: «Legados de habitación a favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación tributaria», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de Granada*, 2007, 24 págs. (Accesible en: <http://www.ref-dugr.com/documentos/articulos/1.pdf>).
- MORENO TRUJILLO, Eulalia: «De la *fili potestas*, una propuesta de solución al problema de la capacidad de obrar del anciano incapaz no incapacitado». En *La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales*, Congreso Internacional La Protección de las personas mayores, IDADFE, Madrid, 2009, CD ROM 17 págs.
- MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen: «¿Tutela de familia o tutela de autoridad?» *Diario La Ley*, núm. 2 1985, pp. 1297-1301.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «De la minusvalía a la discapacidad y la dependencia: pasarelas y asimilaciones legales» *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 8 2007, p. 106. (Accesible en <http://www.ruct.uva.es/pdf/Revista%208/8103.pdf>).
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «La protección jurídica del anciano dependiente», *Revisita Derecho de Familia*, núm. 12, 2001, pp. 49 a 100.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Pactos y garantías idóneas para el aseguramiento del patrimonio del mayor/cedente que deviene en discapacitado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 722, 2010, pp. 2687 a 2721.

- PALACIOS GONZÁLEZ, María Dolores: «Protección jurídica de las personas con funcionamiento intelectual límite y discapacidad intelectual ligera: medidas judiciales de apoyo y autodeterminación socio-sanitaria», *Actualidad civil*, núm. 10, 2014, *on line*.
- PALLARÉS NEILA, Javier: «Incapacitación: tutela y curatela», *Actualidad civil* núm. 2 2016, pp. 1-11 (*La Ley 659/2016*)
- PEREÑA VICENTE, Montserrat: «Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa», *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, 2016, pp. 3-40.
- RAMS ALBESA, Joaquín José: «Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 2012, pp. 254-256.
- RODRÍGUEZ MARTÍN, José Domingo: «Apex senectutis Auctoritas. Notas en torno a la aplicabilidad de la cura minorum romana para la protección de mayores no incapaces en derecho civil actual», en *Estudios de Derecho civil Homenaje al Prof. Rams Albesa*, Dykinson, 2015, pp. 1525-1544.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Testamento y personas ancianas: problemática jurídica», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 73, 2010, pp. 651-671.
- *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Reus Colección Scientia Juríca, Madrid, 2013.
- RUIZ DE HIDOBRO DE CARLOS, José María: *Derecho de la Persona*, Dykinson, 2016.
- RUIZ RICO RUIZ MORÓN, Julia: «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», *Actualidad civil*, núm. 4, 2004.
- SÁNCHEZ CASTELLANO, Carmen: «Valoración de la capacidad en las personas mayores», en la revista *El Notario del siglo XXI*, núm. 85, 2019, pp. 12-15.
- SANTOS URBANEJA, Fernando: «Realidad actual de los procesos de incapacidad. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva». Jornadas AEQUITAS-CEJ, Madrid, 9 y 10 de marzo de 2009.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio: «¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, 2015, pp. 2587-2606.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica, en la jurisprudencia», en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico privados de protección en materia de discapacidad*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010, p. 161.
- VAQUER ALOY, Antoni: «La protección del testador vulnerable», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVIII, 2015, fasc. II, pp. 327 a 368.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 744 2014, pp. 1635-1660.
- VIVAS TESÓN, Inmaculada: «Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad», *Revista de Derecho UNED*, núm. 7, 2010, pp. 561-595.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: *La protección legal de la ancianidad*, Dykinson, 2004.

# La (*quasi*) transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre vivienda habitual<sup>1</sup>

VÍCTOR BASTANTE GRANELL

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil  
(Acreditado Prof. Contratado Doctor por la ANECA y DEVA)  
Universidad de Almería

*A mi padre, ejemplo de lucha y superación.  
Nunca te olvidaré.*

## RESUMEN

*Ha transcurrido más de una década desde el inicio de la crisis y del drama social que envolvió al ámbito hipotecario. Durante dicho periodo de tiempo, nuestro sistema jurídico –falto de empatía y justicia– ha sufrido diversas reformas –en el ámbito del Derecho civil, Procesal y Concursal– que han afectado al Derecho de garantías, en particular a la hipoteca cuyo objeto tiene la condición de vivienda habitual. La intención ha sido salvaguardar –con la menor o mayor eficacia posible– al deudor hipotecario. En otras palabras, la finalidad de la actividad legislativa se ha centrado en dotar al sistema de una mayor moralidad.*

<sup>1</sup> Dicho trabajo, remitido el 5 de junio de 2019, es una parte del resultado obtenido tras la realización de una estancia de investigación en la Universidad de Montpellier (Francia), concretamente en el *Laboratoire de droit privé* bajo la dirección del Prof. Christophe Albiges, subvencionada dentro de la Convocatoria de «Estancias de movilidad en el extranjero José Castillejo para jóvenes doctores» de 2018 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Igualmente, se desarrolla dentro de la Línea de estudio del Grupo de investigación «Estudios de Derecho privado y comparado» [SEJ-560] de la Universidad de Almería y la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» [DER2016-81752-REDT]. Dicho lo anterior, y aunque no sea habitual, quisiera reseñar con especial énfasis el debido –y necesario– reconocimiento que merece cierta doctrina y magistrados, por su incesante actividad de investigación en aras a la protección de la parte débil –en particular, del deudor hipotecario–, cuyas voces y comentarios han hecho posible una mejora de su posición dentro del mundo jurídico; y, al mismo tiempo, por haber sido los motores de diversos cambios en el Derecho, aunque la «lucha jurídica» no haya concluido –ni pueda concluir– ante la necesidad de seguir defendiendo sus intereses socio-económicos. Gracias a su trabajo e investigación he podido guiar y desarrollar los resultados del presente documento académico.

*Llegados a este punto, he considerado oportuno realizar el presente trabajo, que no busca ofrecer un estudio aislado o fragmentado de medidas o beneficios legales a favor del deudor hipotecario, sino más bien mostrar una visión genérica del Derecho post-crisis y su repercusión jurídica. En concreto, dicha tarea persigue varios propósitos. Primero, realizar una exposición de las medidas aprobadas en diferentes ámbitos del Derecho a favor del deudor hipotecario, su contenido y resultados alcanzados. Tal labor permitirá desarrollar el segundo objetivo, consistente en explicar cómo las reformas legales han provocado la quiebra del Derecho de garantías, la transmutación socio-jurídica de la hipoteca, atemperando su efectividad o diluyendo su contenido. Ello desde la «desactivación» o «deceleración» del ius distrahendi hasta el génesis de una hypotheca specialis. Tras ello, aparece el tercer propósito, centrado en sustraer los nuevos principios, pensamientos y teorías que están provocando –de forma progresiva– la «humanización» del Derecho de contratos y garantías –en el marco de los préstamos hipotecarios– (la exaltación de los derechos sociales del hombre, el solidarismo y perennidad contractual, la mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal, etc.). Si bien, el cambio del orden jurídico acaba de comenzar, pues observando el sistema francés, se comprobará como nuestro Derecho se encuentra en una fase intermedia, siendo posible alcanzar un Derecho más social y flexible, en protección del deudor hipotecario y en aras a la conservación de la vivienda habitual.*

## PALABRAS CLAVE

*Hipoteca. Deudor hipotecario. Vivienda habitual. Ius distrahendi. Préstamo hipotecario. Ejecución hipotecaria. Crédito inmobiliario. Revisión de los contratos. Solidarisme contractuel. Perennidad contractual. Consumidor.*

## *The (quasi) socio-legal transmutation of the mortgage on habitual residence*

## ABSTRACT

*It has been more than a decade since the beginning of the crisis and the social drama that engulfed the mortgage sector. During this period of time, our legal system -lack of empathy and justice- has undergone various reforms –in the field of Civil, Procedural and Bankruptcy Law– that have affected the Law of guarantees, in particular the mortgage whose object has the condition of habitual residence. Its objective has been to safeguard –with as little or as much effectiveness as possible– the mortgage debtor. In*

*other words, the purpose of legislative activity has been to provide the system with greater morality.*

*At this point, I considered it appropriate to carry out the present article, which does not seek to offer an isolated or fragmented study of legal measures or benefits in favor of the mortgagor, but rather to show a generic vision of post-crisis law and its legal repercussion. In particular, this task has several purposes. First, make a presentation of the measures approved in different areas of law in favor of the mortgagor, its content and results achieved. Such work will develop the second objective, which is to explain how legal reforms have caused the collapse of the Law of guarantees, the socio-legal transmutation of the mortgage, tempering its effectiveness or diluting its content. This goes from the «deactivation» or «deceleration» of the *ius distrahendi* to the origin of a *hypotheca specialis*. After that, the third purpose appears, focused on subtracting the new principles, thoughts and theories that are provoking –in a progressive way– the «humanization» of the Law of contracts and guarantees –in the context of mortgage loans– (the exaltation of social rights of man, solidarisme and contractual perennity, mitigation of the principle of universal patrimonial responsibility, etc.). Although, the change of the legal order has just begun, since observing the French system, it will be verified as our Law is in an intermediate phase, being possible to reach a more social and flexible Law, in protection of the mortgagor and for the sake of conservation of the habitual residence.*

## KEY WORDS

*Mortgage. Mortgagor. Habitual residence. Ius distrahendi. Mortgage loan. Foreclosure. Real estate credit. Review of contracts. Solidarisme contractuel. Contractual perennity. Consumer.*

**SUMARIO:** I. *Introducción.*–II. *La «doble cara» de la hipoteca: Garantía real y contrato.*–III. *La relación de interdependencia entre el crédito y la hipoteca.*–IV. *Derecho post-crisis: una «vacuna jurídica» con efectos secundarios en la hipoteca.* 1. Reformas legales atinentes al Derecho civil. 1.1 Novación objetiva y «voluntaria» del préstamo hipotecario en protección de deudores sin recursos: El Código de Buenas Prácticas (CBP). 1.2 Derechos irrenunciables e imperativos en la contratación de créditos con garantía hipotecaria. 2. Reformas legales atinentes al Derecho Procesal. 2.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria: hacía un régimen especial para la vivienda habitual. 2.2 Procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos hipotecarios. 2.2.1 Fomento de la mediación hipotecaria y la «cultura del dialogo». 2.2.2 La venta extrajudicial ante notario del bien inmueble hipotecado. 3. Reformas legales atinentes al Derecho Concursal. 3.1 El concurso de persona física (no empresaria) y la hipoteca sobre vivienda habitual.–V. *El resultado: La transmutación socio-jurídica de la hipoteca sobre vivienda habitual.* 1. La desactivación y deceleración del *ius distrahendi*. 2. Hacia una hipoteca (*de iure*) con deuda de responsabilidad limitada. 3. El génesis de una «hipoteca especial» sobre vivienda habitual. 4. La «macrodependencia» en la relación crédito-hipoteca.–VI. *Causas exegéticas de la transmutación socio-jurídica.* 1. Los «derechos sociales» en el Derecho de

contratos y de garantías. 2. *Solidarisme y pérennité contractual en la Teoría de los Contratos.* 2.1 La doctrina del *solidarisme contractuel*: Concepto y fundamento. 2.2 Postulados ético-jurídicos en defensa de la adaptación o revisión del contrato. 2.3 *Solidarisme* voluntario y forzoso en el ámbito hipotecario. 2.4 La aspiración de «perennidad contractual» en el préstamo hipotecario. 3. La mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal. 4. Influencia indirecta del principio *pro debitoris* y del principio *pro consumatore* en el Derecho de garantías.—VII. *La posible evolución del sistema español: ¿Hacia el modelo francés?* 1. La revisión forzosa del préstamo hipotecario por dificultades de pago del deudor. 1.1 El plazo de gracia (*délai de grâce*) en créditos inmobiliarios. 1.2 Las «medidas forzosas» en el proceso de *surendettement*: especial referencia al préstamo hipotecario. 1.3 El proceso judicial de «recuperación personal» con liquidación del bien inmueble hipotecado: la liberación de deudas. 1.4 La primacía del Derecho de sobreendeudamiento sobre el Derecho de garantías.—VIII. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Han pasado cerca de doce años, desde aquel 2007 en el que comenzó la crisis. Una densa penumbra de incertidumbre, de declive económico y social, cubrió la sociedad española, provocando múltiples efectos –cierre de empresas, recortes presupuestarios, desempleo, etc.–. Desde entonces, cierta oscuridad envolvió a miles de hogares, de núcleos familiares, incapaces –por sus niveles de endeudamiento– de pagar las cuotas de aquellos préstamos hipotecarios que, en su día, les permitieron adquirir su vivienda habitual. El impago justificó el vencimiento anticipado del préstamo y, en consecuencia, activó el derecho real de garantía que yacía –inerte, «oculto» y en silencio– sobre la vivienda habitual: la hipoteca. Gracias a su efectividad, un tortuoso camino se abrió frente a miles de particulares afectados.

Los préstamos hipotecarios –y sus garantías reales– comenzaron a ejecutarse en sede judicial por los acreedores –en su generalidad, entidades bancarias–, a pesar de su «corresponsabilidad». De hecho, tomando como base leyes y preceptos vigentes en aquel momento, una «marea roja» de ejecuciones hipotecarias comenzó a invadir los Tribunales españoles. En concreto, desde el comienzo de la crisis se han iniciado más de 500.000 procesos de ejecución hipotecaria<sup>2</sup>, ello

<sup>2</sup> Véanse los informes estadísticos sobre «Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales» del C. G. P. J. En 2018 se produjeron cerca de 25.000 ejecuciones sobre viviendas. INE (Instituto Nacional de Estadística). Estadística sobre «Ejecuciones hipotecarias iniciadas e inscritas en los registros de la propiedad sobre fincas rústicas y urbanas».

ante la inoperancia y poca efectividad del concurso para las personas físicas<sup>3</sup>. Después, como resultado de tales procesos –ejecución hipotecaria y concurso–, llegaba un momento dramático y angustioso para cualquier deudor hipotecario: el lanzamiento de la vivienda habitual, la pérdida de su hogar y el «éxodo» de su familia o persona. Estábamos ante una legislación ineficaz e insuficiente, caracterizada por la falta de protección hacia los deudores hipotecarios, cualquiera que fuera su ámbito regulatorio –Derecho civil, procesal, concursal o administrativo–. La legislación, existente por aquel entonces, se revelaba como un difícil engranaje de piezas legales –falto de empatía, justicia y equidad– pues lejos de aminorar el drama social, lo agudizaba de forma progresiva. Nuestro Derecho, cegado por la objetividad, intentando satisfacer los intereses de los acreedores, dio la espalda a la realidad social y al orden moral.

Ante tal situación, hizo su aparición un fuerte clamor social, la lucha de diversas agrupaciones (como la conocida plataforma Stop desahucios), así como las críticas de cierta doctrina y partidos políticos. Su «voz» se convirtió en el motor de arranque de diversas políticas legislativas, cuya culminación –inconclusa actualmente– generó notables cambios normativos en defensa del deudor cuya hipoteca recaía sobre la vivienda habitual. En particular, tal protección –diseminada en las fases precontractual, contractual y postcontractual del préstamo hipotecario– se reflejó en numerosas iniciativas de reforma legal que, tras su aprobación, han supuesto la creación y modificación de múltiple legislación y preceptos. Como resultado, y observando su contenido, puede inferirse cómo una desconcertante corriente *pro debitoris* –pues es pronto para pronosticar su final– está penetrando –y lo sigue haciendo– en nuestro ordenamiento jurídico, disipando, en parte, el posible drama social que sobrevuela el hogar de miles de familias, presentes y futuras.

Si bien, valga la metáfora, no podemos obviar que el Derecho puede catalogarse como una especie de «ser vivo», compuesto por gran variedad de «órganos» (que serían las leyes), aparatos que cumplen una determinada función; y «células» (los preceptos legales que las conforman). Dicho «ser vivo» presentaba ciertas anomalías de funcionamiento, afectantes, en nuestro caso, a los deudores hipotecarios. En esa situación, nuestro legislador decidió ensayar una «vacuna» con la finalidad de minimizar algunos defectos perversos en lugar, tal vez, de corregir aquellas anomalías. Dicho con otras palabras, se decidió realizar distintas reformas

<sup>3</sup> Por aquel entonces, era irrisorio el número de concursos de persona física sin actividad empresarial, pues éstos –durante el periodo de declive económico e, incluso, en la actualidad– no llegaban a alcanzar, de forma anual, la cantidad de 1.200. INE. «Estadística del Procedimiento Concursal. Deudores concursados por naturaleza jurídica».

legales con la finalidad de dotar a nuestro Derecho de mayor «moralidad». Sin embargo, por mucho que pensemos que esta «técnica correctora» afecta a determinados «órganos» o «células», toda «vacuna legal» presenta también efectos secundarios. Con ello, me refiero a que las reformas legales insertas han provocado la entrada de nuevas sustancias –pensamientos, principios y teorías– y, de forma indirecta y temperada, la mutación o dulcificación de ciertos principios e instituciones tradicionales. Tal es así, que puede decirse que entre las instituciones afectadas se halla la hipoteca como contrato e institución de garantía. Lo cierto es que, una década después del inicio de la crisis, hemos llegado al momento oportuno para examinar y determinar la «mutación socio-jurídica» que ha sufrido –o está sufriendo– la hipoteca en España.

Sin embargo, antes de realizar tal examen, resulta de interés diferenciar la hipoteca como derecho real de garantía y como contrato, delimitando su función y actuación en relación al contrato de préstamo. Posteriormente, será de vital importancia discernir el Derecho post-crisis que, directa o indirectamente, ha podido afectar al contenido de la hipoteca. Tras dicho análisis nos centraremos en desgranar las causas que han propiciado la alteración del Derecho de garantías. Y, finalmente, se observará qué evolución se ha producido en otros sistemas jurídicos, concretamente el modelo francés, para dilucidar hasta donde podría llegar nuestro Derecho en defensa del deudor hipotecario y de la vivienda habitual.

## II. LA «DOBLE CARA» DEL CONCEPTO DE HIPOTECA: GARANTÍA REAL Y CONTRATO

Con el término hipoteca, que procede del vocablo griego *hypothékē*, se hace referencia de forma general a un «derecho real de garantía». En concreto, como bien señala la RAE –al no existir una definición en los arts. 1876 CC y 104 LH–, es un derecho real «que grava bienes materiales sujetándolos a responder del cumplimiento de una obligación dineraria».

La hipoteca recae sobre un objeto –como un bien inmueble–, confiriendo a su titular, en caso de incumplimiento de una obligación determinada, la facultad de exigir la realización de su valor por los procedimientos legales establecidos (venta judicial o extrajudicial). De esta forma, la hipoteca se erige como un derecho real cuya finalidad es asegurar y garantizar una obligación dineraria<sup>4</sup>. Ello

---

<sup>4</sup> Debemos mencionar la definición de Roca Sastre, quien describe la hipoteca como «un derecho real que ya, de momento, sujeta lo hipotecado, cualquiera que sea su titular, al

pone de manifiesto su dependencia y accesoriedad, puesto que sigue la misma suerte que el derecho de crédito que garantiza<sup>5</sup>. Tal es así, que la activación o desactivación del derecho real de garantía pendrá del incumplimiento o cumplimiento de la obligación dineraria, respectivamente. Dada su operatividad, es normal, por tanto, que la hipoteca sea por excelencia la garantía más utilizada por entidades bancarias al conceder un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual. La hipoteca se constituye sobre tal bien inmueble, garantizando la devolución del préstamo concedido. De forma que, si éste no se devuelve en el plazo estipulado, el banco o la caja de ahorros podrán realizar –vender o subastar– la vivienda a través de los procesos legales establecidos (venta extrajudicial ante notario o ejecución hipotecaria), para satisfacer, con el resultado o producto obtenido, el cobro de su crédito.

Antes bien, la hipoteca, como derecho real de garantía, no existe *per se*, nace de un contrato y despliega su eficacia tras su publicidad registral. Por tal motivo, nuestro Código Civil, en el artículo 1874, se refiere al «contrato de hipoteca». La hipoteca germina de un «negocio de garantía», suscrito entre acreedor e hipotecante –habitualmente el deudor–, en virtud del cual se le reconoce a aquél un derecho de realización de valor (*ius distraendi*) sobre un bien perteneciente al deudor –o a un tercero– para asegurar el cumplimiento y satisfacción de una obligación<sup>6</sup>. Centrándonos en el ámbito inmobiliario, y en el tema que nos ocupa, el «contrato de hipoteca inmobiliaria» tiene como finalidad otorgar al acreedor bancario un derecho real de garantía sobre la vivienda habitual del deudor, persona natural, para garantizar el cobro del préstamo concedido para la compra del bien inmueble. La hipoteca provoca, por consiguiente, la afección de la vivienda habitual al pago de una deuda. Estamos ante un contrato de garantía, consensual y oneroso, dado que la hipoteca se establece a cambio de la concesión del crédito para la adquisición de la vivienda habitual.

En un principio, ciertos tribunales negaban la naturaleza de la hipoteca como negocio contractual. En este sentido, se manifestaba: «El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación; concepto que se desprende

---

poder de exigir eventualmente la realización de su valor, así como la adopción de medidas dirigidas a salvaguardarlo, todo en seguridad o garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, y cuyo derecho es de carácter accesorio, indivisible, de constitución registral, y grava bienes inmuebles, ajenos, enajenables, que permanecen en posesión de su propietario o titular, y el cual implica un poderoso instrumento de crédito territorial». Véase, ROCA SASTRE, 2008, p. 121.

<sup>5</sup> Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2013, pp. 146 y 147.

<sup>6</sup> MORALEJO IMBERNÓN, 2010, pp. 15 ss.

de los artículos 1857 y 1876 CC y 104 LH. La hipoteca, pues, no es un contrato sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos»<sup>7</sup>. Si bien, la jurisprudencia reciente se refiere a la hipoteca como contrato<sup>8</sup>. Por tal motivo, algunos autores, como Blasco, han llegado a criticar las palabras de la primera sentencia. Como señala, la hipoteca «es un contrato, además típico, con *nomen iuris* propio (contrato de hipoteca) y también es un derecho real»<sup>9</sup>. Afirma la doctrina:

«El contrato de hipoteca inmobiliaria es el negocio jurídico en virtud del cual se constituye un derecho real de garantía del mismo nombre sobre una finca con el fin de asegurar la satisfacción de un crédito cuya titularidad activa corresponde a una de las partes del contrato (acreedor hipotecario) y la pasiva a la otra (deudor hipotecante) o a un tercero (el llamado fiador real). [...] El título constitutivo de la hipoteca se encuadra dentro de la categoría más amplia de los negocios de garantía. Son rasgos generales de este contrato su carácter dispositivo (arg. arts. 1713 o 1857 CC y 106 LH, que exigen la cualidad de enajenables de las cosas y derechos objeto de la hipoteca), típico (finalidad de garantía de una obligación), oneroso o gratuito en función de que se haya pactado o no una contraprestación por la concesión de la garantía (normalmente la propia concesión del crédito o una mejora de sus condiciones si se tratara de una obligación preexistente), consensual, detracto único y sometido al principio general de libertad de forma»<sup>10</sup>.

No obstante, para la válida constitución de la hipoteca sobre una vivienda habitual –voluntaria, no legal–, no es suficiente su inserción en un contrato, siendo, además, requisitos necesarios, la formalización del contrato de garantía en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, según disponen los arts. 1875 CC y 145 LH<sup>11</sup>. Ahora bien, la constancia de la hipoteca

<sup>7</sup> STS 3 de julio de 1997 [R. J. 1997/5477].

<sup>8</sup> «En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, como consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito» (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2015, Asunto C-110/14). El contrato de hipoteca es «una de las fuentes de originación de este derecho real, pero que no se confunde con él (Título XV, Capítulo 1.<sup>º</sup> del Libro IV del Código Civil)» (la STS 26 de marzo de 1999 [R. J. 1999/2009]). Véase, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 217/2018 de 28 junio [JUR 2018/282315].

<sup>9</sup> BLASCO GASCÓ, 2000, [TOL163.203], en el capítulo «Crédito y garantía hipotecaria».

<sup>10</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, Quicós Molina y Moralejo Imbernon, 2013, [TOL1.810.935], párrafos 600 y 602 del capítulo «Contratos de garantía». *Vid.* DÍEZ PICAZO y GULLÓN, 2013, p. 148.

<sup>11</sup> Artículo 145 LH: «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.<sup>º</sup> Que se hayan constituido en escritura pública. 2.<sup>º</sup> Que la escritura se

en documento público no es una exigencia de forma *ad solemnitatem*, sino *ad utilitatem*, pues sirve como mecanismo para acceder al Registro de la Propiedad<sup>12</sup>. Solo así, con la inscripción registral, se producirá el nacimiento del derecho real de hipoteca<sup>13</sup>. La hipoteca es, por tanto, un derecho real de constitución y publicidad registral. Pero destáquese que no solo se inscribe la hipoteca como derecho real de garantía, pues, por mandato del artículo 12 LH, en el asiento registral debe expresarse asimismo la causa de la obligación garantizada, es decir, «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»; e, incluso, «las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» de la obligación garantizada por la hipoteca. La ausencia de descripción de tales datos podría suponer un obstáculo para la inscripción de la hipoteca<sup>14</sup> sobre vivienda habitual<sup>15</sup>.

De lo anterior, podemos deducir, de forma abreviada, las notas básicas de una hipoteca sobre vivienda habitual, donde el deudor sería el agente hipotecante: a) Afección especial de un bien inmueble; b) el *ius distraendi* a favor del titular de la hipoteca –el acreedor bancario– (facultad esencial e intrínseca dentro del contenido de la hipoteca); c) su carácter formal y registral, decisivo para desplegar su eficacia (que dota a las facultades de realización del valor del acreedor de eficacia *erga omnes*); d) y, para terminar, el aseguramiento de una obligación –deber de pago del préstamo por el deudor–. No obstante, a pesar de extraer los rasgos que definen a la hipoteca, debemos ir más allá, dilucidando, por una parte, el objeto –o contenido–, así como su causa, como derecho de realización de valor y contrato de garantía.

El artículo 1874 CC señala que «podrán ser objeto del contrato de hipoteca» los bienes inmuebles y los derechos reales enajenables –texto similar al recogido en el artículo 106 LH–. El objeto de la hipoteca recae de forma principal en la finca gravada –la vivienda habitual– y, de forma secundaria, sobre el derecho real (de propiedad, de

---

haya inscrito en el Registro de la Propiedad». Artículo 1875 CC: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad». *Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN*, 2013, pp. 152 ss.

<sup>12</sup> MORALEJO IMBERNÓN, 2010, p. 27.

<sup>13</sup> El carácter constitutivo de la inscripción registral de la hipoteca, aunque mayoritario, no es, sin embargo, unánime en la doctrina. *Vid. BLASCO GASCÓ*, 2000, en el capítulo «La constitución del derecho real de hipoteca».

<sup>14</sup> MORALEJO IMBERNÓN, 2010, p. 20.

<sup>15</sup> Repárese que tal contenido será la base para la ejecución de la hipoteca, como dispone el artículo 130 LH: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».

usufructo, etc.) que se vea asimismo gravado. La finca hipotecada debe existir físicamente y el derecho gravado debe permitir su enajenación<sup>16</sup>. Por tal razón, el artículo 108 LH excluye como bienes hipotecables los usufructos legales o el derecho de uso y habitación. Como puede observarse, el contrato de hipoteca inmobiliaria –o el derecho real de garantía– no engloba dentro de su contenido la relación jurídica del crédito, cuya satisfacción se garantiza. Al contrario, la obligación asegurada, como bien exterioriza Moralejo, constituye la causa típica del contrato de hipoteca<sup>17</sup>. De ahí el carácter dependiente o accesorio de la hipoteca respecto a la obligación garantizada. Si se desvanece la causa del contrato, el derecho de crédito, la hipoteca se extingue. Si bien, ello nunca sucederá a la inversa. Por tal motivo, puede afirmarse que el contrato de hipoteca mantiene un vínculo especial de accesoria con el contrato de crédito que garantiza.

En definitiva, en un lenguaje técnico, la hipoteca, *stricto sensu*, es un derecho real de garantía. No obstante, con dicho vocablo jurídico se alude de igual forma al negocio o contrato de hipoteca que, en el plano obligacional y cuando hablamos de hipotecas voluntarias, hace referencia al acto jurídico consensual que permite su constitución e inscripción en el Registro de la Propiedad. Efectuada tal distinción, resulta pertinente determinar la posición de la hipoteca –desde un enfoque real y contractual– en relación con el préstamo para la adquisición de vivienda habitual, para poder extraer, a posteriori, las causas que han podido originar su posible mutación socio-jurídica dentro de nuestro Derecho actual.

### III. LA RELACIÓN DE INTERDEPENDENCIA ENTRE EL CRÉDITO Y LA HIPOTECA

Cuando una persona –o varias– desea adquirir un bien inmueble para destinarlo a vivienda habitual, pero no dispone de ingresos suficientes, tiene como única vía financiar su compra. Para ello, deberá solicitar a una entidad financiera –o caja de ahorros– un préstamo de dinero. Llegados a tal punto, si la persona y la vivien-

<sup>16</sup> «Asimismo, es también de esencia de estos contratos (del de prenda y del de hipoteca) que la cosa, vencida la obligación, pueda ser enajenada para pagar al acreedor (art. 1.858 CC). Aquí es importante destacar que el carácter enajenable de la cosa inmueble sobre la que se constituye la hipoteca (o la dada en prenda) se debe manifestar, no en el momento constitutivo del gravamen (que puede estar afecta, por ejemplo, a una prohibición de disponer) ni durante la relación crediticia, sino una vez vencida ésta, a la que asegura. En otras palabras, la cosa inmueble sobre la que se constituye la hipoteca debe ser enajenable en el momento, si llega, de realizar su valor». BLASCO GASCÓ, 2000, en el epígrafe «Crédito y garantía hipotecaria».

<sup>17</sup> MORALEJO IMBERNÓN, 2010, p. 20.

da a adquirir reúnen ciertos requisitos (solvencia patrimonial, valor de tasación correcto, etc.), se celebrará el instrumento financiero característico para la compraventa de una vivienda, un contrato de préstamo hipotecario o, si se prefiere, un contrato de crédito inmobiliario. Concretamente, se otorgará, por una parte, un contrato de compraventa, entre comprador y vendedor; y, por otra, un contrato de préstamo, entre deudor y acreedor, donde se reflejará la garantía hipotecaria para asegurar el crédito inmobiliario. Como se observa, no se celebra ningún contrato de hipoteca independiente, el negocio del préstamo parece absorber al contrato de hipoteca.

El sistema legal no impide la celebración de tres contratos –compraventa, préstamo e hipoteca–. Pero, dejando aparte la operación jurídica de compraventa, en la práctica habitual el contrato de préstamo se erige también como el cauce contractual para la constitución del derecho real de garantía. En concreto, dicho contrato es la herramienta que aglutina, de forma negocial y documental, tanto el contrato de crédito para la adquisición de la venta, a favor del deudor; como el contrato de hipoteca, para asegurar al acreedor el cobro de la prestación. Dicho de otra forma, bajo esa figura contractual se agrupa el contrato principal y el contrato accesorio. Otra posibilidad es considerar que la hipoteca constituye una cláusula de garantía dentro del contrato de crédito inmobiliario, siendo éste el cauce negocial para su nacimiento. No obstante, estemos ante una figura contractual mixta o, bien, ante una cláusula de garantía real, lo cierto es que el préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda habitual constituye una operación compleja, con una telaraña de relaciones jurídicas sobrepuestas o intercaladas, que afectan a prestatario –como deudor e hipotecante– y al prestamista –como acreedor y titular del *ius distraendi*–.

Dentro del contrato de préstamo hipotecario, el crédito y la garantía real se encuentran interconectados, existiendo una relación de interdependencia. La hipoteca pende de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero, al mismo tiempo, el aseguramiento de ésta estriba en el menor o mayor alcance de la responsabilidad hipotecaria, aunque en la generalidad –por no decir la totalidad– de los préstamos hipotecarios, el deudor no solo responde con el valor resultante de la finca gravada, sino con todo su patrimonio (arts. 1911 CC y 105 LH). Este cruce de relaciones recíprocas provoca que la hipoteca, como garantía real y contrato, no solo se vea perturbada por los cambios legales que la afectan *stricto sensu*, sino también, de forma indirecta, por aquellos que se dirijan a regular el préstamo hipotecario. Como decíamos al principio del trabajo, por mucho que una reforma legal se dirija a regular los aspectos de un determi-

nado instrumento jurídico –como el contrato de crédito inmobiliario para adquisición de vivienda habitual–, tales cambios podrían provocar la mutación de otras instituciones interdependientes, como la hipoteca. De ahí la importancia de examinar el Derecho post-crisis publicado hasta la actualidad, en relación al préstamo y a la hipoteca, cuyo objeto sea la vivienda habitual de personas físicas.

#### **IV. DERECHO POST-CRISIS: UNA «VACUNA JURÍDICA» CON EFECTOS SECUNDARIOS EN LA HIPOTECA**

Tras la crisis y el drama social derivado de las ejecuciones hipotecarias, el legislador, con la intención de conferir al sistema una mayor justicia –sin haber culminado tal propósito– publicó diversas leyes destinadas, en mayor o menor medida, a la protección de los deudores hipotecarios. El resultado ha sido una vertiginosa legislación, una marabunta de leyes, algunas con un sólido contenido jurídico y otras dictadas como meros «parches jurídicos». Normas, que lejos de pertenecer a un mismo ámbito del Derecho, pertenecen a parcelas distintas –Derecho civil, Derecho procesal y Derecho concursal<sup>18</sup>, pero que, de forma directa o indirecta, afectan a aspectos relativos al contrato de crédito para la adquisición de vivienda habitual y, a su vez, a la hipoteca. El conocimiento y exposición de su contenido es de suma importancia para comprender la transformación que ha padecido –y ésta padeciendo– la hipoteca, aunque su lectura pueda resultar letárgica, pero resulta difícil sintetizar los cambios legales habidos en la última década. Veamos, pues, las reformas más relevantes realizadas en nuestro ordenamiento jurídico.

##### **1. REFORMAS LEGALES ATINENTES AL DERECHO CIVIL**

Como dijimos anteriormente, la hipoteca, como derecho real de garantía, pende del contrato de préstamo, dada su accesoria. Por tal razón, ciertas reformas legales en el ámbito contractual pueden afectar al contenido de tal gravamen, sobre todo, las que afectan al préstamo hipotecario. Y así ha ocurrido, debiendo ser destacadas –dentro del Derecho contractual y de consumo, materias propias del Derecho civil–, por un lado, una norma que nació con carácter extraordinario, el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recur-

---

<sup>18</sup> Tales reformas han sido comentadas de forma interdisciplinaria por la doctrina. A modo de ejemplo, DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, pp. 41 ss.

sos<sup>19</sup>; y, por otro, una ley de reciente publicación, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>20</sup>, nacida de la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y Consejo Europeo, de 4 de febrero de 2014<sup>21</sup>. No obstante, se han producido otras reformas a nivel nacional y autonómico, que en su totalidad o en ciertos aspectos afectan al préstamo hipotecario<sup>22</sup>. No obstante, sería bastante arduo entrar en su análisis.

### **1.1 Novación objetiva y «voluntaria» del préstamo hipotecario en protección de deudores sin recursos: El Código de Buenas Prácticas (CBP)**

La primera norma surgió ante la insuficiencia de ciertas medidas legales<sup>23</sup> y por la intención de mitigar el fenómeno del sobreendeuda-

<sup>19</sup> CASADO ROMÁN, *DLL*, 2012; RUIZ-RICO RUIZ y DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, *DLL*, 2013; RALUCA STROIE y FERNÁNDEZ BENAVIDES, *CESCO*, 2012, pp. 207-211; BERROCAL LANZAROT, *CI*, pp. 3-28; BERROCAL LANZAROT, *LDF*, pp. 88-111; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, pp. 273-358; MARTOS CALABRÚS, 2012, pp. 1015-1026; NÚÑEZ IGLESIAS, 2012, pp. 1143-1156; MUNAR BERNAT, 2014, pp. 77-86; ALONSO PÉREZ, *RDC*, pp. 31-67; BASTANTE GRANELL, *F: RCJS*, 2014, pp. 13-59; etc.

<sup>20</sup> CABANAS TREJO, *DLL*, 2019; FUENTES FERNÁNDEZ, *RSC*, 2019, pp. 6-11; MÉDICIS BERNAL, *DLL*, 2019; BERROCAL LANZAROT, *DLL*, 2017; BERROCAL LANZAROT, *Act. Civ.*, 2018; ALBIEZ DOHRMANN, *DLL*, 2018; ORDÁS ALONSO, *RAD*, 2019; DÍAZ GARCÍA, *RSI*, 2019, pp. 6-11; CABANAS TREJO, *El notario del siglo XXI*, 2019, pp. 26-35; LORENTE HOWELL, *AJA*, 2018, pp. 9-9; ALBIEZ DOHRMANN, *CESCO*, 2016; AGÜERO ORTIZ, *LM*, 2017; MUÑIZ ESPADA, 2018; SENÉS MOTILLA, *RJ*, 2019, pp. 23-78; etc.

<sup>21</sup> Poco tiempo después, se publicó el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera.

<sup>22</sup> Reformas legales habidas en el interior del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (concepto de consumidor, nulidad de cláusulas abusivas, etc.) y asimismo, debe destacarse la promulgación de leyes autonómicas cuyo contenido, en materia de consumo, se dirige a regular aspectos concernientes a la contratación de préstamos hipotecarios, como Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda, la Ley 1/2012, de 26 de marzo, para la Protección de los Derechos de los Consumidores Mediante el Fomento de la Transparencia en la Contratación Hipotecaria en la Comunidad de Madrid o la Ley 4/2018, de 21 de febrero, por la que se modifica la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura.

<sup>23</sup> Entre otras, la prevista en el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, que supuso un incremento del patrimonio inembargable cuando la venta de la vivienda habitual es insuficiente para el pago de la totalidad de la deuda: «En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado». Con ella se evita el embargo de salarios en tal porcentaje cuando el deudor hipotecario, que ya había sufrido la ejecución de su vivienda habitual, se ve inmer-

miento hipotecario, derivado de la crisis, que sufrían miles de familias españolas. Al principio, cuando entró en vigor lo hizo con ánimo de temporalidad, aplicándose, de forma exclusiva, a deudores con préstamos hipotecarios que estuvieran vigentes antes de la publicación de la norma en el BOE. Sin embargo, tras diversas reformas legales<sup>24</sup>, el Real Decreto-Ley 6/2012 ha sido dotado de carácter permanente, siendo aplicable a préstamos posteriores a su fecha de entrada en vigor<sup>25</sup>. Además, su ámbito de aplicación no alcanza únicamente a deudores hipotecarios, sino también a avalistas o fiadores de dichos contratos, extendiéndose todavía más los sujetos beneficiarios.

Su finalidad se extrae de forma sencilla del preámbulo de la norma. Ante la privación de la vivienda de una parte de la población –como consecuencia de los procesos de ejecución hipotecaria– y la necesidad de dotar a tales familias de condiciones dignas, se establecen una serie de soluciones –dentro de un Código de Buenas Prácticas (CBP)– que pretenden, en un principio, evitar la pérdida de la vivienda habitual y, de no ser posible tal propósito, garantizar una dación en pago, evitando con ésta última solución el endeudamiento posterior del deudor hipotecario en caso de que la garantía no fuera suficiente para cubrir la obligación dineraria derivada del préstamo hipotecario. De esta forma, se establecen tres mecanismos de arreglo en sede contractual: 1) reestructuración viable de la deuda hipotecaria (mediante una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cinco años<sup>26</sup>, así como la ampliación del plazo total de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo)<sup>27</sup>; 2) una quita parcial sobre el conjunto de su deuda hipotecaria<sup>28</sup>, de carácter

---

so en ejecuciones ordinarias posteriores a ejecuciones hipotecarias, iniciadas a partir del 7 de julio de 2011. Dicha norma pretendía mejorar la situación posterior del deudor hipotecario tras la ejecución hipotecaria, pero no evitaba la pérdida de la vivienda. *Vid. Jiménez París, RCDI, 2013, pp. 281 ss.*

<sup>24</sup> Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 8/2013, de 26 de junio; Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero; Ley 25/2015, de 28 de julio; Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo; Ley 5/2019, de 15 de marzo.

<sup>25</sup> Se modifica el artículo 2, relativo al ámbito de aplicación, por la disposición final 10 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

<sup>26</sup> Reducción del tipo de interés aplicable a Euríbor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

<sup>27</sup> Se entiende que el plan de reestructuración es viable cuando del mismo resulte una cuota hipotecaria mensual que no sea superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. En cuanto al interés moratorio, el artículo 4 señala que «desde el momento en que el deudor solicite a la entidad la aplicación de cualquiera de las medidas del código de buenas prácticas y acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia, será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2 por cien sobre el capital pendiente del préstamo».

<sup>28</sup> Dispone el apartado segundo del Código de buenas prácticas: «A estos efectos, se entenderá por plan de reestructuración inviable aquel que establezca una cuota hipotecaria mensual superior al 50 por cien de los ingresos que perciban conjuntamente todos los

potestativo para la entidad de crédito; y, por último, la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda, medida obligatoria a aceptar por los bancos, si el deudor la solicita<sup>29</sup>. De su contenido se extrae que el objetivo de la norma es fomentar la viabilidad de los préstamos hipotecarios, a pesar de la crítica situación económica del deudor y su núcleo familiar, una «novación del contrato» y evitar, con ella, la pérdida del bien inmueble.

Aunque tales medidas son laudables, así como haberlas dotado de cierta perennidad (hasta la derogación del Real Decreto-Ley), existen ciertos inconvenientes. Por una parte, tales soluciones son aplicables exclusivamente a aquellos deudores o fiadores que se encuentren en la situación de «exclusión socio-económica» perfilada en el artículo 3 de la norma<sup>30</sup> y cuya vivienda tenga un precio de adquisición que no supere el valor fijado en el artículo 5.2. Destaca cómo la norma exige que el deudor no pueda pagar el préstamo hipotecario por una «alteración significativa de sus circunstancias económicas» o, bien, por «circunstancias familiares de especial

---

miembros de la unidad familiar. [...] Al objeto de determinar la quita, la entidad empleará alguno de los siguientes métodos de cálculo y notificará, en todo caso, los resultados obtenidos al deudor, con independencia de que la primera decida o no conceder dicha quita: i. Reducción en un 25 por cien; ii. Reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas; iii. Reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

<sup>29</sup> La dación en pago supone la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor –y de terceros– frente a la entidad por razón de la misma deuda. Además, si el deudor lo solicita en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.

<sup>30</sup> Se considera que un deudor o fiador se encuentra en el umbral de exclusión cuando concurren los siguientes requisitos: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples anual de catorce pagas; b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho período circunstancias familiares de especial vulnerabilidad; c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien –o del 40 por cien en circunstancias concretas– de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Para la aplicación de las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria a que se refieren los apartados 2 y 3 del Anexo, será además preciso que se cumplan los siguientes requisitos: a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquier otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma; c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda; d) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

vulnerabilidad», sin exigir un endeudamiento fortuito, no culpable. Lejos de valorar tal posibilidad, el Real Decreto-Ley recoge criterios de aplicación de carácter socio-económico. Dado su carácter restrictivo, podría caber la posibilidad de que ciertos deudores, y de buena fe, no pudieran acogerse a las medidas de tal dispositivo legal. De hecho, las estadísticas reflejan un número irrisorio de deudores que se benefician del Código de Buenas Prácticas<sup>31</sup>. Por tanto, estamos ante un régimen de carácter excepcional, y restrictivo<sup>32</sup>. Por otra parte, la aplicación del CBP no es imperativa para el sector bancario. Al contrario, depende de la voluntad del acreedor hipotecario, que será quien decida, o no, adherirse al mismo –adhesión no permanente, pudiendo ser temporal<sup>33</sup>.

Como señala Alonso, estamos ante un «instrumento de Derecho opcional», cuya aplicación depende, en gran parte, de la voluntad del acreedor hipotecario<sup>34</sup>. Dado el número actual de entidades adheridas (93)<sup>35</sup>, así como la permanencia del CBP en el futuro, debería reflexionarse sobre la oportunidad de establecer de forma forzosa dicho régimen legal (actualmente voluntario) para la reestructuración de la deuda hipotecaria, evitando que existan deudores sin poder acceder a tales medidas porque su acreedor hipotecario no se encuentre adherido al CBP. Se trata de evitar la discriminación jurídica hacia ciertos deudores. Si la Ley 5/2019, de 15 de marzo ha otorgado permanencia al CBP, al extender su aplicación a contratos de préstamos posteriores a su entrada en vigor, sería coherente fomentar, si el deudor cumple los requisitos objetivos de la norma, la «revisión forzosa» de tales contratos, dentro del marco jurídico instaurado en el Real Decreto-Ley. Puede que sea el momento acertado de perfilar una «novación forzosa y objetiva» del préstamo hipotecario. No obstante, deben recordarse unas palabras del preámbulo de la norma, cuyo contenido denotaría cierta reticencia al cambio propuesto: «Estas medidas se implementan, no obstante, sin deteriorar los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria, sobre cuya seguridad y solvencia se viene asentando históricamente nuestro sistema hipotecario».

<sup>31</sup> Véanse los Informes de la Comisión de Control sobre el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda, disponible en la página web del Ministerio de Economía y Empresa.

<sup>32</sup> No obstante, como dispone la norma, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.

<sup>33</sup> Véase el artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2012.

<sup>34</sup> ALONSO PÉREZ, *RDC*, 2015, p. 65.

<sup>35</sup> Véase el Informe n.º XII de la Comisión de Control sobre el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda.

## 1.2 Derechos irrenunciables e imperativos en la contratación de créditos con garantía hipotecaria

La Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI)<sup>36</sup> llegó con años de retraso y bajo la presión de una sanción por Bruselas, ante la falta de transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento y Consejo Europeo. Sin embargo, tras su dilatada aprobación, la doctrina ha aplaudido su publicación. Dicha Ley nace por las nefastas consecuencias sociales y económicas que provocó la irresponsabilidad del sector bancario en la concesión y contratación de préstamos. En particular, tiene la intención de crear un «régimen jurídico seguro, ágil y eficaz», que proteja este tipo de operaciones crediticias con garantía hipotecaria inmobiliaria<sup>37</sup>, como las destinadas a la adquisición de una vivienda para uso residencial (art. 2.1.a) LCCI)<sup>38</sup>. Busca, entre varios objetivos, recuperar la confianza perdida de los prestatarios, alcanzar una mayor seguridad jurídica y mejorar el justo equilibrio entre las partes<sup>39</sup>.

Dicha ley introduce notables cambios, con diferentes líneas de regulación (normas de transparencia, conducta y régimen sancionador de los prestamistas; innovaciones en la fase precontractual<sup>40</sup>; régimen jurídico de los intermediarios y prestamistas inmobiliarios; etc.). Si bien, y sin restar importancia a los aspectos anteriores, interesa centrarnos en los relativos a la «forma, ejecución y resolución» (arts. 22 ss. LCCI), por su influencia en la ejecución de la obligación de crédito y la hipoteca. En particular, se hace deter-

<sup>36</sup> Dicha norma fue desarrollada por el Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; y la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

<sup>37</sup> Apartado I del preámbulo de la 1.2 Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de contratos de crédito inmobiliario.

<sup>38</sup> Según cierta doctrina, «cualquier vivienda sirve a estos efectos, como una vivienda de vacaciones, o simplemente una vivienda comprada como inversión, o para alquilar, incluso para instalar en ella un despacho profesional, pues la susceptibilidad del uso residencial es una cualidad objetiva del inmueble, no relacionada con la finalidad que persiga el propietario». De modo que la Ley no se aplica de forma exclusiva a la vivienda habitual o familiar. *Vid.* CABANAS TREJO, *op. cit.*, [La Ley 3302/2019]. Además, la Ley se extiende a todas las personas físicas con independencia de que sean o no consumidores.

<sup>39</sup> Sobre el préstamo hipotecario responsable, antes de las reformas legales introducidas, véase ALBIEZ DOHRMANN, 2014, pp. 169-221.

<sup>40</sup> Destaca la elaboración de un modelo de contrato de préstamo hipotecario, de suscripción voluntaria por las partes (posibilidad recogida, asimismo, en la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda), que podría evitar la inclusión de cláusulas abusivas e, incluso, la inserción de otras medidas favorables al consumidor. No obstante, su voluntariedad y el contenido –más o menos favorable al consumidor– supondrán seguramente una poca acogida práctica dentro del ámbito bancario.

minante analizar los cambios habidos respecto a los intereses de demora, así como en las cláusulas de vencimiento anticipado.

En cuanto a los intereses de demora, cuando se trate de un préstamo garantizado con hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, cuyo prestatario sea una persona física, el artículo 23 LCCI dispone que «el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquél resulte exigible» (por Ley y sin necesidad de pacto), pudiendo devengarse únicamente sobre el principal vencido y pendiente de pago, no pudiendo ser capitalizados en ningún caso –salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC<sup>41</sup>. Con tal límite, el precepto persigue bloquear la entrada en préstamos hipotecarios de cláusulas abusivas sobre intereses de demora, velando por el «equilibrio económico y financiero entre las partes»<sup>42</sup>. Respecto a la cláusula de vencimiento anticipado, el artículo 24 ha impuesto al prestamista una serie de límites cuantitativos de cuotas –cantidades dinerarias– impagadas, para que pueda dar por vencido el préstamo de forma anticipada. Tales límites se aplican a prestatarios, fiadores o garantes –que sean personas físicas– de préstamos con garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles o, en su caso, terrenos, de uso residencial. En particular, tales sujetos perderán su «derecho al plazo» para pagar el préstamo –resolviéndose el contrato de préstamo– cuando concurren, de forma cumulativa, las siguientes circunstancias: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses; b) que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo mínimo de un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo y c), además, que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

- Al 3 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo –Tal requisito se cumplirá cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 12 meses–.

<sup>41</sup> Llama sumamente la atención su contenido cuando la doctrina del Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 22 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016, únicamente admitía, como no abusivo, un interés de demora que no excediera del remuneratorio más dos puntos; y, aun así, la nueva regulación fije el interés de demora en el interés remuneratorio más tres puntos, sin admitir pacto en contrario. Ante este nuevo contenido, se modifica el artículo 114 LH, por la Disposición final primera, apartado segundo, LCCI. Según la disposición transitoria primera de la LCCI, el artículo 23 no es aplicable a contratos anteriores a la norma, salvo novación o subrogación.

<sup>42</sup> BERROCAL LANZAROT, *Act. Civ.*, 2018, [La Ley 268/2018].

- Al 7% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo –Tal requisito se cumplirá cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 15 meses–.

Los problemas judiciales por la abusividad y nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, que han llegado al TJUE<sup>43</sup>, hicieron que el legislador finalmente decidiera regular este tipo de cláusulas dentro de la LCCI. El anterior régimen de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios era voluntario –aplicándose solo si existía pacto expreso– y cuantitativo –debido a que únicamente era posible ante la falta de pago de, al menos, tres cuotas hipotecarias (art. 693.2 LEC)–. Con la nueva regulación hemos pasado a un «régimen imperativo»<sup>44</sup>, que dilata el derecho del acreedor hipotecario para poder solicitar el vencimiento anticipado del préstamo y, en consecuencia, poder reclamar la obligación dineraria y ejecutar la garantía real. En cambio, para el deudor hipotecario supone la obtención de un plazo –periodo de respiro o recuperación– para poder mejorar su situación económica o conseguir ingresos y, así, evitar la ejecución del préstamo. Con ello se evita, como ha ocurrido en ciertas ocasiones, que el prestamista pueda dar por vencida la deuda por el impago de una o varias cuotas de importe irrisorio en comparación con la cuantía general del préstamo hipotecario (por una o dos cuotas impagadas). Destáquesse, según la disposición transitoria primera (apartado 4), que el artículo 24 LCCI no solo será aplicable a los préstamos hipotecarios suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, sino también a los firmados con anterioridad, salvo que el «vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no». De modo que, este proceder legal en «justicia y equidad» se pretende trasladar a la totalidad de los préstamos vigentes –salvo que el deudor alegue que las reglas de su contrato sobre el vencimiento anticipado le resultan más favorables– y que se suscriban en un futuro.

<sup>43</sup> MARQUÉS MOSQUERA, *El notario del siglo XXI*, 2019, pp. 18-23; QUESADA LÓPEZ, *DLL*, 2019; CABANAS TREJO, *DLL*, 2019; ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2019; ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2018; FERNÁNDEZ CARRÓN, *RGDF*, 2018; FERNÁNDEZ CARRÓN, *Act. Civ.*, 2018; PUCHOL SORIANO, 2018, pp. 171-192; BASTANTE GRANELL, *RCDI*, 2015, pp. 2420-2454; etc.

<sup>44</sup> Dicho régimen se ha trasladado, asimismo, a los artículos 693.2 LEC y 129 bis LH.

Por último, señalar que, gracias a la LCCI, el derecho al interés de demora limitado, así como el «derecho al plazo», son derechos de carácter irrenunciable, sustraídos de la autonomía de la voluntad – junto al resto de disposiciones de la LCCI –, por mandato expreso de su artículo 3. De hecho, serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en la Ley y, en particular, la renuncia previa de tales derechos, reconocidos al deudor, fiador o garante. Un aspecto que viene a recordar de forma específica el legislador, en los arts. 23 y 24 LCCI, cuando señala que las reglas contenidas en tales preceptos «no admitirán pacto en contrario», debiendo respetarse de forma imperativa por el acreedor hipotecario.

## 2. REFORMAS LEGALES ATINENTES AL DERECHO PROCESAL

Los cambios más significativos, en torno al crédito inmobiliario y la hipoteca, se han producido en el ámbito del Derecho Procesal. Ante el impago por miles de deudores de las cuotas hipotecarias de sus préstamos, la crisis se caracterizó por la presencia de una «marea roja» de ejecuciones hipotecarias. Era lógica y respectable, conforme al llamado *ius distraendi*, la facultad que ostentaba el acreedor hipotecario para ejecutar la garantía real y satisfacer su derecho de crédito. El problema estribaba en el hecho de que el proceso existente para ello, el proceso especial de ejecución hipotecaria<sup>45</sup> (Capítulo V del Título IV del Libro III de la LEC), constituía, por aquel entonces –aunque todavía puede ser objeto de críticas–, un mecanismo tildado de «antisocial, injusto y desproporcionado» respecto a la posición del deudor hipotecario, por la regulación legal existente sobre diferentes aspectos (tasación, subasta, porcentajes de adjudicación, producto obtenido insuficiente para el pago íntegro del préstamo hipotecario, ausencia de oposición ante la existencia de cláusulas abusivas, etc.).

De hecho, entre los escenarios más rechazados, estaba la posibilidad que ostentaba la entidad bancaria de adjudicarse la vivienda habitual por la mitad del valor de subasta (en ausencia de postores) y, tras la adjudicación, tener la opción de venderla para obtener una plusvalía, que, de ningún modo, servía para sufragar el importe restante de la deuda que, al finalizar el proceso de ejecución hipotecaria, debía pagar el deudor hipotecario<sup>46</sup>. Un escenario que compor-

<sup>45</sup> No obstante, aunque ésta haya sido la práctica común, el acreedor también podía hacer uso del proceso de ejecución común u ordinario de la LEC.

<sup>46</sup> «[...] parece que uno de los principales motivos que sustentan estos planteamientos radica en la percepción de que se producen comportamientos abusivos por parte de los

taba el lanzamiento de la vivienda habitual, abocando a los deudores a una situación de exclusión social. Con tal el resultado, ciertos jueces llegaron a efectuar una impopular interpretación de los preceptos legales a favor del deudor hipotecario<sup>47</sup>. Su voz crítica, la necesidad de aliviar la situación de los deudores hipotecarios –a través de instrumentos eficaces para la protección de la vivienda habitual– y las reprimendas del TJUE<sup>48</sup>, sirvieron para recapacitar sobre una necesaria reforma del proceso de ejecución hipotecaria. Y, finalmente, tras la oportuna reflexión del legislador y la consideración de los intereses socio-económicos afectados, se dictaron, de forma sucesiva, diversas leyes en auge reformista de diversos preceptos en materia procesal<sup>49</sup>.

---

acreedores hipotecarios (entidades financieras). Tras contratar préstamos hipotecarios para la compra de vivienda con consumidores en unas condiciones claramente abusivas y, a veces, conociendo la escasa viabilidad financiera de la operación, se dirigen contra el deudor en caso de impago y, al amparo de la regulación positiva en materia de ejecución hipotecaria, se adjudican el bien por un valor irrisorio, muy inferior a la deuda pendiente, para posteriormente continuar persiguiendo otros bienes del deudor». MARTÍNEZ ESCRIBANO, *InDret*, 2014, p. 4. *Vid. CORDERO LOBATO, DLL*, 2012.

<sup>47</sup> Auto de 13 de noviembre del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Estella [La Ley 350462/2009]; Auto 111/2010, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 17 de diciembre, [La Ley 227016/2010]; Auto de 4 de febrero de 2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 44 de Barcelona [La Ley 1692/2011]; Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de septiembre de 2011; etc. *Vid. BASTANTE GRANELL*, 2012, pp. 899-916.

<sup>48</sup> STJUE, de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (en la actualidad Catalunya Banc, S. A.); STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C?169/14, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria; etc.

<sup>49</sup> Real Decreto-Ley 8/2011 del 1 de Julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas; Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación; RD-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; Ley 9/2015, de 25 de mayo, de Medidas Urgentes en Materia Concursal; La Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que introdujo la subasta electrónica; Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Tales reformas han sido comentadas por abundante doctrina: CASTILLEJO MANZANARES, *Act. Civ.*, 2014; SENÉS MOTILLA, 2014, pp. 149-166; ADÁN DOMÉNECH, *RDBB*, 2013, pp. 203-222; ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2012, pp. 43-92; RUIZ-RICO RUIZ, 2018, pp. 1029-1134; Moral Moro, *RGDP*, 2014; RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El siglo de Europa*, 2012, p. 65; CARRASCO PERERA, *CESCO*, 2013, pp. 58-65; CALLEJO CARRIÓN, *Act. Civ.*, 2015, pp. 4-27; GÓMEZ SALCEDO, 2017, pp. 165-183; etc.

## 2.1 El procedimiento de ejecución hipotecaria: hacia un régimen especial para la vivienda habitual

El Derecho post-crisis ha provocado múltiples cambios dentro del proceso especial de ejecución hipotecaria en favor del deudor hipotecario. En particular, podemos incluso decir que actualmente existe un «régimen especial» cuando la ejecución hipotecaria afecta a la vivienda habitual. De las reformas legales efectuadas debemos poner especial énfasis en aquellas que repercuten directamente en la obligación crediticia y en la hipoteca. Nos referiremos, de forma ordenada, a las que han afectado al trámite de oposición, a la tasación del bien inmueble hipotecado, al sistema de subasta y al establecimiento de una quita parcial de la deuda restante; pues afectan a la cobertura de responsabilidad del deudor hipotecario.

Desde la entrada en vigor de la LEC, el régimen legal de oposición a la ejecución hipotecaria se mantuvo de forma intacta, con causas tasadas, para fomentar la agilidad y rapidez del proceso. Si bien, tras el mandato judicial de la STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013<sup>50</sup>, se reformó el artículo 695 LEC<sup>51</sup>, estableciendo como causa de oposición a la ejecución hipotecaria –apreciable a instancia de parte o de oficio por el juez<sup>52</sup>–, el posible «carácter abusivo de una cláusula contractual», cuando constituya el fundamento de la ejecución hipotecaria o hubiese determinado la cantidad exigible<sup>53</sup>. Este avance ha supuesto que el ejecutado pueda solicitar la apertura de un proceso declarativo para dirimir el carácter abusivo de cláusulas insertas en el préstamo hipotecario<sup>54</sup>,

<sup>50</sup> STJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/2011, Mohamed Aziz contra CatalunyaCaixa.

<sup>51</sup> Se modifica por el artículo 7.14 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. El apartado 4 del artículo 395 LEC, relativo al recurso de apelación frente al auto de sobreseimiento, fue modificado posteriormente por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

<sup>52</sup> STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Asunto Banco Primus, S. A. y Jesús Gutiérrez García: «La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –EDL 1993/15910–, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato».

<sup>53</sup> Vid. ACHÓN BRUÑÉN, *DLL*, 2016; DOMÍNGUEZ RUIZ, *DLL*, 2015; FORTEA GORBE, 2017; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2015, pp. 982-1004; SOLAZ SOLAZ, *PdT*, 2014; CARRASCO PERERA, *CESCO*, 2013; MORENO GARCÍA, 2019; etc.

<sup>54</sup> Debe señalarse que los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de la LCCI deberán seguir lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la citada norma, donde se recoge un «un incidente extraordinario de oposición».

quedando en suspenso el proceso de ejecución hipotecaria<sup>55</sup>. Piénsese que numerosas cláusulas pueden afectar a la ejecución de la garantía real y también a la cuantía del préstamo exigible frente al deudor hipotecario (cláusulas de vencimiento anticipado, índices de referencia –IRPH, Euríbor, etc.–, tipo de interés, intereses moratorios, valor de tasación del bien inmueble hipotecado, etc.). Resuelta la oposición mediante Auto, si el juez estima la existencia de una cláusula abusiva –y su nulidad–, debe determinar si es posible o no proceder al despacho de la ejecución hipotecaria. En consecuencia, la inaplicación de ciertas cláusulas, como la de vencimiento anticipado<sup>56</sup>, puede provocar la imposibilidad de continuar con el proceso. Otras veces, en cambio, la ejecución hipotecaria proseguirá, pero alterándose la cantidad reclamada (valga como ejemplo que se estime abusiva una cláusula sobre intereses moratorios). De ser así, el acreedor hipotecario deberá reclamar la deuda por otros cauces procesales.

Iniciado el proceso de ejecución hipotecaria, uno de los aspectos fundamentales para proceder a la subasta del bien inmueble hipotecado, como la vivienda habitual, es su valor de tasación. Anteriormente, la LEC no regulaba un proceso de avalúo de bienes inmuebles hipotecados dentro de tal proceso, exigiéndose, en el artículo 682.2.1.º, la previa existencia de valoración en la escritura de constitución del préstamo hipotecario para poder acudir al procedimiento. De este modo, el precio fijado inicialmente por acreedor y deudor era el precio fijado para la subasta. Tal requisito perseguía, como señalaba Montero, «simplificar la tramitación del procedimiento [...] y, también, evitar parte de las costas que se producen en éste»<sup>57</sup>. Pero a pesar de tal ventaja –de mera celeridad procesal–, el precepto establecía un sistema de fijación del valor de subasta en detrimento del deudor hipotecario. El tipo de subasta nunca se negociaba con el deudor, fijándolo de forma unilateral el acreedor hipotecario, por lo que éste podía establecer un valor inferior al valor real de la finca<sup>58</sup>. No había límite para el tipo de subas-

<sup>55</sup> Una situación que no afecta al acreedor, pues éste puede adoptar medidas legales para asegurar la garantía.

<sup>56</sup> No obstante, esta cuestión está planteando ciertas dudas tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 que considera que el juez nacional, en aplicación de principios del derecho de los contratos, puede mantener la cláusula de vencimiento anticipado y sustituir su elemento abusivo por una disposición supletoria de derecho nacional (el artículo 693.2 LEC). Una sustitución que solo será posible bajo dos condiciones: 1) que la declaración de nulidad total de la cláusula de vencimiento anticipado obligara al juez nacional a anular el contrato de préstamo en su totalidad, y 2) que el consumidor quedara expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización.

<sup>57</sup> MONTERO AROCA, 2012, p. 353.

<sup>58</sup> Si bien, ello no ocurría con la tasación los préstamos hipotecarios que se fueran a titularizar en el mercado hipotecario, pues el artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, que viene a desarrollar la Ley 2/1981, del Mercado Hipotecario (LMH), exige que coincidan tipo de

ta. Había una ausencia de vinculación obligatoria entre tasación y tipo de subasta. Tal circunstancia justificó la modificación del artículo 682.2.1.<sup>o</sup> LEC<sup>59</sup>, estableciéndose que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo<sup>60</sup>. Un precepto que, según la DGRN, se aplica a toda clase de hipotecas, estén o no sometidas a la Ley del Mercado Hipotecario<sup>61</sup>.

Con tal reforma legal, es cierto que se evitan abusos por los acreedores, fijando un porcentaje mínimo de subasta que, de no respetarse, puede impedir al acreedor acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria (al haberse convertido en un «requisito de procedibilidad»). Sin embargo, plantea ciertos inconvenientes. Una vivienda hipotecada es susceptible de aumentos o disminuciones de valor, según los cambios del mercado inmobiliario. El precepto no atiende a la oscilación del valor de los bienes inmuebles y, menos aún, permite que el deudor hipotecario pueda exigir una actualización del valor de tasación (Valga por ilustración, en caso de reforma de la vivienda, mejora del barrio donde se encuentra ubicada, etc.), una facultad que sí otorga el artículo 9.1 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, a ciertos acreedores hipotecarios. Sin embargo, el aspecto más criticable es no haber impuesto la necesaria coincidencia entre valor de tasación y valor de subasta, al menos cuando el bien hipotecado sea la vivienda habitual<sup>62</sup>.

---

subasta y tasación oficial. Además, el importe de los préstamos que se vayan a titulizar no puede exceder del 60% del valor de tasación del inmueble (el 80% si era vivienda habitual).

<sup>59</sup> Se modificó por el artículo 7.11 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo y, posteriormente, por el artículo 1.22 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

<sup>60</sup> Artículo 682.2.1.<sup>o</sup> LEC: «Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario». Sobre esta materia, véanse DÍAZ FRAILE, 2016, pp. 345-388; ESTEBAN-HANZA NAVARRO, 2014, pp. 677-698; QUESADA LÓPEZ, 2018, pp. 1179-1203; RUIZ-RICO RUIZ Y ACEBES CORNEJO, *DLL*, 2017; BASTANTE GRANELL, *Act. Civ.*, 2014; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, 2014, pp. 167-178; NICASIO JARAMILLO, 2016, pp. 81-102; etc.

<sup>61</sup> RDGRN, de 7 de octubre de 2015, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Avilés n.<sup>o</sup> 2, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de constitución unilateral de hipoteca; RDGRN, de 14 de septiembre de 2016, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación suscrita por la registradora de la propiedad de Jumilla, por la que acuerda no practicar la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito.

<sup>62</sup> Una medida que fue presentada como enmienda por el Grupo parlamentario del Partido Socialista, concretamente la enmienda n.<sup>o</sup> 243, que proponía el siguiente texto: «[...] 2. Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes: 1.<sup>o</sup> Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mer-

Luego, en los artículos atinentes al proceso de subasta, aparecen otras de las reformas post-crisis más relevantes. Por una parte, la inserción de la subasta electrónica (art. 648 LEC<sup>63</sup>); y, por otra, los cambios habidos en los porcentajes de adjudicación. La primera, ha supuesto dotar la subasta de bienes hipotecados de una mayor publicidad y, como efecto, lograr una mayor concurrencia de postores (de pujas electrónicas), una situación que implica que el bien inmueble pueda ser subastado por un precio mayor. De este modo, se logra que la deuda restante –si la hubiera– del deudor hipotecario sea lo más mínima posible o, en su caso, inexistente<sup>64</sup>. En cuanto a los porcentajes de adjudicación dentro del proceso de subasta, los arts. 670 y 671 LEC –relativos a la subasta con y sin postores, respectivamente– padecieron diversos cambios de forma paulatina –y con una criticada y mejorable técnica legislativa– atendiendo al clamor social derivado de la crisis económica<sup>65</sup>.

Respecto a la subasta (art. 670 LEC), ha sido objeto de reformas, pero sin hacer referencia o distinción según el bien inmueble hipotecado sea o no vivienda habitual<sup>66</sup>. Ello posiblemente por haber potenciado la subasta electrónica y, en un principio, la presencia de subasteros, en beneficio del ejecutado. El precepto legal expone diversos escenarios posibles, desde posturas –por subasteros o ejecutante– iguales o superiores al 70 % del valor de subasta, pasando por posturas inferiores a dicho porcentaje, hasta llegar a pujas por un importe superior o inferior al 50 % del valor de subasta, último escenario donde la norma recoge la posibilidad de que la cantidad ofrecida por algún postor no sea suficiente para cubrir la cantidad por la que se haya despachado la ejecución. El artículo 670 LEC busca con el sistema de pujas que se cubra la totalidad o la mayor parte de la deuda del ejecutado. No obstante, cuando ello no es posible –no cubriéndose la cantidad por la que se despachó ejecución– la aprobación del remate final será valorada por el Letrado de la Administración de Justicia atendiendo a diversas cir-

---

cado Hipotecario». No obstante, por disposición del artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, si debe existir coincidencia entre valor de tasación y valor de subasta cuando se trate de créditos y préstamos titulizables.

<sup>63</sup> Precepto introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, modificado posteriormente por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>64</sup> No obstante, el nuevo sistema de subasta electrónica adolece de ciertas deficiencias. *Vid.* LÓPEZ CHOCARRO Y DAVÍ NAVARRO, *DLL*, 2016; SANTOS DEL VALLE y FUERTES LÓPEZ, 2018, pp. 11-18; FONT DE MORA RULLÁN, *DLL*, 2018; etc.

<sup>65</sup> JUAN GÓMEZ, *Act. Civ.*, 2018; GONZÁLEZ CABALLERO, *DLL*, 2018; ENRILE DE ROJAS, 2016, pp. 585-604; etc.

<sup>66</sup> Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

cunstancias<sup>67</sup>. Por tanto, cabe la posibilidad de que el bien inmueble hipotecado salga a subasta por el 75 % de su valor de tasación y, además, que un postor se lo adjudique por un porcentaje inferior al 50 % del valor de subasta (que sería menos del 50 % de ese 75 % del valor de subasta).

No obstante, aunque se pretenda potenciar el sistema anterior, en la práctica habitual ocurre lo contrario, pues la subasta suele declararse desierta, no concurriendo ningún postor, activándose la aplicación del artículo 671 LEC. Por tal motivo, y ante las injusticias que presentaba el precepto anterior –al permitir que el acreedor pudiera pedir la adjudicación de la vivienda habitual por el 50 % de su valor de tasación–, dicho precepto fue modificado por diversas leyes. Primero, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre permitió que el acreedor pudiera pedir la adjudicación por cantidad igual o superior al 50 % de su valor de tasación o por la cantidad que se le debiera por todos los conceptos. El Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio vino a elevar dicho porcentaje al 60 %. Y después llegó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que culminó los cambios relativos a los porcentajes de adjudicación, con base al siguiente fundamento:

«La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. El esfuerzo colectivo [...] requiere que, del mismo modo y desde todos los sectores, se continúen adoptando medidas para garantizar que ningún ciudadano es conducido a una situación de exclusión social. Con este fin, es necesario [...] perfeccionar y reforzar el marco de protección a los deudores».

Con esta última reforma, el artículo 671 LEC<sup>68</sup> hace mención expresa a la adjudicación de «vivienda habitual», estableciendo que, si el bien inmueble subastado reúne tal categoría, la adjudicación a favor del acreedor ejecutante deberá hacerse por importe igual al 70 % del valor de subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 %. Pero claro, puede ocurrir –como ya ha sucedido– que la cantidad debida

<sup>67</sup> «[...] resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor» (artículo 670.4, párrafo 3.<sup>º</sup> LEC).

<sup>68</sup> No obstante, posteriormente se cambiaron ciertos aspectos procesales por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio y la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

sea inferior al 70 %, por ejemplo, una cantidad que suponga un 65 % del valor de subasta, y que el acreedor se adjudique la vivienda habitual por el 60 %, quedando deuda pendiente (el 5 %). Por tal razón, la DGRN ha desarrollado una interpretación teleológica y sistemática –cuestionada por cierta doctrina<sup>69</sup>–, en virtud de la cual, si la cantidad que se le debe al acreedor es inferior al 70 %, éste se deberá adjudicar la vivienda habitual por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al 65 % de su valor de subasta. Es decir, si el deudor debe, pongamos por caso, el 65 % del valor de subasta, el acreedor hipotecario deberá adjudicarse el bien inmueble por dicho porcentaje, no por el 60 %<sup>70</sup>. De esta forma, la DGRN interpreta el precepto en protección y salvaguarda del deudor hipotecario.

Sin embargo, en numerosas ocasiones, tras la adjudicación de la vivienda habitual, el remate aprobado resulta insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho de crédito del ejecutante. Ante ello, el acreedor prosigue la ejecución de la cantidad restante por la vía ordinaria (art.579.1 LEC), quedando «encadenado» el deudor a nuevos y futuros embargos. Por tal razón, y con el objeto de aliviar tal situación, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introdujo el apartado segundo del artículo 579 LEC, que viene a establecer que, aunque tal ejecución no se suspenda, debe someterse a ciertas especialidades. Primero, si en el plazo de cinco años desde la aprobación del remate o adjudicación el ejecutado satisface el 65 % de la cantidad total pendiente –incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el

<sup>69</sup> FONT DE MORA RULLAN, MOYA DONATE, MIÑANA LLORENS, BAÑON GONZÁLEZ, DE LA RÚA NAVARRO y LONGAS PASTOR, *DLL*, 2018; etc.

<sup>70</sup> «Con base en los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70 % del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60 % y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70 % la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70 % del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60 %. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70 % del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta» (RDGRN de 12 de mayo de 2016). En este mismo sentido, RDGRN de 21 de septiembre de 2016, de 21 de octubre de 2016, de 5 de julio de 2017 o de 23 de mayo de 2018.

momento del pago— quedará liberado del resto de la deuda (del 35%). Lo mismo acontecerá si en el plazo de diez años satisface el 80% (quedando liberado del 20% de la deuda restante). Estamos ante una quita parcial que busca aliviar la situación posterior del deudor y, a su vez, motivarle para el pago de la deuda pendiente, en beneficio del acreedor. Como segunda especialidad, se indica que en caso de adjudicación de la vivienda habitual a favor del ejecutante –de terceros a los que hubiera cedido su derecho o sociedades de su grupo–, si enajena la misma dentro del plazo de 10 años desde la aprobación del remate (venta, etc.) y obtiene una plusvalía, el 50% de ésta se destinará a reducir la deuda restante del deudor hipotecario. Con tal medida se evita que el deudor quede al margen de posibles ganancias, en caso de que el acreedor hipotecario venda el bien inmueble por un precio superior tras la finalización del proceso especial de ejecución hipotecaria<sup>71</sup>.

Por último, cabe señalar otros derechos procesales de relevancia por la protección dispensada al deudor hipotecario de vivienda habitual. Por un lado, la rehabilitación del préstamo hipotecario y la enervación de la acción hipotecaria en el artículo 693.3 LEC, que permite al deudor, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta vencida (principal e intereses<sup>72</sup>), sin el consentimiento del acreedor. Una facultad que podrá utilizar en ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación del bien y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor; y que le permite, mediante la búsqueda de ingresos, evitar la pérdida de la vivienda habitual. Por otro lado, destaca la medida extraordinaria de paralización de los lanzamientos dentro de los procesos de ejecución hipotecaria –prorrogada en varias ocasiones–, a través de una moratoria aplicable a las familias que, según la normativa, se encuentren en situación de especial vulnerabilidad<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Anteriormente ciertas ejecuciones hipotecarias se convirtieron en un negocio de interés económico por parte de entidades bancarias. Éstas se adjudicaban el bien inmueble por la mitad del valor de tasación y luego lo vendían por un precio mayor, llegando a obtener una ganancia económica. Mientras tanto, el deudor hipotecario seguía endeudado, dado que el resultado de la subasta no le permitió satisfacer la deuda en su totalidad. Siendo tal la situación, algunos Tribunales llegaron a sospechar la posible existencia de «enriquecimiento injusto» por parte del acreedor hipotecario.

<sup>72</sup> Tal cantidad se ve incrementada por los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte.

<sup>73</sup> Véase el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; Real Decreto-Ley 5/2017, de 17 de marzo, por el que se modifica el Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012) y la Ley para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (Ley 1/2013).

## 2.2 Procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos hipotecarios

En principio, el único cauce procesal para solucionar el «conflicto hipotecario» era el proceso especial de ejecución hipotecaria. No obstante, ante su deficiencia e inmoralidad, y hasta que llegó su reforma legal, se produjeron dos fenómenos de singular importancia. Por una parte, la aparición del proceso de mediación hipotecaria; y, por otra, el mayor interés hacia el proceso de venta notarial del bien inmueble hipotecado. Ambos procesos, que se inician *ex post* del impago del préstamo hipotecario y de carácter extrajudicial, han vivido –y están viviendo– su particular evolución. El primero ha surgido de forma incipiente por iniciativa de organismos públicos y privados, sin un marco legal, pero apunta a cobrar relevancia en el Derecho Procesal en un futuro próximo. El segundo, ha sufrido ciertos cambios, en cierta medida, parejos a las modificaciones del proceso de ejecución hipotecaria. Su mención aquí debe ser resaltada por los efectos que sus resultados pueden tener, no solo respecto al crédito inmobiliario, sino en relación con la garantía hipotecaria. De esta forma, se hace necesario observar las reformas legales que les han afectado –o pueden afectarles–.

### 2.2.1 FOMENTO DE LA MEDIACIÓN HIPOTECARIA Y LA «CULTURA DEL DIALOGO»

Ante los lamentables efectos del proceso de ejecución hipotecaria, la crisis trajo consigo la «cultura del diálogo» en el «conflicto hipotecario». Distintas instituciones comenzaron a ofrecer servicios de intermediación entre entidades bancarias y particulares en búsqueda de una solución que evitara la pérdida de la vivienda o, en su caso, aceptando su pérdida, pero en las «mejores» condiciones posibles (dación en pago, etc.). A partir de entonces, se habla de la llamada «mediación hipotecaria»<sup>74</sup>, un proceso autocompositivo de resolución de controversias, en el que, con la ayuda de un

<sup>74</sup> Sobre la mediación hipotecaria, véanse BASTANTE GRANELL, *AD*, 2013, pp. 180-213; CEBALLOS PEÑA, *RM*, 2013, pp. 22-29; BALLUGERA GÓMEZ, 2012, en [www.notarios-registradores.com](http://www.notarios-registradores.com); ADÁN DOMÈNECH, 2016, pp. 367-378; ADÁN DOMÈNECH, «¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?», 2016, pp. 199-207; BLANCO GARCÍA, *RIEDPA*, 2015, pp. 1-27; BLASCO GASCÓ, 2000; COBAS COBIELLA, *CEFLegal*, 2014, pp. 5-40; ARANDA RODRÍGUEZ, 2016, pp. 239-261; ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2015; GUTIÉRREZ SANTIAGO, *RJUL*, 2015, pp. 3-69; Figueroa Denche, *RSI*, 2017, pp. 14-19; Domínguez Cano, *Mediatio*, 2015; Pérez Daudí, J.: *RDP*, 2017, pp. 263-294; Castillo Felipe, 2016, pp. 649-670; QUESADA LÓPEZ, 2017, pp. 197-225; Fernández-Fígares Morales, 2018, pp. 1273-1292; BASTANTE GRANELL, 2018, pp. 1293-1308; etc.

tercero, deudor y acreedor hipotecarios intentan alcanzar de forma voluntaria un acuerdo de reestructuración del préstamo (u otros acuerdos)<sup>75</sup>, que permitan al primero continuar con el pago de la hipoteca o, en su caso, paliar su estado de sobreendeudamiento, intentando siempre preservar la vivienda. Tal proceso se ha instaurado en numerosas partes del territorio español, siendo objeto de regulación en diversas Comunidades Autónomas<sup>76</sup>. Si bien, la mediación hipotecaria, dada su especialidad, necesita un reglamentación especial, eficaz, con principios y reglas propios<sup>77</sup>.

Sus ventajas, como apunta la doctrina citada, son indiscutibles, pues permite, a través de la negociación, preservar el préstamo hipotecario y, evitar con ello, la pérdida de la vivienda habitual. Pero recordemos que estamos ante un proceso voluntario, dependiendo su curso y resultado de la voluntad del acreedor, quien, de forma consciente, considera oportuno no proceder al inicio del proceso de ejecución hipotecaria, sino acudir a tal proceso extrajudicial. Ello significa que, aunque puede ejercitarse el *ius distrahendi*, opta por paralizar tal derecho en aras a la preservación del contrato de préstamo<sup>78</sup>. No obstante, y al parecer, tal proceso puede tener gran relevancia en un futuro próximo, al ser dotado de carácter obligatorio, al menos el intento de acudir a la mediación. El 11 de enero de 2019 se publicó el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, cuyo artículo segundo pretende modificar la LEC, en concreto el artículo 681.1, introduciendo el siguiente texto: «El intento de mediación será requisito necesario para el ejercicio de la

<sup>75</sup> La mediación hipotecaria en Andalucía busca a petición del consumidor poder alcanzar un acuerdo con la entidad bancaria, capaz de aunar medidas (reestructuración de deuda, períodos de carencia, condonación parcial de la deuda, cambio del tipo de interés, venta extrajudicial del bien hipotecado, rehabilitación del préstamo hipotecario, dación en pago, etc.) que permitan al deudor conservar su vivienda o, en caso de no poder, acabar tras la ejecución del bien inmueble hipotecado con la menor deuda posible.

<sup>76</sup> Artículo 17 de la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, destinada a la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda; Arts. 132-1 ss. Del Código de Consumo Catalán; Arts. 59 bis y 59 ter de la Ley murciana 6/2015 de la Vivienda de la Región de Murcia, concretamente como medida política de protección pública de la vivienda; etc.

<sup>77</sup> No obstante, si la mediación hipotecaria se cataloga como una especialidad de mediación en consumo, deberá tener en cuenta la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Esta norma –a través de la Disposición final séptima– modifica la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, extrayendo la mediación de consumo de las distintas clases de mediación que estaban excluidas de su ámbito de aplicación, pudiéndose entender que a partir de ahora le será de aplicación el contenido de dicha Ley. Ello comportaría el respeto de los principios fijados en mediación, determinaría la eficacia de los acuerdos alcanzados, etc.

<sup>78</sup> En ocasiones, puede que exista un ánimo social en colaborar dentro de la mediación hipotecaria como acreedor. En otras, existirá un interés económico, pues a veces la ejecución de la hipoteca y, posiblemente, la posterior adjudicación del bien inmueble, puede no ser una actuación rentable para la entidad bancaria, dada la situación del mercado inmobiliario.

acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca constituida sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del deudor o de su familia». De ser así, la mediación hipotecaria, cuando el préstamo tenga por objeto la financiación de la vivienda habitual, se convertirá en un proceso extrajudicial preceptivo al proceso especial de ejecución hipotecaria. Ello a pesar de las críticas de diversa doctrina<sup>79</sup>. De hecho, constituiría un nuevo «requisito de procedibilidad», ralentizando la tutela ejecutiva privilegiada del acreedor hipotecario. Si bien, con dicha propuesta, el legislador expone de forma patente la intención de fomentar el «intento de negociación» ante el «conflicto hipotecario», para evitar la pérdida de la vivienda habitual.

## 2.2.2 LA VENTA EXTRAJUDICIAL ANTE NOTARIO DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO

Como alternativa al proceso especial de ejecución hipotecaria, el artículo 1.858 CC y el artículo 129 LH permiten que la acción hipotecaria también pueda ejercitarse a través del proceso de venta extrajudicial ante notario del bien hipotecado. No obstante, no ha brillado por su uso durante la crisis, dado que para su inicio era necesario que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, así como la falta de pago de la cantidad garantizada. Pero como expone Navas, «con la grave crisis de morosidad [...] comienza a ser considerado como una alternativa de ejecución más rápida y barata que la judicial»<sup>80</sup>. Por tal razón, diversas reformas legales post-crisis han intentado impulsar tal proceso, introduciendo cambios que, en gran parte, pretenden favorecer al deudor hipotecario<sup>81</sup>.

Entre los cambios más destacados se encuentran la venta en única subasta, de carácter electrónico (siguiendo las reglas de la LEC); el control de cláusulas abusivas por parte del notario (y consecuiente suspensión de la venta extrajudicial por impugnación judicial); la aplicación de la quita parcial del artículo 579.2 LEC o la exigencia de que el valor de subasta no puede ser distinto al fijado para el procedimiento de ejecución judicial directa, ni ser inferior al 75 % del valor de tasación (extraído según lo dispuesto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipoteca-

<sup>79</sup> COBAS COBIELLA, *CEFLegal*, 2014, pp. 29-30; CALLEJO CARRIÓN y DE PRADA RODRÍGUEZ, 2016, p. 617.

<sup>80</sup> NAVAS OLÓRIZ, *RDC*, 2014, pp. 121.

<sup>81</sup> Tal precepto fue modificado por las Leyes 1/2013, de 14 de mayo y 19/2015, de 13 de julio. La última reforma se ha producido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Vid.* ADÁN DOMÈNECH, *CDC*, 2017, pp. 83-134; GARCÍA VILA, *La notaría*, 2013, pp. 20-27; GOMÁ LANZÓN, *CDC*, 2014, pp. 197-222; BIELA CASTRANADO, 2014, pp. 257-316; etc.

rio). No obstante, éste último requisito de procedibilidad ha sido alterado por la LCCI, estableciéndose que el valor de subasta debe ser igual al valor de tasación. Tal medida beneficia al deudor hipotecario al permitir la salida a subasta del bien inmueble por el mismo valor de tasación, incrementando las posibilidades de que el producto obtenido sea suficiente para el pago de la deuda. Sin embargo, no se comprende tal reforma si subsiste en el artículo 682.2.1.<sup>o</sup> LEC la posibilidad de que en el proceso de ejecución hipotecaria el valor de subasta del bien hipotecado sea del 75 % respecto al valor de tasación<sup>82</sup>. Si el acreedor desea pactar un tipo inferior al valor de tasación –que será lo habitual–, no tendrá interés en estipular en el préstamo hipotecario el uso del proceso de venta extrajudicial en caso de impago. Con ello, se desincentiva tal proceso ante notario y se discrimina la posición de los deudores hipotecarios según sea el proceso ejecutivo utilizado. La vivienda habitual merece la misma protección, ya sea en sede judicial o extrajudicial.

### 3. REFORMAS LEGALES ATINENTES AL DERECHO CONCURSAL

Una de las reformas más tardías y esperadas tras iniciarse la crisis, fue la instauración de un *fresh start* en España. En 2015, tras diversas reformas legales<sup>83</sup>, se introdujo en el artículo 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), el anhelado beneficio de la exoneración del pasivo restante, a favor de personas naturales (con o sin actividad empresarial). Con tal regulación –falta de acogida y no exenta de críticas y deficiencias prácticas<sup>84</sup>–, nuestro Derecho ofrece al deudor insolvente de buena fe una «segunda oportunidad», pudiendo optar a una liberación parcial de sus deudas dentro del proceso concursal. En la práctica habitual, para poder alcanzar tal beneficio legal, los deudores insolventes suelen atravesar diversas fases dentro del proceso con el fin de alcanzar la liberación de deudas. Primeramente, se inicia –e intenta– un acuerdo extrajudicial de pagos ante notario –o mediador concursal– (AEP) (arts. 231 a 242 LC). De no ser aprobado o por falta de viabilidad,

---

<sup>82</sup> Vid. CABANAS TREJO, *DLL*, 2019.

<sup>83</sup> Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social y Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

<sup>84</sup> CUENA CASAS, *REDS*, 2015, pp. 16-39; CUENA CASAS, *CDC*, 2016, pp. 575-639; BERROCAL LANZAROT, 2016, pp. 109-263; CASANELLA BASSOLS, *DLL*, 2016; CARDÓ HERRERO, *AJA*, 2016, p. 9; CONDE FUENTES, *CEEJ*, 2015-2016, pp. 19-34; RUBIO VICENTE, *RcP*, 2016, pp. 99-131; FERNÁNDEZ SEJO, 2015; MONTILLA ARJONA, *RGDP*, 2018; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2015, pp. 2365-2384; etc.

según el artículo 242.bis.10.<sup>º</sup> LC se procede –por concurso consecutivo– a la apertura de la fase de liquidación (arts. 142 ss. de la LC). Tales fases no serán necesarias ante la insuficiencia de masa activa, es decir, la ausencia de ingresos y bienes del deudor (art. 176 bis LC). Una vez liquidados todos sus bienes, se inicia el trámite relativo a la exoneración del pasivo restante, con base a la concurrencia de ciertos requisitos exigidos dentro del artículo 178 bis LC. La cuestión, por la materia a examinar, es cómo afecta esta nueva regulación a la hipoteca de vivienda habitual o crédito hipotecario<sup>85</sup>.

### **3.1 El concurso de persona física (no empresaria) y la hipoteca sobre vivienda habitual**

El deudor persona natural (no empresaria) que se encuentre en estado de insolvencia (conforme al art. 2 de la LC) o que no pueda cumplir regularmente con sus obligaciones, respecto a sus acreedores –entre ellos, el acreedor con garantía real sobre la vivienda habitual–, puede solicitar la apertura del AEP si reúne los presupuestos exigidos en el artículo 231 de la LC, un instituto preconcursal, que ofrece un espacio de arreglo de deudas –dirigido por notario o mediador concursal– entre deudor y acreedores. Dentro de esta fase, destaca que el inicio del expediente provoca la paralización de ejecuciones judiciales o extrajudiciales –como el proceso especial de ejecución hipotecaria– sobre el patrimonio del deudor, como la vivienda habitual, durante un plazo de dos meses (arts. 242 bis.1.8.<sup>º</sup> y 235.2.a) de la LC). Con tal medida se pretende fomentar un marco de negociación que desemboque en un plan de pagos viable para el deudor insolvente que, podrá contener, los siguientes acuerdos: a) Esperas por un plazo no superior a diez años; b) Quitas y c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos (arts. 242. bis.1.7.<sup>º</sup> y 236.1 de la LC)<sup>86</sup>. Tal acuerdo deberá ser aprobado atendiendo al sistema de mayorías dispuesto en el artículo 238 de la LC. En cuanto a los acreedores hipotecarios, por un «efecto de arrastre» –previsto en el artículo 238 bis.3 de la LC–, pueden quedar vinculados al contenido del convenio e, incluso, podría llegar a aprobarse una dación en pago de la vivienda habitual.

<sup>85</sup> *Vid. JIMÉNEZ PARÍS, RCDI, 2017, pp. 1043-1064; ÁVILA RODRÍGUEZ, 2018, pp. 225-247 SÁNCHEZ GARCÍA, Revista de Derecho vLex, 2015; QUESADA PÁEZ, RCDI, 2016, pp. 3193-3207; Palacios, AJA, 2019; etc.*

<sup>86</sup> A través de las negociaciones se pretende que los acreedores sean proclives a condonar parte de las deudas, fijar moratorias (de principal e intereses), reestructurar la deuda, etc. No obstante, existen dos límites: «En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente» (art. 236.1 de la LC).

Si en el plazo de dos meses no es posible alcanzar un acuerdo, se abre directamente la fase de liquidación, tendente al desarrollo de las operaciones necesarias para la realización de los activos del deudor (art. 149 de la LC), como la vivienda habitual. Si el acreedor no hubiera iniciado la acción hipotecaria antes de la declaración del concurso, la vivienda se liquida dentro del proceso concursal –en caso contrario, podría ejecutar el bien inmueble de forma separada– (art. 57.3 de la LC). De ser así, al estar ante un crédito con privilegio especial, la realización de la vivienda se llevaría a cabo «en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda» (art. 155.4 de la LC). El acreedor hipotecario hará suyo el montante resultante de la ejecución de la vivienda habitual. Si bien, hay que advertir que el privilegio especial solo alcanza la parte del crédito que no excede del valor de la garantía real –valor sustraído de un informe de tasación conforme al artículo 94.5 de la LC–. El importe del crédito que excede de tal privilegio, será calificado según su naturaleza (art. 90.3 de la LC). Quiere ello decir, que, si la deuda hipotecaria no se hubiera satisfecho en su totalidad con la realización de la garantía real, la deuda restante tendrá la consideración de crédito ordinario o subordinado. Un aspecto a tener en cuenta, de vital importancia, para la posterior aplicación del beneficio de la exoneración del pasivo restante.

En principio, para la conclusión del concurso (art. 176 de la LC)–y también para poder optar al beneficio de la «segunda oportunidad» (art. 178 bis.1 de la LC)– es necesaria la liquidación total de los bienes del deudor, incluida la vivienda habitual como bien inmueble. No obstante, según el criterio de ciertos jueces, existe la posibilidad de excluir la vivienda del activo liquidable. Según expone un comunicado de unificación de criterios, de 15 de junio de 2016, de jueces de lo Mercantil y Primera Instancia n.º 50 de Barcelona:

«Se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está atendiendo su pago con cargo a la masa, que se pueden abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía».

De este modo, si el deudor persona natural tiene capacidad para pagar las cuotas del préstamo hipotecario y el juez considera razo-

nable y justificada la conservación de la vivienda habitual, ésta podrá quedar excluida, según cierta jurisprudencia, como activo realizable dentro de la fase de liquidación. En este sentido, se manifiesta por ciertos Tribunales:

«En principio no puede excluirse la vivienda habitual de la liquidación en un concurso de persona física. Ello no obstante, no es descriptible que el valor de la garantía exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario (recordemos que tras la Reforma de 2015 es preciso consignar el valor de la garantía ex art. 155.5.º LC). Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta. La realización forzosa, no beneficiaría al resto de acreedores. En estas circunstancias parece que lo más razonable es descartar la enajenación» (Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>, de 16 de octubre de 2018)<sup>87</sup>.

No obstante, si tal opción no es posible, debiendo procederse a la realización del bien inmueble hipotecado –junto al resto de activos del deudor– la fase de liquidación puede concluir con o sin la suficiencia de los bienes para el pago de la totalidad de los créditos concursales, incluido el préstamo hipotecario. De no haber sido suficientes –o de haberse declarado la insuficiencia de masa activa durante el proceso concursal–, el deudor podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo restante (art. 178 bis.1 de la LC), la liberación de las deudas. Un *fresh start* parcial a favor del deudor persona física, que nace con el siguiente fundamento:

«En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que

<sup>87</sup> «Bankia solicita no sólo la inclusión del bien en la masa activa, sino el sometimiento de la vivienda al plan de liquidación propuesto para realizar otros bienes de la Sra. Silvia. Consideramos que esa segunda petición no puede prosperar o, por lo menos, no puede hacerlo de modo automático ya que, integrada la vivienda en la masa activa del concurso, el administrador concursal deberá ponderar si se dan los requisitos y circunstancias previstos en el artículo 155.2 de la LC, sometiendo esa decisión al trámite procesal correspondiente dentro del concurso, con todas las garantías previstas en dicho precepto. Por otra parte, caso de no ser posible o viable el pago con cargo a la masa de la deuda derivada del préstamo hipotecario sobre la vivienda, el plan de liquidación deberá ponderar si concurren en el deudor los requisitos socioeconómicos que permitirían su reconocimiento como persona en riesgo de exclusión social, o persona integrada en un colectivo especialmente vulnerable. El plan de liquidación deberá proponer las medidas adecuadas para adecuar la realización de la vivienda habitual a las medidas que prevé tanto el RDL 6/2012 como la Ley 1/2013. Por tanto, el administrador concursal deberá elaborar un nuevo plan de liquidación en el que se atienda a todos los requerimientos fijados en esta resolución» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>, n.º 72/2018, de 20 de junio de 2018). *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.<sup>a</sup>, n.º 584/2019, de 29 de enero de 2019).

una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer»<sup>88</sup>.

La cuantía de las deudas objeto de liberación dependerá del intento previo de acuerdo extrajudicial de pagos. Si el deudor persona física ha celebrado –o, al menos, intentado celebrar un AEP– y, además, ha satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, podrá beneficiarse de una liberación íntegra de los créditos ordinarios y subordinados. Si no hubiera intentado tal AEP, para disfrutar de tal exoneración el deudor deberá pagar asimismo un 25 % de los créditos ordinarios (art. 178 bis.3.4.º de la LC). De cumplirse tales requisitos se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho (se excluyen créditos públicos y derecho de alimentos). De seguirse la primera vía, ello significa, en principio, que, si tras la subasta judicial o venta del bien inmueble hipotecado queda deuda pendiente, ésta pasará a tener carácter de crédito ordinario u subordinado (según cual sea su naturaleza), formando parte de las deudas que serían, entonces, objeto de liberación. De esta forma, el acreedor hipotecario solo vería satisfecho su crédito en la cuantía que represente el precio obtenido en la ejecución del bien hipotecado. De quedar deuda pendiente, y calificarse como crédito ordinario o subordinado, sería objeto de exoneración, quedando liberado el deudor de la misma<sup>89</sup>. Es cierto, como señala Cuenca, que

<sup>88</sup> Preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

<sup>89</sup> Sobre esta cuestión, objeto de controversia, puede verse SÁNCHEZ JORDÁN, 2016, pp. 117 ss. Señala dicha autora: «A partir de la inclusión del artículo 178 bis LC, la situación es diferente de la apenas descrita. Ahora, para acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, y como ya se ha explicado, el deudor dispone de dos alternativas: la primera es la vía del previo pago de un umbral mínimo de pasivo, que se encuentra regulada en el artículo 178 bis, 3.4.º LC y en la que, de entrada, parece no haber lugar a la liberación de la deuda hipotecaria, puesto que para la concesión del beneficio se exige que ya se hayan abonado todos los créditos contra la masa y los privilegiados, entre los que se comprenden los hipotecarios. Por si ello no bastara, la norma establece que si el deudor no hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos, además de los anteriores habrá debido satisfacer también al menos un 25 % de los créditos ordinarios. De lo expuesto se deduce que si el obligado se inclinara por esta opción, el único pasivo que podría quedar liberado es el ordinario pendiente y todo el subordinado, puesto que el abono de las deudas enumeradas por la norma –entre las que, como se acaba de decir, están las privilegiadas– se constituye en condición para la exoneración del pasivo insatisfecho, dejando por lo tanto fuera del ámbito de aplicación del régimen de segunda oportunidad todas las deudas aseguradas. A favor de esta tesis podría esgrimirse, además, que la afirmación expresa de la posibilidad de liberar la parte impagada del crédito garantizado (con prenda o hipoteca) tras la ejecución de la garantía parece estar reservada únicamente a los casos en los que el obligado se inclinara por la siguiente alternativa (la que le brinda el artículo 178 bis, 3.5.º LC), ya que de conformidad con lo previsto en el número 5.2.º del artículo 178 bis LC, el beneficio de exoneración se extenderá a la parte de los créditos enumerados en el artículo 90.1 LC que no hubiera podido satisfacerse con la ejecución de la garantía (siempre que no deban incluirse en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado), cuando el

«no hay técnicamente «dación en pago» como remedio al sobreendeudamiento hipotecario». El deudor debe soportar el lanzamiento y posteriormente debe cumplir todos los requisitos legales y de conducta que se prevén en el artículo 178 bis de la LC<sup>90</sup>. Si bien, en cuanto al efecto conseguido, queda liberado del crédito inmobiliario restante tras la venta de la vivienda, de no ser suficiente el precio obtenido. Especifica un Tribunal:

«Los créditos privilegiados especiales no satisfechos con los activos garantizados han pasado a ser ordinarios y subordinados, por lo que caen dentro de la exoneración del pasivo (art. 157.2 L. C. y art. 178bis 5.2.º L. C)» (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián (Provincia de Guipúzcoa), n.º 293/2015, de 8 septiembre [JUR 2016\5522]).

La vía anterior hace referencia al «cauce general» previsto en el artículo 178 bis.3.4.º de la LC. Si el deudor no tiene capacidad económica para satisfacer la cuantía y porcentaje de los créditos descritos, podrá someterse a un plan de pagos durante un periodo de cinco años<sup>91</sup>, un cauce excepcional y alternativo que se abre a favor de deudores sin recursos (art. 178 bis.3.5.º de la LC). Tras cumplir el plan de pagos se beneficiará de la liberación de deudas<sup>92</sup>, que se extiende a la parte insatisfecha de ciertos créditos: «[...] respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos

---

deudor hubiera empleado la opción regulada en el artículo 178 bis, 3.5.º LC. Sin embargo, creo que si la vía del previo pago de un umbral mínimo de pasivo permite la exoneración de una parte de los créditos ordinarios pendientes, y que para llegar hasta la fase de liberación del pasivo insatisfecho es precisa la ejecución de las garantías, cabría sostener que al menos una parte de los créditos garantizados que no han quedado cubiertos tras la realización del valor de los bienes asegurados podrán ser considerados créditos ordinarios –con los matices que se expondrán a continuación– y, por lo tanto, serían susceptibles de quedar exonerados también cuando el consumidor concursado utilizará la posibilidad que le brinda el artículo 178 bis, 3.4.º LC». SÁNCHEZ JORDÁN, «Deudas derivadas de la adquisición de la vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho», 2016, p. 976 ss.

<sup>90</sup> CUENA CASAS, *RcP*, [La Ley 2037/2015].

<sup>91</sup> «El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: 1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos. 2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado» (art. 178 bis.5 de la LC).

<sup>92</sup> También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado» (art. 178 bis.5 de la LC). Por tanto, podría exonerarse de la deuda pendiente, si la hubiera, tras la ejecución de la garantía real.

No obstante, sigue el deudor el cauce general –vía del previo pago de un umbral mínimo de pasivo– o alternativo –vía del plan de pagos–, debe cumplir no solo unos requisitos objetivos (relativos a la cuantía y porcentaje de créditos pagados, celebración o no del AEP, etc.), sino también subjetivos. El beneficio de la exoneración del pasivo restante se concede únicamente a un «deudor de buena fe», cuyo concurso no haya sido declarado culpable y que no haya sido condenado por ciertos delitos en los últimos diez años<sup>93</sup>. Además, de someterse al plan de pagos del cauce excepcional, no debe: a) haber incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42 de la LC; haber obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años; c) haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad; y, por último, debe aceptar, de forma expresa, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años<sup>94</sup>. Recordar, igualmente, que el beneficio de la exoneración del pasivo restante puede ser objeto de revocación si concurren las circunstancias previstas en el artículo 178 bis.7 de la LC.

## **V. EL RESULTADO: LA TRANSMUTACIÓN SOCIO-JURÍDICA DE LA HIPOTECA SOBRE VIVIENDA HABITUAL**

Retomando la metáfora del Derecho como «ser vivo», queda patente que éste ha sido un paciente –en crisis– que ha sufrido múltiples «vacunas» para dotarlo de una mayor moralidad. Qué mayor propósito para su creador (el legislador) que conferir al sistema un mayor sentido de la justicia. Pero por mucho que se pensara que tales tratamientos iban a afectar a determinados «órganos» (leyes) o células (normas), se han producido «efectos secundarios» que han afectado, de forma directa o indirecta, a otras partes del Dere-

---

<sup>93</sup> Delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.

<sup>94</sup> Para conocer con más exactitud la exigencia de buena fe, véase BASTANTE GRANELL, 2016, 252 pp.; SANJUÁN Y MUÑOZ, 2015, pp. 771-803; etc.

cho. En particular, a la hipoteca, aunque sus preceptos básicos no hayan sido objeto de reforma legal. Cuando dicho derecho real de garantía recae sobre una vivienda habitual, la nueva legislación provoca la desactivación y deceleración del *ius distrahendi* y, asimismo, el sistema promueve una hipoteca (*de iure* e indirecta) de responsabilidad limitada, sin pacto expreso. Y, todo ello, por la naturaleza y destino del objeto hipotecado, su consideración de vivienda habitual. Es momento, entonces, de «monitorizar» el estado de la hipoteca en España.

## 1. LA DESACTIVACIÓN Y DECELERACIÓN DEL *IUS DISTRAHENDI*

El titular del derecho de hipoteca, el acreedor hipotecario, ostenta diversas facultades (conservativas, de aseguramiento y ejecución<sup>95</sup>). Pero entre ellas, destaca la facultad o el derecho a enajenar el bien hipotecado, cuando la obligación garantizada ha vencido y no ha sido satisfecha, para pagar la deuda<sup>96</sup>. Una facultad, recogida en el artículo 1858 CC y conocida como *ius distrahendi*, concebida al acreedor para poder satisfacer su derecho de crédito y, sin la cual, el derecho de hipoteca quedaría vacío de contenido, sin su esencia intrínseca<sup>97</sup>. Es cierto que el Derecho post-crisis no ha erradicado,

<sup>95</sup> El derecho a ejercitarse la acción de devastación del artículo 117 LH, la acción declarativa confesoria o de constatación de la existencia de la garantía, a transmitir la hipoteca, a imponer la ampliación de la garantía, a abstenerse de votar en el proceso concursal, etc.

<sup>96</sup> Se prohíbe el pacto comisorio. Artículo 1859 CC: «El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas».

<sup>97</sup> Dice la DGRN: «Por tanto, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercer el «*ius distrahendi*» inherente a su derecho mediante el ejercicio de la acción directa, o de la ordinaria, prevista en la norma ritual sujetas al control de jueces y tribunales. De este modo se hace efectiva la responsabilidad del deudor sobre el bien objeto de garantía desembocando en su enajenación forzosa por la vía de apremio. Por ello ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del «*ius vendendi*» al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de su derecho (Resolución de 13 de abril de 2012). Esta misma doctrina pone de manifiesto que el ejercicio de esa facultad consustancial del derecho del acreedor no puede ser llevada a cabo por su titular de forma unilateral dada la proscripción en nuestro derecho del pacto comisorio (artículos 1858 y 1884 del Código Civil) por lo que es preciso que su ejercicio se acomode a los procedimientos legalmente pre establecidos ya sean judiciales o extrajudiciales. Sólo de este modo la actuación del acreedor en ejercicio de su derecho recibe el amparo del ordenamiento jurídico y obtiene el reconocimiento de las consecuencias de él derivadas» (RDGRN de 15 de julio de 2013, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granollers n.º 3 a inscribir una escritura de novación de un préstamo hipotecario). «La legitimación activa le corresponde al acreedor o titular de un derecho de crédito garantizado con la hipoteca, que como tal debe aparecer en la escritura de constitución de la hipoteca, debidamente registrada. La inscripción registral legitima al acreedor a poder reclamar la realización del bien garantizado, cumpliéndose, de esta forma, las directrices contenidas en el Art. 130 de la Ley hipotecaria, al manifestar que el procedimiento

ni muchos menos, tal facultad del acreedor, pero si ha provocado su «desactivación» en sede contractual y su «deceleración» en sede procesal. Cuando el acreedor es titular de una hipoteca cuyo objeto ostenta la categoría de vivienda habitual, el *ius distrahendi* pierde sus notas esenciales: la eficacia inmediata y la celeridad.

«*Desactivación*» en sede contractual. El *ius distrahendi* es un derecho derivado de la titularidad de la hipoteca, cuya activación jurídica pende del vencimiento de la obligación asegurada. De modo que, si la obligación no se incumple por el deudor, tal facultad no se activa. El poder de realización se hallaría, pues, en estado latente. Nuestro legislador, con las medidas aprobadas, ha permitido que el ejercicio del *ius vendendi* del acreedor se dilate en el tiempo e, incluso, que se desactive.

Anteriormente, el sistema legal permitía que el acreedor hipotecario pudiera ejercitar tal derecho de producirse el vencimiento anticipado del préstamo, incluso por el impago de una o tres cuotas hipotecarias. Tras la LCCI, su artículo 24 establece que tal vencimiento solo se podrá producir por el impago de 12 o 15 cuotas del préstamo. Es decir, el *ius distrahendi* no se puede ejercitar hasta que transcurra más de un año desde que el deudor incumplió sus obligaciones de pago. Además, después o antes de suceder el vencimiento total de la deuda garantizada, el *ius distrahendi* puede quedar paralizado o, bien, dilatarse su activación, respectivamente, de forma voluntaria o forzosa. Ello dependerá del deudor hipotecario, de su comportamiento y situación socio-económica. Si resulta de aplicación el CBP, el acreedor —que se halle adherido— deberá intentar llevar a cabo una restructuración del préstamo —pudiendo dilatarse dos meses como mínimo—, que siendo viable supondrá una novación «voluntaria» y objetiva del préstamo hipotecario y, en consecuencia, inhibirá la posibilidad de iniciar la ejecución hipotecaria. Lo mismo ocurre si el deudor acude al AEP, como instituto preconcursal, implicando la prohibición de inicio y la paralización de ejecuciones hipotecarias sobre vivienda habitual durante el plazo de dos meses. Y así sucederá también si finalmente se aprueba el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación, con-

---

de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo, resultando patente una vez más que la inscripción registral condiciona la correcta constitución de la litis, pues la misma sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida, —Art. 104 de la Ley Hipotecaria y Art. 1.876 del Código Civil—, concediendo al acreedor hipotecario un derecho esencial, consistente en poder vender (realizar) el bien hipotecado (*ius vendendi*), con el consecuente derecho de cobrarse el crédito garantizado con el precio de la venta (*ius distrahendi*)» (SAP de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>, de 12 de junio de 2006).

virtiendo el intento de mediación hipotecaria en un paso previo y obligatorio para poder acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria. En ese caso, el plazo para ejercitar el *ius distrahendi* dependerá, en principio, de cada legislación autonómica. Por último, destáquese que incluso después de haberse ejercitado tal facultad de realización de la vivienda habitual, procediendo a la apertura y desarrollo del proceso de ejecución hipotecaria, el deudor puede optar a la rehabilitación del préstamo hipotecario, sin consentimiento del acreedor, antes de que se cierre la subasta (art. 693.3 LEC). Aunque el *ius distrahendi* se active, el deudor tiene la facultad legal, si cumple ciertos requisitos, de oprimir y desconectar el derecho del acreedor.

Lo anterior muestra una clara intención del legislador de demorar la activación del *ius distrahendi* por dos propósitos básicos. Por una parte, conceder un periodo de «respiro» y de recuperación económica al deudor con la regulación de la LCCI sobre las cláusulas de vencimiento anticipado. De este modo, el deudor gozará de un periodo de tiempo para obtener ingresos y saldar las cuotas impagadas. Y, por otra, preservar el lazo contractual, fomentando la «cultura del diálogo» o la reestructuración de deudas, a través del CBP o la mediación (hipotecaria y concursal), evitando, con ello, la ejecución del préstamo hipotecario<sup>98</sup>. En ambos casos se observa cómo la facultad de realización de bien inmueble se dilata o paraliza en aras a la preservación del contrato. Solo manteniendo su eficacia contractual, será posible evitar la ejecución de la vivienda habitual, sin abocar al deudor a una situación de exclusión social. La lucha por la «perennidad» del contrato inhibe la eficacia inmediata y ejercicio del *ius distrahendi*. Busca dejarlo en estado latente a favor del deudor hipotecario.

«Deceleración» en sede procesal. No hay derecho sin cauce legal para su defensa y realización. Por ende, nuestro legislador instauró cauces procesales específicos para el ejercicio legítimo del *ius distrahendi*. Como dispone el artículo 129 LH, el acreedor podrá ejercitar la acción hipotecaria en sede judicial o extrajudicial. En el texto original de la Ley Hipotecaria de 1946, los acreedores consiguieron que el legislador estableciera un proceso especial de ejecución (ex art. 131 LH), que les otorgaba una tutela judicial privilegiada para proceder a la enajenación del bien hipotecado. Tal proceso se insertó posteriormente en la Ley 1/2000, de 7 de enero (LEC) (artículos 681 a 698). Igualmente, se estableció el proceso de venta extrajudicial de bienes hipotecados (art. 129 LH). La intención de su creación legal era –y es– ofrecer a los acreedo-

<sup>98</sup> Lo mismo ocurre con la rehabilitación del préstamo hipotecario en sede judicial.

res un proceso de apremio especial y privilegiado para favorecer la realización inmediata de los bienes hipotecados, sin contradicción y en la menor brevedad posible. Dicho con otras palabras, el propósito es que tales procesos se caractericen por su celeridad y la eficiencia en el cobro, sirviendo como un cauce óptimo para el ejercicio del *ius distrahendi*. Sin ellos, tal derecho carecería de eficacia inmediata y rapidez. Por tal motivo, para evitar dilataciones, se suprime el trámite de avalúo del bien hipotecado (haciendo referencia al valor de tasación) y se exige un domicilio a efectos de notificaciones del deudor (art. 682 LEC). Aparecen como una *conditio iuris* de acceso.

Sin embargo, tras el Derecho post-crisis, los cambios legales en el interior del proceso de ejecución hipotecaria han provocado la «deceleración» del *ius distrahendi*. La ausencia de contradicción (de alegaciones) y de medios de defensa del deudor hipotecario eran rasgos distintivos que dotaban al proceso de una mayor celeridad. Si bien, la introducción de una nueva causa de oposición (poder alegar la existencia ciertas cláusulas abusivas) –apreciable de oficio por el juez– (art. 695 LEC) y una interpretación abierta de las causas de suspensión (696 y 697 LEC)<sup>99</sup>, han inducido una transformación del proceso de ejecución hipotecaria y la merma de su celeridad. La oposición por cláusulas abusivas se convierte en un «cajón de sastre» para alegar la abusividad de cláusulas del préstamo hipotecario e iniciar, así, un proceso declarativo, lo que comporta la apertura de un incidente con efecto suspensivo. El efecto para el acreedor es abrumador, pues conlleva una ralentización del proceso ejecutivo, a veces por motivos que podrían ser infundados (en la búsqueda de dilatar la pérdida de la vivienda habitual o, bien, poder proceder a la rehabilitación del préstamo vencido). Tal situación podría plantear un quebranto de la tutela judicial del acreedor. El Derecho *pro debitoris* ha supuesto el paso de un proceso hipotecario, sumario y rápido, a un proceso «cuasicontradictorio» y lento, en detrimento de los intereses del acreedor<sup>100</sup>. De hecho, actualmente el proceso de ejecución hipotecaria puede durar entre uno o dos años –e, inclu-

<sup>99</sup> Por prejudicialidad civil, por existencia de un proceso declarativo, por sucesión procesal, por inicio de proceso concursal, por petición de asistencia jurídica gratuita, etc.

<sup>100</sup> En cierta parte, ello sucede también dentro del proceso de venta extrajudicial ante notario de bienes hipotecados, pues dentro del apartado segundo, letra f), del artículo 129, se ha insertado, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la posibilidad de suspender el proceso extrajudicial por la posible existencia de cláusulas abusivas. Señala CARRASCO PERERA: «La causa específica de oposición del art. 695.4.<sup>º</sup> exige, a diferencia de las demás, un verdadero juicio contradictorio incrustado en el hipotecario; para tal viaje no se necesitan alforjas, y bastaba aplicar ordinariamente el elenco de causas de oposición de los arts. 557 y 559 LEC y el régimen ordinario de apelaciones y de tercerías». CARRASCO PERERA, *El Notario del Siglo XXI*, 2014.

so más tiempo–, según las circunstancias existentes. Como resultado, la reforma procesal ha desprovisto –por la necesaria protección del consumidor y su vivienda– al *ius distrahendi* de una nota esencial: su celeridad<sup>101</sup>.

## 2. HACIA UNA HIPOTECA (*DE IURE*) CON DEUDA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Generalmente –por no decir siempre–, los préstamos hipotecarios se suscriben sin responsabilidad limitada. Ello significa que, si tras la realización forzosa del bien hipotecado el saldo obtenido no es suficiente para el pago de la obligación dineraria, el acreedor, con base al principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC, puede perseguir otros bienes del deudor. Así lo establece el artículo 105 LH, cuando especifica que la hipoteca «no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil». No obstante, existe la posibilidad de pactar en sede contractual una cláusula en virtud de la cual la obligación garantizada «se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados» (art. 140 LH). De este modo, como dispone tal precepto, «la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor». Dicho de otra forma, el deudor solo responderá con el valor de su vivienda habitual. Afirma acertadamente Serra que «el art. 140 LH no autoriza un pacto de limitación de responsabilidad sino de concreción de la misma al bien hipotecado»<sup>102</sup>. En efecto, a los acreedores no les interesa tal pacto, se trata de una «entelequia». En la práctica actual no se celebran contratos que configuren un préstamo –o una hipoteca– con deuda de responsabilidad limitada, por mucho interés que tenga el deudor<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Piénsese que «el control de abusividad se torna prioritario ante una ejecución hipotecaria en que esté comprometida la vivienda del consumidor ejecutado, pues puede ocurrir que una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución sea abusiva, de manera que pueda verse así injustamente privado de su vivienda. No hay que perder de vista que esa eventual privación vía lanzamiento hipotecario afecta negativamente a un derecho, cual es el derecho a la vivienda, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce esencial y garantizado por el artículo 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea 48 (en adelante, CDFUE), que los jueces nacionales deben tener en cuenta al aplicar la Directiva 93/13/49, y en tanto que es así el Tribunal de Justicia se erige como supervisor de su cumplimiento y respeto». DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, p. 54.

<sup>102</sup> SERRA RODRÍGUEZ, AJI, 2017, p. 331.

<sup>103</sup> «En este momento hay que hacer notar que esta hipoteca se ha podido pactar perfectamente a lo largo de los últimos años, pues proviene de la redacción de 1946 de la

No obstante, la carencia de tales pactos en sede contractual y el perjuicio ocasionado al deudor han incentivado que ciertas reformas legales se dirijan a imponer –de forma encubierta–, en mayor o menor medida, una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada. El Derecho post-crisis ha elevado el valor de subasta de los bienes hipotecados en sede judicial y notarial (igual o superior al 75 % del valor de tasación e igual al valor de tasación, respectivamente); ha concedido, en virtud del CBP, una dación en pago a favor de deudores sin recursos; ha establecido quitas parciales de la deuda hipotecaria –algunas voluntarias y otras forzosas– (dentro del marco de negociación del CBP y en el art. 579.2 LEC); y ha permitido, con base al artículo 178 bis de la LC, que los deudores de buena fe puedan verse exonerados de la deuda pendiente tras la liquidación de la vivienda habitual en sede concursal. Es cierto que con algunas reformas no se evita que el deudor siga respondiendo con su patrimonio (como la relativa al incremento del valor de subasta en el proceso de ejecución hipotecaria). Pero otras medidas, como la dación en pago del CBP o el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, permiten que el deudor responda únicamente con el valor del bien inmueble hipotecado. Nuestro Derecho parece dirigirse, de forma progresiva, al reconocimiento –trasversal y legal– de una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada al bien hipotecado. Y, ello, sin modificar, de forma directa, la Ley hipotecaria.

Si la limitación de responsabilidad al valor del bien hipotecado no fluye mediante pacto en sede contractual, el legislador parece querer insertarlo *de iure* –o imponerlo– en sede ejecutiva. Ante ello, puede que en un futuro el pacto de «concreción de responsabilidad limitada» sea un derecho irrenunciable e imperativo a favor del deudor con hipoteca sobre vivienda habitual. Se pasaría, entonces, de una hipoteca voluntaria a una «hipoteca legal de responsabilidad limitada». Mientras tanto, habrá que conformarse con el intento legal de incentivar que el valor del bien hipotecado sea suficiente –en su totalidad o en la mayor parte posible– para satisfacer el derecho de crédito del acreedor hipotecario.

---

LH, pero en la realidad económica vemos que nadie la pacta, pues disminuye la garantía al eliminar la subsistencia de la responsabilidad del 1911 CC, encareciendo el préstamo. Es lógico, si limitamos la responsabilidad al valor del bien hipotecado, cualquier disminución de dicho valor implicará la de la responsabilidad, y por tanto y si baja dicho valor por debajo del montante de la deuda, ello significa una quita para el deudor, porque no hay posibilidad de extender luego la responsabilidad por la parte de deuda no cubierta a otros bienes, muebles o inmuebles. En cualquier caso, implica menos garantía, lo que da lugar a mayor riesgo, y por tanto ello determina un mayor precio del dinero». LACRUZ MANTECÓN, *RDC*, 2014, pp. 89-103.

### 3. EL GÉNESIS DE UNA «HIPOTECA ESPECIAL» SOBRE VIVIENDA HABITUAL

Las reformas legales habidas tras la crisis –de Derecho civil, Procesal y Concursal– han generado de forma indirecta –con o sin tal objetivo– una legislación específica, un régimen jurídico propio, sobre la hipoteca cuyo objeto sea la vivienda habitual del deudor hipotecario. De hecho, dada la abundancia de cambios, podría decirse que existe la «hipoteca especial sobre vivienda habitual». La garantía real, con base a la condición del bien inmueble, se somete no solo a las normas comunes, también a nuevas normas especiales<sup>104</sup>. Ante tal situación, el acreedor, al conceder un crédito hipotecario, no debe respetar únicamente las normas relativas a la contratación de un préstamo para la adquisición de vivienda (como la LCCI), sino también valorar el beneficio de constituir una hipoteca como garantía de la obligación, atendiendo a las nuevas normas del mercado hipotecario. La condición de «vivienda habitual» del bien inmueble hipotecado comporta, en consecuencia, nuevas «reglas del juego» en sede contractual y ejecutiva que la entidad bancaria debe examinar. Tal es así, que ahora, más que nunca, tiene especial importancia preguntar al cliente el destino del bien inmueble que pretende adquirir con el préstamo hipotecario. La naturaleza del objeto hipotecado, su condición de vivienda habitual, puede transformar el *ius distrahendi* del acreedor y la extensión de la responsabilidad hipotecaria. Con el Derecho post-crisis no será lo mismo ejecutar un bien inmueble genérico, que una vivienda habitual. Como efecto, cambiarán las políticas de concesión del crédito y las «estrategias» de la banca en sede ejecutiva.

Con el propósito de asegurar la aplicación de dicho régimen especial es importante hacer constar que la vivienda constituye la residencia o domicilio permanente del deudor. Por tal razón, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, introdujo un nuevo apartado en el artículo 21 de la LH, que dispone: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque». Por su tenor literal, parece un deber impuesto a las partes contratantes, cuyo cumplimiento debe observar el notario e, incluso, el registrador, pudiendo comportar una calificación negativa. Al constar tal carácter en la escritura de préstamo, se presume «salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual». La constancia registral es decisiva porque «determinará de

---

<sup>104</sup> *Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, pp. 241-334.*

futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda»<sup>105</sup>. No obstante, el transcurso del tiempo puede provocar un cambio en el destino del bien inmueble<sup>106</sup>. De ser así, y de producirse en sede ejecutiva, el acreedor deberá probar tal circunstancia para evitar la aplicación del régimen especial. Asimismo, puede suceder a la inversa, adquiriendo el bien inmueble en un futuro la condición de vivienda habitual. De modo que, si el deudor hipotecario desea beneficiarse del régimen especial, deberá probar tal condición con los medios probatorios oportunos. Así pues, su constancia registral es un dato relevante, pero no definitivo<sup>107</sup>. De hecho, durante la vida del préstamo las partes pueden modificar o alterar la condición del bien inmueble. Siendo así, y a pesar de la labor de control de notarios y registradores, el deudor debe vigilar la inclusión de tal cláusula en la escritura de préstamo hipotecario para gozar de una mayor protección jurídica.

#### 4. LA «MACRODEPENDENCIA» EN LA RELACIÓN CRÉDITO-HIPOTECA

En efecto, la naturaleza del objeto gravado –de vivienda habitual– transforma el *corpus iuris* de la hipoteca y su contenido. Si bien, la transmutación del derecho real de garantía no proviene exclusivamente de la condición del objeto gravado, sino también de una «macrodependencia» con la obligación garantizada. Como dijimos, la hipoteca pende del crédito inmobiliario. No obstante, el Derecho y jurisprudencia post-crisis ha generado una fuerte dependencia –colosal influencia– hipoteca-crédito. Ello se debe a que las leyes aplicables al préstamo y su práctica judicial, sobre todo cuando una parte es consumidora, afectan sustancialmente al derecho real de garantía (TRLGDCU, LCGC, LCCI, etc.). Antes, la dependencia parecía limitarse al cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada. Ahora se ha visto potenciada por la creación de derechos imperativos de carácter irrenunciable (como las cláusulas de vencimiento anticipado) y por los efectos derivados de la existencia de cláusulas abusivas. Respecto a esto último, el carácter abusivo de ciertas cláusulas financieras (cláusulas suelo, intereses de demora, índices de referencia, etc.) puede alterar de forma sustancial el *quantum* garantizado con la hipoteca (determi-

<sup>105</sup> RDGRN, de 26 de noviembre de 2013 [RJ 2014/23829]; RDGRN, de 19 de diciembre de 2013 [RJ 2013/8378]; etc.

<sup>106</sup> Sobre tal asunto, destaca la controversia en torno a una posible cláusula que limite o impida el cambio de destino del bien inmueble hipotecado, sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de septiembre de 2015. Véase ALBIEZ DOHRMANN, *RLM*, 2016, pp. 35 a 42.

<sup>107</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, pp. 326 ss.

nado en la escritura pública conforme al art. 12 LH); e, incluso, afectar al *ius distrahendi*<sup>108</sup> o, bien, provocar la ineeficacia de la ejecución hipotecaria, ya finalizada, del bien inmueble hipotecado<sup>109</sup> (posibles efectos derivados de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado). Lo anterior evidencia la repercusión de la legislación *pro consumatore* en el desarrollo y ejecución del derecho real de garantía. Tal es así, que puede apreciarse el contrasentido de observar cómo la hipoteca, nacida en beneficio del acreedor, se diluye o muta con base a normas *pro debitoris* de origen legal, pero de base contractual, en detrimento de aquel.

## VI. CAUSAS EXEGÉTICAS DE LA TRANSMUTACIÓN SOCIO-JURÍDICA

Es innegable la afectación –directa o indirecta– del Derecho post-crisis sobre la hipoteca. Diversa legislación especial ha alterado el contenido y funcionamiento de dicho derecho real de garantía, provocando una auténtica transmutación jurídica (desactivación o deceleración del *ius distrahendi*, el progreso hacia una hipoteca de responsabilidad limitada, la creación de un régimen jurídico especial e, inclusive, la generación de una relación «macro-dependiente»). Finalmente, la «vacuna jurídica» para dotar al sistema de mayor moralidad está provocando el advenimiento de una *hypotheca specialis* en nuestro Derecho. Ahora bien, debemos analizar el «compuesto» o las «sustancias» de tal vacuna, pues la transformación o cambio se está produciendo por el apogeo y la tímida entrada de nuevos principios, pensamientos y teorías; y, que, al parecer, están llamados a cobrar un gran protagonismo.

<sup>108</sup> Actualmente, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado plantea diversos interrogantes tras la STJUE, 26 de marzo de 2019 (Asuntos acumulados: Abanca Corporación Bancaria, S. A. y Alberto García Salamanca Santos (C-70/17); Bankia, S. A. y Alfonso Antonio Lau Mendoza, Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez (C-179/17)). Si bien, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado es un problema de carácter procesal que afecta al ejercicio del *ius distrahendi*. Y ello, porque, según tal sentencia, la nulidad puede comportar la imposibilidad de acudir al proceso especial de ejecución hipotecaria, salvo que, por decisión del consumidor, éste prefiera seguir tal cauce procesal y evitar que la ejecución del contrato se desarrolle por la vía ordinaria, que puede resultar un cauce menos favorable a sus intereses económicos. Destáquese cómo la abusividad de una cláusula ha provocado que el *ius distrahendi*, una facultad del acreedor, penda de la decisión del deudor. No obstante, recuérdese que tal pronunciamiento judicial es aplicable a ejecuciones hipotecarias pasadas, existiendo una nueva regulación de cláusulas de vencimiento anticipado en la LCCI. *Vid.* ADÁN DOMÈNECH, *DLL*, 2019.

<sup>109</sup> SOT TORRES, *RSI*, 2017, pp. 24-27.

## 1. LOS «DERECHOS SOCIALES» EN EL DERECHO DE CONTRATOS Y DE GARANTÍAS

Si tal «inyección jurídica» de moralidad en el sistema español ha sido posible –que no suficiente– se debe a la exaltación por el clamor social de los derechos humanos durante la crisis. En concreto, a la demandada defensa del derecho a una vivienda digna ante la pérdida del bien inmueble hipotecado. Tal derecho se recoge en el artículo 47 de nuestra Carta Magna, que dispone lo siguiente:

«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho».

Por su parte, el artículo 34.3 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), manifiesta:

«[...] la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales».

Realmente no nos encontramos *stricto sensu* ante «derechos fundamentales», sino ante principios rectores de la política social y económica de España (art. 53.3 CE) y, en efecto, de la Unión Europea (art. 52 CDFUE). No obstante, con base al contenido del artículo 7 de la CDFUE, el TJUE ha llegado a reconocer, al juzgar un conflicto en materia de ejecuciones hipotecarias y cláusulas abusivas, que el derecho a una vivienda digna tiene el carácter de derecho fundamental<sup>110</sup>:

«En efecto, la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU: C:2013:164, apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada [...]. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda n.º 19009/04,

---

<sup>110</sup> En su momento, algún autor consideraba de aplicación el derecho consagrado en el artículo 7 de la CDFUE, precepto que dispone: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones». *Vid. CHEREDNYCHENKO*, 2014, pp. 197-199. En tal caso, estamos ante un auténtico «derecho fundamental» que, de interpretarse tal precepto como defensor del derecho a la vivienda digna, cobraría especial relevancia ante la colisión de derechos entre acreedores y deudores hipotecarios. *Vid. MEDINA GUERRERO, TRC*, 2015, p. 280.

apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda n.º 27183/04, apartado 137). En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13» (STJUE, De 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, caso Monika Kušionová y Smart Capital, a.s.)<sup>111</sup>.

Dentro del régimen español, la protección del derecho a la vivienda digna es un principio que «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», siendo alegables ante la jurisdicción ordinaria «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollem» (art.53.3 CE). Con todo, el legislador y los jueces no pueden ignorar lo dicho por el TJUE. Por tal razón, y a pesar de la poca intensidad en la aplicación de tal derecho en las políticas públicas, la legislación post-crisis se ha preocupado, en parte, de dotarlo de una mayor efectividad y protagonismo. El derecho a la vivienda digna ha iniciado su entrada en la solución del conflicto hipotecario, recogiéndose tal preocupación en diversas leyes. Basta, para ello, apreciar el contenido de sus preámbulos<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup> «Así ocurre con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda» (STJUE, de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

<sup>112</sup> «En la Unión Europea, cuyo derecho goza del principio de primacía frente al derecho nacional, la vivienda está reconocida como un derecho fundamental, tal como reconoce expresamente el apartado 65 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13, donde con toda contundencia se manifiesta que «En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13». La normativa europea se refiere a los créditos celebrados con consumidores que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, es decir, su objeto es la protección de los consumidores» (Preámbulo de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). «La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios. Si bien la tasa de morosidad en nuestro país es baja, hay que tener muy presente el drama social que supone, para cada una de las personas o familias que se encuentran en dificultades para atender sus pagos, la posibilidad de que, debido a esta situación, puedan ver incrementarse sus deudas o llegar a perder su vivienda habitual» (Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). «La trascendencia de esta previsión normativa es indudable, pues garantiza que durante este período de tiempo, los deudores hipotecarios especialmente vulnerables no puedan ser desalojados de sus viviendas, con la confianza de que, a la finalización de este período, habrán superado la situación de dificultad en que se puedan encontrar en el momento actual» (Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios).

El derecho social a la vivienda digna ha informado diversa legislación hipotecaria (LCCI, CBP, La Ley 1/2013, de 14 de mayo, etc.), la práctica de nuestros Tribunales (al desarrollar interpretaciones jurídicas en defensa del deudor hipotecario, al plantear cuestiones prejudiciales al TJUE), así como la actuación de los poderes públicos (como la inserción de la mediación hipotecaria en defensa de la preservación de la vivienda habitual). De hecho, es innegable su influencia en la reforma de aspectos contractuales y procesales (la nueva regulación del vencimiento anticipado, la posibilidad de rehabilitar el préstamo hipotecario en sede ejecutiva, la paralización de las ejecuciones hipotecarias durante la mediación concursal, etc.)<sup>113</sup>. Tal derecho, de inicio fundamental según el TJUE, está irradiando un leve influjo dentro del préstamo hipotecario y, al mismo tiempo, en la hipoteca –al inspirar nuevas reglas contractuales y al alterar el desarrollo del *ius distrahendi*, respectivamente–. Antes de la crisis el derecho a la vivienda era «papel mojado» a la hora de solventar los problemas hipotecarios en sede ejecutiva o legislativa. Ahora, por el contrario, estamos siendo testigos de la repercusión paulatina de tal derecho social en el Derecho de contratos y garantías, al menos cuando se trata de asuntos hipotecarios<sup>114</sup>.

La crisis económica puso en entredicho –una vez más– la defensa deliberada del individualismo económico y el sistema capitalista. La caída de la sociedad, tras miles de ejecuciones hipotecarias, abrió un fuerte debate sobre la posición jurídica del acreedor hipotecario. El resultado fue la exaltación de los «derechos humanos», los derechos a la dignidad y a una vivienda digna. No era momento de pensar en la seguridad jurídica, sino en un «orden público humanista»:

«En temps de crise, la promotion des droits de l'homme ou plus largement des droits fondamentaux est un thème autour duquel un consensus peut être recherché. Les droits de l'homme constituent en quelque sorte un ordre public humaniste qui met

---

<sup>113</sup> No obstante, como bien afirma la doctrina, debemos ir más allá en beneficio del consumidor de vivienda: «Postulamos dejar atrás la inusitada integración del Derecho español a la que venimos asistiendo –forzada, tardía e inefficiente–, para avanzar hacia otra cuyo eje vertebrador sea realmente el contexto social que debiera nutrir al concreto contenido legal, y cuyo material fueran las reglas normativas y modelísticas que, desde el Derecho europeo y comparado, hemos expuesto por contraste a las que, rigiendo aquí, no se han mostrado tuitivamente eficaces para frenar el abuso que sufren los consumidores en la contratación masiva, especialmente en la adquisición de vivienda». *Vid.* DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, p. 507.

<sup>114</sup> Como propuesta, para desarrollar la función social de la vivienda, DOMÍNGUEZ ROMERO observa la necesidad crear un sistema más eficiente frente a cláusulas abusivas, dada la situación de macrodependencia y la afectación de sus efectos respecto a la hipoteca. *Vid.* DOMÍNGUEZ ROMERO, 2018, pp. 507.

au sommet de la hiérarchie des valeurs le respect de la personne humaine»<sup>115</sup>.

El Derecho post-crisis muestra como el Derecho de contratos y garantías acoge, en mayor medida, los derechos sociales. No puede decirse, por el momento, que el contrato de crédito inmobiliario sigue un discurso socialista, ni siquiera la hipoteca como garantía. Si bien, un «espíritu social» está penetrando en nuestra legislación hipotecaria, en busca de un reequilibrio de intereses. Dicho de otra forma, los «derechos humanos» están inspirando el equilibrio de las instituciones. La finalidad es frenar los posibles embistes del mercado hipotecario ante una cuestión social, la defensa de la vivienda habitual de los ciudadanos. Para ello, estamos asistiendo a una progresiva «humanización» del conflicto hipotecario. Podemos decir, así, que la crisis nos ha hecho tomar una mayor conciencia de la necesaria protección de los débiles. El ser humano debe ser el centro de toda reforma legal. El Derecho carecería de esencia si no buscara la protección de la persona. Puede que sea el momento de permitir la entrada de una corriente humanista y solidaria a favor de deudores hipotecarios, de forma excepcional, cuando se trate de proteger la vivienda habitual. No se trata de resolver la mera dicotomía entre el *favor debitoris* o el *favor creditoris*, sino de reequilibrar la balanza por respeto a los derechos del ser humano. El Derecho de contratos y garantías debe verse impregnado, en cierto modo, por la dignidad humana. Y ello, a pesar de la posible perturbación de los intereses económicos de los acreedores. Sin embargo, humanizar el Derecho en materia hipotecaria puede comportar ciertos peligros, que deben ser sofocados *a priori*.

Es indiscutible que el Derecho de contratos y garantías está padeciendo el influjo de los «derechos humanos», cuya esencia se comienza a imprimir en la fase contractual y ejecutiva de todo préstamo hipotecario celebrado con la finalidad de adquirir una vivienda habitual. Si bien, nos encontramos ante una influencia moderada dentro del conflicto hipotecario, pero que aspira a alcanzar un mayor protagonismo y repercusión en nuestro Derecho. La cuestión es saber hasta dónde llegará la «humanización» del Derecho en materia hipotecaria.

---

<sup>115</sup> MEKKI, *RDC*, 2010, p. 383.

## 2. SOLIDARISME Y PÉRENNITÉ CONTRACTUAL EN LA TEORÍA DE LOS CONTRATOS

La desactivación del *ius distrahendi* ha sido posiblemente uno de los efectos más importantes generado por el Derecho post-crisis. Tal es así, que está provocando, en parte, la desnaturalización de la hipoteca. El legislador, a través de múltiples reformas, pretende inhibir la activación de tal facultad *creditoris* (aumentando los plazos para el vencimiento anticipado del préstamo; fomentando la reestructuración del contrato a través del CBP, la mediación hipotecaria o concursal; permitiendo la rehabilitación del préstamo en sede ejecutiva, etc.) y, ello, por una razón: la búsqueda de la perennidad del contrato para evitar la pérdida de la vivienda habitual. Si el contrato sigue vigente, frenando su incumpliendo, se inhibe la ejecución de la garantía, conservando el *ius distrahendi* en un estado de latencia. Con tales reformas se observa, como veremos, la tímida y acompasada puesta en escena de la llamada doctrina francesa del *solidarisme contractuel*<sup>116</sup> en el conflicto hipotecario.

En el Derecho español ha predominado siempre una concepción clásica del contrato, una visión individualista y liberal, apoyada en dos principios tradicionales del Derecho civil: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos. Con base a tales principios, el contrato se erige como un acuerdo entre partes que persiguen intereses opuestos, siendo dotado de fuerza de ley por el debido respeto a la palabra dada. Si bien, el transcurso del tiempo ha permitido comprobar que el contrato no es una simple armonía de libertades<sup>117</sup>. Las oscilaciones del capitalismo, el advenimiento de eventos externos con repercusión en el contrato –provocando desequilibrios económicos–o, bien, la superioridad de una parte –en perjuicio de la parte débil– son escenarios que desmontan la venerada «justicia commutativa», supuestamente inherente dentro del orden contractual. En numerosas ocasiones, generalmente de crisis, la defensa de la «libertad contractual» ha supuesto el destierro de la justicia en el ámbito contractual y, como resultado, hemos aprendido que el contrato no es justo por definición<sup>118</sup>. La labor del jurista no podía centrarse en mantener la coexistencia de libertades, a pesar de generar injustos resultados. Como ha manifestado Jamin, mantener tal concepción clásica del contrato supondría dar un enfoque bastante optimista de la

<sup>116</sup> Tal doctrina fue analizada en torno al sobreendeudamiento de los particulares. *Vid. BASTANTE GRANELL, ADCo, 2016, [BIB 2016\80235]*.

<sup>117</sup> JAMIN, 2003, p. 9.

<sup>118</sup> JAMIN, 2004, p. 160.

naturaleza humana y, además, hacer un discurso científico alejado de la realidad social<sup>119</sup>. Por tal razón, la defensa de un acogimiento acérrimo a tal concepción supondría el amparo de situaciones discordantes con el valor de justicia social.

Y así ha ocurrido tras la crisis en el Derecho español, pues tal resultado se ha podido apreciar, de forma irrefutable, en el desarrollo y ejecución de los múltiples préstamos. Miles de familias, por causas externas generalmente, no pudieron pagar las cuotas hipotecarias. El contrato se incumplió y, como resultado, se produjo la dramática pérdida de la vivienda habitual. Siendo así, tuvimos –y tenemos– que replantearnos la visión del contrato.

## 2.1 La doctrina del *solidarisme contractuel*: Concepto y fundamento

Como concepción opuesta a la tradicional, nació la doctrina civilista del «solidarismo contractual»<sup>120</sup>:

«[...] doctrina, teoría y/o filosofía civilista que reivindica el acogimiento – legal, judicial y doctrinal – de una concepción social, fraternal y humanista del contrato, caracterizada por el enaltecimiento de principios –algunos nuevos, y otros renovados– que suponen una atemperación de los dogmas tradicionales (principio de equilibrio contractual, de buena fe, de justicia contractual y social, de adaptación del contrato, de proporcionalidad, etc.); por el ensanchamiento ético-jurídico de los deberes contractuales (deber de actuar de buena fe, de cooperación, de lealtad, etc.); por la pre-

<sup>119</sup> ID. pgs. 443 a 445.

<sup>120</sup> «Sus comienzos se remontan a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. En esta época primaba un fuerte liberalismo económico, cuyos ideales se plasmaron en el Derecho a través de la confección de dos reglas fundamentales: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria de los contratos. Tales dogmas denotaban una concepción individualista, una especie de voluntarismo simple, en materia contractual. El individuo ostentaba la facultad de crear su propia ley, inquebrantable –en principio– por el Estado o los jueces. Sin embargo, se observó que ciertos contratos dependían –y se desenvolvían– según la parte contratante más fuerte. No existía, en origine, un verdadero equilibrio contractual. Este liberalismo galopante provocó la aparición de una filosofía socio-política, cuyos propulsores comenzaron a usar palabras como “solidarité” o “solidarisme”. Destacan Bourgeois o Bouglé, predicando este la necesaria rectificación del individualismo, con base a una idea social. Sin embargo, aunque se trataba de ideas más bien políticas y sociales, consiguieron infiltrarse finalmente en el Derecho de los contratos. Apareció así, aunque con reducido éxito –dada la dominancia de valores del liberalismo jurídico–, una versión civilista del solidarismo de la mano de Duguit, Saleilles o Demogue. Más tarde, lejos de caer en el olvido y gracias a autores como Mazeaud, esta doctrina se ha revitalizado en las últimas décadas, gozando de aplicación –a nivel judicial y legal– en distintas materias (Derecho de Consumo, Derecho Administrativo, etc.); e, igualmente, sirviendo de inspiración en la reciente reforma del Derecho de contratos francés, Brotó así, y perversa, el solidarismo jurídico en la esfera contractual». BASTANTE GRANELL, *ADC*, 2016. *Vid. BOURGEOIS*, 1896; BOUGLÉ, 1907; DUGUIT, 1908; DEMOGUE, 1925. Sobre la influencia de tales autores, *Vid.* RÉMY, 2004, pp. 6 ss.; GRYNBAUM, 2004, pp. 30 ss.; MAZEAUD, *D.*, 2005, p.1828; MAZEAUD, *RDC*, 2003 [RDCO2003-1-066], etc.

disposición a la maleabilidad del contrato; y, finalmente, por su deseo de conciliar o readaptar las ideas civiles con la realidad social y económica imperante en la actualidad. Y ello, con miras a ofrecer herramientas de actuación frente a desequilibrios contractuales, elevando como postulado una posible desigualdad entre partes contratantes. Supone, pues, el destierro en el pensamiento jurídico de una alienación individualista y hermética del contrato, en pro de una concepción social y permeable, capaz de favorecer su posible y justificada adaptabilidad»<sup>121</sup>.

Tal doctrina demanda un nuevo orden contractual<sup>122</sup> y, sin duda, siguiendo palabras de Jamin, constituye una de las doctrinas fundamentales del Derecho contemporáneo de contratos<sup>123</sup>. Ello se debe a que, tomando como base el principio de buena fe en materia contractual, persigue una exaltación y potenciación de los deberes contractuales de las partes. En particular, pretende fomentar las exigencias de lealtad, de buena fe, fraternidad, colaboración o solidaridad, como parámetros éticos que deben guiar a las partes a colaborar dentro del Derecho de contratos<sup>124</sup>. Se reivindica, por tanto, la configuración del contrato como un «instrumento colaborativo». Para la doctrina francesa el contrato representa «une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun»<sup>125</sup>. Dicho con palabras de Durkheim, «le contrat est par excellance, l'expression juridique de la coopération»<sup>126</sup>, es decir, un medio de colaboración entre las partes contratantes. Se trata de defender una «concepción cooperativa del contrato», tomando como base un principio de fraternidad<sup>127</sup>. Dicha teoría busca suscitar un «civisme contractuel fait d'éthique contractuelle», un cierto altruismo que pretende excluir en las relaciones entre las partes contractuales el egoísmo o la indiferencia<sup>128</sup>. Sin embargo, destaca la descripción del solidarismo recogida por Mazeaud, para quien tal doctrina consiste en:

«[...] une exigence de civisme contractuel qui se traduit, pour chaque contractant, par la prise en considération et par le respect de l'intérêt légitime de son cocontractant. Cette éthique contractuelle s'exprime concrètement, entre autres par les idées d'altruisme, de décence, de cohérence, de proportionnalité et de coopération, et elle exclut l'égoïsme, l'indifférence, la désinvolture et le cynisme»<sup>129</sup>.

<sup>121</sup> BASTANTE GRANELL, *ADC*, 2016.

<sup>122</sup> MAZEAUD, *RDC*, [RDCO2003-1-066].

<sup>123</sup> JAMIN, 2004, p. 171.

<sup>124</sup> GRYNBAUM, 2004, p. 26.

<sup>125</sup> DEMOGUE, 1925, n.º 3. En este mismo sentido, SALEILLES, 1901, pp. 228-229.

<sup>126</sup> DURKHEIM, 1893, p. 93.

<sup>127</sup> THIBIERGE-GUELFFUCCI, *RTD civ.*, 1997, p. 375.

<sup>128</sup> HAUSER, 2004, p. 198.

<sup>129</sup> MAZEAUD, 2004, p. 59.

Hasta aquí, los postulados de tal doctrina pueden ser coherentes con la concepción del principio de buena fe. No obstante, lo que dota a tal doctrina de notoriedad es que pretende un alargamiento de los deberes contractuales –fuera de su concepción tradicional– en busca de soluciones que van más allá del Derecho de contratos –con base a conceptos como la buena fe o, bien, el interés económico común<sup>130</sup>– en lo referente a la revisión o adaptación del contrato en supuestos de imprevisión o de desequilibrios económicos de origen externo que incidan en la esfera contractual. De producirse infortunios que afecten a la economía y cumplimiento del contrato, el solidarismo postula obrar con fraternidad y lealtad en aras a la conservación del contrato, de su utilidad económica y de su causa. En síntesis, el postulado principal de partida de tal doctrina sería la instauración –en palabras mayúsculas– de una «obligación de colaborar»<sup>131</sup>. Se demanda, pues, una «nueva cultura contractual»<sup>132</sup> que permita un verdadero «reequilibrado» del contrato. Jamin señala lo siguiente<sup>133</sup>:

«[...] ce solidarisme contractuel a en définitive pour fonction principale d'accompagner, et de légitimer de façon indirecte, l'évolution actuelle de la société capitaliste en acceptant d'en corriger les nombreux excès, plus particulièrement d'ailleurs dans le domaine des contrats déséquilibrés et de longue durée»<sup>134</sup>.

## 2.2 Postulados ético-jurídicos en defensa de la adaptación o revisión del contrato

Para la doctrina del *solidarisme contractuel*, la revisión o adaptación del contrato se sustenta en tres postulados ético-jurídicos: el deber

<sup>130</sup> RÉMY, 2004, p. 3.

<sup>131</sup> GRYNBAUM, 2004, p. 28.

<sup>132</sup> MAZEAUD, 2003, p. 136.

<sup>133</sup> Es cierto, como indica MAZEAUD, que el contrato no es todavía un «lieu de sociabilidad et de solidarité», pero como advierte, la trilogía «loyauté, solidarité, fraternité» constituye la «nouvelle devise contractuelle». MAZEAUD, 1999, p. 609.

<sup>134</sup> JAMIN, 2003, p. 26. Para comprender tal concepción del contrato, puede resultar atractivo traer a colación un ejemplo que expuse en otro trabajo: «El solidarismo contractual concibe el contrato como una especie de “tándem” cuyos pasajeros deben efectuar un viaje en común para alcanzar una misma meta que, en términos jurídicos, sería la utilidad económica del contrato. Esta última, e incluso el recorrido conjunto, interesan a ambas partes por la ganancia a obtener. Siendo así, si una parte perece en el intento o se lesionan, o si los pedales de una dejan de funcionar, difícilmente sea posible mantener la causa del contrato, algo que puede afectar al bienestar socio-económico de una o, en su caso, de ambas partes. Ante esta situación caben dos opciones, finalizar el recorrido o, bien, exigir a la parte no afectada una actitud de sacrificio y cooperación». BASTANTE GRANELL, ADCo, 2016.

de colaboración; la preservación de la utilidad económica o causa del contrato; y, por último, la búsqueda de una mayor justicia social.

La buena fe debe desplegar sus efectos cuando, en la ejecución de un contrato, aparece un evento imprevisto, ajeno a la voluntad de los contratantes, provocando un desequilibrio contractual que convierte la ejecución de las obligaciones excesivamente onerosa para una de las partes<sup>135</sup>. Aparece, en este momento, una de las facetas más dinámicas de la buena fe, un «*devoir de coopération*», que engloba un deber de tolerancia, de sacrificio o de renegociación. Como la doctrina civilista considera que el contrato debe guiarse por un principio de solidaridad –como si fuera de una sociedad donde las partes colaboran para obtener un fin común–, el acreedor tiene dos deberes jurídicos: el deber negativo de no sobrecargar al deudor y la obligación positiva de facilitarle –e incluso cooperar– en la ejecución del negocio jurídico<sup>136</sup>. Este aspecto es puntualizado por Grymbaud, al señalar que «no colaborar» no significa únicamente no ejecutar tu propia prestación, sino también rechazar colaborar con la otra parte para que pueda ejecutar cabalmente la suya<sup>137</sup>. Siendo así, en caso de imprevisión o desequilibrio económico, el acreedor debe hacer gala de un correcto deber de tolerancia y de renegociación<sup>138</sup>, adaptando el contrato a las nuevas circunstancias sobrevenidas<sup>139</sup>. Se trata de cooperar para mantener la utilidad económica del contrato. Si el negocio jurídico se asemeja a un contrato de asociación, se lograría crear una fuente de justicia interna dentro del contrato<sup>140</sup>. Si el acreedor adopta una conducta colaborativa, resignándose, y permite la adaptación del contrato, estaríamos ante un «solidarisme consenti» o voluntario.

No obstante, la doctrina civilista es consciente de que tal «concepción cooperativa» del contrato no subyace todavía en la conciencia social, donde prima aún una concepción «competitiva y egoísta»

<sup>135</sup> *Vid. MAZEAUD, LPA, 2004, [PA200409209], n.º 18; PICOD, JC (Civil Code), 2013, párrafo n.º 99.*

<sup>136</sup> DEMOGUE, 1925, pp. 273 ss.

<sup>137</sup> GRYNBAUM, 2004, p. 39. Dicha cooperación, en el momento de ejecución del contrato, debe caracterizarse por intentar obtener una ejecución «saine et utile» para las dos partes, pudiéndose hablar de «coopération en vue de la meilleure exécution du contrat». CHABAS, 2002, p. 392.

<sup>138</sup> *Id. Vid.* también, LAVEFVE LABORDERIE, 2005, p. 407.

<sup>139</sup> «À l'étape de l'exécution et de l'extinction du contrat, ces principes se transforment en devoirs de proportionnalité et de cohérence. Courdier soutient qu'en ce qui concerne la protection de l'équilibre, le solidarisme contractuel va plus loin que la vision libérale du contrat, en ce qu'il permet l'arrivée de deux autres devoirs: le devoir de tolérance vis-à-vis du contractant qui éprouve des difficultés à exécuter ses prestations contractuelles, et celui d'adaptation du contrat soumis au changement de circonstances qui lui sont extérieures. Il s'agit d'un ensemble de mesures de collaboration qui permettent de concevoir et de préserver l'équilibre contractuel». TABI TABI, RDUS, 2014, p. 80.

<sup>140</sup> *Vid. JAMIN*, 2004, p. 160.

en la ejecución de los contratos. Al no haber sido absorbido el «voluntarismo social» en la mentalidad del «hombre contractual», tal doctrina propone la práctica de lo que denominan un «solidarisme constraint», forzoso o coaccionado<sup>141</sup>. Si el acreedor no cumple los deberes éticos de renegociación que postula la «teoría social del contrato»<sup>142</sup>, será, entonces, un tercero quien deberá intervenir en el negocio jurídico en aras a garantizar el equilibrio y la justicia contractual. Aparece aquí el juez –usando palabras de Mazeaud– como el «bras armé»<sup>143</sup> del llamado solidarismo contractual, es decir, como la autoridad que lucha frente al desequilibrio contractual. Como señala la doctrina, «il est vrai que le respect de ces devoirs contractuels nécessite l'immixtion du juge»<sup>144</sup>. Esta intromisión judicial se patrocina con el objeto de facilitar una actuación generalmente rechazada por la doctrina individualista tradicional. Nos referimos a la revisión y adaptación judicial del contrato. En concreto, «le cœur des applications du solidarisme [...] paraît être dans la révision des contrats pour imprévision»<sup>145</sup>. A pesar de estas discrepancias, existe «un corazón doctrinal favorable a la intervención del juez en los contratos»<sup>146</sup>. Asimismo, el «solidarisme constraint» puede reflejarse a través de la ley, que puede actuar como instrumento limitador de la fuerza obligatoria de los contratos<sup>147</sup>. Piénsese que no es la voluntad lo que confiere fuerza obligatoria a las estipulaciones, sino más aún la reglamentación legal del Código Civil. Siendo así, otra norma puede despojar de esa fuerza a la libertad individual. Como explica adecuadamente Mazeaud, el «solidarismo contractual» pretende cristalizarse donde existe desigualdad y contratos de larga duración<sup>148</sup>.

La exaltación del deber de colaboración se explica a través del principio moral de buena fe en la ejecución de los contratos, cuya imprecisión permite imponer nuevos deberes contractuales a las partes –de tolerancia y renegociación– y conferir facultades de intervención al juez<sup>149</sup>. Si bien, la doctrina del *solidarisme contractuel* toma como base otras razones para justificar la revisión o adaptación del contrato. Entre ellas, una nueva concepción de la causa del contrato y su utilidad económica. Tal doctrina dota a la causa de

<sup>141</sup> GRYNBAUM y NICOD, 2004, p. VII. En este mismo sentido, LEVENEUR, CCC, 2004, comm. 151.

<sup>142</sup> Así es denominada por ciertos autores. *Vid.* JAMIN, 2003, p. 13.

<sup>143</sup> MAZEAUD, 2004, p. 59.

<sup>144</sup> CHAZAL, 2003, p. 123.

<sup>145</sup> LEVENEUR, 2004, p. 184.

<sup>146</sup> GRYNBAUM, 2004, p. 37.

<sup>147</sup> *Vid.* ANCEL, 2003, p. 163 ss.

<sup>148</sup> MAZEAUD, 2004, p. 59.

<sup>149</sup> GRYNBAUM, 2004, p. 38.

una concepción teleológica o subjetiva<sup>150</sup>, entendida como el objetivo común de las partes. Se considera, pues, que si el contrato pierde la causa de su constitución –al no poder ser ejecutado y ser un requisito de validez–, el negocio jurídico deberá adaptarse para preservar su utilidad económica. Dicho con otras palabras, ante la ruptura del equilibrio inicial, si desaparece el objetivo o interés económico del contrato, deberá mantenerse la coherencia interna del contrato. La causa vendría a justificar, de esta forma, la necesidad de adaptación contractual<sup>151</sup>. Sobre tal cuestión, afirma Delmas-Saint-Hilaire:

«[...] cette adaptation du contrat moralement obligatoire est, en même temps, économiquement utile... l'adaptation du contrat est économiquement préférable à sa disparition pure et simple: contrairement aux apparences, adapter le contrat, c'est donc sauvegarder sa stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement qui le menace»<sup>152</sup>.

Con tales palabras, dicha doctrina eleva la causa como el verdadero fundamento de la fuerza obligatoria del acto jurídico<sup>153</sup>. En concreto, postula un desplazamiento del «fundamento voluntarista» del contrato hacia un «fundamento económico», siendo dicho principio un medio para alcanzar esa utilidad<sup>154</sup>. Si la utilidad económica del contrato desaparece, la causa justifica su adaptación, garantizando, así, el equilibrio inicial roto. Por este motivo, la causa es calificada como «embajadora» del solidarismo contractual<sup>155</sup>. De esta forma, la buena fe y la causa aparecen como instrumentos ético-jurídicos del solidarismo contractual, garantizando la eficacia del contrato, aunque ésta haya debido ser restaurada.

No obstante, la adaptación del contrato busca sobre todo la obtención de un fin social. Al *solidarisme contractuel* no le preocupa únicamente preservar el equilibrio económico, sino alcanzar un mayor equilibrio o justicia social. Tal teoría pretende conciliar intereses particulares y sociales<sup>156</sup>. El fin esencial es asegurar la protección del más débil en el lazo contractual<sup>157</sup>, apostando por una concepción más social del contrato<sup>158</sup>. La desigualdad entre clases –a pesar de la igualdad legal– y las oscilaciones de los ciclos económicos –derivadas del amparo de un sistema capitalista–, provocan en ocasiones que no exista armonía entre el Derecho civil y la

<sup>150</sup> MAZEAUD, 2003, p. 143.

<sup>151</sup> LAVEFVE LABORDERIE, 2005, pp. 398 y 399.

<sup>152</sup> DELMAS-SAINT-HILAIRE, 1960, p. 189.

<sup>153</sup> CHABAS, 2002, p. 441.

<sup>154</sup> *Vid. THIBIERGE-GUELNUCCI, RTD civ., 1997, párrafo n.º 12.*

<sup>155</sup> MAZEAUD, 2003, p. 147.

<sup>156</sup> SAVAUX, 2004, pp. 47 ss.

<sup>157</sup> LEVENEUR, 2004, p. 188.

<sup>158</sup> JAMIN, 2001, pp. 450 ss.

realidad social<sup>159</sup>. El solidarismo contractual hace un llamamiento a una mayor intervención del Derecho civil en aras a salvaguardar un equilibrio social o de clases. Tales autores arguyen sobre la necesaria entrada de un periodo que tienda a la «contractualización de los derechos fundamentales» en el ámbito privado<sup>160</sup>. Como indica Jamin, el Derecho de los contratos no puede dar la espalda a los derechos de los hombres<sup>161</sup>, tales como el derecho a la dignidad humana o, bien, el derecho a una vivienda digna. La teoría de los contratos debe verse inspirada por tales derechos cardinales. Tal es así, que la revisión del contrato busca cada vez menos salvaguardar el negocio jurídico, sino más bien proteger al deudor en dificultad contra el riesgo de precariedad y exclusión social<sup>162</sup>. Aun así, debe advertirse que esa búsqueda de justicia social suele ir ligada a la concurrencia imprescindible de buena fe en el deudor<sup>163</sup>. La adaptación del contrato opera, pues, por una preocupación social. El «solidarismo» ansía una concepción más moral, social y humanista del contrato, con una finalidad determinada: proteger la fragilidad de ciertos contratantes.

### 2.3 **Solidarisme voluntario y forzoso en el ámbito hipotecario**

Aunque el *solidarisme contractuel* parezca una doctrina «antisistema» y moral del Derecho de contratos, la crisis que ha padecido España ha provocado, en cierta medida, su acogimiento en el ámbito hipotecario. De inicio, diversas entidades bancarias –más bien los directores de sus oficinas– han desarrollado una labor de renegociación con el deudor ante el incumplimiento del pago, que desembocó en la reestructuración de múltiples préstamos hipotecarios. Tal labor –no visibilizada con suficiencia– manifestó la cooperación de ciertos acreedores hipotecarios. Si bien, fuera de la esfera *inter partes*, el legislador, con diferentes reformas legales, ha promovido el solidarismo voluntario en el conflicto hipotecario. Destáquese la reestructuración del préstamo hipotecario dentro del CBP, el fomento y uso de la mediación hipotecaria por organismos públicos y ciertos acreedores –que puede convertirse en un proceso previo y obligatorio a la ejecución hipotecaria– e, igualmente, la búsqueda de un plan de pagos viables en el AEP, dentro de la mediación concursal. Con ello, el legislador –nacional o autonómico–

<sup>159</sup> JAMIN, 2004, pp. 162 y 165.

<sup>160</sup> DIJOUX, 2012, 582 pp.

<sup>161</sup> JAMIN, 2001, pp. 450 ss.

<sup>162</sup> MAZEAUD, *LPA*, 2005, [PA200512902].

<sup>163</sup> *Vid.* ANCEL, 2003, pp. 173 ss.

co— expresa su deseo de incentivar la renegociación del contrato e, indirectamente, llama a los acreedores a obrar con solidaridad. El Derecho post-crisis muestra su rechazo hacia la concepción clásica del contrato, a su fuerza de ley, e incentiva una «concepción social y maleable» del préstamo hipotecario, ante la situación de fragilidad de los deudores y el necesario respeto al derecho a una vivienda digna. Ha sido un llamamiento a la necesidad cohesionar libertad individual y solidaridad. La adaptación del contrato de préstamo se ha convertido en una preocupación legal y social.

Sin embargo, el Derecho post-crisis representa una tímida y leve acogida de las ideas del *solidarisme contractuel*. Por el momento, el «solidarisme constraint» o forzoso no ha hecho su aparición en el ordenamiento jurídico y, menos aún, para fomentar la revisión judicial del préstamo hipotecario. Si bien, podría considerarse que el beneficio legal de la excusión del pasivo insatisfecho, previsto en el artículo 178 bis de la LC, limita la fuerza obligatoria del contrato y la extensión de su responsabilidad inicial. Pero, aun así, lo cierto es que ninguna autoridad —salvo los jueces aplicando la cláusula *rebus sic stantibus*— ostenta actualmente la facultad de revisar y adaptar el contrato de crédito inmobiliario, ante un cambio de las circunstancias socio-económicas del deudor hipotecario y, el consiguiente, desequilibrio contractual. Tal posibilidad —que he demandado en otros trabajos<sup>164</sup>— debería ser objeto de debate y reflexión. El poder legislativo debe plantearse otorgar a una autoridad administrativa —notario, mediador hipotecario o concursal—, con la supervisión del juez; o, bien, a la autoridad judicial, la posibilidad de intervenir en el contrato de préstamo hipotecario, procediendo a su revisión y adaptación, cuando se trate de un deudor de buena fe y, con ello, se consiga preservar la vivienda habitual. Es decir, debe preverse la posibilidad de implementar un «plan de pagos forzoso» de forma excepcional en el ámbito hipotecario. Si llega tal momento, el «solidarisme constraint» hará su entrada en el Derecho español.

Es comprensible el rechazo que genera tal petición. Tal medida supondría la quiebra de los principios tradicionales que gobiernan nuestro Derecho. Posiblemente, como indica Demogue, el individualismo es peligroso, pero igualmente puede serlo una concepción social de la teoría del contrato<sup>165</sup>. Levener señala los principales peligros de este «mito», mencionado especialmente dos: por un lado, la inseguridad jurídica y la imprevisibilidad; y, por otro, el

---

<sup>164</sup> BASTANTE GRANELL, BASTANTE GRANELL, *ADCo*, 2016, [BIB 2016\80235]; BASTANTE GRANELL, *RcP*, 2016, pp. 441-448.

<sup>165</sup> DEMOGUE, 1925.

riesgo de potenciar de forma excesiva la protección del deudor<sup>166</sup>. Podría decirse que la previsión otorga justicia al contrato y que la solidaridad vendría a arruinar la seguridad jurídica. No obstante, como manifiesta Mazeaud, uno de los principales solidaristas contemporáneos, el *solidarisme contractuel* no debe rimar con inseguridad jurídica o imprevisibilidad, simplemente viene a demandar un Derecho más flexible, menos rígido y más humano<sup>167</sup>. No implica la muerte del contrato, sino la llegada de una crisis que cambia su percepción<sup>168</sup>. Por ello, se habla de una teoría social del contrato, se demanda una renovación de los postulados clásicos hacia una concepción más solidaria. La libertad individual y la obligatoriedad de los contratos no pueden considerarse dogmas absolutos. El valor de la justicia nos obliga a conjugar libertad y solidaridad<sup>169</sup>, por mucho que la revisión del contrato afecte a la seguridad jurídica. Debemos pasar de una seguridad absoluta, intransigente, a una seguridad flexible, de conciliación, que se preocupe de los intereses antagónicos en presencia, no por los dominantes<sup>170</sup>. Si consideramos justa la voluntad inicial de las partes, respetando su inmovilismo, supondría cerrar los ojos a la verdadera justicia ante la influencia de la realidad social sobre el lazo contractual. Por estas razones, los solidaristas son proclives a la revisión del contrato<sup>171</sup>. En este sentido, Chazal manifiesta de forma acertada lo siguiente:

«La sécurité juridique n'est pas en soi un argument suffisant pour bannir de la sphère contractuelle l'intervention du juge, la

<sup>166</sup> *Vid.* LEVENEUR, 2004, pp. 184 ss. Respecto a este primer punto, dicho autor teme que estos conceptos permitan liberar el contrato al juez, existiendo un riesgo de arbitrariedad. El contrato debe ser un acto previsible. Si se siguieran estas nuevas reglas, este sería cada vez menos obligatorio para el deudor y menos previsible para el acreedor, arruinando la seguridad en nombre de la solidaridad. *Ibid.*, p. 186.

<sup>167</sup> MAZEAUD, 2004, p. 59.

<sup>168</sup> JAMIN, 2003, pp. 7 a 8. Dicha crisis constituye un tema actual en la doctrina civilista: «Les débats entre classiques et modernes, partisans d'une conception volontariste ou libérale et tenants d'une conception sociale, solidariste ou encore «commutative» du contrat [...] n'ont toutefois pas cessé, les premiers critiquant l'angélisme supposé des seconds, et les seconds reprochant aux premiers de s'arc-bouter sur une conception aussi obsolète que simpliste du contrat [...]. Tant est si bien que l'on en est venu à s'interroger sur le point de savoir si la crise n'affectait pas en réalité la doctrine elle-même». *Vid.* LATINA, 2013, párrafo n.º 80.

<sup>169</sup> JAMIN, 2001, p. 449.

<sup>170</sup> CHAZAL, 2003, p. 123 ss. En este mismo sentido, THIBIERGE-GUELFUCCI, *RTD civ.*, 1997, párrafo n.º 11.

<sup>171</sup> «Parce qu'un contrat s'inscrit parfois dans la durée et que le monde qui l'entoure ne se fige pas lors de sa conclusion, il est, lui aussi, soumis aux variations économiques, monétaires, politiques et sociales qui perturbent l'environnement dans lequel il évolue et qui sont susceptibles de déjouer les prévisions des contractants, voire de provoquer une crise qui frappera de plein fouet l'un d'entre eux. La révision apparaît alors, dans une perspective de pérennité contractuelle, comme un remède contre l'instabilité, et, dans une optique de solidarité sociale, comme un remède contre la précarité». MAZEAUD, *LPA*, 2005, párrafo n.º 22.

recherche de la justice et partant la création de devoirs imposés aux contractants»<sup>172</sup>.

La crisis y sus efectos nos han mostrado la fuerte repercusión que las oscilaciones económicas pueden tener en los contratos de préstamo hipotecario, en la posición del deudor. No obstante, ha puesto de manifiesto la frágil pendencia del derecho a la vivienda digna del devenir de un contrato. La Moral nos muestra la injusticia de mantener la seguridad jurídica, la fuerza obligatoria de los contratos, en detrimento de valores sociales, como la humanidad y la solidaridad. El deudor hipotecario merece una segunda oportunidad, pero no en el ámbito concursal –a través del beneficio de la excusión del pasivo insatisfecho–, sino en el contractual, mediante la reestructuración forzosa del préstamo hipotecario. La buena fe y la llegada de desequilibrios económicos deben justificar, de forma excepcional en este ámbito, la entrada en nuestro Derecho de la revisión forzosa del contrato de crédito inmobiliario. No hablamos de un contrato cualquiera, sino de un contrato del que pende la vida y hogar de una persona. Debe procederse a una relectura de las ideas civiles tradicionales que permite luchar frente a las desigualdades que, desde una perspectiva económica o social, provocan desequilibrios contractuales injustos, de carácter inadmisible. En suma, hay que potenciar una «conceptualización social y maleable del contrato» que garantice la obtención de una mayor justicia y equilibrio contractual. Con base a tales ideas, se espera la entrada del «solidarisme constraint» o forzoso en el ámbito hipotecario. En este sentido, manifiesta Méndez-Pinedo:

«En definitiva, es necesario reformar el *modus operandi* de un capitalismo financiero que abusa de un ordenamiento jurídico que se pretende neutralista pero que –trasla crisis económica– es fundamentalmente injusto hacia los deudores de buena fe por castigar el impago con severidad y ejemplaridad sin considerar circunstancias externas [...]. La recuperación de doctrinas como la muerte del crédito, conceptos como «*pacta sunt servanda... rebus sic stantibus*», o «cambio de circunstancias» avanza en esta dirección. Junto a una reforma contractual a nivel europeo, hay que reconsiderar los derechos procesales civiles en el ámbito de ejecuciones forzosas de créditos hipotecarios. Lo primero, hay que determinar el bien jurídico a proteger. En este caso, procede proteger a los deudores en situación de precariedad, el orden social y otros derechos fundamentales (derecho a la vivienda, dignidad). Para no perjudicar la estabilidad del sistema financiero y bancario basados en una economía de crédito, hay que otorgar a los jueces competencias para adaptar los contratos ya firmados a las nuevas circunstancias de

---

<sup>172</sup> CHAZAL, 2003, p. 123 ss. En este mismo sentido, THIBIERGE-GUELFFUCCI, *RTD civ.*, 1997, párrafo n.º 11.

precariedad sobrevenida siempre que se den determinadas circunstancias. En todo caso, la futura legislación europea y nacional contra la precariedad ha de superar un test triple (Iturmendi Morales, 1980): la legalidad, la justicia y la legitimidad»<sup>173</sup>.

Siguiendo tales ideas, se pronuncia Sáinz-Cantero, aludiendo a la necesaria facultad del juez para reequilibrar la justicia contractual en los préstamos hipotecarios:

«De todo lo expuesto se concluye claramente que en los sistemas de contratación europeos del siglo XXI la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social del contrato (su causa), por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad<sup>40</sup>. Y ello es, desde luego, ineludible cuando una de las partes es consumidor, y es obligado defenderlo para los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea. De este planteamiento no puede escapar nuestro sistema de contratación y garantía hipotecarias: el cumplimiento de su función económico-social reclama el control judicial del equilibrio contractual en el momento de la contratación, pero también en el momento del cumplimiento. De modo que es preciso considerar, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho»<sup>174</sup>.

## 2.4 La aspiración de «perennidad contractual» en el préstamo hipotecario

Nuestra sociedad y el legislador –con el fomento legal del solidarismo voluntario– promueven, en parte, la «perennidad contractual» del préstamo hipotecario, pero tomando como base una concepción renovada de la teoría clásica del contrato. Efectivamente, tal teoría, atendiendo a la autonomía de la voluntad, integra un pensamiento esencialmente individual que postula un «contrato ideal de larga duración». No obstante, a pesar de su duración, el contrato siempre mira al pasado. Se olvida la «concepción evolutiva del contrato». De ahí que aparezca la perennidad contractual, como imperativo que promueve la conservación del contrato en el tiempo, de forma eficaz en su ámbito económico y moral, reforzando las bases de la confian-

<sup>173</sup> MÉNDEZ-PINEDO, AFD (*Universidad de La Laguna*), 2014, p. 52.

<sup>174</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, RCDI, 2014, p. 3131.

za mutua entre los contratantes durante su ejecución<sup>175</sup>. Como afirma Lavefve, existen instrumentos técnicos y éticos que justifican la perennidad contractual. El contenido y la causa de todo contrato deben ser observados como los motivos que explican la necesidad de que el negocio jurídico se mantenga en el tiempo y con equilibrio en su ambiente económico y social, al cual debe adaptarse su contenido. Al mismo tiempo, la buena fe y la equidad, la búsqueda de lo útil y justo –así como los postulados del *solidarisme contractuel*– llevan a defender un mecanismo de adaptación contractual, ya sea convencional o judicial, capaz de amoldar las relaciones contractuales a los embistes del tiempo, apostando por una actitud dinámica de los actores al servicio del equilibrio durable del contrato<sup>176</sup>.

Lavefve ultima que la perennidad contractual es un imperativo que impone límites a las condiciones y efectos de resolución de los contratos. Por una parte, porque hace un llamamiento a la ejecución eficaz de las convenciones en el tiempo y, por otra, por el deseo de una relación contractual perdurable y constructiva al servicio de su ejecución. Debe protegerse y mantenerse el lazo contractual, fluctuante por las relaciones económicas y sociales, a fin de evitar su incumplimiento, que comprometería la utilidad del contrato<sup>177</sup>. Realmente, tales postulados son comprensibles. Si la utilidad del contrato no se encuentra en peligro, desarrollando ciertas medidas con base a consideraciones morales de lealtad y cooperación, siendo posible preservar su eficacia a través de su adaptación, la resolución debería evitarse. Como afirma la autora, se debe «reencontrar un equilibrio más justo entre la inejecución del contrato y las medidas que lo sancionan»<sup>178</sup>. La estabilidad del contrato no debe implicar su intangibilidad o inmovilismo, sino más bien debe hacer referencia a un estado que se mantiene de forma perdurable en el tiempo, pero con eficacia. De esta forma, deberán ser los actores del contrato –las partes– u otros externos –legislador y jueces–, quienes, con base a consideraciones de justicia contractual, deban apostar por la perennidad contractual. El régimen relativo al incumplimiento y resolución de los contratos debe transformarse, pues todo contrato que sea de larga duración «constituait un acte juridique capable de traverser le temps, de le reformuler, de s'y adapter<sup>179</sup>.

Acoger la perennidad contractual en nuestro Derecho, especialmente en el ámbito hipotecario, nos permitiría generar un movimiento hacia la moralización contractual. No se trataría de un aco-

<sup>175</sup> Sobre la «pérennité contractuelle», véase LAVEFVE LABORDERIE, 2005, 661 p.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 417.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 472.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 474.

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 547.

gimiento general, sino de un acogimiento específico para tratar el conflicto hipotecario, concretamente para fomentar la reestructuración del préstamo hipotecario si concurren causas sociales o económicas que lo aconsejen en protección del deudor y su vivienda habitual. Es cierto que distintas reformas legales han fomentado el *solidarisme* voluntario o renegociación, lo que denota un acercamiento al imperativo de la perennidad contractual. No obstante, nuestro sistema debe avanzar hacia medidas que representen un *solidarisme* forzoso. Si el acreedor hipotecario no desea renegociar, siendo viable la reestructuración del crédito inmobiliario, mantener la utilidad del contrato, una autoridad –administrativa o judicial– debe ostentar la facultad de proceder a la revisión o adaptación del contrato. La buena fe del deudor, el derecho a la vivienda digna y valores –como la solidaridad y la justicia– son factores que deben promover la búsqueda plena de la perennidad contractual en el ámbito hipotecario. Nos hallamos en una fase intermedia que requiere su culminación. Mientras tanto, esta tímida apuesta del Derecho post-crisis por el *solidarisme* voluntario y, de forma indirecta, por la perennidad contractual –aunque no con la máxima exaltación–, ha sido una de las causas que ha promovido la desactivación del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario.

La medida «estrella» para paliar los efectos de la crisis económica no era la dación en pago, era –y lo será– el establecimiento de medidas legales capaces de implementar la cultura de la renegociación y, en su defecto, la revisión o adaptación del préstamo hipotecario por una autoridad competente. En defensa de la perennidad contractual del préstamo hipotecario se ha pronunciado, igualmente, Quesada, con las siguientes palabras:

«No cabe duda de que la conservación del *statu quo* de la eficacia del contrato y las obligaciones accesorias que lleva consigo (entre otras la hipoteca) pasan por el cumplimiento del mismo a manos de los prestatarios para evitar la ejecución. Si ante el incumplimiento, cualquiera que sea y con independencia de la magnitud, se pasa a la ejecución directa que ocasionaría la resolución con la obligación de devolver la totalidad principal y los intereses, se estaría claramente destruyendo el equilibrio económico de las partes, con los prejuicios recíprocos que se occasionaría (aumento del *stock* inmobiliario de las entidades bancarias, colapsador de la liquidez interna, y pérdida de la vivienda habitual de los particulares con la correspondiente deuda anexa que falte de la ejecución hipotecaria. Es por ello por lo que, bajo nuestra opinión, la ejecución de la hipoteca debe pasar a considerarse la última ratio en los casos de incumplimiento del pago de la deuda garantizada con hipoteca, debiéndose modular en determinadas ocasiones expresamente previstas por la ley que podrían tratarse de ejecuciones de viviendas habituales en casos de impago temporal, pudiendo establecerse un

mecanismo procesal para que el acreedor hipotecario llegue a la ejecución verdaderamente tras descartar voluntariamente todas las alternativas económicamente posibles [...]»<sup>180</sup>.

### 3. LA MITIGACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL

Tras la crisis, al drama de perder la vivienda se le sumaba, en la mayoría de las ocasiones, el hecho de que el deudor continuara obligado a sufragar la parte de la deuda no satisfecha tras la ejecución hipotecaria. Una obligación acorde con el principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en los arts. 1911 CC y 105 LH. Si bien, la inmoralidad del sistema jurídico provocó que diversa jurisprudencia llevara a cabo una interpretación «rebelde» y criticada<sup>181</sup> en sede ejecutiva para limitar la responsabilidad al producto obtenido en la subasta. E, incluso, algunos jueces han llegado a calificar como abusiva la cláusula que recoge el principio legal de responsabilidad patrimonial universal del deudor (el prestatario)<sup>182</sup>. Sin embargo, con el Derecho post-crisis el legislador se ha convertido, en parte, en agente precursor del cambio, buscando la mitigación del principio de responsabilidad patrimonial.

Para comenzar, diversas medidas legales buscan que la responsabilidad del préstamo hipotecario se ciña al valor de la vivienda, intentando evitar, con ello, la activación del principio de responsabilidad patrimonial universal. En particular, destaca la subida del valor de subasta en el proceso especial de ejecución hipotecaria y en la venta extrajudicial ante notario, aunque no se comprenda que el mínimo legal exigido sea distinto en sede judicial y extrajudicial. Igualmente, otro cambio legal aprobado, con la misma intención, ha sido la elevación progresiva de los porcentajes de adjudicación dentro del trámite relativo a la subasta de los bienes hipotecados. Tales reformas pretenden facilitar la mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal. Sin embargo, según cuales sean los factores concurrentes (cantidad del préstamo pagado antes de la ejecución, concurrencia de postores, valor de la vivienda, etc.), puede no lograrse tal objetivo. Por supuesto, en comparación con la regulación anterior, el sistema es más beneficioso para el deudor hipotecario.

---

<sup>180</sup> QUESADA LÓPEZ, 2017, pp. 213.

<sup>181</sup> BASTANTE GRANELL, F: *RCJS*, 2014, pp. 899-916; JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2012, pp. 2947-2971.

<sup>182</sup> BALLUGERA GÓMEZ, *DLL*, 2017.

Si el producto obtenido en la subasta no es suficiente para satisfacer la totalidad del crédito hipotecario, se activa el principio de responsabilidad patrimonial universal. Pero aquí el legislador ha insertado las medidas previstas en el artículo 579.2 LEC: la quita parcial (de un 20 % o 35 % según haya satisfecho parte de la deuda restante en un plazo de 10 o 5 años, respectivamente) y la posible reducción de la deuda restante si el ejecutante obtiene una plusvalía con la venta del bien inmueble adjudicado. Tales medidas buscan aminorar los perjuicios derivados de tal principio, aliviando la carga financiera del deudor tras la ejecución del bien inmueble. Igualmente, debe mencionarse el incremento, a través del Real Decreto-ley 8/2011, del patrimonio inembargable cuando la venta de la vivienda habitual resulta insuficiente para satisfacer la deuda. De esta forma se aminoran los embistes de embargos posteriores<sup>183</sup>.

Aunque tales medidas pretendan moderar o suavizar la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario –*ex ante* o *ex post* de la venta o ejecución del bien inmueble–, el Derecho post-crisis ha traído consigo medidas que logran la desactivación total de tal principio del Derecho civil. Por un lado, la dación en pago prevista en el CBP y, por otro, el beneficio de excusión del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). En cuanto a ésta última medida, y como se explicó antes, puede lograr que, tras la liquidación de la vivienda habitual, la deuda restante –de no haber sido suficiente el producto obtenido para pagar al acreedor hipotecario– quede completamente exonerada a favor del deudor concursado. Como señala Berrocal, «esta remisión opera como una excepción a la regla general que, es la responsabilidad patrimonial universal contenida en el citado artículo 1911 del Código Civil»<sup>184</sup>. El objetivo era evidente: «En este ámbito se enmarca de manera muy especial la llamada legislación sobre segunda oportunidad. Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer»<sup>185</sup>. Gracias a tal medida se logra evitar la discriminación jurídica que sufría el deudor persona física, evitando que se

<sup>183</sup> «Sin embargo, podría argumentarse, en sentido contrario, que el espíritu de la norma es resolver la problemática de los deudores hipotecarios con una limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal por la vía de ampliar el patrimonio inembargable del deudor ejecutado». JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2013, p. 282.

<sup>184</sup> BERROCAL LANZAROT, 2016, p. 113.

<sup>185</sup> Preámbulo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

vea inmerso en una situación de exclusión social y económica, y consiguiendo que siga «vivo» como consumidor.

El Derecho post-crisis otorga a favor del deudor hipotecario cauces o medidas que pueden suavizar e, incluso, desactivar los efectos naturales del decimonónico principio de responsabilidad patrimonial. No se ha reconocido de forma directa una dación en pago general, pero de forma indirecta la mitigación de tal principio ha comportado que la obligación garantizada del préstamo dependa, en ocasiones, de forma exclusiva del valor del bien inmueble hipotecado. Siendo así, es posible que una hipoteca que nace en sede contractual sin limitación de responsabilidad, se transforme *ex lege* en una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada, sin el consentimiento del acreedor. Y ello, dependerá del cauce de realización de la vivienda hipotecada, así como de circunstancias objetivas y subjetivas (situación económica-social del deudor hipotecario, concurrencia de la buena fe, etc.). La hipoteca, la cobertura de su responsabilidad, puede mutar según sea el devenir del préstamo hipotecario y su contexto exterior. Tal situación evidencia «un querer» legislativo de limitar la responsabilidad del deudor hipotecario al valor de la vivienda, pero falta esa valentía legal para una completa instauración. El pacto de «concreción de responsabilidad limitada» debe erigirse como un derecho irrenunciable e imperativo a favor del deudor con hipoteca sobre vivienda habitual. Es momento de pasar de una hipoteca voluntaria a una «hipoteca legal de responsabilidad limitada». En este sentido, se han pronunciado otros autores:

«A pesar de ser una medida discutida, debería valorarse la posibilidad de limitar en estos casos la responsabilidad del deudor al valor de la vivienda hipotecada, sin alcanzar a los demás bienes de su patrimonio: al menos, cuando se trate de la adquisición de la primera vivienda habitual (y, por supuesto, siempre que la vivienda siga manteniendo el carácter de habitual en el momento de la ejecución)»<sup>186</sup>.

Aunque algún autor considera que la destrucción de la responsabilidad patrimonial universal conduce a una sociedad irresponsable, perjudicando seriamente los intereses de los acreedores; o, bien, que la dación necesaria tiene como nicho ecológico los períodos de crisis<sup>187</sup>, lo cierto es que fomentar o implementar, en caso de vivienda habitual, una hipoteca de responsabilidad limitada, puede ser eficiente por diversos motivos según su configuración. Si se implementa en sede ejecutiva, dicha medida sería oportuna si nos encontramos ante deudores de buena fe sin patrimonio embargable

---

<sup>186</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, 2018, p. 334.

<sup>187</sup> LACRUZ MANTECÓN, RDC, 2014, pp. 99 ss.

y ausencia de ingresos económicos. Se trataría de una medida social, en aras a preservar la dignidad de la persona y su «encadenamiento» a embargos futuros (aunque actualmente, si el deudor tiene más créditos podría acudir al proceso concursal y solicitar la liberación de deudas, pero tal salvación no debe perder del número de acreedores). Con dicha medida se fomentaría, a su vez, la búsqueda de la «perennidad contractual» –de forma convencional u otros cauces extrajudiciales–, ante la falta de interés de los acreedores en ejecutar la vivienda y, como efecto, el deseo de mantener vivo el préstamo, por las ganancias a obtener (intereses, etc.). La hipoteca de responsabilidad limitada promueve la preservación de la vivienda en sede contractual, garantizando el derecho a una vivienda digna. Otra solución sería obligar a las entidades bancarias a ofrecer hipotecas con deuda de responsabilidad limitada, según concurran ciertos requisitos, como un adecuado valor de tasación de la vivienda y, sobre todo, la entrega de un porcentaje determinado para su compra. Con tal medida se daría tal opción a los consumidores, no siendo un producto excepcional o imposible; y, al mismo tiempo, supondría un incentivo del ahorro para la compra de la vivienda habitual.

#### 4. INFLUENCIA INDIRECTA DEL PRINCIPIO *PRO DEBTORIS* Y DEL PRINCIPIO *PRO CONSUMATORE* EN EL DERECHO DE GARANTÍAS

Con carácter general, nuestro Derecho hipotecario –en particular, los cauces para la ejecución del bien hipotecado– ha apostado, sin duda, por el «favor creditoris». Si bien, tras la crisis y sus efectos, el Derecho post-crisis y la jurisprudencia –nacional y europea– se centraron en la protección de la parte débil, en detrimento –y con restricción– de los derechos de los acreedores, con especial énfasis en el ámbito contractual (CBP, protección de los prestatarios ante las cláusulas abusivas, etc.). Nuestra legislación se ha visto, así, informada e inspirada por el principio *pro debitoris*, en particular por el principio *pro consumatore*<sup>188</sup>. Sobre éste último postulado, señala la jurisprudencia lo siguiente:

«Es preciso tener en cuenta que esa legislación protectora y «pro consumatore» responde a un principio constitucional, que es rector de la política social y económica española, por la cual la defensa de los consumidores adquiere «rango constitucional». En el artículo 51 de la Constitución española, se establecen las siguientes obligaciones de los poderes públicos: «Los poderes públicos

---

<sup>188</sup> *Vid. MARCOS FRANCISCO, InDret, 2015, pp. 5 ss.*

garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos...»). En el artículo 53.3 del texto constitucional se dispone que el principio de defensa de los consumidores «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»» (STSJ de Asturias 1/2015, de 30 de Enero de 2015, Recurso n.º 4/2014).

Si bien, no solo hemos asistido a la aparición de normas en protección del deudor hipotecario, sino que las resoluciones de nuestros Tribunales –e, incluso, de la DGRN– se han inspirado en tales principios, llegando a interpretar los preceptos legales en materia hipotecaria con base a un principio *in dubio pro debitoris o pro consumatore*. Igualmente, nuestros poderes públicos han creado sistemas en defensa del deudor hipotecario –piénsese en el fomento de la mediación hipotecaria por los organismos públicos–. Tal principio, emanado de nuestra Carta Magna, vive una etapa de exaltación jurídica. De hecho, a pesar de la singularidad y el *favor creditoris* que inspira el proceso de ejecución hipotecaria, el TJUE ha manifestado que tal principio es de necesaria aplicación en tal cauce procesal:

«[...] los procedimientos de ejecución nacionales, tales como los procedimientos de ejecución hipotecaria, están sujetos a las exigencias relativas a la protección efectiva de los consumidores que se deducen de la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia» y en la conclusión 47 dispone que «las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los consumidores, en el marco del Derecho nacional, no constituyen un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos últimos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13» (STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C?169/14, caso Banco Bilbao Vizcaya Argentaria)<sup>189</sup>.

La corriente *pro consumidor* propugna un mayor equilibrio contractual dentro de los préstamos hipotecarios. Ahora bien, tal corriente afecta, de forma indirecta, al Derecho de garantías. Sería un contrasentido hablar de una hipoteca *pro debitoris* o, bien, *pro consumatore*, básicamente porque como garantía nace en beneficio e interés del acreedor hipotecario. No obstante, la relación de «macrodependencia» entre el crédito y la hipoteca provoca que las vicisitudes que sufra el préstamo hipotecario, en sede contractual o ejecutiva –a través del Derecho o la práctica judicial–, como resultado del principio *pro consumatore* influyan, de forma indirecta, sobre la hipoteca. Ello se plasma en diversas situaciones: 1) con la

---

<sup>189</sup> ÁLAMO GONZÁLEZ, *DLL*, [La Ley 7896/2014].

introducción de una causa de oposición sobre cláusulas abusivas<sup>190</sup> en el proceso de ejecución hipotecaria y en la venta extrajudicial ante notario, afectando a la celeridad de la satisfacción del crédito, de la ejecución de la garantía, al propio *ius distrahendi*; 2) Aceptando, ante la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado, que sea el consumidor, el deudor, y no el acreedor, quien decida el trámite procesal para la satisfacción del crédito hipotecario (el *ius distrahendi* pende de la voluntad del deudor); 3) con la paralización de las ejecuciones hipotecarias durante la tramitación del AEP en sede concursal, con la finalidad de obtener un plan de pagos; etc. La búsqueda del equilibrio entre las partes dentro del conflicto hipotecario ha causado una alternación del contenido de la hipoteca. La tutela privilegiada del acreedor que, en principio, emana de la hipoteca, se ha diluido de forma progresiva. La ponderación de intereses ha repercutido en la hipoteca.

## VII. LA POSIBLE EVOLUCIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL: ¿HACIA EL MODELO FRANCÉS?

El Derecho post-crisis ha sido el detonante de la transmutación socio-jurídica de la hipoteca, en particular cuando su objeto es un bien inmueble con la consideración de vivienda habitual. No obstante, sería más oportuno hablar de una (*quasi*)transmutación, pues posiblemente nos encontremos en una fase intermedia, ante posibles cambios en un futuro próximo. De hecho, la observancia de otros sistemas jurídicos nos permite dirigir la mirada hacia otras medidas que, por el momento, parecen impensables dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, basta examinar algunas de las previstas en el Derecho francés.

### 1. LA REVISIÓN FORZOSA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO POR DIFICULTADES DE PAGO DEL DEUDOR

En Francia, si un deudor hipotecario atraviesa dificultades económicas (desempleo, crisis matrimonial, incapacidad, etc.) que le

<sup>190</sup> «La ley del Estado democrático ha devuelto la dignidad a las personas consumidoras. Esa ley sopla como un viento a favor de ellas. Ahora a los bancos les puedes aplicar, salvando las distancias, lo que en Martín Fierro se guardaba para los pobres: «la ley es como el cuchillo [...] y corta sin ver a quién». Con el sello de los principios constitucionales «pro consumatore» y pro adherente que nos reconoce la ley española, este peligro de la ley es para los bancos: la ley es como el cuchillo, ofende al que usa cláusulas abusivas, no a los simples ciudadanos». GÓMEZ, *DLL* [La Ley 9953/2016].

impidan reembolsar el préstamo de crédito inmobiliario, tiene dos mecanismos para evitar la resolución del contrato, mantener su vigencia y, en consecuencia, paralizar la pérdida de la vivienda habitual. Nos referimos, por un lado, al plazo de gracia (*délai de grâce*), recogido en el artículo 1343-5 del *Code Civil*; y a las medidas para reducción de deudas que pueden establecerse dentro del procedimiento de *surendettement des particuliers* (arts. L. 711-1 ss. del *Code de la consommation* –en adelante, *C.consom*–).

### 1.1 El plazo de gracia (*délai de grâce*) en créditos inmobiliarios

En Francia, cuando un deudor tiene dificultades para pagar las cuotas de un préstamo (sea personal o hipotecario) –no tras el vencimiento de la totalidad del préstamo, siendo éste exigible– se dirige al banco o entidad financiera con la finalidad de solicitar una reestructuración del crédito (*Faire des propositions aux créanciers pour rééchelonner l'échéancier*), salvo que tenga un seguro de crédito inmobiliario que cubra las dificultades de pago por desempleo, despido, enfermedad, etc. No obstante, el prestamista no tiene la obligación de aceptar dicha renegociación. De no proceder a la reestructuración del pago de forma amistosa<sup>191</sup>, el consumidor tiene la posibilidad de requerir la aprobación de un plazo de gracia (*délai de grâce*) al *Tribunal d'instance*. Señala el artículo L. 314-20 *C.consom*: «La ejecución de las obligaciones del deudor puede ser, particularmente en caso de despido, suspendida por resolución del juez de instancia en las condiciones previstas en el artículo 1343-5 del Código Civil. La resolución puede disponer que, durante el plazo de gracia, las sumas debidas no produzcan intereses». En concreto, el plazo de gracia viene recogido en el artículo 1343-5 *Code Civil*:

«Le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner,

---

<sup>191</sup> Si bien, con carácter general, la banca francesa es proclive a la renegociación, por las medidas que se comentarán a continuación. «Le contrat de crédit immobilier se caractérise par sa longue durée. Il est possible que les prévisions des parties se modifient en cours d'exécution de la convention et que l'une d'elle (l'emprunteur) souhaite une renégociation [...]. Cette dernière se présente principalement dans deux hypothèses. La première est celle dans laquelle un emprunteur, confronté à des difficultés financières, souhaite obtenir une modification des conditions d'exécution du contrat de crédit immobilier. Les établissements de crédit acceptent alors parfois de rediscuter des modalités du contrat, ce qui débouche sur une modification de la durée, du taux ou des échéances. Les prêteurs ont parfois intérêt à accorder un allègement de la dette de l'emprunteur, dans le but d'éviter une procédure de surendettement qui leur serait plus défavorable. La seconde est plus ponctuelle. Elle est la conséquence de la forte baisse des taux d'intérêts intervenus ces dernières années. Les emprunteurs qui avaient conclu à des taux élevés ont voulu également bénéficier de cette baisse des taux. Pour éviter le développement des rachats de prêts, de nombreux établissements de crédit ont accepté de réduire le taux initialement stipulé». PIEDELIEVRE, 2016, párrafo n.<sup>o</sup> 174.

dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues. Par décision spéciale et motivée, il peut ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Il peut subordonner ces mesures à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. La décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier. Les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux dettes d'aliment»<sup>192</sup>.

A la hora de aprobar la concesión de un plazo de gracia, el juez valora la situación del deudor –debiendo tratarse de un deudor desafortunado y de buena fe<sup>193</sup>–, así como las necesidades del acreedor. Si admite su concesión, procede a aprobar una reestructuración de las sumas debidas (nuevos *délais de paiement*), aunque el plazo de gracia no puede exceder los dos años<sup>194</sup>. De forma especial y motivada, el juez puede acordar que las cantidades vencidas devenguen intereses tomando como referencia un tipo reducido igual al tipo del interés legal o, bien, que los pagos se apliquen primero sobre el capital. Incluso, según el artículo L. 314-20 *C.consom*, el juez puede ordenar que durante tal periodo las sumas debidas no generen ningún tipo de interés. No obstante, la aprobación del plazo de gracia puede estar subordinada al cumplimiento por el deudor de actos dirigidos a facilitar o garantizar la deuda. Su aprobación comporta la suspensión de los procesos de ejecución que hubiera iniciado el

<sup>192</sup> A pesar del rigor del Derecho común de los contratos sobre la obligación de pago del deudor, la existencia de tal precepto se remonta al artículo 1244-2 del *Code Civil* de 1804, un precepto que ha sufrido diversas modificaciones (*La loi du 20 août 1936; loi n.<sup>o</sup> 85-1097 du 11 octobre 1985; etc.*), habiéndose instalado finalmente en el artículo 1343-5 *Code Civil*, tras la reforma del Derecho de obligaciones y contratos.

<sup>193</sup> «La demande de suspension du remboursement des emprunts sur ce fondement juridique n'a donc pas lieu d'être. A titre subsidiaire, sur le fondement plus général de l'article 1244-1 du code civil, force est de constater que les époux X... ne s'expliquent nullement sur leur situation financière et professionnelle actuelle, interdisant par là même à la cour d'apprécier leur situation prétendue de débiteurs malheureux et de bonne foi. Madame X... ne dit rien de sa situation personnelle ou professionnelle et monsieur X... depuis son licenciement de 2009 ne dit rien de ses recherches d'emploi. Aucun document fiscal ne vient attester de la modestie revendiquée de leur train de vie» (*Cour d'appel de Lyon, 8<sup>ème</sup> chambre, Audience publique du mardi 24 avril 2012, n<sup>o</sup> de RG: 11/01108*). Véase *Cour de cassation, chambre civile 3, Audience publique du mercredi 14 octobre 1992, n<sup>o</sup> 91-10780; Cour de cassation, chambre commerciale, Audience publique du jeudi 20 juin 1963*.

<sup>194</sup> «En ce qui concerne les délais de paiement réclamés par Madame G... elle soutient que cette demande est irrecevable puisque que l'arrêt de cette cour en date du 16 février 2017 a suspendu le paiement des échéances et que les articles 1244-1 et suivants anciens du code civil, applicables à la cause, limitent à deux ans les délais de grâce que le juge peut accorder» (*Cour d'appel d'Orléans, Audience publique du jeudi 25 avril 2019, n<sup>o</sup> de RG: 18/009011*).

acreedor<sup>195</sup>. Durante el plazo de gracia el retraso en el pago no genera intereses. Lo interesante es que tal plazo es un derecho del consumidor, no admitiéndose pacto contractual en contrario que limite la posibilidad de acogimiento a este beneficio.

En el Derecho francés, la fuerza obligatoria del contrato se manifiesta igualmente con tal mecanismo de suspensión. Se prioriza la paralización del contrato por encima de la posible resolución del mismo. La suspensión tiene, así, un «efecto redentor»<sup>196</sup>. Aunque el acreedor desee resolver el contrato, el juez –con base a la perennidad contractual– mantiene la vigencia del contrato a través del *délai de grâce* si concurren determinadas condiciones en la situación del deudor. La suspensión busca salvar el contrato, obligando a las partes a mantener su obligación de compromiso y lealtad respecto a sus obligaciones, pues «à la fin de la période de suspension, l'exécution du contrat, momentanément interrompu, va reprendre»<sup>197</sup>. Resolver el contrato, por dificultades económicas, sería una respuesta desproporcional. De esta forma, como manifiesta Rakotovahiny, «le maintien forcé du contrat apparaît comme une adaptation de la réalité contractuelle aux impératifs économiques»<sup>198</sup>.

La facultad moderadora y el fundamento del artículo 1343-5 *Code Civil* se refleja, de forma tímida e insuficiente, en nuestra Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. En particular, en el artículo 11, precepto que permite a los jueces «con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios», señalar «nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago». Tal disposición es de aplicación a los préstamos para adquirir bienes muebles, quedando excluido el préstamo hipotecario. Tal exclusión –o la ausencia de creación de un precepto similar en el ámbito hipotecario– no es comprensible dada la relevancia de la vivienda habitual. La empatía del legislador hacia el deudor de créditos de consumo, en contraste con la empatía mostrada hacia el deudor hipotecario no resulta admisible. Se prefiere apostar por un CBP restrictivo –a

<sup>195</sup> «Que ces éléments justifient l'octroi du délai de grâce de six mois sollicité par l'appelant; qu'en application des dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 du code civil, il convient en conséquence de reporter le paiement des sommes restant dues au 13 avril 2010, la procédure de saisie immobilière se trouvant suspendue pendant ce temps; que le jugement déféré sera en conséquence infirmé en ce qu'il a débouté M. X... de sa demande de délai; Attendu qu'il convient de renvoyer l'affaire devant le juge de l'exécution du Mans à l'audience d'orientation du 27 avril 2010» (*Cour d'appel d'Angers, 1ère chambre a, Audience publique du mardi 13 octobre 2009, n° de RG: 09/01877*).

<sup>196</sup> TREILLARD, 1960, p. 59.

<sup>197</sup> RAKOTOVAHINY, *LPA*, 2011, [PA201115302].

<sup>198</sup> *Id.*

merced de la voluntad de los acreedores hipotecarios–, y por una ampliación del plazo de las cláusulas de vencimiento anticipado, cuando esto último afecta a los intereses de los deudores hipotecarios, pues fomenta la generación de intereses de demora por las cuotas impagadas sin dar una respuesta a las dificultades de pago durante dicho periodo. Siendo así, nuestro legislador debería plantearse la inclusión en nuestro sistema de un precepto similar al artículo 1343-5 *Code Civil*.

## **1.2 Las «medidas forzosas» en el proceso de *surendettement*: especial referencia al préstamo hipotecario**

A pesar del beneficio legal previsto en el artículo 1343-5 *Code Civil*, puede suceder que el plazo de dos años sea insuficiente para aliviar la posición financiera del deudor o, bien, que su situación económica sea más grave. En tal caso, el deudor puede depositar un *dossier* –o solicitud– ante una comisión administrativa (llamada comisión de sobreendeudamiento) y así iniciar el proceso de sobreendeudamiento de particulares, recogido en los arts. L. 711-1 ss. *C.consom*, dividido en dos fases: el proceso de reducción de deudas –o *désendettement*– (de carácter administrativo, desarrollado ante la comisión) y el proceso judicial de «recuperación personal». El primero busca el diseño de un plan de pagos que permita al deudor reembolsar sus deudas (situaciones remediables) –el objetivo es mantener la actividad del deudor, buscando reducir el pasivo– y el segundo, se centra en la venta y liquidación de los bienes del deudor, pudiendo optar, tras ello, a una liberación de deudas –por tanto, tiende a evitar la exclusión social por fines humanitarios<sup>199</sup>.

El deudor puede acudir a tal proceso de estar en una situación de sobreendeudamiento que se caracterice por la imposibilidad manifiesta de pagar el conjunto de sus deudas (no profesionales), exigibles o a vencer (arts. L. 711-1 et L. 712-2 *C.consom*) –gastos corrientes de agua, luz, electricidad, créditos, etc.–. Además, debe tratarse de un deudor de buena fe (no culpable del endeudamiento), lo que implica que tal imposibilidad se deba a infortunios de la vida (como desempleo, despido, incapacidad, enfermedad, crisis matrimonial, etc.). El acceso al proceso depende de la buena conducta del deudor y de su situación económica. Respecto a esto último, el artículo L. 711-1 *C.consom* señala que el solo hecho de ser propietario de la residencia principal, cuyo valor estimado a la fecha de depósito de la solicitud sea igual o superior al conjunto de

---

<sup>199</sup> SOUWEINE, *La Semaine Juridique*, 2014, párrafo n.º1.

las deudas, no será obstáculo para que se pueda considerar que el deudor particular se halla en una situación de sobreendeudamiento. El deudor hipotecario puede beneficiarse de tal procedimiento<sup>200</sup>. De hecho, como afirma Mazeaud, dicho proceso contiene normas que otorgan un tratamiento específico al consumidor de crédito inmobiliario con medidas que persiguen su alivio crediticio<sup>201</sup>.

Si dentro del proceso administrativo fracasa la fase amistosa – dirigida a la obtención de un plan de pagos, mediante el acuerdo de deudor y acreedores (arts. L. 732-1 ss.)<sup>202</sup>, destaca la posibilidad, bajo petición del deudor, de que la comisión pueda imponer distintas medidas a los acreedores (*mesures imposées*). No obstante, se establecen dos clases de medidas. Para empezar, las medidas de *droit commun* (que se pueden imponer sin motivar la decisión); y, segundo, las medidas *soumises à décision spéciale et motivée*. Tales medidas suponen una revisión forzosa de los contratos por parte de un órgano administrativo, incluido el préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual.

Las primeras medidas, previstas en el artículo L. 733-1, buscan aligerar la obligación de pago del deudor, adaptándola a su capacidad financiera, ya sea alargando el plazo de amortización o disminuyendo el montante de la deuda. En concreto, se establecen las siguientes medidas: 1) Reestructuración de la deuda (aplazamiento del pago, lo que comporta modificar la duración del préstamo; o alteración del importe de las cuotas)<sup>203</sup>; 2) imputar los pagos sobre el capital (lo que comporta un pago más rápido de la deuda); 3) ordenar que las cantidades de los vencimientos aplazados o restructurados devenguen un interés acorde con un tipo reducido (Dicho tipo porcentual no puede ser superior al interés legal); y 4) suspender la exigibilidad de los créditos (excluyendo las deudas por alimentos) por un plazo que no exceda los dos años, con la finalidad de que en ese periodo el deudor pueda mejorar y examinar su situación económica pasado dicho periodo de tiempo (Tal

<sup>200</sup> De aceptarse la solicitud, se procede a la suspensión y prohibición inmediata de las ejecuciones, incluida la ejecución hipotecaria, durante un plazo que no puede exceder los dos años (art. L722-2 y L722-2 C. *Consom*). De tratarse de un embargo inmobiliario, y haberse señalado la fecha de adjudicación, esta puede aplazarse por *causes graves et dûment justifiées* (art. L722-4 C. *Consom*).

<sup>201</sup> MAZEAUD, 2012, párrafos n.º 24 y 131.

<sup>202</sup> Entre las medidas que se suelen incluir dentro del plan de recuperación podemos destacar el aplazamiento de deudas, la reestructuración de pagos, la liberación de éstas, la reducción e incluso supresión de intereses; y, por último, la creación o sustitución de garantías (art. L732-2 C. *consom*). Tales medidas se pueden establecer durante un plazo máximo de siete años, aunque tal plazo puede ser mayor cuando se trate de un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual, a fin de evitar la *cession du bien immobilier* (L732-3 C. *consom*).

<sup>203</sup> Esta medida no se puede acumular con el plazo de gracia del artículo 1343-5 *Code Civil*.

moratoria comporta la suspensión del pago de intereses. Solamente las cantidades debidas a título de capital puede generar intereses, cuyo tipo no podrá exceder el interés legal del dinero)<sup>204</sup>. La duración de tales medidas no puede exceder el plazo de siete años, salvo que se trate de un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual, a fin de evitar la cesión del bien inmueble (art. L. 733-3 *C.consom*)<sup>205</sup>. La comisión administrativa puede acumular, combinar o utilizar parte o la totalidad de las medidas, atendiendo a la situación financiera del deudor<sup>206</sup>.

Luego se encuentran las medidas cuya implantación requieren una decisión especial y motivada de la comisión administrativa (art. L. 733-4 *C.consom*), cuya aprobación procede cuando las medidas anteriores no son suficientes. En concreto, la comisión puede imponer a los acreedores las siguientes medidas: 1) La reducción del saldo restante tras la venta forzosa o amistosa de la vivienda habitual del deudor; 2) La reducción de los intereses aplicando un tipo inferior al interés legal del dinero; y, por último, la liberación parcial de las deudas (proporcional sobre el conjunto de las deudas; afectando a la totalidad de ciertas deudas; o, bien, combinando la liberación total de ciertas deudas con la liberación parcial de otras<sup>207</sup>). La primera medida se aplica cuando, habiéndose acordado la venta –forzosa o amistosa– de la vivienda principal, el precio obtenido no es suficiente para pagar el préstamo concerniente a un establecimiento de crédito (préstamos gravados con una garantía inmobiliaria). En ese caso, el precio obtenido se imputa primero sobre el capital y el pago del saldo restante debido se reestructura –conforme a las medidas previstas en el artículo L. 733-1 y con una duración máxima de siete años– para que sea

<sup>204</sup> Artículo L733-1: «En l'absence de mission de conciliation ou en cas d'échec de celle-ci, la commission peut, à la demande du débiteur et après avoir mis les parties en mesure de fournir leurs observations, imposer tout ou partie des mesures suivantes: 1° Rééchelonner le paiement des dettes de toute nature, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie d'entre elles, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder sept ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance; 2° Imputer les paiements, d'abord sur le capital; 3° Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux de l'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige. Quelle que soit la durée du plan de redressement, le taux ne peut être supérieur au taux légal. 4° Suspendre l'exigibilité des créances autres qu'alimentaires pour une durée qui ne peut excéder deux ans. Sauf décision contraire de la commission, la suspension de la créance entraîne la suspension du paiement des intérêts dus à ce titre. Durant cette période, seules les sommes dues au titre du capital peuvent être productives d'intérêts dont le taux n'excède pas le taux de l'intérêt légal».

<sup>205</sup> *Vid. PIEDELIEVRE*, 2016, párrafos n.º 170 ss.

<sup>206</sup> *MARTINEAU-BOURGINAUD*, 2018, pp. 294 ss.

<sup>207</sup> *VIGNEAU, BOURIN y CARDINI*, 2012, párrafo n.º 535.

compatible con las cargas y recursos del deudor (Piénsese que se busca que el deudor pueda realojarse en otra vivienda y tal carga no sea un obstáculo para ello<sup>208</sup>). Sobre esta medida, manifiesta la doctrina francesa:

«[...] cette recommandation est possible dans le cas suivant: le débiteur a acheté son logement principal au moyen d'un prêt immobilier consenti par un établissement de crédit: celui-ci a fait inscrire un privilège ou une hypothèque sur ledit logement; à la suite de la défaillance du débiteur, l'établissement de crédit procède à la vente forcée du logement ou provoque sa vente à l'amiable pour éviter une saisie immobilière: mais le prix ainsi obtenu est insuffisant pour épouser la totalité de la dette, de sorte que le débiteur, après avoir perdu la propriété de son logement, est encore redevable d'une fraction de la somme qui avait servi à l'acheteur. Cette situation est hélas fréquente. Les immeubles des débiteurs défaillants sont généralement vendus en dessous de leur valeur, parce que la mise à prix est fixée par le créancier poursuivant et que celui-ci est déclaré adjudicataire à défaut d'enchérisseur [...]. Une fois l'immeuble vendu, la dette résiduelle risque d'être écrasante pour les personnes surendettées et obligées de se loger ailleurs. Le législateur a donc accordé en pareil cas, une protection particulière au débiteur»<sup>209</sup>.

El texto no precisa si la reducción del saldo restante puede ser total. No obstante, los Tribunales han admitido tal posibilidad<sup>210</sup>, atendiendo a la situación y cargas económicas del deudor. Las medidas de los arts. L. 733-1 y L. 733-4 *C.consom* pueden ser combinadas por la comisión administrativa. Tras producirse su aprobación, los acreedores no pueden iniciar ejecuciones sobre los bienes del deudor durante el desarrollo de las medidas (art. L. 733-16).

Los acreedores pueden recurrir la decisión adoptada por la comisión ante el juez del tribunal de instancia (art. L. 733-10 ss.). Lo llamativo, tras la reforma operada por la Ley n° 2016-1547, de 18 noviembre de 2016, es el hecho de que el juez adopta un rol subsidiario, solo interviene en caso de contestación por los acreedores. Anteriormente, ante la imposición de las *recommandations de droit commun* el juez verificaba que su contenido era conforme al

<sup>208</sup> «Le code de la consommation a prévu une recommandation spécifique en cas de vente du logement du débiteur. Le prix dégagé est insuffisant pour rembourser l'intégralité du prêt restant à courir. Le but de cette recommandation est d'éviter que le consommateur ne continue à rembourser un prêt pour l'acquisition d'un logement dont il n'a plus la propriété, alors qu'il sera obligé de se reloger». PIEDELIEVRE, 2016, párrafo n.º 183 ss.

<sup>209</sup> CALAIS-AULOU y STEINMETZ, 2000, párrafo n.º 536.

<sup>210</sup> *Cour de cassation, chambre civile 1, 13 juin 1995, n° 93-04247*. En este mismo sentido, se manifiesta: «Mais attendu que la faculté laissée au juge de réduire le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due après la vente, dans des proportions telles que son paiement, assorti d'un échelonnement, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur, permet une remise totale de la dette si cette mesure est seule compatible avec les ressources et charges du débiteur» (*Cour de cassation, chambre civile 1, 4 avril 1995, n° 93-04181*).

*C.consom.* Si se trataba de medidas forzosas, de mayor gravedad, tales medidas requerían homologación judicial. Actualmente, si no se produce contestación por los acreedores, no hay intervención judicial. De hecho, en ausencia de contestación, las medidas se imponen a los acreedores, salvo a aquellos cuya existencia no haya sido comunicada por el deudor o que no hayan sido avisados de las medidas por la comisión (art. L733-9). Se observa, como el Derecho francés ha investido a comisiones administrativas de un poder que les permite revisar, de forma forzosa, los contratos ante una situación de sobreendeudamiento. Tal reforma se realizó debido a que el 98 % de las recomendaciones eran homologadas de forma favorable por los jueces, buscando una desjudicialización de tales asuntos<sup>211</sup>. No obstante, puede ocurrir que los acreedores hagan un mayor uso del trámite de oposición en defensa de sus intereses económicos.

El sistema francés muestra la insuficiencia y la posible evolución de nuestro Derecho. En primer lugar, el CBP, que pende de la voluntad de los acreedores, se nos presenta como un sistema demasiado restrictivo, con medidas limitadas y plazos demasiado cortos para remediar la situación del deudor hipotecario. Tal Código de buenas prácticas debería suprimirse, instalando medidas más favorables dentro de la mediación concursal e hipotecaria. En segundo lugar, tras la observancia del modelo francés, se comprueba la posibilidad, dentro de nuestro Derecho, de dotar al notario (dentro de la mediación concursal) o a los organismos públicos encargados de la mediación hipotecaria –si hubiera una regulación legal común y uniforme–, de la facultad de revisar, de forma forzosa, el contrato de préstamo hipotecario. Tales propuestas de *lege ferenda* son viables dentro del sistema español. Si bien, se requiere una voluntad de cambio por parte de nuestro poder legislativo.

### **1.3 El proceso judicial de «recuperación personal» con liquidación del bien inmueble hipotecado: la liberación de deudas**

Cuando el deudor se encuentra en una situación «irremediablemente comprometida», a nivel socio-económico, impidiendo la puesta en marcha de las medidas previstas en el plan de *désendettement* (voluntario o forzoso), la comisión administrativa o el juez –e, incluso, el propio deudor– pueden decidir que resulte necesario acogerse al proceso judicial de «recuperación personal» (arts. L. 741-1 *C.consom*). Tal proceso –con o sin liquidación de los bienes, según la situación patrimonial del deudor– concluye con la liberación total de las deudas

<sup>211</sup> PIEDELIEVRE, 2016, párrafos n.º 164 ss.; MARTINEAU-BOURGNINAUD, 2018, pp. 308 ss.

no profesionales, salvo determinadas excepciones, cuando el producto resultante de la liquidación de los bienes no es suficiente para el pago total de los créditos (arts. L. 742-21 y L. 742-22 *C.consom*)<sup>212</sup>.

Tratándose de un deudor con un préstamo hipotecario –entre otras deudas–, como norma general se procederá a la apertura de un proceso de «recuperación personal» con liquidación del bien inmueble hipotecado. Siendo así, el liquidador dispone de un plazo de doce meses –prorrogable según el artículo R. 742-26– para vender el bien inmueble de forma amistosa (a través de la llamada *vente de gré à gré*), regulada en los arts. R. 742-21 ss. *C.consom*; y, en su defecto, procederá a la venta forzosa (arts. R. 742-27 ss.), a la que le resulta de aplicación las condiciones previstas en los Títulos I y II, del Libro III del *Code des procédures civiles d'exécution* (*C.pr:civ*). El primer cauce es más aconsejable puesto que permite la venta por un precio superior. De hecho, será el juez del tribunal de instancia quien determine el precio mínimo de venta<sup>213</sup>. Lo mismo ocurre en caso de venta forzosa (art. R. 742-31)<sup>214</sup>. Tras la venta del bien inmueble

<sup>212</sup> Existe la posibilidad de que el proceso concluya con la liberación de las deudas si el deudor no dispone de bienes embargables, ello por razones de humanidad. En este sentido, ha señalado la Corte de Casación lo siguiente: «la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que la procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, qui emporte l'effacement des dettes, n'a ni pour objet ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété du créancier au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, que ces mesures qui limitent ou font obstacle au recouvrement des créances par leurs titulaires portent atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété, qu'il est admis que le législateur peut limiter les conditions d'exercice de ce droit pour des motifs d'intérêt général, qu'en l'espèce, le dispositif critiqué répond à un objectif d'intérêt général de lutte contre la précarité et l'exclusion sociale en permettant le traitement de la situation de surendettement des débiteurs en grande précarité dont la situation, irrémédiablement compromise, rend impossible l'apurement du passif par l'adoption d'autres mesures, que le prononcé de la mesure, qui présente un caractère subsidiaire lui ôtant tout caractère d'automaticité, est entouré de garanties de procédure et de fond permettant au créancier de la contester pour la préservation de ses droits, que l'atteinte ainsi portée est proportionnée à cet objectif» (*Cour de cassation, chambre civile 2, 19 déc. 2013, n° 13-40.065*).

<sup>213</sup> Artículo R. 742-23 *C.consom*: «En cas de vente de gré à gré d'un bien immobilier grevé d'une hypothèque ou d'un privilège, le juge du tribunal d'instance détermine le montant minimum du prix de vente. Le paiement du prix conforme à ce montant, des frais de la vente et des droits de mutation purge l'immeuble de toute hypothèque et de tout privilège pris du chef du débiteur».

<sup>214</sup> Hay que destacar que dentro del *saisie immobilière*, el deudor puede acudir al juez con el fin de que establezca un precio de salida en subasta acorde con el valor real o de mercado, siempre y cuando resulte insuficiente el montante del precio de salida fijado por el acreedor, por constituir este un precio irrisorio (art. L. 322-6 *Code des procédures civiles d'exécution*). Este artículo permite: en primer lugar, que el deudor, a instancia de parte, pueda solicitar una revisión del precio de salida en subasta del bien inmueble conforme a los criterios del mercado; en segundo lugar, que sea el juez el encargado de efectuar dicha nueva valoración mediante el peritaje correspondiente; y en tercer lugar, impide la tendencia que existía anteriormente por parte de los acreedores de hacer coincidir el valor de salida en subasta con la cantidad de crédito debida por el deudor, en vez de fijar el precio de salida atendiendo al valor venal del bien inmueble, lo que provocaba la existencia de un número importante de adjudicaciones a precios muy inferiores al valor de mercado, afectando seriamente a los intereses del deudor, los cuales podían continuar endeudados. Sin embargo, se

hipotecado<sup>215</sup> pueden ocurrir dos situaciones: que el producto resultante sea suficiente para el pago del crédito inmobiliario o, bien, que no lo sea. En este último caso, disponiendo el deudor únicamente de bienes necesarios para subsistir, el juez ordena el cierre del proceso por insuficiencia de activo y dictamina la liberación de deudas –*l'effacement des dettes*–, llamada la purga de deudas<sup>216</sup>, y la consiguiente extinción de las obligaciones (art. L. 742-22 *C.consom.*). Se permite, como indica la doctrina, «*l'effacement total des dettes garanties*»<sup>217</sup>. Esto implica la posibilidad de verse liberado de la deuda hipotecaria tras la venta del bien inmueble, salvo que se trate de una garantía suscrita con *caisses de crédit municipal* (art. L. 711-5 *C.consom.*)<sup>218</sup>. Si observamos el sistema francés, el Derecho de garantías quiebra en protección del deudor sobreendeudado.

#### 1.4 La primacía del Derecho de sobreendeudamiento sobre el Derecho de garantías

El Derecho de sobreendeudamiento afecta y diluye el Derecho de garantías y, por efecto, los privilegios de los acreedores. Así se indica, de forma expresa, tras una reforma del Código Civil francés –con base a la *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*–, en el artículo 2287, un precepto que establece, como regla común a garantías personales y reales, lo siguiente:

«Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l'application des règles prévues en cas d'ouverture d'une procédu-

---

puede observar que dicha solicitud puede realizarse única y exclusivamente cuando el precio de salida sea insuficiente para paliar el endeudamiento del deudor. *Vid. PAISANT, RTD com*, 1998, p. 237. «Cette disposition a pour objet d'informer le débiteur saisi de la faculté qui lui est offerte de demander une augmentation de la mise à prix de cet immeuble, si celle-ci s'avère manifestement insuffisante». GALLET, *AJDJ*, 1998, p. 256. Sobre esta posibilidad se manifiesta: «La vente forcée du logement principal est toujours une tragédie pour le propriétaire emprunteur qui l'habite avec sa famille et qui doit en dégurerpir. L'effet en est redoublé lorsque le prix d'adjudication n'est pas suffisant pour couvrir la dette. Non seulement l'emprunteur a perdu la propriété et l'usage de son logement, mais encore il doit continuer à en payer le prix. Le législateur ému par cette situation a eu le souci de l'atténuer, en premier lieu en créant les conditions d'une adjudication au meilleur prix, ensuite en permettant d'effacer le solde de la dette [...]. Sur le premier point il a cru trouver une solution par une modification judiciaire de la mise à prix». RAYMOND, *D*, 1999, p. 205. Lo importante al observar este sistema, a pesar de las críticas que puedan hacerse también del mismo, es que permite una actualización del valor del bien inmueble conforme a los criterios de mercado en sede ejecutoria, potencia el interés en las subastas con el sistema de bajadas sucesivas y, sobre todo, y lo más importante, se ha elaborado para impedir que el producto resultante sea insuficiente para cubrir el nivel de endeudamiento del deudor.

<sup>215</sup> Sobre la hipoteca y la realización del bien hipotecado, véase ALBIGES y DUMONT LEFRAND, 2017.

<sup>216</sup> *Vid. SOUSTELLE*, 2012, párrafo n.º 85.

<sup>217</sup> BOURASSIN, *LPA*, 2012, p. 4 ss.

<sup>218</sup> A tales préstamos tampoco les resulta de aplicación las medidas previstas en el apartado 2º del artículo L. 733-7 y los artículos L. 741-2, L. 741-6 et L. 741-7 *C.consom.*

re de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d'ouverture d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers».

Las medidas y reglas que recoge en Derecho de sobreendeudamiento en protección del deudor suponen la quiebra de ciertos privilegios reconocidos por el Derecho francés a los acreedores con garantías reales. De hecho, el *Code de la consommation* contiene reglas propias. Primero, prohíbe la creación de nuevas garantías (art. L. 722-5). Segundo, la apertura y desarrollo del proceso implica la paralización del *droit de poursuite* del acreedor frente al bien inmueble hipotecado (art. L. 722-2), un suspenso que puede durar hasta ocho años si se aprueba un plan de *désendettement* por la comisión administrativa (L733-16). Se produce, pues, un aplazamiento de la exigibilidad del crédito. De hecho, incluso tras haberse aprobado la venta forzosa del bien inmueble hipotecado, es posible posponer la fecha de adjudicación por causas graves y justificadas (art. L. 722-4). Tercero, el crédito garantizado puede verse aminorado por la aprobación de diferentes medidas (modificación de intereses, reducción del saldo restante debido tras la venta del bien inmueble, etc.). Cuarto, el crédito hipotecario se puede ver afectado por la liberación de deudas dentro del proceso de «recuperación personal» (art. L. 742-22), salvo si se trata de un crédito suscrito con cajas de crédito municipal. Quinto, el acreedor no podrá elegir el momento y modo de realización de la garantía hipotecaria, su elección dependerá de la comisión de sobreendeudamiento o del juez, desarrollándose conforme a los plazos y reglas del *Code de la consommation*.

Con esta posibilidad se ha asistido a una evolución jurídica que, basada en objetivos como la solidaridad social, la dignidad de la persona, etc.; ha propiciado la derogación de las reglas comunes en materia de derechos de garantía, limitando y restringiendo sus efectos, a favor del deudor sobreendeudado. De este modo, «le sacrifice des créanciers titulaires de sûretés paraît inévitable»<sup>219</sup>, pues deben soportar en ocasiones la suspensión y, en otras, la extinción de las obligaciones, un efecto que arrastra consigo a las propias garantías suscritas. Se rompe, con ello, la función propia de las garantías, asegurar el pago de lo debido, haciendo que devengan un instrumento inútil ante la normativa en materia de sobreendeudamiento. Por tal motivo, manifiesta Bourassín que el Derecho

<sup>219</sup> «Le traitement du surendettement s'accompagne d'entorses à la force obligatoire des contrats et au droit de gage général des créanciers. Le droit du surendettement mérite à cet égard d'être rapproché du droit des entreprises en difficulté, même si, nous le verrons, l'égalité entre les créanciers y est moins prégnante et l'organisation collective moins développée». *Vid. BOURASSIN, LPA, 2012, párrafo n.º 27.*

de sobreendeudamiento se aproxima al Derecho aplicable a las empresas con dificultad<sup>220</sup>. La garantía ha perdido, pues, su carácter perpetuo, otorgándosele, en contra de su finalidad y su naturaleza, un carácter efímero en protección de aquellas personas que se encuentran en una situación de sobreendeudamiento. En tal sentido, afirma la autora antes mencionada:

«[...] la perte d'efficacité qu'elles subissent toutes dans le cadre des procédures de surendettement semble inéluctable compte tenu des objectifs impérieux –solidarité sociale, justice distributive, dignité humaine– qui imposent aux créanciers des sacrifices en vue de la réinsertion financière et sociale du débiteur»<sup>221</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

Desde hace más de una década, «hipoteca» y «crisis» son palabras que representan una pareja circunstancial. Ambas «iban de la mano» en los textos de diversa doctrina, leyes e, incluso, sentencias. El término jurídico «hipoteca» no solo representaba una institución de garantía, también era símbolo de la caída social de miles de deudores hipotecarios. No obstante, la hipoteca se nos mostraba como una «institución intocable», erigida en defensa de los intereses económicos de los acreedores. Por tal razón, nunca se ha producido una reforma «directa» de tal institución –como derecho real de garantía o de contrato–, a pesar del drama social de las ejecuciones hipotecarias. Si bien, la realidad social puso de relieve la necesidad de dotar nuestro Derecho de mayor justicia. Estábamos ante un sistema jurídico –falto de humanidad y cegado por la objetividad–, que dio la espalda al orden moral. Para remediar tal problema –y superar los efectos perversos que generaba un sistema eminentemente *pro creditoris*–, nuestro legislador introdujo una «vacuna» en el ordenamiento jurídico –a través de diferentes reformas legales– para dotarlo de una mayor ética, cuya composición–nuevos pensamientos, principios y teorías– ha generado efectos secundarios capaces de alterar tal institución de garantía. De forma indirecta, hemos activado una auténtica (*quasi*)transmutación socio-jurídica de la hipoteca, aunque tal tratamiento no se dirigiera concisamente a reformar su esencia jurídica primigenia.

El derecho real de hipoteca ha dotado, durante siglos, al acreedor de una facultad esencial –el *ius distrahendi*–, que le permite

<sup>220</sup> *Ibid.*, párrafo n.º 5.

<sup>221</sup> *Ibid.*, párrafo n.º 136.

realizar el bien hipotecado para satisfacer su derecho de crédito, de forma célere e inmediata. Por tal razón, se afirma que la hipoteca tiene carácter unidireccional, pues está concebida para satisfacer los intereses del acreedor<sup>222</sup>. Además, si el valor del bien no es suficiente para satisfacer la deuda, la hipoteca nunca ha supuesto, como regla general, una cortapisa para activar el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC). Sin embargo, tras el Derecho post-crisis –que se ha dispersado en el Derecho civil, Procesal y Concursal, entre otras ramas– existen tres elementos externos a tal derecho real de garantía capaces de provocar la mutación de su contenido esencial –aunque algunos autores se refieran al «equilibrio del mecanismo hipotecario»<sup>223</sup>–. Nos referimos a las circunstancias que rodean un elemento personal –la situación socioeconómica del deudor–, su objeto –la condición del bien hipotecado como vivienda habitual– y la relación crediticia que garantiza –la relación de «macrodependencia» con el préstamo hipotecario–.

La concurrencia de uno o varios de tales elementos es capaz de generar distintas consecuencias: 1) La «desactivación» o «deceleración» del *ius distrahendi*, perdiendo su eficacia inmediata y celebridad (debido al nuevo plazo para el vencimiento anticipado de los préstamos inserto en el artículo 24 LCCI; la paralización de las ejecuciones hipotecarias fijada en diversos preceptos; el fomento de la «cultura del diálogo» en la mediación hipotecaria y concursal; el nuevo cauce de oposición en sede ejecutiva por existencia de cláusulas abusivas del artículo 695 LEC; la enervación de la acción hipotecaria en el artículo 693.3 LEC; etc.); 2) la transformación *ex post* de una hipoteca, nacida en sede contractual sin limitación de responsabilidad, en una hipoteca con deuda de responsabilidad limitada, sin el consentimiento del acreedor (a través de la dación en pago dentro del CBP o del beneficio legal de la exoneración del pasivo insatisfecho del artículo 178 bis de la LC); 3) la ampliación de la cobertura de la responsabilidad hipotecaria (auspiciada por el aumento progresivo de los porcentajes del valor de subasta y adjudicación en sede ejecutiva); 4) la configuración de la hipoteca como una *hypotheca specialis*, por ostentar el bien inmueble hipotecado la consideración de vivienda habitual, lo que supondría la aplicación de un régimen especial, diferente del régimen general, menos favorable para el acreedor; y, finalmente, 5) la modificación de la cuantía de la obligación garantizada *a posteriori* –u otros aspectos de la hipoteca–, a pesar del contenido inicial inscrito en el Registro de la Propiedad (art. 12 LH) (como consecuencia de los

---

<sup>222</sup> MÁRTINEZ DE AGUIRRE, 2016, p. 264.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 296 ss.

efectos derivados de la nulidad de cláusulas abusivas insertas en el contrato de préstamo hipotecario). Se observa, pues, como tales elementos pueden convertirse en una «atadura» para la eficacia de la hipoteca o, bien, oprimir o alterar su contenido esencial.

El devenir de la hipoteca ya no pende del contenido del contrato inicial, sino de causas externas y posteriores. La hipoteca, en su concepción clásica como derecho real de garantía *pro creditoris*, puede «enfermar» tras los cambios legales introducidos a favor del deudor hipotecario. Ante ello, estamos asistiendo a la quiebra inicial del Derecho de garantías o, si se prefiere, a la llegada de un régimen excepcional en el ámbito hipotecario. La exaltación, en sede contractual y ejecutiva, de los derechos sociales del hombre –derecho a la dignidad y derecho a una vivienda digna–, la entrada de nuevas teorías e imperativos –como los postulados ético-jurídicos del *solidarisme contractuel* o la perennidad contractual–, el pensamiento tendente a una mitigación del principio de responsabilidad patrimonial universal y la influencia de los principios *pro debitoris* y *pro consumatore* en el Derecho, son las causas que han impulsado el inicio de un cambio de paradigma jurídico en el Derecho de garantías y, por consiguiente, la restricción de los derechos de los acreedores hipotecarios. La hipoteca, como instrumento de garantía, comienza a diluirse en manos de los acreedores. Su eficacia perece o se transforma por razones humanas y solidarias. Si bien, puede que el Derecho post-crisis nos haya colocado en una fase intermedia de tal transformación jurídica, debiendo plantearnos diferentes cuestiones al observar otros sistemas jurídicos, como el modelo francés: Dónde estamos y hacia dónde vamos.

No puede discutirse que el nuevo sistema es más favorable para el deudor hipotecario. Ahora bien, a pesar de la intención del poder legislativo de no alterar «los elementos fundamentales de la garantía hipotecaria»<sup>224</sup>, el resultado final está comenzando a reflejar lo contrario. De forma indirecta, nuestro legislador ha conseguido atemperar el Derecho de garantías, en particular la eficacia de la hipoteca. El problema subyace en la presencia de ciertas deficiencias. Por lo pronto, el Derecho post-crisis es el reflejo de una técnica legislativa apresurada. Aunque las leyes muestran el propósito de proteger al deudor hipotecario y la vivienda habitual, el legislador se ve paralizado, no queriendo perturbar –por «miedo» o «interés»– los intereses del acreedor. Ello ha provocado la creación de medidas «a medio camino» que denotan cierta incoherencia, pudiendo ser mejorables. A modo de ejemplo, la ampliación del

<sup>224</sup> Un propósito reflejado en el preámbulo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

plazo para el vencimiento anticipado del préstamo busca preservar la vivienda. Mientras tanto, el legislador permite que los intereses de demora aumenten (aunque se hayan reducido). Si dicha medida no evita que la activación del *ius distrahendi* del acreedor se dilate en el tiempo, ¿no sería más adecuado imponer una reestructuración forzosa del préstamo, que impida la generación de intereses, facilitando igualmente la preservación de la vivienda habitual? Por otra parte, las medidas y beneficios legales –mejorables– requieren una mayor uniformidad. Con ello, me refiero a que los deudores hipotecarios gozan de un tratamiento jurídico diferente según sea la voluntad del acreedor y el cauce procesal seguido para ejecutar el crédito<sup>225</sup>. Como ocurre en Francia, debe establecerse un régimen unitario que asegure el mismo nivel de protección a todo deudor hipotecario sobreendeudado de buena fe y sin recursos; o, si se prefiere, varios cauces –según la existencia o no de otros créditos– que contengan las mismas medidas y beneficios con la finalidad de preservar la vivienda del deudor. Mientras tanto, es cierto que estamos ante un Derecho más social, pero asimismo discriminatorio.

Es imposible vaticinar que puede ocurrir en próximos años, pero hemos sido testigos de una (*quasi*)transmutación socio-jurídica de la hipoteca ante la necesaria protección del deudor hipotecario. Sin embargo, la evolución de nuestro sistema legal no ha tocado techo. Ello dependerá de la realidad social y de la voluntad del legislador. Puede que el *solidarisme* forzoso, la revisión y adaptación de los préstamos hipotecarios, sea posible en poco tiempo, otorgando tal facultad a las autoridades que se encarguen de la mediación hipotecaria o concursal; o, en su caso, a los jueces (apostando, así, por la perennidad contractual, la imposición de un plan de pagos forzoso que evite la pérdida de la vivienda). Puede que dicho plan forzoso recoja medidas similares a las establecidas en el modelo francés, más protectoras del deudor hipotecario (afectando, en un mayor grado, al *ius distrahendi* del acreedor). Es posible que la hipoteca sobre vivienda habitual se instaure como una hipoteca legal con deuda de responsabilidad limitada al valor del bien inmueble. Puede ocurrir, gracias al principio del *favor debitoris*, que un precepto otorgue al deudor hipotecario la posibilidad de solicitar al juez que el valor de subasta del bien inmueble pueda actualizarse en sede ejecutiva atendiendo al valor del mercado.

<sup>225</sup> A modo de ilustración, algunos podrán beneficiarse de la mediación hipotecaria. Otros de las medidas previstas en el CBP. El valor de subasta podrá ser distinto según la vivienda habitual se haya liquidado en el proceso de ejecución hipotecaria o en el proceso extrajudicial ante notario. Dependiendo de que el préstamo se ejecute en sede ejecutiva o concursal, el deudor hipotecario podrá beneficiarse de una quita parcial de la deuda restante o, en su caso, de su exoneración total.

Incluso, puede suceder que la dación en pago sea una medida de carácter obligatorio o que la vivienda habitual tenga la consideración de bien inmueble inembargable. Sin embargo, todo ello son meras suposiciones. Hasta el momento, puede afirmarse que hemos asistido a una mutación socio-jurídica de la hipoteca en defensa del deudor hipotecario, sin olvidar que puede que estemos ante una pre-mutación que puede ir a más, como ha ocurrido en Francia.

A pesar de lo anterior y de la indudable mejora de las medidas *pro debitoris*, nuestro Derecho puede –y debe– dirigirse hacia una conversión en un Derecho más social y flexible, capaz de equilibrar los intereses socio-económicos del deudor y el acreedor hipotecarios. Debe apostar, con mayor valentía, por la instauración de medidas que fomenten la perennidad contractual. Es cierto que ello supondrá la desactivación y deceleración del *ius distrahendi* –una facultad esencial e intrínseca en el contenido del derecho real de hipoteca–, pero debemos recordar que la hipoteca es un elemento accesorio del contrato de préstamo. La eficacia contractual debe prevalecer sobre la garantía por dos razones principales: mantener la utilidad económica del contrato y obtener un efecto social, evitar la pérdida de la vivienda habitual y la consiguiente exclusión social del deudor particular. Humanizar el Derecho no lo despoja de fundamento. Al contrario, lo fortalece ante la consecución de fines sociales y de justicia. La «medida estrella» no es la dación en pago, es la instauración del *solidarisme* forzoso. Éste último es capaz de evitar la ejecución del bien inmueble. Al fin y al cabo, el deudor no merece solo una segunda oportunidad en sede ejecutiva, merece una «segunda oportunidad en sede contractual».

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑÉN, María José: «Todo lo que hay que saber sobre la oposición a la ejecución o la declaración de oficio de cláusulas abusivas en el procedimiento hipotecario», *Diario La Ley*, n.º 8755, 2016.
- ADÁN DOMÈNECH, Frederic: «¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado», *Diario La Ley*, n.º 9401, 2019.
- «Instauración de una ejecución hipotecaria especial en Cataluña?», *Diario La Ley*, n.º 8631, 2015.
- «¿Resulta conforme a derecho, la instauración de una mediación hipotecaria autonómica?», en *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, Barcelona, 2016, pp. 199-207.
- «Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejercita el vencimiento anticipado», *Diario La Ley*, n.º 9152, 2018.

- «LA MEDIACIÓN EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: ¿ES LEGAL, válida, es posible?», en *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*, Barcelona, 2016, pp. 367-378.
  - «La reforma de la ejecución hipotecaria», *Revista de derecho bancario y bur-sátil*, Año n.º 32, n.º 132, 2013, pp. 203-222.
  - «La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado», *Cuadernos de dere-cho y comercio*, 2017, pp. 83-134.
- AGÜERO ORTIZ, Alicia: «Comentario al Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario», *La Ley mercantil*, n.º 42, Diciembre, 2017.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, Daniel Pedro: «El principio pro-consumatore comunitario frente a la tutela privilegiada del acreedor hipotecario: la STJUE de 17 de julio de 2014 (C-169/14)», *Diario La Ley*, [La Ley 7896/2014].
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «Primerísimas observaciones al Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 20, 2016.
- «Una vacatio legis común para la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9120, 2018.
  - «Reflexiones transversales sobre el préstamo hipotecario responsable de viviendas», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Cizur Menor (Navarra), Vol. 1, 2014, pp. 169-221.
  - «La cláusula de autorización por el Banco del destino profesional de la vivienda residencial o habitual hipotecada (a propósito de la STS 23 diciembre 2015)», *Revista Lex Mercatoria*, n.º 1, 2016, pp. 35 a 42.
- ALBIGES, Christophe; DUMONT-LEFRAND, Marie-Pierre: *Droit des sûretés*, Paris, 2017.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa: «El Código de Buenas Prácticas de reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual. Natu-raleza jurídica y su análisis como supuesto específico de sobreendeudamiento de particulares», *Revista de Derecho civil*, vol. 2, n.º 2, 2015, pp. 31-67.
- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, Segismundo: «Crisis y ejecución hipotecaria: pro-puesta de reforma», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 23, 2012 (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2011/12), pp. 43-92.
- ANCEL, Pascal: «La force obligatoire: Jusqu'où faut-il la défendre?», en *La nou-velle crise du contrat*, Paris, 2003, p. 163 ss.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: «La mediación hipotecaria», en *Tipología con-tractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 239-261.
- ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María: «Medidas de protección de la vivienda habi-tual de personas naturales insolventes: de la reestructuración de la deuda hipotecaria al mecanismo de la segunda oportunidad», en *Servicios de inte-rés general y protección de los usuarios*, Madrid, 2018, pp. 225-247.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «El servicio de ayuda al sobreendeudamiento fami-liar de Euskadi y la mediación en préstamos hipotecarios», Bilbao, 26 de abril de 2012, en [www.notariosyregisradores.com](http://www.notariosyregisradores.com).
- «Ni la responsabilidad patrimonial universal ni la fianza impiden la dación en pago o la limitación de la responsabilidad al precio del piso hipotecado: comentario de la SJM núm. 10 de Barcelona de 7 de diciembre de 2016», *Diario La Ley*, n.º 8913, 2017.
- BASTANTE GRANELL, Víctor: «Derecho hipotecario, jurisprudencia menor y jus-ticia en el contexto social generado por la crisis económica», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, pp. 899-916.

- «La abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año n.º 91, n.º 750, 2015, pp. 2420-2454.
  - «La doctrina del solidarismo contractual y la quiebra del consumidor», *Anuario de derecho concursal*, n.º 39, 2016, [BIB 2016180235].
  - «La necesaria configuración de un «plan de pagos forzoso «ex ante» a favor del consumidor insolvente», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º 24, 2016, pp. 441-448.
  - «La valoración de bienes inmuebles hipotecados tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo: ¿una reforma suficiente en protección del deudor hipotecario?», *Actualidad civil*, n.º 2, 2014.
  - «Legislación de crisis frente al drama hipotecario. Familia, justicia vs. seguridad jurídica», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 17, n.º 1, 2014, pp. 13-59.
  - «Mediación hipotecaria: una solución al problema del sobreendeudamiento de los particulares», *Anales de derecho*, n.º 31, 2013, pp. 180-213.
  - *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad: origen, fundamento y significado*, Granada, 2016, 252 pp.
  - «La mediación hipotecaria en Andalucía», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1293-1308.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; Quicíos Molina, María Susana; Moralejo Imbernon, Nieves (Coord.): *Tratado de contratos*, Valencia, 2.<sup>a</sup> ed., 2013.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Consideraciones generales en torno al Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Actualidad civil*, n.º 1, 2018.
- «La reforma del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 4, 2014 (Ejemplar dedicado a: Insolvencia y familia), pp. 88-111.
  - «Las últimas reformas normativas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad», en *El Préstamo Hipotecario y el Mercado del Crédito en la Unión Europea*, Madrid, 2016, pp. 109-263.
  - «Líneas maestras del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9097, 2017.
  - «Reflexiones sobre el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Consultor inmobiliario: Revista mensual de actualidad para profesionales*, n.º 134, 2012, pp. 3-28.
- BIELA CASTRANADO, Miguel: «Las alteraciones normativas en la venta extrajudicial del bien hipotecado. El nuevo artículo 129 de la Ley hipotecaria», en *Vivienda y crisis económica: estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica*, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 257-316.
- BLANCO GARCÍA, Ana Isabel: «La intermediación hipotecaria: la mejor opción contra ejecución hipotecaria», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 2, 2015, pp. 1-27.
- BLASCO GASCO, Francisco de Paula: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, 2000, [TOL163.203].

- BOURASSIN, Manuella: «Sûretés et surendettement des particuliers», *Petites affiches*, 10 octobre 2012, n° 203.
- BOURGEOIS, Léon: *Solidarité*, Paris, 1896.
- BOUGLÉ, Célestin: *Le Solidarisme*, Paris, 1907.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La nueva Ley reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9386, Sección Doctrina, 28 de Marzo de 2019.
- «La nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario ¿el final de un largo y turbulento vuelo o solamente un aterrizaje de emergencia?», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 84, 2019, pp. 26-35.
  - «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?», *Diario La Ley*, n.º 9404, 2019.
- CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank: *Droit de la consommation*, Paris, 5.<sup>a</sup> ed. 2000.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya: «Pasado, presente y futuro? de la ejecución hipotecaria. A propósito de la deriva hipotecaria», *Actualidad civil*, n.º 12, 2015, pp. 4-27.
- CALLEJO CARRIÓN, Soraya; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes: «Mediación y ejecución hipotecaria: ¿Una convivencia posible?», en *Derecho, Justicia, Universidad. Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, pp. 597-624.
- CARDO HERRERO, Ángel M.: «¿Está funcionando la Ley de Segunda Oportunidad?», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 922, 2016, p. 9.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Cinco años de acoso y derribo de la hipoteca española», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 57, 2014.
- «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 6, 2013, pp. 58-65.
- CASADO ROMÁN, Javier: «Análisis procesal del Real Decreto Ley de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», *Diario La Ley*, n.º 7991, 2012.
- CASANELLAS BASSOLS, Raimon: «La ley de segunda oportunidad: una oportunidad perdida», *Diario La Ley*, n.º 8763, 2016.
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: «La inoperante reforma de la ejecución hipotecaria», *Actualidad civil*, n.º 7-8, 2014.
- CASTILLO FELIPE, Rafael: «Mediación obligatoria y proceso de ejecución hipotecaria: una visión crítica», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 649-670.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, Carolina del Carmen: «Un paso más en la consideración de la cláusula de vencimiento anticipado hipotecario y su posible abusividad», *Actualidad civil*, n.º 9, 2018.
- CEBALLOS PEÑA, David: «La mediación hipotecaria: un nuevo fenómeno de afrontamiento de conflictos en un entorno de crisis social», *Revista de mediación*, n.º 12, 2013, pp. 22-29.
- CHABAS, Cécile: *L'inexécution lícite du contrat*, Paris, 2002.
- CHAZAL, Jean Pascal: «Les nouveaux devoirs des contractants: Est-on allé très loin?», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O.: «Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services», en *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, Micklitz, Hans-W., 2014, pp. 170-209.

- COBAS COBIELLA, María Elena: «La intermediación hipotecaria en sede de ejecuciones hipotecarias: luces y sombras sobre la cuestión», *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, n.º 160, 2014, pp. 5-40.
- CONDE FUENTES, Jesús: «La segunda oportunidad tras la Ley 25/2015: otra oportunidad perdida», *Cuaderno electrónico de estudios jurídicos*, n.º 5, 2015-2016, pp. 19-34.
- CORDERO LOBATO, Encarna: «Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución», *Diario La Ley*, n.º 7972, 2012.
- CUENA CASAS, Matilde: «El nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 6, 2015, pp. 16-39.
- «La exoneración del pasivo insatisfecho», *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º Extraordinario-2016, Diciembre 2016, pp. 575-639.
- «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, [La Ley 2037/2015].
- DELMAS-SAINT-HILAIRE, Jean-Pierre: «L'adaptation du contrat aux circonstances économiques», en *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, LGDJ, 1960.
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en general*, París, 1925.
- DÍAZ FRAILE, Juan María: «La deuda hipotecaria ante su ejecución: la tasación del bien hipotecado», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 345-388.
- DÍAZ GARCÍA, Rubén: «La nueva ley hipotecaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 189, 2019, pp. 6-11.
- DÍEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Madrid, 2013, vol. III, t. II.
- DIJOUX, Ruth: *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, 2012.
- DOMÍNGUEZ CANO, Anabel: «La mediación en los procesos de desahucios. Mediación hipotecaria», *Mediatio: mediación*, n.º 7, 2015.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca», en *Vivienda e hipoteca*, Madrid, 2018, pp. 241-334.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, Javier: *Adquisición de vivienda y cláusulas abusivas. La integración del Derecho español a través del Derecho europeo y comparado*, Madrid, 2018.
- DOMÍNGUEZ RUIZ, Lidia: «La oposición por existencia de cláusulas abusivas en el proceso de ejecución hipotecaria», *Diario La Ley*, n.º 8454, 2015.
- DUGUIT, Léon: *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'état: conférences faites à l'École des hautes études sociales*, Paris, 1908.
- DURKHEIM, Émile: *De la division du travail social*, París, 1893.
- ENRILE DE ROJAS, Mercedes: «La protección de la vivienda del deudor hipotecario en la subasta judicial tras las últimas reformas normativas», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 585-604.
- ESTEBAN-HANZA NAVARRO, Emilio: «El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria», en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias*, Madrid, 2014, pp. 677-698.
- FERNÁNDEZ CARRÓN, Clara: «Protección del consumidor en caso de enajenación de su vivienda habitual en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado: Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María: *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015.

- FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, María José: «Alcance y referencias comparativas de la mediación hipotecaria sobre la vivienda en Andalucía», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1273-1292.
- FIGUEROA DENCHE, Raquel: «La mediación hipotecaria», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 177, 2017, pp. 14-19.
- FONT DE MORA RULLÁN, Jaime: «El talón de Aquiles de la subasta judicial electrónica: la notificación de la convocatoria de la subasta a los demandados no personados. Crítica al artículo 645 de la LEC», *Diario La Ley*, n.º 9203, 2018.
- FONT DE MORA RULLAN, Jaime; MOYA DONATE, Pedro; MIÑANA LLORENS, Vicente; BAÑON GONZÁLEZ, Alejandro M.; DE LA RÚA NAVARRO, Alicia María y LONGAS PASTOR, Begoña: «Sobre la doctrina progresiva de la DGRN en materia de adjudicación en protección del deudor y la necesidad de una reforma legal para su consolidación definitiva», *Diario La Ley*, n.º 9142, Sección Doctrina, 19 de febrero de 2018.
- FORTEA GORBE, José Luis: *La protección del deudor hipotecario frente a las cláusulas abusivas*, Las Rozas (Madrid), 2017.
- FUENTES FERNÁNDEZ, Isabel: «Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: ventajas y desventajas», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 190, 2019, pp. 6-11.
- GALLET, Charles-Henri: «Surendettement et saisie immobilière», *AJDI*, 1998.
- GARCÍA VILA, José Antonio: «La venta extrajudicial del bien hipotecado tras la Ley 1/2013», *La notaría*, n.º 2, 2013, pp. 20-27.
- GOMÁ LANZÓN, Fernando: «El procedimiento extrajudicial notarial de venta de bien hipotecado: Informe de situación», *Cuadernos de derecho y comercio*, n.º Extra 1, 2014, pp. 197-222.
- GÓMEZ SALCEDO, Agustín: «Problemas suscitados en la ejecución hipotecaria y propuestas de reformas», en *La hipoteca en el desarrollo del modelo económico*, Cizur Menor (Navarra), 2017, pp. 165-183.
- GÓMEZ, Josu: «La renegociación de las cláusulas abusivas de intereses de demora», *Diario La Ley*, [La Ley 9953/2016].
- GONZÁLEZ CABALLERO, Conrado Javier: «Aplicación del artículo 671 de la LEC a la luz de la reciente doctrina de la DGRN sobre la adjudicación hipotecaria de vivienda habitual», *Diario La Ley*, n.º 9164, 2018.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, Manuel: «La tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013, de 14 de mayo», en *La protección del deudor hipotecario*, Granada, 2014, pp. 167-178.
- GRYNBAUM, Luc: «La notion de solidarisme contractuel», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 25-38.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar: «Mecanismos “alternativos” frente al desahucio hipotecario de la vivienda habitual», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, n.º 2, 2015, pp. 3-69.
- HAUSER, Jean: «Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 193-199.
- JAMIN, Christophe: «Le procès du solidarisme contractuel: brève réplique», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 159-168.
- «Quelle nouvelle crise du contrat? Quelques mots en guise d'introduction», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003.
- «Plaidoyer pour le solidarisme contractuel», en *Études offertes à Jacques Ghestin: le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, 2001.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 760, 2017, pp. 1043-1064.

- «El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año n.º 91, n.º 748, 2015, pp. 982-1004.
  - «El régimen de segunda oportunidad introducido por el RD-ley 1/2015, de 27 de febrero», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, n.º 750, 2015, pp. 2365-2384.
  - «La defensa del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, Año n.º 89, n.º 735, 2013, pp. 273-358.
  - «Nuevas aportaciones de la Jurisprudencia a la defensa del deudor hipotecario. La moderación del principio de responsabilidad patrimonial universal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 733, septiembre 2012, pp. 2947-2971.
- JUAN GÓMEZ, Mateo C.: «Ejecución hipotecaria, adjudicación y posesión del bien hipotecado: crónica de una técnica legislativa distraída», *Actualidad civil*, n.º 9, 2018.
- LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis: «La moderna dación en pago», *Revista de Derecho civil*, vol. I, núm. 3 (julio-septiembre, 2014), Ensayos, pp. 89-103.
- LATINA, Mathias: *Contrat (Généralités)*. Dalloz, Répertoire de droit civil, 2013.
- LAVEFVE LABORDERIE, Anne-Sophie: *La pérennité contractuelle*, Paris, 2005.
- LEVENEUR, Laurent: «Le solidarisme contractuel: un mythe», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 173-188.
- «Une bonne leçon de liberté contractuelle...», en *Contrats Concurrence Consommation*, n.º 11, Novembre 2004.
- LÓPEZ CHOCARRO, Ignacio; DAVÍ NAVARRO, Ramón: «La nueva subasta electrónica, crónica de un vía crucis inexplicable: reflexiones de cara a una posible reforma de los artículos 645 ss. LEC», *Diario La Ley*, n.º 8710, 2016.
- LORENTE HOWELL, José Luis: «Ámbito de aplicación del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 940, 2018, pp. 9-9.
- MARCOS FRANCISCO, Diana: «Consumidores, sujetos privilegiados en el nuevo paradigma de justicia civil europea: medidas procesales y extraprocesales para su protección», *Indret*, n.º 3/2015, pp. 1-56.
- MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «El vencimiento anticipado por impago en los préstamos hipotecarios: incertidumbre a la espera de la decisión del TJUE», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, n.º 83, 2019, pp. 18-23.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD, Véronique: *Procédures de surendettement des particuliers et rétablissement personnel*, Paris, LGDJ, 2018.
- MÁRTINEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 259-301.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales», *Indret*, 2/2014, pp. 1-28.
- MARTOS CALABRÚS, María Angustias: «Deudor hipotecario y unidad familiar en el Real Decreto-Ley 6/2012», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, pp. 1015-1026.
- MAZEAUD, Denis: «Crédit immobilier», *Rép. com. Dalloz*, 2012.
- «La révision du contrat», *Petites affiches*, 30 juin 2005, n.º 129, [PA200512902].

- «Le nouvel ordre contractuel», *Revue des contrats*, 1 décembre 2003, n° 1, [RDCO2003-1-066].
  - «Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel: Ne risque-t-on pas d'aller trop loin?», en *La nouvelle crise du contrat*, Paris, 2003.
  - «Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?», en *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*. PUF, 1999, p. 609.
  - «Mais qui a peur du solidarisme contractuel?», *Recueil Dalloz*, 2005 p.1828.
  - «Regards positifs et prospectifs sur Le nouveau monde contractuel», *Petites affiches*, 07 mai 2004 n° 92, n.º 5, [PA200409209].
  - «Solidarisme contractuel et réalisation du contrat», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 57-71.
- MÉDICIS BERNAL, Eva María: «Aspectos novedosos de la reciente y aprobada Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario», *Diario La Ley*, n.º 9391, 2019.
- MEDINA GUERRERO, Manuel: «Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 36, 2015, pp. 261-282.
- MEKKI, Mustapha: «Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise», *Revue des contrats* (Lextenso), n°1, p. 383 [RDCO2010-1-051].
- MÉNDEZ-PINEDO, Elvira: «Crisis económica, burbuja inmobiliaria y derecho a la vivienda en España: Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre cláusulas abusivas y crédito hipotecario», *Anales de la Facultad de Derecho (Universidad de La Laguna)*, Año 2014, pp. 29-52.
- MONTERO AROCA, Juan: *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria*, Valencia, 2012.
- MONTILLA ARJONA, Luis: «Perspectivas de la ley de segunda oportunidad de la persona física», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 46, 2018.
- MORAL MORO, María José: «Mejoras en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 33, 2014.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: *El contrato de hipoteca inmobiliaria*, Pamplona, 2010.
- MORENO GARCÍA, Lucía: *Las cláusulas abusivas: Tratamiento sustantivo y procesal*, Valencia, 2019.
- MUNAR BERNAT, Pedro Antonio: «Código de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago», en *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, 2014, pp. 77-86.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario. Una ulterior evolución doctrinal hacia la vivienda colaborativa*, Navarra, 2018.
- NICASIO JARAMILLO, Isabel María: «El control judicial del valor de tasación de la finca en el procedimiento de ejecución hipotecaria», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 81-102.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro: «Medidas «arrendaticias» del Real Decreto-Ley 6/2012 a favor del deudor hipotecario», en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José González García*, Pamplona, 2012, pp. 1143-1156.
- ORDÁS ALONSO, Marta: «La complejidad normativa en la contratación del crédito inmobiliario y la inexistente voluntad de poner fin a la misma», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 2019.
- PAISANT, Gilles: «Surendettement et saisie immobilière: à propos de la loi n.º 98-46 du janvier 1998», *RTD com.* n.º 51(2), abril-junio 1998.

- PALACIOS, Silvina: «Vivienda y exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley de Segunda Oportunidad», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 948, 2019.
- PÉREZ DAUDÍ, Vicente: «La mediación en el proceso de ejecución hipotecaria», *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1, 2017, pp. 263-294.
- PICOD, Yves: «Contrats et obligations», *JurisClasseur Civil Code*, fasc. unique, 10 Avril, 2013.
- PIEDELIEVRE, Stéphane: *Répertoire de droit immobilier. Credit immobilier*. Dalloz, octubre de 2016.
- PUCHOL SORIANO, Teresa. «La nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en las hipotecas contraídas con un consumidor», en *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*, Navarra, 2018, pp. 171-192.
- QUESADA PÁEZ, Abigail: «La dación en pago frente al mecanismo de segunda oportunidad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 758, Noviembre 2016, pp. 3193-3207.
- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel: «La integración de los medios de solución autocompositivos en el procedimiento de ejecución hipotecaria problemáticas desde la perspectiva procesal y propuesta de fase prerealizatoria», en *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, 2017, pp. 197-225.
- «¿Qué le dice la ejecución hipotecaria al dios de la muerte? –Hoy no». El vencimiento anticipado y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Diario La Ley*, n.º 9393, 2019.
- «La tasación del inmueble de cara a su ejecución en la modalidad del procedimiento sobre bienes hipotecarios. Impacto del Derecho europeo», en *Los contratos de crédito inmobiliario*, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 1179-1203.
- RAKOTOVAHINY, Marie-Andrée: «Le maintien forcé du contrat ou l'éviction de la volonté individuelle», *Petites afiches*, n.º 153, 2011, [PA201115302].
- RALUCA STROIE, Iuliana; FERNÁNDEZ BENAVIDES, Miguel: «Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo por el que se aprueban medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 2, 2012 (Ejemplar dedicado a: Vacaciones y Derecho de consumo), pp. 207-211.
- RAYMOND, Martin: «Surendettement, exclusion et saisie immobilière», *Recueil Dalloz*, 1999.
- RÉMY, Philippe: «La genèse du solidarisme», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004.
- ROCA SASTRE, Ramón María: *Derecho hipotecario*, Barcelona, t. IV, 6.ª ed., 2008.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Julio: «Las insuficientes reformas de los procesos de ejecución hipotecaria», *El siglo de Europa*, n.º 995, 2012, p. 65.
- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal», *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, n.º 24, 2016, pp. 99-131.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel; ACEBES CORNEJO, Raúl: «Sobre la posible ilegalidad y abusividad de la cláusula sobre fijación del valor de tasación del inmueble hipotecado en los préstamos hipotecarios», *Diario La Ley*, n.º 9026, 2017.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Yolanda: «Implicaciones jurídicas en la aplicación del Real Decreto-Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios», *Diario La Ley*, n.º 7994, 2013.

- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «La reforma del proceso de ejecución hipotecaria: aspectos civiles», en *Los contratos de crédito inmobiliario* (Dir. Por Klaus Jochen Albiez Dohrmann, María Luisa Moreno-Torres Herrera; coord. por María Jesús López Frías, Belén Casado Casado), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2018, pp. 1029-1134.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 746, 2014, pp. 3109-3144.
- SAILEILLES, Raymond: *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand* (Art. 116 à 144), Pichon, 1901.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús María: «El procedimiento de segunda oportunidad de la persona natural regulado en el RDL 1/2015 y la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual», *Revista de Derecho vLex*, n.º 130, Marzo 2015.
- SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena: «Deudas derivadas de la adquisición de la vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho», en *Vivienda, préstamo y ejecución*, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado: en especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique: «El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad», en *Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y empresarios/as*, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 771-803.
- SANTOS DEL VALLE, Luis Fernando; FUERTES LÓPEZ, F. Javier: «Posturas con pago aplazado en las subastas judiciales electrónicas (Sobre la disfunción entre normativa, aplicación y efectos)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2018, pp. 11-18.
- SAVAUX, Eric: «Solidarisme contractuel et formation du contrat», en *Le solidarisme contractuel*, Paris, 2004, pp. 43-55.
- SENÉS MOTILLA, Carmen: «La reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria», en *La protección del deudor hipotecario: aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, 2014, pp. 149-166.
- «La Ley de los contratos de crédito inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales», *Revista Justicia*, n.º 1, 2019, pp. 23-78.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El pacto de concreción de responsabilidad en la hipoteca», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 6, 1, 2017.
- SOLAZ SOLAZ, Esteban: «La nueva regulación de la oposición en el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Práctica de Tribunales*, n.º 106, Enero-Febrero 2014, [La Ley 11051/2013].
- SOT TORRES, Daniel: «El desahuciado puede recuperar su casa si se aprecian cláusulas abusivas en su hipoteca», *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, n.º 174, 2017, pp. 24-27.
- SOUSTELLE, Philippe: «Surendettement des particuliers.- Suspension des voies d'exécution», *JurisClasseur*, fasc. n.º 480, 2 Abril 2012.
- SOUWEINE, Carole: «La protection du logement du débiteur en difficulté. Droit des procédures collectives versus droit du surendettement», *La Semaine Juridique*, n.º 17, 28 Avril 2014, doctr. 521.

- TABI TABI, Ghislain: «Ajustement nécessaire du volontarisme contractuel: du volontarisme ou solidarisme?», *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n.º 44, 2014.
- THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine: «Libres propos sur la transformation du droit des contrats», *RTD civ.*, 1997.
- TREILLARD, Jacques: «De la suspension des contrats», en *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Études de droit privé, Paris, 1960.
- VIGNEAU, Vincent; BOURIN, Guillaume Xavier y CARDINI, Cyril: *Droit du surendettement des particuliers*, Paris, 2012.

## CUESTIONES ACTUALES

# El testamento digital en la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales

**NIEVES MORALEJO IMBERNÓN**

Profesora Titular de Derecho civil  
(Acreditada C. U.)  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*La Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la novedosa regulación del testamento digital, entendido como el documento de últimas voluntades que nos permite dejar instrucciones sobre el destino de nuestros contenidos digitales en caso de fallecimiento. En Cataluña, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales, fue la primera que abordó esta cuestión en nuestro país, si bien con soluciones diferentes a la posterior LOPD no solo respecto de las personas que deben considerarse legitimadas para actuar frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para ejecutar las instrucciones del causante, sino también respecto de la forma de las propias instrucciones o las actuaciones que se pueden llevar a cabo en relación con los contenidos digitales del causante.*

### PALABRAS CLAVES

*Protección post mortem de los datos personales. Contenidos digitales. Testamento digital. Prestadores de servicios de la sociedad de la información.*

# The digital will in the new Act 3/2018, of December 5, on the protection of personal data and guarantee of digital rights

## ABSTRACT

*The Act 3/2018, of 5 December, on the protection of personal data and guarantee of digital rights (LOPD) has introduced within the Spanish Legal system the new regulation on the digital testament, which should be understood as the document of last digital wills according to which we can leave certain instructions about what to do with our digital assets once we had died. In Catalonia, the Law 10/2017, of 27 of June, of digital wills, was the first one in Spain that dealt with this issue, although it came up with very different solutions regarding questions as those who can be considered entitled to address the Internet Service Providers in order to execute the instructions dictated by the deceased person, the type of document in which the instructions should be written on and the kind of actions that can be carried out.*

## KEYWORDS

*Personal data post mortem protection, Digital Assets, Digital Testament, Internet Service Providers (ISP).*

SUMARIO: I. *Introducción.*–II. *Antecedentes legales en nuestro ordenamiento jurídico.*–III. *La doble regulación de la nueva LOPD 2018.*–IV. *La protección post mortem de los datos personales de las personas fallecidas.*–V. *El denominado testamento digital: el artículo 96 LOPD:* 5.1 Los contenidos digitales: tipos. 5.2 Los legitimados para acceder a los contenidos digitales de la persona fallecida *ex artículo 96 LOPD.* 5.3 El derecho de acceso a los contenidos y el derecho a impartir instrucciones sobre utilización, destino y supresión. 5.4 El caso especial de los perfiles en redes sociales (art. 96.2 LOPD). 5.5 La cuestión formal: ¿existe el testamento digital como instrumento para la herencia digital?–VI. *Conclusiones.* Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El tema sobre el que versa este artículo constituye lo que los anglosajones denominan un *hot topic* o, como diríamos en castellano, un asunto de «rabiosa actualidad», por dos razones diferentes<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> El tema de este artículo fue objeto de una ponencia presentada en mayo de 2019 en el Seminario de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universi-

De un lado, porque la reciente Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPD), aborda por primera vez en nuestro país –al menos a nivel de legislación estatal– la cuestión del llamado «testamento digital». A él se dedica el artículo 96, incluido dentro del Título X, sobre la «Garantía de los derechos digitales», junto con otros como el conocido «derecho al olvido en búsquedas a Internet» (art. 93).

La segunda es porque este mismo año la prensa se ha hecho eco de un estudio llevado a cabo por el «Instituto de Internet» de la Universidad de Oxford (Reino Unido), que ha predicho que *Facebook* corre el riesgo de convertirse –en un futuro no muy lejano– en un auténtico «cementerio digital». Según los datos de este informe, de seguir creciendo al ritmo actual el número de usuarios de esta plataforma, los perfiles de personas fallecidas podrían llegar a alcanzar los 4.900 millones a finales del siglo XXI. Concretamente, se estima que, hacia el año 2070, habrían superado ya al número de usuarios vivos<sup>2</sup>.

¿Es a esto a lo que se refiere el concepto de «testamento o herencia digital»? No exactamente. La herencia o el testamento digital no se ciñe de modo exclusivo, aunque también los incluya, a los perfiles de usuarios en redes sociales, sino en general a los llamados «contenidos digitales», noción que abarca cuestiones tan dispares como las cuentas de correo electrónico, los perfiles sociales en Internet, los datos personales alojados en servidores, los archivos digitales que el fallecido poseyera (*ebooks*, archivos musicales o audiovisuales, fotografías), sus criptomonedas (*bitcoins*), las cuentas que tuviera abiertas en servicios de prestación de música o películas en línea, entre otros.

El artículo 96 LOPD engloba todos estos elementos dentro de la genérica noción de «contenidos digitales», de la que ninguna definición se ofrece en el texto de este precepto.

La variedad de componentes que, según se ha comentado, podrían ser reductibles a este concepto, explica la complejidad de la materia que se aborda, en la que se entremezclan «aspectos sucesorios» (derecho de los herederos a recibir los bienes del causante), «contractuales» (condiciones de uso de estas plataformas, intransmisibilidad de algunas de las relaciones jurídicas que el cau-

---

dad Rey Juan Carlos de Madrid, organizado por los profesores Rafael Sánchez Aristi y Álvaro Marco de la Hoz. Agradezco a los organizadores del seminario, así como el resto de profesores del Área de Derecho civil de esta Facultad, las acertadas observaciones que me hicieron durante el transcurso de mi intervención.

<sup>2</sup> <https://www.europapress.es/portaltic/socialmedia/noticia-facebook-corre-riesgo-convertirse-cementerio-digital-finales-siglo-20190501105123.html>

sante tuviera concertadas con terceros), de «protección de la propiedad intelectual» (respecto de aquellas creaciones intelectuales de la persona fallecida que estuvieran alojadas en archivos digitales en plataformas gestionadas por prestadores de servicios de la sociedad de la información), así como la «defensa de derechos fundamentales como la intimidad» (art. 18.1 CE) o el «secreto de las comunicaciones» (art. 18.3 CE)<sup>3</sup>.

## II. ANTECEDENTES LEGALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La regulación del testamento digital es novedosa dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En ningún texto legal hasta ahora, al menos en lo que respecta al Derecho común, podíamos encontrar una referencia similar.

Sí existía un antecedente, si bien limitado a los «datos» de las personas fallecidas, en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. En su artículo 2.4 se indicaba que esta normativa «no» sería de aplicación a los datos referidos a las personas fallecidas, pero a continuación se precisaba que quienes se hallaren vinculados a ellas «por razones familiares o análogas» podían «dirigirse a los responsables de los ficheros o tratamientos que contengan datos de este con la finalidad de notificar el óbito, aportando acreditación suficiente del mismo» y solicitarles «cuando hubiere lugar a ello, la cancelación de los datos».

La LO 15/1999, de 13 de diciembre, ha sido derogada expresamente –no así su Reglamento de desarrollo– por la nueva LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y de garantía de los derechos digitales, por la que se pretende depurar y adecuar nuestro ordenamiento nacional a la regulación introducida por 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 sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Este Reglamento europeo [con «eficacia directa» en nuestro país, como sucede en general con esta clase de normas] excluye también expresamente de su ámbito de regulación la protección de

<sup>3</sup> En este sentido, *vid.* CÁMARA LAPUENTE, *El Notario del Siglo XXI*, 2019, p. 2.

los datos de las personas fallecidas. Así se afirma en su considerando 27, si bien a continuación se prevé como salvedad que «[l]os Estados miembros son competentes para establecer normas relativas a la protección de datos personales de estas».

Así lo ha hecho nuestro legislador en la nueva LOPD, que recoge dos preceptos en paralelo, cuya duplicidad ya ha sido objeto de crítica por parte de los primeros comentaristas de la nueva ley, que sostienen que introduce cierta confusión en lo que respecta al deslinde de su respectivo contenido<sup>4</sup>.

Me refiero a los artículos 3 y 96 LOPD, sobre la protección de datos personales de las personas fallecidas y el llamado «testamento digital», que paso a examinar en los epígrafes que siguen.

### III. LA DOBLE REGULACIÓN DE LA NUEVA LOPD 2018

La LOPD 2018 dedica, en efecto, dos artículos a la defensa o destino *post mortem* de los datos personales y de los contenidos digitales de las personas fallecidas, que contemplan idénticas previsiones en cuanto a la «legitimación» que se reconoce a ciertos sujetos para adoptar disposiciones respecto de aquellos, si bien con un ámbito material muy distinto.

Según la primera de estas normas, apartado primero, «[l]as personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos podrán dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella y, en su caso, su rectificación o supresión».

Este precepto constituye una excepción a la regla general contemplada en el artículo 2 del mismo texto legal, que excluye –en principio– de su ámbito de aplicación «los tratamientos de datos de personas fallecidas», para matizar a renglón seguido que esto será «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 3».

Las personas legitimadas para solicitar el «acceso», la «rectificación» o la «supresión» de los datos del fallecido al responsable o encargado del tratamiento automatizado serán aquellas que tengan vinculación familiar o relación de hecho con él, así como sus herederos. No obstante, estos sujetos no podrán ejercer tales derechos cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo estableciera una disposición legal. Prohibición que, sin embargo, no podría impedir el acceso de los herederos a aquellos «datos de carácter patrimonial» del causante, que fueran necesarios

<sup>4</sup> CÁMARA LAPUENTE, *El Notario del Siglo XXI*, 2019, p. 2.

para llevar a cabo las operaciones participionales de la herencia (*v. gr.*, IBAN o claves de acceso a las cuentas bancarias).

Junto a las anteriores, la norma prevé también el ejercicio de tales derechos por aquellas personas o instituciones a las que el fallecido hubiera designado expresamente para ello.

En último término, este artículo 3 dedica un tercer apartado al supuesto de fallecimiento de menores y personas con discapacidad, para las cuales la ley prevé un número aún mayor de legitimados para ejercer los derechos de acceso, rectificación o supresión, respecto de los datos del menor o de la persona con discapacidad que hubiera fallecido.

El artículo 96 LOPD se ocupa, por su parte, del denominado «testamento digital», al que se configura como un «derecho digital» de los ciudadanos, en virtud del cual determinados sujetos podrán acceder a los «contenidos» digitales de las personas fallecidas que estuvieran siendo «gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información».

El elenco de legitimados coincide básicamente con el que el artículo 3 contempla para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos personales del fallecido. No en vano, muchos de estos contenidos digitales serán también datos personales (*v. gr.*, fotografías que tenga almacenadas en alguno de estos servidores gestionados por los prestadores, los datos que se hayan introducido en el formulario que las plataformas sociales obligan a cumplimentar antes de abrir un perfil, etcétera), aunque la primera noción es más amplia que la segunda, como veremos más adelante.

Los derechos que se les permite ejercer en este último caso (la solicitud de acceso y la impartición de instrucciones sobre la utilización, destino o supresión de los contenidos) y, lo que es más importante aún, el objeto sobre el que recaen tales derechos (esos contenidos digitales) son diferentes. Ello hace preciso el deslinde entre ambas normas.

#### **IV. LA PROTECCIÓN *POST MORTEM* DE LOS DATOS PERSONALES DE LAS PERSONAS FALLECIDAS**

La protección *post mortem* de los datos personales de las personas fallecidas está contemplada, como se ha señalado, en el artículo 3 LOPD.

La primera cuestión que llama la atención de esta nueva regulación es la amplitud de los derechos que se reconoce a los legítima-

dos para esta defensa, dado que se trata del mismo abanico de prerrogativas del que disponía en vida el propio titular de los datos.

Me refiero a los conocidos derechos *ARCO* o, lo que es lo mismo, el derecho de acceso, rectificación, oposición y cancelación de los datos personales que se hallen recogidos en los ficheros.

El Reglamento de 2007, en el que ya se contemplaba una mención a esta cuestión, solo prevé la posibilidad de solicitar la «cancelación» de los datos personales de los fallecidos, pero nunca el «acceso» a ellos. Ahora, en cambio, se permite tal acceso, salvo que el titular de los datos hubiera manifestado en vida su oposición o así lo establezca la ley.

Esta ampliación de los derechos que se reconocen a ciertos legitimados podría conducir a una vulneración de la intimidad de la persona fallecida. Evidentemente, no hablamos del mismo derecho de intimidad que tenía en vida, pues al tratarse de una facultad ligada a su personalidad se extingue lógicamente con su muerte, pero sí de la defensa o protección de la «intimidad pretérita» del difunto (art. 32 CC).

Esta defensa *post mortem* se reconoce expresamente –no solo en lo que se refiere a la intimidad, sino también a su honor o imagen– en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dentro de su artículo 4.

La cuestión que surge, sin embargo, es ¿constituyen nuestros datos personales una parte de nuestra intimidad?

Lo primero que tendríamos que aclarar, antes de dar una respuesta a esta cuestión, es la propia noción de «datos personales», que no podemos hallar en la vigente LOPD, pero sí encontramos en el artículo 3 de la derogada Ley 15/1999, en el que se califica como tales «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha concretado esta genérica definición para concluir que deben comprenderse dentro de ella el nombre, el número de teléfono [cuando se asocie al titular o a datos identificativos adicionales como puede ser la dirección y esta se almacene con el número]<sup>5</sup>, el número del documento nacional de identidad [ya sea

<sup>5</sup> AEPD Informe 285/2006, en relación con una consulta planteada en un caso de atención telefónica a los usuarios de taxi, en el que las llamadas telefónicas recibidas por la consultante quedaban almacenadas en una base de datos asociada (disponible en <https://www.aepd.es/informes/historicos/>)

vinculado a otros datos personales o por sí solo]<sup>6</sup>, las fotos de una persona o incluso la dirección IP de su conexión a Internet<sup>7</sup>.

Como ha explicado el Tribunal Constitucional en su conocida Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, «... el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce solo a los datos íntimos de la persona sino a cualquier tipo de datos personales sean o no íntimos cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado, porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que solo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituye una amenaza para el individuo» (FJ. 6)<sup>8</sup>.

Algunos de estos datos personales, más estrechamente vinculados con nuestra intimidad (ideología, salud, preferencias sexuales, creencias religiosas), forman parte indudablemente de esa esfera más íntima o reservada que todos poseemos, a la que no permitimos un acceso general. No obstante, más allá de este ámbito más sensible, el resto de nuestros datos personales conforman también el ámbito de nuestra privacidad. No en vano, el propio artículo 18.4 de nuestra Constitución, que –en este punto, fue muy avanzada para su tiempo– ya dispone que «[l]a ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

En este sentido, la doctrina suele referirse a la protección a la «privacidad» del individuo como una noción distinta (y más amplia) a la de su «intimidad». Dentro de la primera encajarían los

<sup>6</sup> Como explica PIÑAR MAÑAS, 2010, pp. 204-205, en un primer momento la AEPD consideró que el número del DNI debía ir asociado a otro dato personal para entrar dentro de la órbita de la Ley (Resolución de 20 de abril de 2005, dictada en el procedimiento E/00561/2004). No obstante, posteriormente rectificó su posición en el Informe 0334/2008.

<sup>7</sup> AEPD Informe 005/2016, en el que se cita como antecedente el Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales, adoptado por el Grupo de autoridades de protección de datos creado por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, el 20 de junio de 2007 (*vid. Informe 005/2016 en <https://www.aepd.es/informes/historicos/2016-0005.pdf>*)

<sup>8</sup> BOE, núm. 4, de 4 de enero de 2001.

datos personales no estrictamente relacionados con esos aspectos más sensibles o reservados de nuestra persona, que se incluirían –en cambio– dentro de nuestro derecho a la intimidad<sup>9</sup>.

Esta distinción entre los «datos personales en general» y los «datos personales íntimos» aparece también en el Reglamento (UE) 2016/679, que define como datos personales «toda información sobre una persona física, identificada o identificable (“el interesado”)» y, a continuación, señala que «se considerará persona física identificable toda persona física cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea, o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona» [art. 4.1)]. Junto a ello, el artículo 7 alude a aquellos «datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física». Este último precepto prohíbe su tratamiento, a menos que concurran ciertas condiciones, entre ellas, el consentimiento explícito del interesado.

Aclarado esto, la LOPD ha ido más lejos –como antes decíamos– que otros ordenamientos jurídicos a la hora reconocer prerrogativas sobre los datos personales de las personas fallecidas a ciertos sujetos legitimados.

Si, en efecto, la legitimación para ejercerlos descansara únicamente –como sucede en el Derecho comparado– en la «persona que el fallecido hubiera designado a tal efecto», no se plantearía ningún problema de colisión con el derecho a la intimidad pretérita de este individuo. Sin embargo, nuestro legislador ha decidido consagrar una legitimación muy amplia que incluye a cualquier persona vinculada con el fallecido «por razones familiares o de hecho». Piénsese en lo inadecuado –y lesivo– que podría resultar que cualquier pariente de la persona fallecida pudiera solicitar a una red social o a una organización determinada el acceso a los datos personales que hubieran sido facilitados por aquella para abrir su perfil o acceder a la membresía de esa organización.

El Reglamento español de protección de datos de 2007 fue mucho más restrictivo en la regulación de esta cuestión: la legitimación era igual de amplia, pero el «acceso» a los datos personales

<sup>9</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 4474/2018*, p. 1.

del fallecido no estaba permitido. Y, coherentemente, la AEPD declaró que las personas legitimadas y los herederos de la persona fallecida no podían ejercer con carácter general este derecho de acceso, salvo para conocer los datos patrimoniales necesarios para organizar la sucesión del fallecido (*v. gr.*, a efectos de conocer el saldo de cuentas en el caso de banca *online*) o defender su honor e intimidad pretéritas.

En su Informe «Ejercicio del derecho de acceso por los herederos del afectado», la AEPD realiza las siguientes afirmaciones: «los herederos podrán tener acceso a los datos del causante en cuanto ello suponga el ejercicio en su nombre de una acción amparada por la Ley Orgánica 1/1982 o en cuanto dicho acceso se produzca en defensa de su derecho hereditario. Sin embargo, tales accesos no podrán ser considerados como manifestaciones del derecho de acceso consagrado por el artículo 15 LOPD». Así, «sería posible el acceso de los herederos a los datos del causante siempre que los mismos aparezcan directamente relacionados con su propia condición de heredero (por ejemplo, el acceso a los datos necesarios para conocer el caudal relicto o el estado de determinados bienes de la herencia). Sin embargo, el acceso a la información a la que nos referimos no podría entenderse relacionado con el derecho de acceso consagrado en la legislación de protección de datos de carácter personal, sino que se desprendería del derecho de todo heredero a conocer el caudal relicto y el estado del mismo, así como realizar las acciones necesarias para su determinación y defensa, toda vez que el mismo sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones como consecuencia de su muerte, tal y como determinan los artículos 651, 659 y 661 del Código civil»<sup>10</sup>.

Respecto de la legitimación para el ejercicio de derechos sobre los datos personales de los fallecidos, el artículo 2.4 del Reglamento de Protección de Datos de 2007 mencionaba a «las personas vinculadas al fallecido “por razones familiares o análogas”». Esta amplia legitimación se hallaba justificada –creemos– por la «ratio» que perseguía el derecho de cancelación que, a renglón seguido, se les reconocía. A saber, velar por la «exactitud» de los datos recogidos en los ficheros automatizados, lo que corrobora el hecho de que el legitimado debía aportar justificación del óbito del titular de los datos, esto es, el correspondiente certificado de defunción<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Memoria de la AEPD (año 2002), pp. 313-314. Disponible en <https://www.aepd.es/media/memorias/memoria-AEPD-2002.pdf>

<sup>11</sup> Así lo apunta también SERRANO PÉREZ, 2010, pp. 1228-1229, que señala –en relación con el artículo 2.4 del Reglamento de 2007– que «[n]o se trata del ejercicio de los derechos de una persona por parte de un tercero, sino más bien de la adecuación de los datos a la situación del afectado, que han de reflejar de forma veraz y exacta». En definitiva, se trata de una consecuencia de «la aplicación de los principios de calidad de los datos, que se lleva a cabo con la supresión de los mismos, si esto fuera posible y no lo impidieran

En el marco del nuevo artículo 3 LOPD, el enfoque ha variado sustancialmente. Los legitimados pueden también «acceder» –como se ha dicho– a los datos personales del fallecido. Así pues, no se trata ya solo de velar por el principio de exactitud de los ficheros en los que consten, sino también de permitir a determinados sujetos (los que la ley presume más cercanos al fallecido) el acceso a esta información.

Si esto es así, cabe realizar dos observaciones. La primera es una crítica referida a la amplitud de la legitimación contemplada en este precepto de la LOPD, cuando lo que la norma prevé a continuación es que esos sujetos puedan acceder a los datos del difunto. La segunda tiene que ver con la circunstancia de que, a diferencia de otras regulaciones, nuestra legislación no ha primado la voluntad de la persona fallecida, sino que se ha limitado a establecer que esta pueda negar el acceso a sus datos enervando la presunción de legitimación contemplada en este artículo 3.

Al igual que el artículo 2.4 del Reglamento de 2007, los derechos que se reconocen en la nueva ley se ponen en mano de las personas vinculadas al fallecido «por razones familiares o de hecho», así como de sus «herederos».

Obsérvese que, del mismo modo que su precedente, el actual artículo 3 LOPD sigue sin concretar el grado de parentesco que permitiría ejercer estos derechos y, además, se modifica la alusión a las «razones análogas» por una mención a las relaciones «de hecho» con la persona fallecida, que en el fondo creo que es lo mismo –a saber, la pareja de hecho–.

Si en el marco del artículo 2.4 del Reglamento de 2007, esta cuestión no revestía ninguna importancia (pues, llegado el caso, los legitimados solo podían solicitar la cancelación de los datos presentando el certificado de defunción), en cambio, en el nuevo artículo 3 LOPD (con la garantía del acceso que en él se prevé) esta amplia legitimación no estaría justificada desde el punto de vista de la protección del derecho a la intimidad o privacidad pretéritas del fallecido. En este punto, la solución adoptada en el Proyecto de LOPD era más adecuada, pues la legitimación reposaba exclusivamente en los herederos del titular de los datos<sup>12</sup>.

Respecto de la segunda observación, la nueva LOPD parte –en efecto– de una suerte de presunción de consentimiento del fallecido para que estas personas puedan acceder a sus datos. Sólo «si el causante se hubiera opuesto en vida» [entiendo que comunicándo-

---

otras circunstancias contempladas en la norma». En el mismo sentido, GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 4474/2018*, p. 4.

<sup>12</sup> Sobre este proyecto, *vid.* SOLÉ RESINA, ADC, 2018, pp. 426-427.

lo al correspondiente responsable del tratamiento] o, en los casos en los que la «ley lo prohibiera expresamente», podría denegárseles el acceso<sup>13</sup>. La regla, se apunta con razón, debería ser justo la inversa: solo las personas designadas por el causante o, en su caso, sus herederos a los efectos de realizar las operaciones de determinación de la masa partible, deberían estar legitimados.

Así lo ha dispuesto, por ejemplo, el legislador francés en la también reciente Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, que modifica en este punto la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, archivos y libertades, donde ha preferido reconocer prioridad a la voluntad del causante, que puede designar a la persona que él quiera para ejecutar sus instrucciones sobre la «conservación, cancelación y comunicación» de sus datos personales, una vez que haya fallecido. A falta de designación, serán exclusivamente los «herederos» quienes podrán solicitar la ejecución de esas directrices. En defecto de instrucciones, esos mismos herederos estarán legitimados para ejercitar tales derechos, pero solo «en la medida necesaria para la organización y regulación de la sucesión del difunto»<sup>14</sup>.

La solución acogida por nuestra LOPD 2018 (amplitud de personas legitimadas, presunción de consentimiento del causante al acceso por estas a sus datos personales) podría explicarse –como apunta Cámara Lapuente– por el paralelismo que el legislador ha querido trazar con otros textos legislativos como la 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, la LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La primera de estas normas reconoce la legitimación para la defensa del honor, imagen e intimidad pretéritas del causante a la «persona designada por este en testamento» y, «en su defecto o habiendo fallecido esta», al «cónyuge», «ascendientes», «descendientes» o «hermanos del fallecido», que viviesen al tiempo de su fallecimiento (art. 4).

La LO 2/1984, que regula el derecho que tienen las personas físicas o jurídicas a rectificar el contenido de una información

<sup>13</sup> Un ejemplo de esta clase de prohibición cabe extraer 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, cuyo artículo 18.4 impide el acceso a la información de las personas fallecidas «cuando afecte a su intimidad».

<sup>14</sup> Artículo 63 Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, que introduce nuevo artículo 40-1 en la Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978.

inexacta difundida en un medio de comunicación que les perjudique, reconoce –por su parte– la legitimación para su ejercicio al perjudicado aludido o a sus representantes y, si hubiera fallecido, «a sus herederos y representantes de estos» (art. 2).

En último término, la Ley 41/2002 prevé en su artículo 18.4 lo siguiente: «Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las «personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho», salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes».

De la lectura de estos preceptos resulta que la ley contempla una legitimación amplia que evita circunscribir –salvo en el segundo caso– a los «herederos» de la persona fallecida, en el bien entendido de que las cuestiones involucradas en el ejercicio *post mortem* de estos derechos quedan al margen de la transmisión hereditaria.

En los dos primeros casos, el reconocimiento de esta legitimación está relacionado con la defensa *post mortem* de la intimidad, la propia imagen y el honor del fallecido frente a las lesiones de sus derechos de la personalidad (personalidad pretérita, eso sí). Esto es, la defensa de la *memoria defuncti*. En cambio, en el tercer supuesto se trataría de permitir el acceso a los datos de la historia clínica de la persona fallecida a sus familiares, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acreditara [esta regulación prevalecía frente a la regla general de la antigua LOPD, que prohibía el acceso a los datos personales de la persona fallecida, salvo en el caso de sus herederos y a efectos de poder llevar a cabo la apertura de la sucesión y las consiguientes operaciones particionales o de la defensa a su honor, intimidad o propia imagen, como antes se explicó].

Nada que ver, por tanto, con la cuestión regulada en el artículo 3 LOPD que, aunque tampoco está relacionada con el Derecho sucesorio, podría conducir –paradójicamente– a que las personas que tuvieran un parentesco lejano con el fallecido pudieran acceder a sus datos personales, siendo precisamente ellas quienes infligieran una lesión a su derecho a la intimidad pretérita<sup>15</sup>.

Por esta razón, parece preferible la solución por la que se ha decantado el legislador francés de hacer primar la voluntad del causante a la hora de designar a la persona que puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación o cancelación de sus datos personales una vez fallecido y, solo en defecto de designación, señalar a los

<sup>15</sup> Vid. en este sentido CÁMARA LAPUENTE, *El Notario del Siglo XXI*, 2019, p. 3.

herederos como segundo grupo de depositarios de esta confianza y a los solos efectos de obtener la información necesaria para la participación de la herencia del causante o defender su personalidad pretérita.

## V. EL DENOMINADO TESTAMENTO DIGITAL: EL ARTÍCULO 96 LOPD

El artículo 96 LOPD lleva por título el «Derecho al testamento digital» y se incluye en el texto de la nueva LOPD, dentro del Título X sobre «Garantías de los derechos digitales».

Antes de realizar cualquier otra consideración sobre los términos del nuevo precepto, cabe apuntar lo erróneo de esta denominación y ello desde varios puntos de vista.

En primer lugar, porque la noción de «testamento» designa un acto de disposición de los bienes de una persona para después de su muerte (art. 667 CC) y nuestro Código civil exige que este sea otorgado con unas determinadas formalidades (arts. 676 y ss CC), entre las que no se encuentra la posibilidad de realizar un testamento por vía digital u *online* [aunque haya empresas que lo oferten, como veremos en otro momento].

En segundo lugar, porque los «contenidos» digitales a los que se refiere la norma del artículo 96 LOPD no siempre constituyen bienes «transmisibles» que puedan ser objeto de una sucesión *mortis causa*, lo que alejaría esta regulación del ámbito del Derecho hereditario [que solo abarca aquellos bienes y derechos que lo sean].

Por último, porque el precepto no solo se refiere a las instrucciones que el causante haya podido dar en relación con el destino de sus contenidos digitales [*vid. art. 96.1.b)*], que sería lo que constituiría propiamente un «testamento digital» (o documento de últimas voluntades digitales), sino que señala también el elenco de legitimados que podrían dirigirse como «interlocutores» (no herederos) –en defecto de tales instrucciones– a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para comunicarles lo que hay que hacer con los contenidos digitales del causante.

Hechas estas salvedades, paso a examinar lo dispuesto en este precepto.

### 5.1 LOS CONTENIDOS DIGITALES: TIPOS

Si en el ámbito del artículo 3 LOPD se abordaba la cuestión de quién podía considerarse legitimado para acceder, rectificar y can-

celar los «datos personales» relativos a las personas fallecidas (los llamados derechos ARCO), el artículo 96 LOPD se refiere a los llamados «contenidos digitales» de esas mismas personas, que se hallen bajo el poder y gestión de un «prestador de servicios de la sociedad de la información».

Esta última aclaración nos sirve como arranque o punto de partida, ya que los contenidos digitales a los que se refiere la norma no son aquellos que el fallecido conservara en soporte físico como el disco duro de su ordenador o en un *pen drive*. Si así fuera, serían las reglas de la sucesión ordinaria las que determinarían la titularidad de esos archivos, que debería recaer en principio sobre la persona que hubiera recibido en la sucesión la propiedad de ese medio tangible (a saber, el heredero o el legatario)<sup>16</sup>.

Así pues, la norma alude exclusivamente a aquellos contenidos digitales que estén siendo gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información y, como resulta de su primer apartado, se trata de determinar quién tiene acceso a ellos y qué clase de destino les podría dar.

Pero, ¿qué son los «contenidos» digitales?

La primera aproximación que cabe hacer, simplemente por comparación con lo dispuesto en el artículo 3 LOPD, es que se trata de algo distinto o de algo más que los datos personales del fallecido.

En efecto, se ha considerado que integrarían este concepto (la Ley francesa los denomina «bienes digitales», aunque su regulación esté centrada básicamente en los datos personales del causante) cosas tan dispares como:

- Perfiles en redes sociales o profesionales como *Facebook*, *Twitter*, *LinkedIn* o *Instagram*.
- Cuentas de correo electrónico como *Gmail* o *Yahoo*.
- Archivos de audio o vídeo alojados en servicios de alojamiento en la nube (como *Dropbox*).
- Relaciones con proveedores de servicios en línea de archivos de música o audio con los que el fallecido tuviera relación contractual, como es el caso de *Spotify* o *Netflix*.
- Operaciones de comercio electrónico cuando el objeto de esa transacción estuviera pendiente de entrega (v. gr., un pedido en *Amazon*).
- Cuentas corrientes en banca *online*.
- Saldos de criptomonedas.
- Servicios de pagos en línea como *PayPal*.

<sup>16</sup> En este sentido, LLOPIS BENLLOCHE, *Blog* 10 de julio de 2014, p. 3.

La variedad de situaciones que pueden hallarse incluidas dentro del ámbito de este precepto pone de relieve la complejidad de la materia a tratar, pues –como ya se avanzó– en ella pueden estar involucradas cuestiones de diversa naturaleza (*v. gr.* sucesorias y contractuales).

Un ejemplo de cómo se interrelacionan muchos estos elementos lo facilita la Sentencia del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) de 12 de julio de 2018, que enfrentó a unos padres con la red social *Facebook*. Su hija de 15 años había fallecido en un accidente ocurrido en el metro de Berlín y los padres albergaban ciertas dudas sobre las circunstancias del accidente, temiendo que pudiera haber sido –en realidad– un suicidio. Por esta razón, solicitaron a *Facebook* el acceso al perfil social de su hija, a lo que la plataforma se negó alegando –entre otros argumentos– el carácter reservado de las comunicaciones. El tribunal de primera instancia dio la razón a los padres, al considerar que la relación contractual con *Facebook* se había transmitido a los herederos de la fallecida. En cambio, el tribunal de apelación dio lugar al recurso con base en la necesidad de preservar el secreto de las comunicaciones. En último término, el Tribunal Supremo alemán consideró –como había hecho el tribunal de primera instancia– que estábamos ante una cuestión de Derecho hereditario y que la posición contractual de la hija –que, además, era menor de edad– se había transmitido *mortis causa* a los padres. Por esta razón, declaró la nulidad de la condición general contenida en el contrato de adhesión redactado por *Facebook* [que imponía la intransmisibilidad de la relación jurídica] con base en el argumento de que no superaba el llamado «control de contenido»<sup>17</sup>.

Qué duda cabe que, en un caso en el que se estuvieran investigando las especiales circunstancias de la muerte de una persona, cabría acceder a su perfil en las redes sociales previa orden judicial. Esto ha sucedido recientemente cuando, tras la desaparición de una estudiante española que disfrutaba de una Beca-Erasmus en París, sus amigas declararon a la gendarmería francesa que la chica llevaba varios meses colocando en su «muro» de *Facebook* mensajes en los que afirmaba que no estaba a gusto en la ciudad porque se sentía perseguida<sup>18</sup>.

## 5.2 LOS LEGITIMADOS PARA EJERCER LOS DERECHOS SOBRE LOS CONTENIDOS DIGITALES DE LA PERSONA FALLECIDA EX ARTÍCULO 96 LOPD

Al igual que el artículo 3 LOPD sobre la protección de los «datos personales» de las personas fallecidas, el artículo 96

<sup>17</sup> *Vid.* [https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-facebook-justicia-alemana-falla-favor-acceso-unos-padres-facebook-hija-muerta-201807121710\\_noticia.html](https://www.abc.es/tecnologia/redes/abci-facebook-justicia-alemana-falla-favor-acceso-unos-padres-facebook-hija-muerta-201807121710_noticia.html)

<sup>18</sup> *Vid.* [https://www.elconfidencial.com/españa/2019-05-08/mensaje-erasmus-desaparecida-paris-facebook\\_1987282/](https://www.elconfidencial.com/españa/2019-05-08/mensaje-erasmus-desaparecida-paris-facebook_1987282/)

LOPD contempla una amplia legitimación para el acceso a los «contenidos digitales» de dichas personas que estuvieran siendo gestionados por algún prestador de servicios de la sociedad de la información.

Esta legitimación recae sobre quienes se hallaren vinculados al fallecido por «razones familiares» o «de hecho», así como sobre sus «herederos».

Si en el marco del artículo 3 LOPD, que se limitaba a reconocer el derecho de acceso a los datos personales, ya resultaba chocante el abanico tan amplio de legitimados, todavía lo es más dentro de una norma en la que tales personas podrían acceder en general a los «contenidos digitales» del fallecido, lo que incluye –como sabemos– no solo sus datos personales, sino también sus cuentas de correo electrónico o las comunicaciones que aquel hubiera mantenido con terceros a través de su cuenta de *Facebook*.

Nuestra ley ha invertido la regla general que acogen otros textos legislativos, según la cual lo primero es la voluntad del causante (que podrá designar a una persona *ad hoc* para que se dirija a los prestadores de los servicios de la sociedad de la información) y, solo en defecto de esta, podrán actuar los sujetos legitimados por la ley [herederos, normalmente].

Esta es la solución por la que se decanta el legislador catalán en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. En su artículo 6, que introduce un nuevo artículo 411-10 en el Código civil de Cataluña, se prevé que el causante pueda expresar sus voluntades digitales antes de fallecer y designar a una persona para ejecutarlas, que actuará ante los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de que no hubiera realizado tal designación, corresponderá al «heredero» o «albacea universal» la ejecución de tales voluntades. Y, si estas no se hubieran otorgado, serán también los herederos o el albacea universal quienes podrán adoptar ciertas disposiciones en relación con las cuentas activas del causante en los términos que prevé el propio precepto (cfr. apartado 5)<sup>19</sup>.

En contraste con esta regulación, el artículo 96.1.a) LOPD contempla una «presunción de consentimiento» de la persona fallecida para que sus parientes o pareja de hecho [en la interpretación que he ofrecido anteriormente de la expresión «relaciones de hecho»] accedan a sus «contenidos digitales», cuando señala que «[c]omo excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos

<sup>19</sup> *Vid. Infra*, epígrafe siguiente, más en detalle las soluciones adoptadas por el legislador catalán en este caso.

del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiera prohibido expresamente o así lo establezca la ley». Esto es, solo cuando el causante se hubiera opuesto en vida sería posible privarles de esa legitimación. El precepto concluye también indicando –como hacía el artículo 3 LOPD– que incluso «[d]icha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relictivo».

Obsérvese que el artículo 96 LOPD no precisa que estas personas sean quienes estén llamados a suceder al causante y, por tanto, a recibir por la vía de una transmisión *mortis causa* los contenidos digitales de este.

Esta última advertencia es importante, ya que si bien en el marco del artículo 3 LOPD tratábamos el tema del destino que había de darse a los datos de las personas fallecidas, que son «activos» –por así decirlo– «intransmisibles», los contenidos digitales a los que se refiere el artículo 96 LOPD pueden serlo o no. Aquellos que verdaderamente lo sean (*v. gr.* archivos alojados en una nube, generados por la persona fallecida o descargados de algún servicio) deberán integrarse en el caudal relicito. Y, si esto es así, ¿tiene sentido que las personas vinculadas al fallecido por razones «familiares» o «de hecho» puedan impartir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información las «instrucciones que estimen oportunas» sobre su «supresión»?<sup>20</sup>

Dentro del artículo 3 LOPD esta última previsión tenía más sentido [no así el «acceso», como ya expliqué], pues se trataba únicamente de permitir a los allegados del fallecido «cancelar» los datos que –sobre él– figurasen en un fichero automatizado, previa acreditación del hecho de su defunción («principio de actualización de los ficheros»). Pero, si de esta «esfera personal» referida a los datos, pasamos a la «patrimonial» de los archivos/contenidos digitales transmisibles que poseen valor económico, ¿cabría defender esta misma solución? Nótese que solo si la persona fallecida hubiera tenido la precaución de prohibirlo expresamente o la ley así lo previera podría impedírselas el acceso a los contenidos y negárseles asimismo legitimación para impartir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información instrucciones sobre su utilización, destino o supresión.

Todo ello, además, con la indudable dificultad añadida de que el grado de parentesco no se concreta y de que tales legitimados

<sup>20</sup> Desde luego, que si un legitimado por ley dictara a un prestador de servicios de la sociedad de la información la instrucción de suprimir o cancelar un archivo que podría haber integrado el caudal relicito del causante responderá frente a los herederos. No obstante, se debe insistir en la falta de precisión con la que ha operado la LOPD al regular estas cuestiones.

parecen estarlo al mismo nivel, sin que nuestro legislador haya considerado necesario establecer una jerarquización entre todos ellos. En definitiva, que el que primero que se comunique con el prestador y le imparta instrucciones relativas a los contenidos digitales del causante, será considerado «interlocutor legítimo» a los efectos del artículo 96 LOPD incluso aunque no se tratara del pariente vivo más próximo al fallecido.

Respecto de la norma contenida en el artículo 3 LOPD, el precepto que nos ocupa contempla además una segunda regla de legitimación que no cabe hallar en el anterior y que confirma que las cuestiones que se abordan aquí son diferentes [art. 96.1.b) LOPD]. Me refiero a la mención al «albacea» testamentario entre los sujetos que «también» pueden dar cumplimiento a las instrucciones del causante sobre la utilización, destino o supresión de sus contenidos digitales, si este las hubiera formulado en vida<sup>21</sup>.

Con la referencia al «albacea» entramos ya de lleno en el ámbito sucesorio, pues se trata de la persona designada por el testador para la ejecución de sus últimas voluntades (cfr. art. 892 CC), que –por lo que se deduce de esta norma– pueden ser también sus últimas «voluntades digitales». Junto al albacea testamentario, este mismo apartado del artículo 96 LOPD permite alternativamente al testador encomendar la ejecución de sus voluntades [ahora exclusivamente «digitales»] a «aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello» que «también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones».

Si el causante se hubiera limitado a designar en testamento un albacea, este estará legitimado para ejecutar sus instrucciones también en relación con su «herencia digital». No obstante, es posible que se haya decantado por nombrar a la vez o exclusivamente un ejecutor de sus últimas voluntades digitales (el llamado «albacea digital» o «albacea 2.0»), que en principio ya no precisaría ser nombrado en testamento, según parece deducirse de la norma en examen<sup>22</sup>.

Se apunta que el recurso a una u otra figura va a depender, sobre todo, de la edad de la persona que otorgue esas voluntades digitales. Una persona joven evitará hacer testamento, pero puede considerar muy atractivo dictar unas instrucciones sobre el destino

<sup>21</sup> Como advierte GARCÍA HERRERA, *La Ley Digital 14697/2018*, p. 3, del tenor literal del precepto se infiere que, incluso mediando dicha designación, el resto de legitimados podrán seguir actuando. Sólo si el testador quisiera privarles de estas facultades, debería incluir en testamento una prohibición expresa.

<sup>22</sup> Critica esta expresión, que considera incorrecta al no poder existir albacea sin testamento, DE ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, 2016, p. 33.

de sus bienes digitales para el caso de su muerte, nombrando a una persona o institución para que las ejecute<sup>23</sup>.

En relación con la forma de designación de este ejecutor digital, la LOPD se limita a señalar que habrá de ser expresa y que deberá hacerse constar la finalidad del nombramiento (persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente «para ello»). Habrá que esperar, pues, a la aprobación del Real Decreto al que se refiere el artículo 96.3 LOPD para conocer con qué formalidades y condiciones deberá procederse a esta designación.

Además de los dos grupos de legitimados anteriores, la norma –como también hacía el artículo 3– se refiere a los supuestos especiales de las personas fallecidas que fueran menores de edad o que tuvieran una discapacidad.

Respecto de los menores [supuesto contemplado en el literal c) del apartado 1], el artículo 96.2.c) LOPD señala que estas facultades podrán ejercitarse «también» por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.

De conformidad con este apartado, por tanto, en el caso de los menores la legitimación de los representantes legales se añade a la que poseen las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, lo cual resulta bastante difícil de entender y más aún de articular, pues en ningún momento se establece una jerarquización entre todos ellos.

Lo mismo sucede en el caso de fallecimiento de personas con discapacidad, en relación con las cuales el artículo 96.2.d) LOPD dispone que estas facultades podrán ejercerse «también» «por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado».

### 5.3 EL DERECHO DE ACCESO A LOS CONTENIDOS Y EL DERECHO A IMPARTIR INSTRUCCIONES SOBRE UTILIZACIÓN, DESTINO Y SUPRESIÓN

El presente epígrafe se centra en el tipo de usos o disposiciones que pueden darse a los contenidos digitales que la persona fallecida

---

<sup>23</sup> En una entrevista, el cofundador de una de estas *start-ups* que empiezan a ofertar servicios de gestión del patrimonio digital, apuntaba que sus clientes eran básicamente mujeres españolas de entre 35 a 45 años, así como el mercado latinoamericano. En este último caso, la demanda provenía –a su modo de ver– de la falta de tabúes en Latinoamérica respecto del tema de la muerte (*vid. https://www.youtube.com/watch?v=XrbSPDFug6k*).

deja tras de sí, a efectos de poder ofrecerle lo que la doctrina francesa denomina una «muerte digital»<sup>24</sup>.

El apartado 1 del artículo 96 LOPD emplea, en este sentido, una técnica de redacción algo confusa, pues el criterio que debería haberse empleado para estructurar el régimen jurídico de la «herencia digital» tendría que haber sido, como en la Ley 10/2017 del Parlamento de Cataluña, de las voluntades digitales, el de la «existencia o no» de instrucciones de la persona fallecida acerca de la utilización de sus contenidos digitales tras su muerte.

Con todo, en la letra a) se parte –parece– de la premisa de que la persona fallecida «no ha dejado tales instrucciones», pues se permite a quienes tengan un vínculo de parentesco o de hecho con él dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para solicitarles el «acceso» a los contenidos e impartirles las «instrucciones» que estimen oportunas [ellos] sobre su «utilización», «destino» o «supresión». Sólo si el causante lo hubiera prohibido expresamente cabría denegarles el acceso, así como la legitimación para dictar instrucciones al prestador de servicios.

En otro apartado me he referido a lo improPIO de esta amplia legitimación y ahora corresponde hacer hincapié en lo inadecuados que resultan también los derechos que se reconocen a estas personas, en defecto de instrucciones del causante.

En primer lugar, estos legitimados tienen el derecho a «acceder» a los contenidos digitales. Un acceso «sin restricciones» (más que las que puedan provenir de la voluntad en contra de la persona fallecida, manifestada de forma expresa), que carece de precedentes en los textos legislativos de otros sistemas jurídicos<sup>25</sup>.

En este sentido, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, del Parlamento de Cataluña, prevé en su artículo 6 que «[s]i el causante no lo ha establecido de otro modo en sus

<sup>24</sup> VENNIN, «Comment organiser sa mort numérique, qu'advent-il de nos données après notre décès?» (<https://www.village-justice.com/articles/Comment-organiser-mort-numerique-advent-nos-donnees-apres-notre-deces,24553.html>)

<sup>25</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* de 2014 (revisada en 2015 y vigente en la práctica totalidad de los estados) prevé que la persona designada por el causante (*fiduciario*) pueda gestionar sus archivos informáticos, pero le impide –en cambio– el acceso a comunicaciones electrónicas como correos, mensajes y cuentas en redes sociales, salvo que el causante lo hubiera autorizado en testamento, *trust*, poder u otro archivo. Aun así, ante la posibilidad de que se hallare igualmente involucrada la intimidad de terceros y, en general, el secreto de las comunicaciones, la ley americana establece que el fiduciario solo podrá tener acceso a la lista de mensajes enviados y recibidos, lo que incluye la dirección de correo electrónico del interlocutor de la persona fallecida, pero no el contenido mismo del mensaje (es el llamado «catálogo de las comunicaciones»). La *Section 8* dispone, en efecto, lo siguiente: «Unless the user prohibited disclosure of digital assets or the court directs otherwise, a custodian shall disclose to the personal representative of the estate of a deceased user a catalogue of electronic communications, of the user...».

voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas «no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales», salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial» (art. 411-10.6 del Código civil de Cataluña)<sup>26</sup>. Del mismo modo, el precepto establece que los herederos, albacea universal o la persona legitimada por el causante para ejecutar sus voluntades digitales en caso de muerte, solo puedan solicitar al prestador de servicios de la sociedad de la información que les entregue una copia de los archivos digitales que se encuentren en sus servidores «si procede», lo que debe ser entendido en el sentido de que exista previa autorización del causante o de que sean estos los beneficiarios *mortis causa* de tales archivos (art. 411.10.2 del Código civil de Cataluña).

Nuestro artículo 96 LOPD no contempla semejantes limitaciones, aunque indudablemente cabe entenderlas implícitas en la referencia que hace el precepto a los casos en que «así lo establezca la ley», como excepción a la regla general de acceso (cfr. arts. 18.3 CE y 197 CP)<sup>27</sup>. No obstante, una mayor precisión en este sentido hubiera sido deseable e incluso necesaria para evitar cualquier confusión al respecto.

En segundo lugar, también ante la ausencia de instrucciones concretas, los legitimados –continúa el artículo 96 LOPD– podrán impartir al prestador de servicios de la sociedad de la información las instrucciones que estimen oportunas sobre la «utilización», «destino» o «supresión» de los contenidos alojados en sus servidores.

En relación con este segundo aspecto, los términos del precepto son todavía más difíciles de interpretar (más bien de asumir), pues la norma podría entrar claramente en conflicto con el Derecho sucesorio. En ella no se dispone –en efecto– que los contenidos digitales deban ser «transmitidos» a esas personas, pues no se trata de los «herederos» del causante sino de simples «interlocutores» del prestador de servicios. De acuerdo con esto, ¿*quid* si lo que decide el primo del causante [persona obviamente vinculada a él «por razones familiares»] es que se suprima un archivo digital que posee un valor económico y que, siendo transmisible, debería haberse incluido en la herencia del causante?

Como los primeros comentaristas de estas disposiciones –en su mayoría, notarios– han puesto de manifiesto, no existe una «herencia digital» distinta de la «herencia analógica», dado que el artículo 659 CC establece que «[l]a herencia comprende todos

<sup>26</sup> Este precepto modifica el artículo 411-10 del capítulo I del título I del libro cuarto del Código civil de Cataluña, sobre *Voluntades digitales en caso de muerte*.

<sup>27</sup> Estos preceptos se refieren al secreto de las comunicaciones. El primero lo consagra como un derecho fundamental y el segundo recoge su protección penal.

los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte»<sup>28</sup>. Teniendo en cuenta este dato, la solución de nuestra LOPD resulta bastante sorprendente, sobre todo si se la compara con la adoptada por el legislador catalán.

En efecto, la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales, del Parlamento de Cataluña, prevé que –en defecto de instrucciones del causante– las personas legitimadas [que además son exclusivamente el heredero o el albacea universal, como ya vimos] puedan: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción. b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas [«no» los «archivos» como señala, en cambio, la LOPD] y c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores. Sólo «si procede», esto es, si el causante así lo hubiera autorizado o lo pidieran los herederos, podrán estos sujetos obtener una copia de los archivos digitales alojados por el prestador<sup>29</sup>.

Probablemente, en el artículo 96 LOPD los derechos de acceso, así como de impartir a los prestadores de servicios instrucciones acerca del uso, destino o supresión de los contenidos digitales se hayan previsto pensando en un caso particular, como es el de las redes sociales, respecto de las cuales la práctica ha ido avanzando soluciones como la de permitir a los allegados del titular del perfil la supresión de este o, como alternativa, su conversión en un perfil conmemorativo que permitirá a sus amigos poner mensajes de condolencia y recuerdo en honor del fallecido.

Pero, al margen de este supuesto particular, que además ya está contemplado expresamente en otro apartado del artículo 96 (el número 2), no tiene sentido que los parientes o pareja de hecho a los que se refiere el apartado 1 puedan, en ausencia de instrucciones concretas del causante, adoptar todas estas disposiciones sobre sus contenidos digitales.

«Si el causante hubiera dejado instrucciones», corresponderá al albacea testamentario así como a aquella persona o institución al que el fallecido hubiese designado expresamente para ello, solici-

<sup>28</sup> En este sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 10 julio 2014, p. 2. GARCÍA HERRERA, *La Ley Digital 9284/2017*, p. 3, alega como argumento lo dispuesto en el artículo 3 CC, según el cual las normas deben interpretarse según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

<sup>29</sup> La misma solución restrictiva prevé la Ley francesa núm. 2016-1321, para una República digital, que –en ausencia de instrucciones del causante– legitima a los herederos para «recevoir communication des biens numériques our des donnés s'apparentant à des souvenirs de famille, transmisibles aux héritiers».

tar el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a esos mandatos [recordemos que el precepto indica que estos se hallan «también» legitimados, por lo que no parece que en este supuesto se excluya la legitimación de los parientes y de la persona ligada al fallecido por una relación de hecho].

Como en el caso anterior, hay que distinguir nítidamente estas personas de las que pueden recibir los contenidos digitales, que no son otros que los herederos. Esta cuestión es importante porque –en la práctica– han proliferado nuevas empresas que se encargan de gestionar la herencia o legado digital y que, a menudo, reciben el mandato del causante de hacer llegar los archivos a determinadas personas cuando se produzca su fallecimiento.

En este último caso, estaríamos ante una de esas «instituciones» a las que alude el artículo 96.1.b) LOPD. El problema es que esa concreta encomienda toparía con el obstáculo insalvable de los formalismos que nuestra ley establece para la sucesión *mortis causa* (que no pueden ser obviados, aunque hablemos de «activos digitales»).

De hecho, algunas de estas empresas ya aclaran en sus páginas web que los servicios de legado digital que prestan no evitan a sus clientes la firma ante notario de sus «voluntades digitales», ofreciendo entre sus servicios la preparación de toda la documentación necesaria para el otorgamiento de ese testamento notarial<sup>30</sup>.

El artículo 96.3 LOPD remite a un desarrollo reglamentario posterior la concreción de la forma que deberán adoptar estas instrucciones, por lo que tendremos que esperar a que se publique este texto para averiguar los requisitos documentales que finalmente exige nuestro Derecho.

En una reciente publicación *online*, anterior a la LOPD 2018, algunos notarios ya denunciaban un cierto intrusismo de estas empresas u operadores que estaban surgiendo en el mercado y recordaban con vehemencia la necesidad de que estos nuevos servicios no quedasen al margen de la ley<sup>31</sup>. La herencia es solo una –insisten– y el testamento solo puede ser notarial, aunque algunas de estas voces hayan propiciado una colaboración entre el notariado y estas nuevas empresas [que también han tomado iniciativas al respecto, como antes señalé], en virtud de la cual los fedatarios públicos aportarían su asesoramiento jurídico, el juicio sobre la capacidad del otorgante y –por supuesto– la fe pública, mientras

<sup>30</sup> <https://tellmebye.com/legados#Precios> (última consulta: 2 julio 2019).

<sup>31</sup> Vd. AA. VV, *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos Legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016 (pp. 1-108).

que esas otras empresas se encargarían –en cambio– de la custodia de los archivos digitales del causante<sup>32</sup>.

#### 5.4 EL CASO ESPECIAL DE LOS PERFILES EN REDES SOCIALES (ART. 96.2 LOPD)

A los perfiles en redes sociales se dedica de manera especial el apartado 2 del artículo 96 LOPD, que dispone lo siguiente:

«Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones.

El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.»

Las redes sociales surgieron a finales de los años 90 –la primera fue la red *SixDegrees.com*–. Actualmente, la que ostenta el liderazgo es la red social *Facebook*, que fue creada en 2004 para poner en contacto a los estudiantes de la Universidad de Harvard (de hecho, era preciso tener una dirección de correo electrónico de esta Universidad para poder ser usuario de la plataforma), aunque posteriormente se amplió a otras instituciones educativas (otras Universidades de la llamada *Ivy League* y centros de enseñanza secundaria) y, finalmente, a todos los usuarios potenciales de Internet<sup>33</sup>.

En el caso de las redes sociales debemos hablar tanto de la protección de datos personales (el usuario ha de proporcionarlos al llenar el formulario de suscripción) como de los contenidos digitales, que son esos vídeos, fotografías, archivos o comunicaciones con terceros, que el usuario tiene colgados en su «muro».

El apartado en examen enlaza con el anterior en la cuestión de las personas legitimadas para solicitar determinadas actuaciones sobre el perfil de la persona fallecida, que serán las mismas que en los dos casos ya examinados (arts. 3 y 96.1 LOPD).

Al igual que en los supuestos anteriores, aunque quizá aquí de forma más explícita, la norma parte de dos hipótesis distintas: 1) Que el causante haya dejado instrucciones acerca de qué hacer con su perfil en la red social ó 2) Que no lo haya hecho.

---

<sup>32</sup> LLOPIS BENLLOCH, 2016. p. 46.

<sup>33</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ-MERLO, *Revista española de protección de datos*, 2008, p. 234.

Frente a las instrucciones del artículo 96.1 LOPD, que podemos considerar «generales» en cuanto referidas a «todos» los contenidos digitales del causante, el artículo 96.2 LOPD se refiere más bien a «instrucciones particulares», esto es, mandatos dirigidos a un prestador en concreto de servicios de la sociedad de la información que tiene alojados contenidos digitales del causante (el gestor de la red social).

Cuando el causante haya dejado esas instrucciones particulares, las personas legitimadas estarán obligadas a ejecutarlas, dando las órdenes correspondientes al administrador de la plataforma. En cambio, si no las hubiera dado, estas mismas personas podrán acordar el «mantenimiento» o «eliminación» del perfil del fallecido en los términos que señala el precepto en examen.

A la vista de esta regulación, la primera cuestión que se plantea tiene que ver, de nuevo, con las interferencias del Derecho sucesorio en esta materia. En el «muro» del usuario puede haber contenidos digitales que deban integrarse en la herencia del fallecido y que no parece lógico que puedan «eliminar» personas relacionadas con él por simples vínculos de parentesco, como prevé el precepto.

El segundo tema de interés estriba en determinar los posibles límites a las actuaciones de los legitimados en relación con el perfil, ya que el artículo 96.2 LOPD menciona el «mantenimiento» o la «supresión», pero no el «acceso», que debe quedar descartado salvo que se obtenga una orden judicial que lo autorice o el propio causante hubiera dado su consentimiento en vida (expresa o tácitamente, como –por ejemplo– si hubiera comunicado a esas personas sus claves de acceso)<sup>34</sup>. Así se prevé, también, en las «políticas de uso» de la mayoría de estos servicios, que prohíben a terceros «acceder» al perfil del usuario, si bien esta regla no podrá impedir a los herederos que soliciten y obtengan la información necesaria para organizar la sucesión del causante o el ejercicio de acciones en defensa de su honor, intimidad o propia imagen.

En efecto, si nos fijamos en la red social *Facebook*, la plataforma ofrece varias posibilidades en caso de fallecimiento de los usuarios que forman parte de su comunidad virtual<sup>35</sup>. La primera es que sus «familiares directos verificados» puedan solicitar que se elimine su cuenta. La segunda es que los «familiares» o «amigos cercanos» puedan pedir que la cuenta se convierta en «conmemora-

<sup>34</sup> Por eso resulta llamativa la solución por la que se decantó el *Bundesgerichtshof* en su Sentencia de 12 de julio de 2008, antes mencionada, en la que consideró que la cuenta de *Facebook* de una chica de 15 años debía incluirse dentro de su herencia (y, por tanto, proporcionó acceso a sus padres), del mismo modo en que lo estarían sus cartas o diarios personales.

<sup>35</sup> <https://es-la.facebook.com/help/requestmemorialization> (última consulta: 2 de julio de 2019).

rativa», salvo que el fallecido hubiera solicitado su eliminación. Estas cuentas conmemorativas presentan unas especiales características respecto de las cuentas ordinarias: en ellas aparecerán las palabras «en memoria», junto al nombre de la persona; los amigos podrán compartir recuerdos del fallecido; el contenido de la cuenta que se hubiera compartido con los amigos sigue visible para aquellos con los que se compartió, pero en cambio no aparece en espacios públicos (como las sugerencias de «Personas que quizás conocías» o recordatorios de cumpleaños y anuncios); nadie puede iniciar una sesión en la cuenta conmemorativa y no se pueden modificar salvo a través del llamado «contacto de legado». En efecto, como tercera posibilidad *Facebook* permite a sus usuarios designar un «contacto de legado», que es una especie de gestor póstumo del perfil social del fallecido. Las actividades que tiene permitidas el contacto de legado son: hacer una publicación fijada en el perfil del fallecido (por ejemplo, compartir un último mensaje en nombre de este), actualizar la foto de perfil y la foto de portada, solicitar la eliminación de la cuenta, descargar una copia de lo que el fallecido tenía en la cuenta (pero solo si él mismo hubiera activado esa función) o aceptar nuevas solicitudes de amistad. En cambio, las cosas que el contacto de legado no tiene permitidas son: iniciar sesión en la cuenta, leer los mensajes, eliminar personas de la lista de amigos o enviar nuevas solicitudes de amistad y, por supuesto, suplantar la identidad del fallecido mandando mensajes en su nombre<sup>36</sup>.

En *Twitter* se prevé únicamente la posibilidad de eliminar la cuenta del fallecido. Las personas que pueden hacerlo son aquellas que actúen en representación de este o que sean «familiares directos comprobados» del fallecido<sup>37</sup>. En la página web de la plataforma se recoge un formulario de solicitud *online*, en el que hay que incluir los datos del fallecido y hacer constar la relación que el solicitante mantenía con él (las posibilidades que ofrece la barra desplegable son: «Miembro de la familia/tutor legal/representante/otros»). Una vez que la plataforma recibe la solicitud de supresión de la cuenta, se pone en contacto con el solicitante para que le facilite información sobre el fallecido, proporcione copia de su DNI (el del solicitante) y un certificado de defunción del usuario. Como indica también la «política de privacidad» de la plataforma, «[e]n

<sup>36</sup> BENACH Y PUEYO, *Revista de biblioteconomía i documentació*, 2013, p. 74, cuentan la anécdota del artista Rafael Bartolozzi, cuyos amigos recibieron el 22 de marzo de 2009 un correo electrónico con un título en el que se podía leer «Rafael Bartolozzi ha muerto».

<sup>37</sup> <https://help.twitter.com/es/managing-your-account/contact-twitter-about-a-deceased-family-members-account> (última consulta: 2 julio 2019).

ningún caso podemos proporcionar acceso a la cuenta a otra persona, independientemente de su relación con el fallecido».

Esta misma (y única) posibilidad de eliminación del perfil la ofrece también la red profesional *LinkedIn*, que recoge en su página web el siguiente aviso: «Lamentablemente, puede suceder que te encuentres con el perfil de un colega, compañero de clase o ser querido que ha muerto. Si esto sucede, podemos cerrar la cuenta de esa persona y retirar su perfil por ti. Necesitaremos que nos proporciones lo siguiente: 1. El nombre del miembro. 2. La URL a su perfil de *LinkedIn*. 3. Su relación con él. 4. La dirección de correo electrónico del miembro. 5. Fecha de fallecimiento. 6. Enlace al obituario o esquela. 7. Última empresa donde trabajó». La legitimación para instar esta actuación es amplia. En el formulario *online* que ha de completarse se especifica que puede tratarse de un «familiar directo» (cónyuge, padre/madre, hermano o hijo), «otro familiar» (abuelo, tío, tía o primo), «no familiar» (amigo, compañero de trabajo o de clase) u «otro». El solicitante tiene que aportar el correo electrónico del fallecido, hacer constar la fecha de fallecimiento y adjuntar un enlace a la esquela o artículo o noticia al respecto<sup>38</sup>.

En último término, la plataforma *Instagram* contempla también en su «política de uso» la doble posibilidad de eliminar la cuenta o de convertirla en conmemorativa<sup>39</sup>. La eliminación de la cuenta solo pueden solicitarla los «familiares directos verificados», que deberán comunicar a la plataforma el acta de nacimiento del fallecido, su acta de defunción y una prueba, según la legislación legal, de que se es representante o heredero del fallecido. En el formulario para la cancelación de la cuenta, el certificado de nacimiento o el de defunción hacen prueba de que el solicitante es familiar directo del fallecido. En cuanto a la conversión de la cuenta en conmemorativa, la plataforma establece también ciertas condiciones. En el formulario se permite la solicitud instada por «familiar» o «amigo» [por tanto, aquí también la legitimación es más amplia que la que se prevé para pedir la cancelación de la cuenta], que deberá adjuntar una prueba del fallecimiento a través de «nota necrológica o noticia». La cuenta conmemorativa tiene unas normas de utilización que incluyen: 1. La prohibición de apertura de sesiones. 2. El perfil no parece diferente a una cuenta normal [en *Facebook*, sí]. 3. Las publicaciones que hubiera compartido el usuario (fotos y vídeos incluidos) permanecerán en *Instagram* y la

<sup>38</sup> <https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/6107/fallecimiento-de-un-miembro-de-linkedin-eliminacion-de-su-perfil?lang=es> (última consulta: 2 julio 2019).

<sup>39</sup> <https://es-la.facebook.com/help/instagram/264154560391256> (última consulta: 2 de julio de 2019).

audiencia con la que se compartieron podrá verlas. 4. Las cuentas conmemorativas no aparecen en espacios públicos como la sección «Explorar» de los usuarios. Esta última prohibición, que también veíamos que recoge *Facebook* en sus condiciones de uso, persigue «evitar que aparezcan en *Instagram* referencias a las cuentas conmemorativas que puedan entristecer a los amigos o familiares de esa persona». Finalmente, *Instagram* prohíbe –como también hacía *Facebook*– que se introduzcan modificaciones en las publicaciones o en la información de la cuenta (fotos, comentarios, configuración de la privacidad de su perfil, foto del perfil, los seguidores o las personas a las que sigue actualmente).

Vistas las cláusulas contractuales de estas cuatro redes sociales, habrá que determinar en qué medida son compatibles con las disposiciones del nuevo artículo 96.2 LOPD y, si no lo son, cuáles deben prevalecer.

La Ley 10/2017, del Parlamento de Cataluña, se decanta por un «principio general de respeto» a estas «políticas de uso» que el usuario habrá tenido que aceptar para poder abrir un perfil y utilizar los servicios de la plataforma y ello tanto si el causante hubiera expresado, como si no, sus voluntades digitales. En cambio, la LOPD se limita a señalar que los legitimados podrán decidir acerca del «mantenimiento» o «eliminación» de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera dejado instrucciones al efecto.

Los puntos de fricción con la nueva normativa pueden provenir de tres consideraciones distintas. En primer lugar, el elenco de legitimados que pueden convertirse en «interlocutores» de las plataformas sociales, que es más amplio en las «políticas de uso» de estas plataformas, como terminamos de ver, que en la propia LOPD. En segundo lugar, la clase de instrucciones que pueden dar tales legitimados a los prestadores de servicios de la sociedad de la información y el modo en que deben cumplirse. En último término, la forma que han de adoptar estas instrucciones, pues el artículo 96.3 LOPD remite en general a un desarrollo reglamentario posterior en el que se regulará esta cuestión mientras que las plataformas sociales se limitan a tener a disposición de sus usuarios un mero formulario *online*, repleto de condiciones generales que el usuario solo puede aceptar o rechazar<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> En Francia, la Ley núm. 2016-1321, de 7 de octubre de 2016, para una República digital, dispone que las instrucciones particulares relativas al tratamiento de datos de carácter personal de una persona fallecida deben ser objeto de un consentimiento expreso que no puede resultar de la sola aprobación por aquella de las *condiciones de utilización* del responsable del tratamiento de esos datos (art. 2, que otorga nueva redacción al art. 40. II, de la Ley de 6 de enero de 1978).

Comenzando por la primera cuestión, existe un punto de partida claro: la relación contractual entre plataforma y usuario, en sí misma considerada, resulta intransmisible *mortis causa* a sus herederos<sup>41</sup>. Pueden serlo los archivos, las fotos o los documentos que tenga albergados en el «muro», pero no el vínculo negocial en sí. Si el titular del perfil, ya fallecido, hubiera designado expresamente al sujeto encargado de dictar instrucciones al prestador de servicios, solo este deberá ser considerado interlocutor válido frente a la plataforma. De hecho, en las «políticas de uso» de la mayoría de ellas se prevé expresamente la figura de este gestor póstumo del perfil (el llamado «contacto de legado»).

En defecto de designación expresa, entiendo que las plataformas deberán ajustar sus condiciones de uso a la circunstancia de que la LOPD no autoriza a cualquier persona relacionada con el sujeto fallecido para solicitar la eliminación de su perfil. Como sabemos, solo quienes lo estén «por razones familiares o de hecho» podrían decidir acerca del mantenimiento o eliminación de aquel. Con todo, la norma parece estar pensando en redes sociales de una naturaleza determinada (más «sociales», valga la redundancia, esto es, destinadas a favorecer los contactos personales entre individuos, al margen del ámbito laboral). En cambio, en el caso de redes sociales de corte «profesional», cuyo objetivo es facilitar contactos dentro del mundo laboral (el conocido como *networking*, recurriendo de nuevo a un término anglosajón), podría tener sentido una legitimación más amplia, similar a la que prevé la conocida red *LinkedIn*.

En segundo lugar, hay que mencionar la cuestión de las actuaciones permitidas a estos legitimados, en defecto de instrucciones concretas del causante. Como ya he señalado, se trata exclusivamente de decidir acerca del «mantenimiento» o «eliminación» de los perfiles de personas fallecidas, no de «acceder» a su contenido, lo cual no deja de ser un avance en comparación con las soluciones adoptadas en los artículos 3 y 96.1 LOPD. En relación con este aspecto, también puede producirse alguna fricción con las condiciones generales de las plataformas, en aquellos casos en que estas no prevén el «mantenimiento» del perfil [a través de la vía de la llamada cuenta conmemorativa a la que antes me he referido], sino únicamente su «supresión» (es el caso de *Twitter* o *LinkedIn*). En este punto, la norma del artículo 96.2 LOPD ha de considerarse puramente dispositiva, pues no parece lógico obligar a estas plata-

<sup>41</sup> En el mismo sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 17 julio 2014, p. 1. Recordemos que a una solución contraria llegó el *Bundesgerichtshof* en su Sentencia de 12 de julio de 2008, en la que probablemente pesó la condición de menor de edad que tenía la fallecida titular del perfil en la red social.

formas a conservar o mantener el perfil de sus usuarios fallecidos, si no lo consideran oportuno (*v. gr.* en el supuesto de una red profesional, tal solución no casaría bien con su finalidad).

En relación con esto, este mismo precepto obliga al responsable del servicio a que proceda «sin dilación» a la supresión del perfil, si así se le hubiera pedido por la persona legitimada para ello. Probablemente con esta medida se quiera evitar prolongar el dolor de los familiares de los fallecidos, que seguirían encontrándose con referencias a su ser querido cada vez que navegaran por la red<sup>42</sup>. Por esta razón, no sería admisible una estipulación general, como la que contemplan algunas de estas redes sociales en sus «condiciones de uso», según la cual la plataforma debe considerarse legitimada para seguir poniendo a disposición del público aquellas fotografías y contenidos que el usuario hubiera compartido en su perfil. Con todo, esta eliminación siempre se encontraría con el límite de la pervivencia de los contenidos del fallecido en los «muros» o perfiles de otros usuarios, a los que aquel hubiera permitido el acceso. No obstante, incluso en estos casos sería posible que los familiares del fallecido ejercieran una defensa *post mortem* de sus datos personales [*v.gr.* a través del derecho de «cancelación»], pues el TJUE ya ha advertido que las personas físicas que dispongan en su página *web* de estos elementos deben ser consideradas responsables del tratamiento de datos personales a los efectos de la normativa europea<sup>43</sup>.

En último término, también puede constituir un punto de fricción entre las condiciones de uso de las plataformas que gestionan redes sociales y la nueva regulación del artículo 96.2 LOPD el tema de la «forma» que han de adoptar las instrucciones que deje la persona fallecida sobre el destino de sus «bienes digitales». En efecto, como hemos visto, estas plataformas se limitan a tener a disposición de sus usuarios un formulario *online* en el que estos pueden dejar constancia de las actuaciones que quieren que sean realizadas en su perfil tras su fallecimiento. No obstante, el men-

<sup>42</sup> Los familiares de las personas fallecidas ejercitan a menudo el derecho de olvido en Internet (art. 93 LOPD) con esta misma finalidad. Así, en una entrevista realizada a la CEO de una de estas empresas de gestión póstuma de la herencia digital (*iconfidential*) declaraba que uno de sus primeros clientes había sido una señora que había perdido a su hija. La hija había estado desaparecida unas semanas, su foto salió en los medios de comunicación y, cuando la encontraron muerta, todas las noticias seguían en Internet al teclear su nombre (<https://www.elmundo.es/cronica/2016/04/10/5707fb88268e3e4a2a8b46ab.html>).

<sup>43</sup> STJUE 6 noviembre 2003 (asunto 101-01). El TJUE considera que no puede reconducirse a la excepción contemplada en el artículo 3 de la Directiva 95/96 (tratamiento de datos efectuado por una persona física en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas) «un tratamiento de datos personales consistente en la difusión de dichos datos por Internet de modo que resulten accesibles a un grupo indeterminado de personas» (apartado 47).

cionado precepto de la nueva Ley señala, en su apartado 3, que «[m]ediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos». ¿Cabe entender que, también en el caso de las «instrucciones particulares», dirigidas a un prestador concreto de servicios de la sociedad de la información que gestione una red social, deberán cumplirse determinadas formalidades? Entiendo que no tendría que ser así. Aunque la LOPD no establece ninguna distinción, estos requisitos de forma deben quedar limitados –en mi opinión– a las «instrucciones generales» que el causante haya dejado sobre su herencia digital globalmente considerada.

Al margen de estas reflexiones está también el tema de las limitaciones que han de imponerse a la nueva regulación y que proceden de las disposiciones del Derecho sucesorio. Así, en lo que se refiere a la supresión del perfil, ya puse de manifiesto en líneas anteriores las incongruencias y dificultades que esta prerrogativa conlleva cuando pueda afectar a contenidos digitales con un valor económico y de carácter transmisible. La LOPD parece estar pensando únicamente en los datos personales de esas personas fallecidas, pero en el «muro» de *Facebook* puede haber otros muchos elementos que queden integrados en la herencia del fallecido. Piénsese, por ejemplo, en fotografías que el usuario hubiera compartido, que naturalmente sus herederos podrán reclamar y que no parece de recibo pensar que puedan ser borradas a simple petición de los legitimados *ex artículo 96.3 LOPD*, que no tengan la condición de tales.

Del mismo modo deberán atenerse a la normativa de Derecho sucesorio las condiciones generales de uso de estas plataformas. De este modo, si los contenidos digitales fueran transmisibles (archivos de música o vídeo, fotografías) será nula cualquier condición general en la que la plataforma declare su intransmisibilidad *post mortem*<sup>44</sup>.

De conformidad con lo anterior, resultan llamativas las previsiones contenidas en el artículo 411-10 del Código civil de Cataluña, introducido por la Ley 10/2017, en las que se consagra una

<sup>44</sup> En la Ley francesa núm. 2016-1321, para una República digital, aunque referida a la gestión de los «datos» personales de la persona fallecida, se prevé que los herederos puedan solicitar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información comunicación de los «“bienes digitales” o datos» que sean transmisibles. Estas disposiciones no podrán ser contradichas por las condiciones generales de uso de las plataformas, como también indica ese mismo texto legal en los siguientes términos: «*Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite*».

suerte de respeto incondicional por las políticas establecidas por los prestadores de servicios digitales [en condiciones generales, de manera habitual] para el caso de fallecimiento de los titulares de cuentas activas [*vid. apartados 2.c) y 5*]<sup>45</sup>. En determinados supuestos, tales políticas podrían ser claramente contrarias a Derecho como es el caso de la ya mencionada intransmisibilidad de los archivos o que la plataforma establezca que la titularidad de estos le corresponde en caso de fallecimiento del usuario.

## 5.5 LA CUESTIÓN FORMAL: ¿EXISTE EL TESTAMENTO DIGITAL COMO INSTRUMENTO PARA LA HERENCIA DIGITAL?

La cuestión formal, esto es, cómo han de plasmarse las voluntades digitales del difunto es uno de los asuntos que más controversias ha suscitado desde que fuera publicada la Ley 3/2018, máxime al haber surgido en la práctica –como ya se ha señalado– nuevas empresas que facilitan servicios de gestión *post mortem* del legado digital de las personas fallecidas.

Antes de entrar en esta materia, conviene aclarar cuál es el contenido que cabe atribuir a esas «voluntades digitales» o «testamento digital» en el marco de los textos legales que se vienen manejando a lo largo de este trabajo.

La Ley catalana 10/2017 ciñe, en principio, las instrucciones que puede dar el causante sobre sus cuentas activas, a tres actuaciones concretas que menciona el nuevo artículo 411-10.2 del Código civil de Cataluña, a saber: a) Comunicar a los prestadores de servicios digitales su defunción; b) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas; c) Solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores.

<sup>45</sup> El artículo 411-10.2.c) señala que el causante puede disponer en sus voluntades digitales, entre otras actuaciones, que la persona designada solicite «a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores». El apartado 5 de este precepto señala que si el causante no hubiera expresado sus voluntades digitales, el heredero o el albacea universal, en su caso, pueden «ejecutar las actuaciones de las letras a, b, y c del apartado 2 de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito con los prestadores de servicios digitales o de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor».

Estas actuaciones parecen limitarse a una mera «interlocución» con los prestadores de servicios de la sociedad de la información, pero no a la fijación del destino *mortis causa* de esos archivos<sup>46</sup>. En efecto, salvo la última alusión a la «entrega» de una «copia» de los archivos digitales, y aun así puede ser dudosa esta interpretación, no existe en estas disposiciones ni asomo de mención a la sucesión hereditaria de estos bienes digitales. Quizá el legislador catalán quisiera evitar con ello la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley, como luego terminó sucediendo. Por cierto que no en razón de la invasión de competencias por parte de esta Comunidad Autónoma en lo que respecta a la regulación sustantiva de la sucesión hereditaria, pero sí del registro que la ley preveía para la inscripción constitutiva de tales disposiciones. En efecto, solo considerando que el documento de últimas voluntades «no» es, en realidad, un vehículo para la sucesión hereditaria puede concluirse que el registro al que tal documento debe acceder tiene un carácter meramente administrativo y, por tanto, no se produce una vulneración del artículo 149.1.8.<sup>º</sup> CE *in fine*.

A favor de la interpretación de que el documento de voluntades digitales previsto en la ley catalana puede conllevar una auténtica transmisión hereditaria de esta clase de activos cabe alegar que el propio precepto admite que el causante pueda incluir en sus instrucciones «alguna» o «algunas» de las mencionadas actuaciones [letras a) a c)] esto es, no se trata de un *numerus clausus* de posibles contenidos de las voluntades póstumas del causante<sup>47</sup>. Por otro lado, la propia Ley prevé a continuación que estas disposiciones se ordenen –a elección del causante– a través de unos instrumentos concretos, que ya tienen una clara reminiscencia «sucesoria», como son: a) Testamento, codicilo o memorias testamentarias; b) Si la persona no hubiera otorgado disposiciones de última

<sup>46</sup> En el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad de la Ley, promovido por el Presidente del Gobierno ante la decisión del legislador catalán de crear un registro electrónico de voluntades digitales, la letrada del Parlamento de la Generalidad defendió el carácter administrativo de tal registro (y, por tanto, la competencia de la Generalidad para establecerlo) con base en que su objeto es «dejar constancia de la manifestación de voluntad expresada por el titular de una cuenta digital acerca de la persona designada y, en su caso, delimitadora del alcance de su actuación para que proceda a cancelar las cuentas digitales del titular fallecido, si este ha sido su deseo». En cambio, el Tribunal Constitucional sostiene en su Sentencia de 17 de enero de 2019 que se trata de un registro jurídico al que acceden, para su validez, los documentos de voluntades digitales que contienen «*la decisión sobre el destino que tras la muerte desea dar la persona a su patrimonio digital*, manifestada al margen de los instrumentos jurídicos ordenadores de las últimas voluntades conforme al derecho civil aplicable en Cataluña (testamento, codicilo memoria testamentaria)...» (*vid. Infra* más en detalle). A favor de que se trata de disposiciones que se limitan a designar a un interlocutor con los prestadores de servicios de la sociedad de la información y no de un vehículo de transmisiones *mortis causa*, *vid.* también SOLÉ RESINA, *op. cit.*, p. 431.

<sup>47</sup> En el mismo sentido, LLOPIS BENLLOCH, *Blog* 28 febrero 2017, p. 3.

voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales. Esto es, el legislador catalán permite que las voluntades digitales se plasmen testamentariamente (testamento, codicilo o memorias testamentarias, según el Derecho catalán) o, alternativamente, por medio de otro documento administrativo que debe inscribirse obligatoriamente en el Registro de voluntades digitales que se crea *ad hoc* en la nueva ley.

El artículo 96 LOPD no es mucho más concreto en el punto de los contenidos del llamado «testamento digital», aunque desde el momento en que se refiere a la posibilidad de que el causante haya dejado «mandatos» o «instrucciones» sobre sus contenidos digitales, resulta evidente que si bien –entre estas directrices– podremos encontrar algunas que ciertamente serán ajenas a una transmisión *mortis causa* (*v. gr.*, la cancelación de su perfil o la apertura de una cuenta conmemorativa), otras –en cambio– constituirán claramente disposiciones de Derecho sucesorio [las que justificarían, por ejemplo, la alusión que el artículo 96.1.b) LOPD realiza a la posibilidad que tienen las personas encargadas de ejecutar sus instrucciones de solicitar el «acceso» a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a ellas].

Aclarado esto, nos hallamos ante una cuestión –la de la forma de tales instrucciones– que puede dar lugar a muchos problemas en la práctica, pues aquellos contenidos digitales que deban ser incluidos en el caudal relicito, en razón de su carácter transmisible, deberían ser objeto de una disposición testamentaria que cumpliera con las exigencias formales que establece nuestro Derecho común<sup>48</sup>.

La herencia solo es una. No obstante, la bondad del instrumento testamentario para convertirse también en cauce de la «herencia digital» ha sido puesta en entredicho por nuestra doctrina por varias razones. Existe, para empezar, un primer obstáculo basado en el hecho de que el causante tendría que hacer constar en ese testamento sus claves de acceso a las plataformas y servicios en los que se encuentren alojados estos contenidos. A continuación, estas claves de acceso deberían ponerse en manos exclusivamente de aquellos herederos a los que se hubiera transmitido este patrimonio digital, so pena de frustrar tal transmisión. No obstante, según lo que establece nuestro Reglamento Notarial, «todos» los herederos sin distinción tienen derecho a acceder (e incluso obtener una copia) del testamento (art. 226). En segundo lugar, también se ha afirmado que este no constituye un instrumento idóneo para la ordenación de la herencia digital, ya que el cambio constante de

<sup>48</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 9284/2016*, p. 6.

claves por parte del usuario obligaría a este a modificarlo varias veces a lo largo de su vida<sup>49</sup>.

Pues bien, los notarios que han tenido la ocasión de abordar este problema consideran que las memorias testamentarias o documentos anexos al testamento podrían ser un instrumento válido para dar solución a ambos problemas, al modo en que hemos visto que hace el Derecho catalán<sup>50</sup>. En cambio, insisten en que no debería prescindirse de la intervención del notario para la identificación del otorgante y el juicio sobre su capacidad, el asesoramiento jurídico y la fe pública que deben rodear el otorgamiento de un acto de este tipo. Incluso denuncian el intrusismo profesional en que incurren algunas de esas nuevas empresas (no todas, como antes se explicó), que permiten la custodia de esas voluntades digitales de la persona y gestionan su patrimonio digital tras su muerte.

El Real Decreto que habrá de regular *ex artículo 96.3 LOPD* establecerá los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones dictados por el causante en relación con sus bienes digitales resolverá definitivamente esta cuestión.

Algunos autores han manifestado su parecer favorable a que tales instrucciones [incluso aunque no albergaran disposiciones puramente testamentarias] se realicen en documento público notarial, aproximación que comparto plenamente. En primer lugar, en razón de la trascendencia que tienen los derechos en juego (derechos fundamentales) y, por otro lado, porque los destinatarios de tales instrucciones van a modalizar, suprimir o compartir sus funciones con los herederos, lo que hace deseable que esta modalización se revista de la misma forma jurídica y garantías que las del nombramiento de aquellos<sup>51</sup>. De este modo, se unificaría además la forma de designación de los instituidos con dichas facultades, con la forma en que se nombran también a los albaceas testamentarios, por lo que no habría duda sobre la prevalencia temporal o funcional de una u otra designación. Siguiendo este mismo argumento, el

<sup>49</sup> LLOPIS BENLOCH, *Blog* 11 marzo 2015. Como explica GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 9284/2016*, p. 6, haciendo eco de un estudio realizado por la Compañía Británica Skrill, especializada en comercio electrónico, publicado en «The Telegraph», la media del número de contraseñas utilizadas por un usuario normal de internet supera el de 10.

<sup>50</sup> PENAFRETA RODRIGUEZ, «Legado digital ante notario» (<http://www.jprenafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>), pp. 1-8. En el mismo sentido, LLOPIS BENLOCH, *Blog* 11 marzo 2015, pp. 3-4; A juicio, en cambio, de GONZÁLEZ GRANADO, 2016, p. 42, el problema no quedaría solucionado de esta manera, ya que según el artículo 226 RN, los herederos tendrían derecho a obtener copia de ambos documentos. Por eso, en su opinión «la clave estaría no tanto en esa duplicidad documental como en la introducción de una cláusula especial a instancia del testador que prohíba obtener copia de la disposición testamentaria en la que se revelen las claves de acceso a cualquier persona que no sea el encargado de gestionarlas».

<sup>51</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 4474/2018*, p. 7.

Registro al que se refiere el artículo 96.3 LOPD, debería coincidir con el Registro General de Actos de Última Voluntad<sup>52</sup>. En cualquier caso, insisto en que tales formalidades solo deberían aplicarse a las «instrucciones generales».

Pues bien, ni una ni otra solución han sido adoptadas por la Ley 10/2017, del Parlamento de Cataluña, que permite el otorgamiento de un mero documento de voluntades digitales, que habrá de inscribirse en un registro *ad hoc*, cuya creación –ya sabemos– prevé la propia ley en sus artículos 6, 8, 10 y 11 y en su Disposición Adicional Primera.

Estos preceptos han sido declarados inconstitucionales por la STC 7/2019, de 17 de enero, al estimarse que invaden la competencia exclusiva del Estado en la regulación de los Registros públicos (art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, *in fine*)<sup>53</sup>. El tema controvertido en este pronunciamiento no fue –como ya se avanzó– la competencia de la Generalidad desde un punto de vista sustantivo, sino el carácter jurídico o meramente administrativo que debía atribuirse al Registro electrónico de voluntades digitales al que se refería la nueva ley.

El Tribunal Constitucional concluyó que se trataba de un registro público de Derecho privado, en el cual debían inscribirse «para su validez» los documentos de voluntades digitales, en defecto de disposiciones de última voluntad. Al tratarse de un registro civil, su ordenación era competencia exclusiva del Estado *ex artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE, in fine*. Además, el Tribunal Constitucional señaló que «el hecho de que, con posterioridad a la normativa impugnada, el legislador estatal haya regulado en los artículos 3 y 96 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, las reglas de acceso de los legitimados a los archivos digitales de personas fallecidas, con la expresa mención de que «en las Comunidades Autónomas con derecho civil propio se estará a lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación» (art. 96.4), no permite sanar la carencia de competencia autonómica para aprobar los preceptos legales impugnados» (la cursiva es mía). La razón es que «esta salvedad nunca podrá entenderse referida a la ordenación de los registros e instrumentos públicos a que se refiere el artículo 149.1.8 CE» (F. J. 4.<sup>º</sup>).

<sup>52</sup> GARCÍA HERRERA, *La Ley digital 4474/2018*, p. 7. Contra, MORATALLA ESCUDERO, «La herencia y la transmisión mortis causa del patrimonio digital», p. 1 (<https://elderecho.com/moratalla-escudero>) se muestra favorable a la creación de un registro *ad hoc* de herencias y legados digitales, accesible por los causahabientes y el resto de interesados, a través de los notarios. Este autor utiliza como símil el servicio ofrecido por la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT), constituida en 2002 por el Consejo General del Notariado, para que los ciudadanos obtengan de las Notarías, vía Internet, los certificados de últimas voluntades.

<sup>53</sup> BOE, núm. 39, de 14 de febrero de 2019.

En efecto, el artículo 96 finaliza su tenor con un último apartado en el que se indica que «[l]o establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial propio, se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación».

## VI. CONCLUSIONES

En este estudio se ha abordado la novedosa regulación introducida por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en la que se contemplan sendos preceptos relativos a los datos personales de las personas fallecidas y el derecho al testamento digital (art. 3 y 96).

La primera de estas normas se hallaba ya prevista, si bien en términos muy diferentes, en el antiguo artículo 2.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de protección de datos de carácter personal.

Los resultados de las modificaciones que, en esta disposición, ha introducido la nueva LO 3/2018 no pueden calificarse sino como desafortunados. La legitimación para instar actuaciones respecto de los datos de la persona fallecida es la misma que antes: quienes se hallaren vinculadas a ella por «razones familiares» o «análogas», a la que se ha sumado ahora una mención también a los herederos de ese sujeto. No obstante, lo que resulta llamativo es el elenco de derechos que se reconoce a estos sujetos, que coincide básicamente con los que la persona fallecida tenía en vida (acceso, rectificación y supresión), pero que quedan notablemente ampliados –sin ninguna justificación y con riesgo de lesión a la intimidad pretérita del causante– respecto de los que preveía el artículo 2.4 del Reglamento de 2007 (la mera cancelación de los datos).

El derecho al testamento digital, del artículo 96 LOPD 2018, sí constituye una novedad dentro de nuestro ordenamiento jurídico, aunque el legislador catalán había regulado ya esta misma cuestión en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña.

Como hemos sostenido a lo largo de este estudio, el precepto tampoco resulta adecuado por varias razones.

En primer lugar, por la propia denominación que se otorga a este derecho. El llamado testamento digital regulado en este artículo 96 LOPD no es tal. No hay testamento *on line* y las empresas que lo ofertan en Internet no dejan de ser meras intermediarias que

ponen a sus clientes en contacto con el fedatario público correspondiente después de prestarles cierto asesoramiento jurídico. Pero es que, además, si uno lee atentamente el tenor literal de este precepto enseguida descubre que, en realidad, este no se limita a regular las llamadas «últimas voluntades digitales del causante», sino que –como primera cuestión– se refiere al elenco de legitimados que pueden dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información para solicitar el acceso a los contenidos digitales del causante e impartirles (ellos) las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Desde un último punto de vista, el término «testamento digital» también resulta incorrecto, pues muchos de los archivos o bienes digitales del causante son, en realidad, «intransmisibles» (empezando por los propios perfiles de las redes sociales a los que se refiere de manera expresa el artículo 96.2).

Al margen de la cuestión terminológica, el precepto merece también un reproche –como el anterior– desde la perspectiva de la amplitud de los legitimados para impartir instrucciones a los prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre los archivos digitales del causante [que vienen a coincidir quienes podían ordenar actuaciones en relación con sus datos personales en el marco del artículo 3 LOPD], máxime si a continuación se examina el también extenso abanico de instrucciones que estos pueden dar. En concreto, sobre la «utilización, destino o supresión» de esos archivos. Es cierto que la norma menciona que tales sujetos quedan privados de legitimación cuando «así lo establezca una ley». No obstante, hubiera sido preferible la solución adoptada por la Ley 10/2017, de las voluntades digitales, del Parlamento de Cataluña, que –por un lado– concede legitimación para ejecutar las voluntades digitales del causante exclusivamente al heredero o albacea universal o a la persona designada para ello. Y, por otro, circunscribe el tipo de actuaciones que estos legitimados pueden instar a los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la comunicación de la defunción, la cancelación de las cuentas activas y, solo si «procede», podrán pedir que se les entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores [lo que ha de entenderse en el sentido de que el causante hubiera dado su autorización]. El *acceso* a los contenidos de las cuentas y archivos se hace depender también del consentimiento del causante o de la existencia de una autorización judicial (art. 6.2 y 6).

El nuevo artículo 96 plantea también la no menos espinosa cuestión de hasta qué punto las condiciones generales de uso de las plataformas que gestionan redes sociales deben atenerse a las pres-

cripciones que introduce el nuevo artículo 96.2 LOPD, tanto en lo que se refiere a lo que se puede hacer con estos perfiles como respecto de quiénes han de considerarse legitimados para hacerlo, pues las previsiones de la ley distan de las soluciones que los gestores de estas plataformas tienen previstas para estos casos. Pero lo que realmente preocupa, en este último ámbito, son aquellas condiciones generales que consagran la intransmisibilidad de los archivos alojados en sus redes o que directamente disponen su apropiación por el gestor de la plataforma en caso de fallecimiento del titular, que deben considerarse contrarias a Derecho.

En último término, el artículo 96 deja pendiente una cuestión que no deja de tener importancia a juzgar por el reciente fallo del Tribunal Constitucional 7/2019, de 17 de enero, en el que se ha declarado la inconstitucionalidad de varios de los artículos de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales del Parlamento de Cataluña. En concreto, aquellos referidos al nuevo Registro electrónico de voluntades digitales.

La forma de las voluntades digitales, de las instrucciones que el causante deja acerca del destino de sus activos digitales, será una cuestión que resuelva el Reglamento de desarrollo de la ley. Si el documento de instrucciones constituye en realidad un acto de últimas voluntades digitales, este deberá cumplir los requisitos formales de los testamentos pues no hay una herencia digital distinta de la analógica.

## BIBLIOGRAFÍA

- BENACH, Ernest y PUEYO, Miquel: «Web 2.0, identitat digital. La vida, el temps, la mort, la memoria i la identitat». *Revista de biblioteconomia i documentació*, 2013, núm. 57, pp. 71-80.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación». Conferencia dictada en el Colegio Notarial de Madrid, el 24 de enero de 2019. *El Notario del Siglo XXI*. Revista 84, pp. 1-8.
- GARCÍA HERRERA, Vanessa: «La disposición sucesoria del patrimonio digital». *La Ley digital* 9284/2017, pp. 1-10.
- «El tratamiento de datos de personas fallecidas». *La Ley digital* 4474/2018, pp. 1-13.
- «Disposición *mortis causa* del patrimonio digital». *La Ley digital* 14697/2018, pp. 1-5.
- GONZÁLEZ GRANADO, Javier: «Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?», en AA. VV., *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos Legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016, pp. 39-44.

- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo: «La transmisión hereditaria de archivos digitales». *Blog* 10 julio 2014 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/117/73/la-transmision-hereditaria-de-archivos-digitales>], pp. 1-3.
- «La transmisibilidad por causa de muerte en el mundo digital». *Blog* 17 julio 2014 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/118/73/la-transmisibilidad-por-causa-de-muerte-en-el-mundo-digital>], pp. 1-4.
- «El Notario, el testamento online y el heredero digital». *Blog* 11 marzo 2015 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/1235/73/el-notario-el-testamento-online-y-el-heredero-digital>], pp. 1-5.
- «Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe», en AA. VV., *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016, pp. 45-52.
- «Análisis del Anteproyecto sobre herencia digital en Cataluña-I». *Blog* 28 febrero 2017 [<http://www.notariallopis.es/blog/i/1414/73/analisis-del-anteproyecto-sobre-herencia-digital-en-cataluna-ii>], pp. 1-4.
- MORATALLA ESCUDERO, José Ramón: «La herencia y la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital» [<https://elderecho.com/moratalla-escudero>], pp. 1-6.
- PRENAFETA RODRÍGUEZ, Javier: «Legado digital ante notario», [<http://www.jpre-nafeta.com/2014/02/24/legado-digital-ante-notario/>], pp. 1-8.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis: «Comentario del artículo 3 LOPD», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (dir. A. Troncoso Reigada). Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco: «Testamento digital», en AA. VV., *Testamento ¿digital?* (coord. Ricardo Oliva León y Sonsoles Valero Barceló). Colección Desafíos Legales. eBook. Edición especial. Septiembre 2016, pp. 26-38.
- SERRANO PÉREZ, María Mercedes: «Comentario de los artículos 16 y 17», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal* (dir. A. Troncoso Reigada). Thomson Reuters. Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2010.
- SOLÉ RESINA, Judith: «Las voluntades digitales: marco normativo actual». *ADC*, tomo LXXI, 2018, fasc. II, pp. 418-440.
- VELA SÁNCHEZ-MERLO, Cayetana: «La privacidad de los datos en las redes sociales», en *Revista española de protección de datos*, núm. 5, julio-diciembre 2008, pp. 231-27.
- VENNIN, Ariane: «Comment organiser sa mort numérique, qu'advient-il de nos données après notre décès?» (<https://www.village-justice.com/articles/Comment-organiser-mort-numerique-advient-nos-donnees-apres-notre-deces,24553.html>).

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros\*

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Málaga

**CARTWRIGHT, John (trad. Juan Pablo Murga Fernández; ed. Francisco Capilla Roncero): *Introducción al Derecho inglés de los contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, 446 pp.**

Casi por casualidad me encontré con la monografía que ahora se reseña mientras trabajaba sobre una materia de Derecho inglés. Por el interés que me suscitó comencé a leerla... ¡y no la pude dejar hasta el final! Esa es, me parece, una de las principales virtudes de esta obra: se trata de un «fantástico libro» (p. 23) cuya lectura no es fácil de abandonar una vez se empieza. Su autor, John Cartwright (Profesor Emérito de la Universidad de Oxford) es reconocido como uno de los grandes expertos en Derecho privado comparado; en especial en las relaciones entre el *Common law* y el *Civil Law*. La obra es traducción al castellano del original «*An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*», que ya va por la tercera edición. El texto que ahora se recensiona ha sido publicado por Thomson Reuters Aranzadi en colaboración con la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en una cuidada edición realizada por el profesor Capilla Roncero.

Antes de efectuar algunos comentarios sobre el contenido de la monografía, es de justicia hacer una referencia a la tarea del traductor, el profesor Murga Fernández, pues es una labor no siempre reconocida. En este caso concreto resulta un trabajo muy necesario porque, en ocasiones, uno puede dejarse llevar por el convencimiento de que «todos poseemos conocimiento de la lengua inglesa» (p. 27) y abordar directamente el estudio de textos jurídicos en dicho idioma. Y la realidad es que si no se goza del dominio necesario, fácilmente se pueden confundir significados de palabras, en contra de la necesaria precisión del lenguaje jurídico; en especial si se trata de «*false friends*» –p. ej. «*battle of forms*», «*consideration*», «*interest*», etc.–. Por ello, es de destacar la meritaria labor de traducción pues, si por sí misma es una operación ardua y necesariamente paciente en cualquier texto, lo es de manera especialmente significativa cuando se trata de términos jurídicos; el propio Cartwright señala en la Presentación que se trata de una «enorme tarea» (p. 29). Además, tras consultar en algunas partes la edición inglesa he

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

observado que la traducción es atinada y esmerada. Asimismo, considero un acierto que en algunos casos se haya mantenido el término original al no existir otro totalmente equivalente en castellano; hacerlo supondría desnaturalizar la figura de que en cada caso se trate. Vayan pues los méritos debidos al profesor Murga por el trabajo desempeñado.

Por lo que se refiere al libro que se ha traducido, cabe señalar que su objetivo es explicar el *common law* a los juristas del ámbito continental; labor compleja que, además, se realiza de manera clara, tanto en la propia exposición como en la sistemática, facilitada además por los oportunos y elaborados avances de lo que se va a tratar que se realizan en las introducciones de cada capítulo (pp. 37, 55, 97, 99, 127, 153, 190, 231, 283, 303, 326, 355 y 370) o en la explicación general de las partes del libro (p. 29). En tal sentido, sorprende positivamente el dominio del autor, no solo del propio *common law* –lo que puede considerarse lógico– sino también del *civil law* pues es capaz de «meterse en la cabeza del jurista continental» y, desde ahí, explicar el *common law*. Este profundo conocimiento se muestra en las frecuentes advertencias para evitar que se malinterprete o no se entiendan bien algunas instituciones o figuras que, aun con un nombre similar, tienen contenido parcialmente distinto en ambos sistemas por responder a un origen diverso.

Los dos primeros capítulos de la obra constituyen una introducción general al *common law*. A mi juicio son brillantes, pues con un lenguaje sencillo: a) se resumen los orígenes históricos (se explica el *common law* y la *equity* y sus consecuencias respecto de los remedios en el ámbito contractual (pp. 42-46), a la vez que se presentan las características principales del *common law* y las diferencias existentes entre los diversos países (pp. 48 ss donde, por ejemplo, se expone por qué no hay unas únicas reglas de *common law* en materia de contratos para todos los países de dicho sistema); b) se alude a conceptos generalmente conocidos del indicado sistema jurídico pero expuestos con una inusual claridad (la diversa perspectiva en la búsqueda del Derecho aplicable al margen de que existan más o menos leyes (pp. 51 y 56), o la mayor importancia de la jurisprudencia a pesar de la preferencia jerárquica de la ley (pp. 58-59); c) se desarrollan con profundidad aspectos esenciales del *common law*, no siempre bien comprendidos en todo su alcance por el jurista continental (el precedente y en qué sentido y respecto de quién están vinculados los tribunales ingleses (pp. 64 ss; en especial, 66-70), la mayor libertad de los jueces para desarrollar el *common law* que las normas legislativas (p. 61 y pp. 78 ss), o cómo los tribunales dan pleno efecto a la legislación claramente detallada pero «no razonan más allá de ella» ni pretenden llenar los huecos que tenga buscando el espíritu que late detrás del texto mismo cuando no ofrece una solución concreta (p. 77); y, finalmente, d) «desmonta» mitos que por error puedan existir sobre el *common law* (p. ej. sobre la «buena fe» [p. 48] o el porqué de lo detallado de las leyes (pp. 90-92).

De notable interés me parece el capítulo tercero, con el que se inicia la segunda parte de la obra. En él se ofrece una visión general de los principios que rigen el Derecho contractual inglés que resulta útil para entender sus particularidades; pero, sobre todo, para evitar las preconcepciones que un lector continental pudiera tener sobre el *common law*. A fin de ayudar al jurista del *civil law*, el autor incluye expresamente un capítulo –el cuarto, dedicado a las «negociaciones para contratar»– que ordinariamente no se suele tratar de manera separada en los manuales de Derecho inglés. Pero actúa así pues al jurista continental le resulta familiar y, además, sirve para mostrar las diferencias existentes entre ambos sistemas.

Junto con la clara delimitación del contrato en relación con los «*torts*» y la «propiedad» (pp. 101-106), en el referido capítulo hay tres cuestiones particularmente relevantes. La primera: la necesidad de la *consideration* para la existencia de un contrato; materia que el autor enuncia en la página 103 y que luego desarrollará en el capítulo sexto. De acuerdo con esta genuina institución del *common law*, el contrato es una negociación de carácter oneroso entre las partes. Si falta tal carácter, a pesar de haber «acuerdo» no habrá contrato ni será aplicable el Derecho de contratos –por ejemplo, en una donación gratuita–. Y es que lo que hace que las promesas incluidas en aquel resulten exigibles es que la otra parte haya prestado *consideration* por ella –contraprestación onerosa–; motivo por el que, en muchas ocasiones, se introduce una *consideration* formal –p. ej., una cantidad simbólica de dinero– para garantizar el carácter vinculante de las obligaciones contenidas en el acuerdo, eludiendo así la formalización de una promesa sustancialmente gratuita que quedaría al margen del Derecho contractual –salvo que esté incluida en un *deed*–. Ahora bien, que se trate de una transacción gratuita no impide que pueda tener efectos patrimoniales ni que sirva para transmitir la propiedad; pero será al margen del Derecho contractual. En este contexto, de entre las diversas características de la *consideration* (pp. 198-212), basta con señalar una de ellas: no es preciso que sea «proporcional» o «adecuada» –ha de repararse que en el Derecho inglés no existe un impuesto general sobre las donaciones *inter vivos*, de manera que se dificulta la, para nosotros, donación simulada bajo la forma de una compraventa–. Por tanto, los tribunales no examinarán la «proporcionalidad» de la *consideration* –las partes son quienes han de hacerlo al negociar– de modo que, diríamos, se admiten «negocios perjudiciales» en términos de economía de mercado. Cuando ello sucede quizás pueda acudirse a diversas vías para remediarlo –p. ej. al fraude de ley– pero no a un defecto de la *consideration*.

Un segundo elemento relevante es que, a la vista de que en el Derecho inglés no existe una regulación particular y específica sobre los denominados «contratos especiales», corresponde al jurista la tarea de detallar y prever expresamente todos los contenidos y efectos que se han de derivar del acuerdo que pretende suscribir. Así, con una prolífica redacción del clausulado se procura elaborar un «contrato a prueba de jueces» a fin de anticipar y resolver de manera adelantada los potenciales conflictos (p. 114). Por ello, y a diferencia de las tradicionales clasificaciones del *civil law* donde existen contratos especiales tipificados, en el Derecho inglés, el contrato siempre «es lo que las partes han convenido que sea» (p. 114); o de manera más precisa, lo que han volcado en el clausulado, importando sobre todo la objetividad de lo expresado antes que las intenciones puramente subjetivas de las partes al suscribirlo (pp. 119-120).

Y la última cuestión a destacar de este capítulo tercero es la inexistencia en el Derecho inglés de un principio general de buena fe. En palabras de Cartwright: «no existe un deber general de negociar un contrato de buena fe; ni un deber general de ejecutar o cumplir el contrato de buena fe, ni un deber general de renegociar de buena fe en caso de que se produzca un cambio significativo de circunstancias que afecte al equilibrio del contrato; ni un deber general de las partes contratantes de ejercer de buena fe los derechos que se deriven del contrato» (p. 115). Las razones fundamentales que justifican la inexistencia del referido principio son la incertidumbre que generaría a los jueces la definición de qué sea «buena fe», así como su reticencia a «generalizar principios abstractos» (pp. 115-116). De todas maneras, es pre-

ciso notar que se advierte cierta apertura en el Derecho inglés hacia tal principio (p. 118) a la vez que, en algunos contextos particulares, se utilizan otros conceptos en cierta medida parecidos, como puede ser la «equidad y razonabilidad». De todos modos, de su uso no se puede derivar «un deber general de imparcialidad o de actuar razonablemente en la formación y ejecución de contratos» (p. 115).

Explicados los principios generales del Derecho de contratos inglés, la obra dedica los capítulos restantes a diversos aspectos relativos a ellos. En concreto, se analizan las negociaciones para contratar (capítulo 4), la perfección del contrato (capítulo 5), la forma, la *consideration* y la voluntad (capítulo 6), los vicios (capítulo 7), la determinación del clausulado contractual (capítulo 8), el control del contenido (capítulo 9), la potencial afección del contrato a un tercero (capítulo 10), el cambio de circunstancias (capítulo 11) y los remedios ante el incumplimiento (capítulo 12). Esta enumeración muestra claramente que el autor trata de manera sistemática y ordenada todo lo relativo al surgimiento, vida y terminación de los contratos. A fin de no hacer demasiado extensa esta reseña, y en atención a que algunos de los temas ya han sido parcialmente apuntados –la inexistencia de un deber de actuar con buena fe del que se deriva la reticencia a admitir de modo general la responsabilidad precontractual aun cuando puedan surgir ciertas responsabilidades particulares, fundamentalmente por *misrepresentation* (pp. 128-140); la adopción de un «test objetivo» para determinar el contenido del acuerdo y la figura del «observador razonable» que interprete las comunicaciones existentes entre las partes, aunque sin excluir totalmente los entendimientos subjetivos de aquéllas (pp. 159-163); o, en fin, la específica inclusión de diversas cláusulas para anticiparse a los cambios de circunstancias, a pesar de reconocerse, y en parte para evitar, la doctrina de la «*frustration*» (pp. 356-368)– a continuación únicamente se hará una mención a las cuatro cuestiones que, a mi juicio, resultan de mayor interés en comparación con el Derecho español.

La primera cuestión que cabe destacar ahora es la diferente perspectiva que se adopta en el Derecho inglés sobre el «consentimiento» contractual. Mientras que en España los elementos esenciales del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa (cfr. art. 1261 CC), en el Derecho inglés son la oferta y la aceptación, la *consideration* y la intención de crear relaciones jurídicas. Se le concede menor importancia al consentimiento a efectos de sus posibles vicios, y, en consecuencia, no se elabora una única teoría general sobre ellos; existen reglas específicas para cada uno de los que puedan surgir en la formación del contrato. El contrato «puede estar viciado («*void*» –nulo de pleno derecho–, o «*voidable*» –anulable–)», pero «los tribunales no suelen utilizar terminología alusiva al «consentimiento» viciado» (p. 232). Si a este planteamiento se le une que los tribunales ingleses tienen una visión bastante estricta de la responsabilidad de cada parte respecto de la comprensión de los hechos y las normas que han de resultar aplicables, se entiende que en el Derecho inglés el error rara vez sea de entidad suficiente como para anular un contrato. Además, los únicos supuestos en que tal «vicio» puede producir la consecuencia señalada es cuando se haya producido una *misrepresentation* de la otra parte: esto es, cuando la falsa manifestación de la contraparte –con palabras o acciones– ha sido la causa directa del error –extremo que habrá de ser probado–. De no concurrir tal *misrepresentation*, un simple error de parte –por determinante que haya sido para decidir la celebración del contrato– no dará lugar a la anulación del acuerdo. A modo de ejemplo, por lo que hace a

la compraventa, del principio del *common law* del «*caveat emptor*» se sigue que cada parte asume el riesgo de que el objeto del contrato sea el que considera que es. Así las cosas, si una parte «desea disponer de remedios en caso de error, deberá pedir a la otra parte un compromiso contractual al respecto (es decir, hacer de la cualidad del objeto una cláusula contractual) o, al menos, formular preguntas a la otra parte de manera que, si recibe respuestas inexactas, disponga de los remedios oportunos frente a la *misrepresentation*. Esto sucede, incluso si la otra parte conoce la existencia del error, ya que esta última no tiene la obligación de advertirle a la otra parte que efectivamente ha ocurrido en un error» (p. 248).

La segunda cuestión a mencionar atiende a las «cláusulas implícitas». La menor importancia de los «contratos especiales» legalmente tipificados es a la vez, causa y efecto del interés de las partes en ser ellas mismas las que determinen totalmente el contenido del acuerdo. En efecto, el jurista inglés no cuenta ni desea que el Derecho objetivo «rellene» el clausulado de su contrato. Ahora bien, como en ocasiones no se prevén de manera acabada o exhaustiva todas las cuestiones, los tribunales han acudido a las denominadas «cláusulas implícitas», que teóricamente se derivan de la intención de las partes a pesar de que éstas no las hayan recogido de manera expresa en el acuerdo. De todos modos, si no se consigue probar su existencia ordinariamente el contrato resultará, al menos, parcialmente ineficaz por cuanto habrá lagunas no integrables con las referidas cláusulas.

En este contexto, en los contratos verbales resulta de significativa importancia el *Consumer Rights Act 2015* pues incluye criterios para resolver algunas cuestiones propias de dicho ámbito –p. ej. la integración en el contrato de elementos de la publicidad–. En los redactados por escrito, y dada la reticencia del jurista inglés a que algo o alguien distinto de él determine el contenido del contrato así como la preferencia por lo objetivamente expresado en él, usualmente se acude a la técnica del «acuerdo íntegro» (*entire agreement*) a fin de evitar la aplicación de las «cláusulas implícitas». Con dicho convenio se estipula de manera expresa en el propio contrato que lo en él recogido por escrito constituye todo su contenido y a lo que las partes acuerdan obligarse. En consecuencia, la interpretación se realizará entonces de manera objetiva y de acuerdo con el significado ordinario de las palabras empleadas, aunque teniendo en cuenta el contexto (resulta de notable interés a este respecto la declaración de Lord Hoffman en el caso *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society*, incluido en las pp. 292 y ss). Existiendo tal previsión, no cabe demandar en ningún caso a la contraparte por la vía del *collateral contract* –acuerdo que complementa el texto redactado permitiendo incluso que la prueba oral contradiga o varíe las cláusulas escritas– ni tampoco cabe admitir una «cláusula implícita» que contravenga el texto escrito –mucho menos si contradice un pacto expreso (p. 301)–. De lo expuesto se deduce que las «cláusulas implícitas» tienen mayor juego en los casos en que no existe un acuerdo de tal tipo, así como cuando se utilizan «*standard forms*». Su importancia también es notable respecto de algunos contratos determinados pues en ellos ciertas cláusulas contractuales se consideran como «legalmente implícitas»: la ley establece de manera específica algunas formulaciones para proteger a una de las partes contratantes, la mayoría de las cuales ya formaban parte del *common law* –p. ej. en un contrato para el suministro de un servicio, cuando el proveedor actúa en el curso de una actividad profesional existe la cláusula implícita de que lo llevará a cabo con razonable cuidado y competencia–. Según se

advierte de lo señalado, en lo que a la interpretación de los contratos se refiere, «el contraste entre el *common law* y el *civil law* no es tan severo como podría parecer», lo que no impide que tiene «un significativo impacto en relación con la manera en que los juristas de *common law* redactan los contratos» (p. 284).

Un tercer apunte es que en las últimas décadas se ha ido superando la doctrina inglesa de la «*privity of contract*» de acuerdo con la que solo las partes de un contrato pueden adquirir derechos u obligaciones exigibles en virtud de aquél, no pudiendo encontrarse nunca en tal situación un tercero; tesis que guarda directa relación con la mencionada doctrina de la *consideration*. De todos modos, con anterioridad a la reforma llevada a cabo por el *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 en este punto, ya se habían encontrado algunas fórmulas para que los terceros obtuvieran derechos directamente exigibles sobre la base de las obligaciones contenidas en un contrato –estructurando las transacciones para que estipulasen derechos a su favor convirtiéndoles así en parte, por medio de ciertos remedios «encontrados» por los tribunales, acudiendo a la figura del *trust*, etc.–.

La cuarta materia a mencionar atiende a los remedios contractuales en caso de incumplimiento. De entrada, y en coherencia con la concepción del contrato en el Derecho inglés, ha de señalarse que cuando se pretendan de manera general especiales medidas de protección para una parte han de ser establecidas legislativamente, pues el *common law* considera que las partes negociadoras de un contrato están en igualdad de condiciones –tal es lo que ha sucedido en materia de consumidores por medio del *Consumer Rights Act* de 2015–. Por otra parte, en lo que ahora interesa y dejando de lado otros remedios contemplados en el Derecho inglés –p. ej. las *injunctions* o los particulares remedios en contratos de suministros de servicios digitales o de consumo–, cabe resaltar que: a) no existe un derecho general a la resolución en caso de incumplimiento; b) ordinariamente no se impone el cumplimiento *in natura*, siendo el remedio normal la indemnización por daños y perjuicios, y c) las partes son libres de incluir en los contratos las previsiones que estimen convenientes para reparar un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso.

En efecto, de acuerdo con el papel de las partes en el contrato, el remedio de la resolución en caso de incumplimiento, aun cuando sea más frecuente que el del cumplimiento específico, carece de alcance general y solo se aplica en supuestos limitados. Lo habitual es que sean aquellas las que introduzcan específicas cláusulas donde prevean la resolución del contrato ante determinadas circunstancias, aun cuando su funcionamiento sea un tanto diverso del existente en Derecho continental –p. ej. al no existir una regla general de actuar conforme a la buena fe, en este caso, en la resolución–. De todas maneras, hay algunos supuestos donde la parte que sufre el incumplimiento «está obligada a resolver» y reclamar una indemnización en lugar de optar por mantener vivo el contrato –p. ej. cuando se demuestre que no tiene ningún interés legítimo en seguir exigiendo el cumplimiento y que, de hacerlo, estaría perjudicando injustamente a la parte incumplidora, o «cuando la elección de mantener vivo el contrato resulte totalmente irrazonable y la indemnización sea en ese caso un remedio adecuado»– (p. 384). En cualquier caso, la resolución no tendrá efecto retroactivo: las prestaciones ya satisfechas no se ven afectadas, pero las futuras dejarán de ser exigibles para ambas partes; no aquellas cuyo plazo de cumplimiento ya ha vencido y no se han ejecutado.

Por lo que se refiere al cumplimiento *in natura*, suele ceder en favor del por equivalente. En efecto, es común entender que una indemnización de daños y perjuicios es el remedio adecuado para el incumplimiento pues al cubrir la expectativa fallida del demandante le permitirá, por ejemplo, conseguir un servicio equivalente de un tercero. En este ámbito, la regla es que tal indemnización debe colocar al demandante, con respecto a los daños y perjuicios, como si el contrato se hubiera cumplido (p. 389), no incluyéndose generalmente en ella «pérdidas no económicas» –p. ej. daños morales– (pp. 404-405). Además, al no considerarse el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso como un ilícito, no se suelen contemplar «cláusulas penales» ni se conceden «indemnizaciones punitivas» (p. 405). Mantener el principio contrario dando primacía al cumplimiento *in natura* conllevaría no pocas dificultades: el tribunal debería comprobar de manera constante si la prestación se ha realizado en los términos impuestos por la resolución judicial; hay supuestos donde no se da una «recíprocidad» en la posibilidad de imponer de manera específica el cumplimiento para ambas partes –p. ej. cuando el demandado sea un menor–, etc. Ahora bien, cuando se demuestre que la citada indemnización constituye un remedio «inadecuado» ante el incumplimiento –p. ej. porque haya de entregar una cosa para la que no hay un mercado disponible– cabrá establecer el cumplimiento específico –aunque existe una corriente actual que, invirtiendo los términos, propugna su establecimiento cuando «sea el remedio más apropiado» (p. 377)–. De todas maneras, en los inusuales supuestos donde se establezca el remedio específico, existen reglas para que la «discrecionalidad» que permite al tribunal ordenarlo esté fundamentada o justificada (pp. 374 y 380).

Y, finalmente, la libertad de las partes para pactar lo conveniente para los casos de cumplimiento defectuoso o incumplimiento ha de sujetarse –y suele sujetarse– a las siguientes reglas. La primera: «ninguna disposición contractual puede garantizar que el cumplimiento específico sea operativo, ya que esa es una cuestión que compete a la discreción del tribunal» (p. 402). En segundo lugar, lo habitual es que los contratos comerciales prevean de manera concreta las circunstancias que permitan la resolución. Y en tercer lugar, las partes pueden incluir en su contrato «una disposición que cuantifique los daños y perjuicios recuperables en caso de un determinado incumplimiento» (p. 403).

Junto con lo someramente mencionado, son muchos otros los temas que se tratan en la presente monografía –las especialidades de los contratos con consumidores, la doctrina del «*estoppel*», la capacidad de las partes, etc.– y que no cabe desarrollar ahora. En cualquier caso, se advierte que se está ante una obra muy completa y que cumple el fin propuesto de introducir al *common law* a los juristas formados en el sistema continental. Además, tal tarea se realiza con un lenguaje sencillo y de manera ordenada, de modo que el lector en todo momento está perfectamente ubicado y en contexto. Si a ello se le añade lo cuidado de la traducción –aspecto ciertamente complicado– se puede afirmar que se trata de un trabajo de imprescindible lectura para iniciar cualquier estudio o resolución de problemas en que esté involucrado el Derecho inglés de los contratos.

Antonio LEGERÉN-MOLINA  
Profesor Contratado-Doctor de Derecho civil  
Universidad de A Coruña

**GARCÍA GARNICA, M.<sup>a</sup> del Carmen/MARCHAL ESCALONA, Nuria (dirs.)/QUESADA PÁEZ, A./MORENO CORDERO, G. (coords.): *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 755 pp.**

El presente libro, dirigido por María del Carmen García Garnica y Nuria Marchal Escalona, aborda un trascendente objeto y con el enriquecedor enfoque que deriva de la perspectiva interdisciplinar con la que se analiza, que permite aportar un estudio de los muy diversos aspectos referidos a un tema tan sensible como es el que afecta a la protección del menor. Si a ello se añade la amplitud y el carácter riguroso que presentan los diferentes estudios realizados, a lo largo de sus diversos capítulos, por especialistas en los distintos ámbitos, el resultado solo puede ser una obra de referencia y de obligada consulta para los profesionales, operadores jurídicos, y para quienes, desde una perspectiva doctrinal, se aproximen a la materia que configura el eje de su análisis.

En concreto, el libro se divide en cuatro partes en las que, desde una perspectiva interdisciplinar, se exploran múltiples aspectos de la situación de los menores, con el hilo conductor de las medidas de protección de sus derechos en el ámbito familiar, ante situaciones de riesgo o desamparo, en el entorno virtual y en el ámbito internacional. El volumen se enriquece con las aportaciones de profesionales con distinta especialización y procedentes, además del sector jurídico, de la psicología y la educación. Esta variedad de enfoques se revela particularmente oportuna para realizar un diagnóstico realista y fructífero sobre la situación de los menores. El resultado del esfuerzo conjunto es una obra extensa que ofrece una visión amplia, crítica y rica en matices de –como reza el título– los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia. Un contexto en el que se han sucedido en los últimos años importantes cambios legislativos y relevantes novedades jurisprudenciales, sobre los que se ofrece abundante y rigurosa información, al tiempo que se incide sobre las carencias del sistema y se apuntan propuestas de mejora.

Aquí me centraré<sup>†</sup> en dar noticia más detallada de los capítulos que inciden en aspectos jurídico-civiles, comprendidos dentro las Partes I, II y III, correspondiendo la información sobre otros capítulos a la profesora M.<sup>a</sup> Ángeles Sánchez Jiménez, de Derecho internacional privado, con la que tengo el honor de compartir esta labor.

La Parte I, «Retos de la protección del menor en el ámbito familiar», se compone de siete capítulos de los que cinco contienen estudios netamente jurídicos. En el primero, titulado «Filiación e interés superior del menor», pp. 43-66, Susana Quicios Molina revisa, con sentido crítico y desde el prisma del interés del menor, algunos aspectos de la disciplina legal de la filiación, con incidencia en las normas de impugnación (de la paternidad marital) y de reclamación (por el progenitor no matrimonial sin posesión de estado). Se detiene en el delicado conflicto de intereses que subyace en la filiación derivada de una gestación por sustitución contratada en el extranjero; y en el debate en torno a la determinación de la segunda maternidad a favor de quien ya rompió la convivencia con la madre biológica. La autora da cuenta de los principales hitos jurisprudenciales en la materia, tanto de la jurisprudencia

---

<sup>†</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.

nacional como de la doctrina emanada de recientes sentencias del TEDH. Se advierte que el *interés superior del menor* se ha conformado a la medida para justificar soluciones jurisprudenciales o decisiones de la DGRN que en algunas ocasiones, sin embargo, prescinden de la norma aplicable o son contrarias al orden público; se olvida que, frente a la apreciación subjetiva o voluntarista del operador jurídico, habrá de primar lo dispuesto en la norma que revela cuál es la opción que el legislador ha considerado idónea para salvaguardar aquel interés.

El interés superior del menor es también el eje del estudio realizado por Adoración Padial Albás en el tercer capítulo (pp. 99-123) y titulado «El interés superior del menor en el ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores: análisis de la potestad parental en el Código civil catalán», en el que se exponen los aciertos y las sombras de la regulación catalana de la potestad parental. Entre otros asuntos tratados, destaca la apuesta por el plan de parentalidad, presentado como el instrumento más adecuado para implicar a ambos progenitores en la atención a los hijos en caso de vivir separados, en el entendimiento de que las reglas adoptadas de común acuerdo respetan la autonomía de la voluntad de los directamente implicados y serán efectivamente cumplidas. La autora advierte, no obstante, que la regulación no consigue siempre cumplir el objetivo de atender de manera prioritaria al interés del menor, lo que se estima reflejado, por ejemplo, en la «desprotección de los menores frente a la falta de pericia de sus progenitores en la administración de sus bienes»; o en la regulación de las facultades conferidas a la pareja del progenitor que convive con los menores. Regulación esta última que merece crítica por atender a algunas situaciones únicamente desde la perspectiva de los adultos, descuidando, a juicio de la autora, los intereses del menor.

La aportación de Dolors Toldrá Roca, «Vulnerabilidad de la infancia en el contexto de la responsabilidad parental. Especial referencia a la violencia de género» (capítulo 4, pp. 125 a 146), reflexiona sobre el contenido de la responsabilidad parental y las consecuencias del incumplimiento por parte de los progenitores. El trabajo pone de relieve los hitos de la evolución jurisprudencial, en situaciones en las que uno de los progenitores ha incurrido en conductas calificadas como violencia de género, y su repercusión sobre el sistema de guarda. La autora se muestra especialmente crítica con que la suspensión o la privación de la potestad parental queden al arbitrio judicial, en función de las circunstancias. El capítulo 7, de Marta Morillas Fernández (pp. 199-226) aborda igualmente la incidencia del régimen de guarda y custodia en la protección del menor, con atención al sistema de custodia compartida, analizando los presupuestos que se estiman ser necesarios para su adopción, así como la prohibición que resulta del artículo 92.7 CC en el marco de la lucha contra la violencia en el ámbito familiar.

El análisis de la vivienda familiar (concepto y características) y los criterios legales y jurisprudenciales de atribución en caso de crisis matrimonial ante la presencia de menores de edad o de mayores y discapacitados, constituye el contenido del capítulo 5, de Ana del Toro Negro («El uso y disfrute de la vivienda habitual por menores de edad, mayores de edad y discapacitados, en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial», pp. 147-172). Se ofrece un detallado panorama de la doctrina jurisprudencial sobre criterios de atribución y deber de alimentos, incorporándose algunas de las líneas recientes, como, por ejemplo, la doctrina reiterada a partir de la STS de 20 de noviembre de 2018, sobre la convivencia de la nueva pareja como causa de

extinción del derecho de uso; o la proclamada por la STS de 19 de enero de 2017, sobre el tratamiento que debe dispensarse a los hijos mayores de edad discapacitados que habitan en la vivienda.

Los otros dos capítulos de esta Parte I han sido encomendados a expertas en psicología y educación. Se trata sin duda aspectos imprescindibles para completar el panorama de la situación del menor y, al mismo tiempo, ingrediente ineludible en un diseño normativo que pretenda salvaguardar su interés. De estas materias se ocupa el capítulo 2 de Laura Aguilar Arévalo, «Coparentalidad conflictiva posdivorcio en el ajuste infanto-juvenil: la coordinación de parentalidad como herramienta de intervención psicojurídica en la implementación del plan parentalidad», pp. 67 a 98, en el que se describe el origen y las funciones de la coordinación de parentalidad, como instrumento de reducción de conflictos y su experiencia en otros países. El capítulo 6, obra de Alicia Navajas Hurtado y M. Àngels Balsells Bailón, analiza «El ocio en familia durante las visitas: un reto para los profesionales y las familias del sistema de protección a la infancia», pp. 173 a 197. Aquí se abordan algunos de los retos que pueden comprometer la labor de los servicios de protección, centrándose en las visitas y las dinámicas de las familias durante las mismas, ámbito en el que se destacan los beneficios del ocio en familia y la importancia de la formación específica para promoverlo.

La Parte II, «Protección del menor en situaciones de riesgo o desamparo», se abre con el estudio de María del Carmen García Garnica, «El papel de la guarda administrativa y de hecho en el sistema de protección de la infancia y la adolescencia» pp. 227-263, en el que se indaga sobre los aspectos más importantes relacionados con la guarda de menores de la L. O. 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Se desarrollan los aspectos fundamentales de la nueva regulación de la guarda administrativa (previsiones comunes a los distintos tipos de guarda, los distintos orígenes y tipos de la situación de guarda, con especial incidencia en la guarda provisional) y la guarda de hecho, destacando las novedades introducidas. A pesar de haberse reforzado el régimen jurídico, la autora echa en falta una reforma más completa y ambiciosa y, en particular, una delimitación más clara del supuesto de hecho de la guarda y de las facultades del guardador de hecho. Se da noticia, no obstante, del Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal de septiembre de 2018, sobre la que cabe remitir también al número monográfico de la Revista de Derecho civil, vol. V, núm. 3, 2018.

En el capítulo 2, Neus Cortada Cortijo escribe sobre «La revisión de la declaración de desamparo por cambio en las circunstancias que la motivaron», pp. 263 a 278. Se expone la normativa catalana (Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia) sobre la protección de niños y adolescentes, las claves que permiten detectar la situación de riesgo, el procedimiento para la declaración de desamparo, sus efectos y los presupuestos para su revisión. La autora destaca las bondades de la regulación, cuyo éxito se empaña, sin embargo, por la ausencia de una decidida acción política para su completa y correcta implementación «provocando la frustración y el desengaño de quienes confiaron en ella».

Cristina Argelich Comelles se centra en el capítulo 3 en «La mejora de la guarda provisional mediante la «*Child Assessment Order*» (pp. 279-305). Además de una sucinta consideración de los tipos de guarda en el Derecho nacional, con especial incidencia en la guarda provisional, se explica el sistema de protección de menores en Inglaterra y Gales, introducido mediante la

*Children Act* de 1989, con particular atención a la *Child Assessment Order*, que permite «arbitrar un mecanismo para que la autoridad local pueda realizar actividades de comprobación del estado de bienestar, salud y desarrollo del menor, para determinar si se encuentra en una situación de riesgo»; con descripción de un contexto en el que se constata el incremento de las situaciones de riesgo, con maltrato físico y abusos sexuales. Detectar la situación de riesgo de manera ágil y eficiente constituye, como bien señala la autora, un elemento clave, sin que la legislación estatal subsidiaria y la dispersa regulación autonómica hayan logrado un sistema suficientemente eficaz. Abunda en la perspectiva de la detección de las situaciones de riesgo el capítulo 4, en el que Inmaculada Ávalos Ruiz –«Revisión sobre el riesgo de exclusión social en adolescentes. Su detección en centros educativos», pp. 307-323– ahonda en el papel de las instituciones escolares en la preventión y el diagnóstico de situaciones de riesgo y de exclusión social.

La Parte III contiene cuatro capítulos agrupados en torno a la «Protección jurídica del menor en un entorno virtual». Los dos primeros se dedican a aspectos penales. Josefa Muñoz Ruiz, en «El embaucamiento de menores con fines sexuales mediante medios tecnológicos: los delitos de «*child grooming*» y «*sexting*»» (pp. 421-452), revisa con detalle el debate doctrinal y la jurisprudencia en torno a la caracterización de estos comportamientos criminales en el artículo 183 ter del Código Penal. Aixa Gálvez Jiménez y Manuel Rodríguez Monserrat desgranen en el capítulo 2 las «Consecuencias jurídico-penales del juego online la «Ballena azul»» (pp. 453-471), con información sobre las supuestas reglas (aterradoras) de «juegos» de desafío y retos (auto-lesivos y suicidas) que pueden implicar a menores, seguido de la concreción de las distintas figuras delictivas que podrían estar implicadas (delito de amenazas de un mal, art. 169 CP, delito de *stalking*, art. 172ter CP, delito de embaucamiento de menores *online*, art. 183 ter 2 CP, delito de exhibicionismo de menores o incapaces, art. 189 CP y delito de inducción y cooperación al suicido, art. 143 CP).

Los otros dos capítulos completan el entorno virtual con la protección del menor en el tratamiento de datos personales. Francisco Durán Ruiz desglosa la disciplina jurídica sobre «El tratamiento de los datos personales de los menores de edad en la nueva normativa de protección de datos» (pp. 473-497), en el marco del Reglamento (UE) 2016/678, de 27 de abril relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, desarrollado por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. La Ley 3/2018, dentro del margen imperativo establecido por el RGPD, ha fijado en la edad de 14 años la edad mínima para consentir válidamente el tratamiento de los datos personales (art. 7 LOPD). El Reglamento Europeo ha introducido además otras medidas de control para verificar el consentimiento que corresponda, en su caso, a los representantes legales. El autor explica la evolución en esta materia, señalando los cambios y las novedades introducidas con la finalidad de reforzar la protección de los datos de los menores. Medidas que tienden al control previo, a la evaluación de impacto, y a la implantación de sistemas de supervisión de la aplicación y el respeto de las normas de protección de datos. El cuarto capítulo con el que se cierra esta Parte III es obra de Abigail Quesada Pérez, sobre «Los menores y la economía colaborativa» (pp. 499 a 516), entorno el que los menores celebran contratos para los que pueden prestar válido consentimiento, conforme al artículo 1263. I CC, en cuanto sean relativos a «bienes y servicios de la

vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales». La norma codificada ha de ponerse en relación con la disciplina de las normas de protección de datos y la edad mínima establecida para consentir el tratamiento de datos, aspecto indisociable de la contratación a través de las plataformas colaborativas.

El amplio contexto que abarca este estudio justifica la distribución de la información detallada y, en este sentido, es motivo de especial orgullo el haber podido compartir esta recensión con la profesora, especialista de Derecho civil, Isabel González Pacanowska. Por mi parte<sup>‡</sup>, esta información viene centrada en diversos capítulos de la Segunda Parte del libro, así como en el conjunto de la Cuarta Parte en la que se aborda la protección del menor desde la perspectiva que ofrece el ámbito internacional.

En la Segunda Parte, relativa a «La protección del menor en situaciones de riesgo o desamparo», se abordan situaciones que precisan una singular protección del menor, como la relativa al trabajo infantil que aborda Sofía Olarte Encabo en el capítulo quinto, titulado «El derecho ante el trabajo infantil. Reflexiones críticas» (pp. 325-335). El análisis que realiza sobre el alcance de los principales instrumentos normativos de la OIT le lleva a constatar que, siendo indudable su contribución y el impulso que han supuesto a efectos de la contención del trabajo infantil, el problema aún reviste importantes dimensiones. La autora muestra que la resistencia a la erradicación del trabajo infantil se debe a diversos factores, siendo los más novedosos la globalización y las nuevas formas de organización empresarial, lo que exige, considera, un importante avance en relación a las obligaciones de vigilancia de las empresas multinacionales sobre toda su cadena mundial de suministro. Destaca que la lucha contra la explotación económica de la infancia debe ser objeto prioritario de los Gobiernos y, teniendo en cuenta que la mayor parte del trabajo infantil se desarrolla en el ámbito de la economía sumergida, considera necesaria la implicación de todos los actores, pero especialmente de la Inspección de trabajo. De forma específica se refiere al caso de España que le lleva a señalar la necesidad de reformular el vigente marco jurídico para su actualización y para dar cumplimiento a los compromisos asumidos en el seno de la OIT.

Los tres últimos capítulos de esta Parte vienen referidos al caso de los menores extranjeros que entran al territorio español no acompañados de un adulto (MENAS), abordando la necesidad de articular mecanismos especiales para su protección consecuencia de su especial vulnerabilidad. Concretamente, y siguiendo el orden de la sistemática con la que aparecen, en el capítulo sexto Mercedes Moya Escudero aborda la «Adquisición de la nacionalidad española por los menores no acompañados» (pp. 357-379). Este análisis manifiesta la trascendencia que presenta la adquisición de la nacionalidad española por los MENAS para evitar las situaciones de irregularidad y los problemas con los que se encuentran al llegar a la mayoría de edad para obtener o prorrogar las autorizaciones administrativas exigidas. De forma paralela, plantea las dificultades con las que estos menores (o quienes lo han sido) se encuentran en la práctica a los efectos de la adquisición de dicha nacionalidad. Esta doble consideración permite a la autora el estudio crítico que realiza para mostrar que la primacía de la protección por la condición de menores, cede ante la realidad de la prevalencia de las normas que regulan la entrada y permanencia de extranjeros en nuestro territorio. Desde esta perspectiva fina-

<sup>‡</sup> SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.<sup>a</sup> A.

liza planteando de *lege ferenda*, la necesidad, como respuesta indiscutible al interés del menor, de facilitar la adquisición de la nacionalidad española al MENA asistido por su representante legal, o por sí mismo al llegar a la mayoría de edad. Una vía que, indica, no entra en contradicción con la preservación de su identidad porque, si es menor de edad no ha de renunciar a su nacionalidad anterior y, si es mayor de 18 años, esta mera declaración sin efectos en el país de origen debería ser suprimida.

En el mismo contexto se enmarca el capítulo séptimo elaborado por Blas Jesús Imbroda Ortiz sobre «La experiencia de los MENAS en Melilla» (pp. 381-396), cuyo análisis viene motivado, como indica su autor, porque la llegada de los MENAS a Melilla, debido a su contexto geográfico, es más intensa que en el resto de las Comunidades Autónomas. En su estudio aborda el necesario apoyo estatal y de la Unión Europea por la creciente entrada de menores en Melilla que exige el establecimiento de un marco de coordinación y colaboración que promuevan un reparto equitativo entre las Comunidades Autónomas del esfuerzo en la atención en beneficio de los MENAS, así como el impulso de proyectos de desarrollo en los países de origen. A ello añade la necesidad del cumplimiento por parte de Marruecos de sus compromisos internacionales derivados de la Convención de los Derechos del Niño para lo que considera imprescindible la actuación del Comité de los Derechos del Niño.

El último de los capítulos de esta parte, también referido a los MENAS, es el elaborado por M.<sup>a</sup> Dolores Ortiz Vidal, titulado «Los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea: Soluciones previstas y principio del interés superior del menor» (pp. 397-418). Su análisis se centra en la normativa que, sobre estos menores, se ha elaborado en el contexto de la Unión Europea, consecuencia de la realidad social que va en aumento, como es la llegada de los MENAS a los distintos Estados miembros. La primera dificultad que evidencia es que la categoría de MENA no viene regulada en un único texto legal, sino en múltiples, que además presentan distinto ámbito y naturaleza. A ello añade que estos niños se encuentran en una zona de intersección legal entre la normativa de extranjería y la de protección jurídica de la infancia, lo que comporta que las acciones que les afectan deben estar presididas por el principio del interés superior del menor. Ante este hecho, la autora plantea si las diferentes soluciones previstas para los MENA en el ordenamiento jurídico español respetan tal principio.

La Cuarta Parte de la obra, relativa a «La protección jurídica del menor en el ámbito internacional» se distribuye en ocho capítulos. El primero de ellos, elaborado por Ricardo Rueda Valdivia, lleva por título «Custodia y derecho de visita en las rupturas de pareja de dimensión transfronteriza: breve aproximación a su regulación en Derecho internacional privado español» (pp. 519-558). Este estudio aborda un repaso del amplio abanico de instrumentos normativos, actualmente en vigor para España, llamados a regular, en primer lugar, la competencia internacional de nuestras autoridades para conocer de la custodia y/o el derecho de visita de los menores en situaciones con elementos extranjeros, en segundo lugar, la ley aplicable por tales autoridades para decidir sobre tales cuestiones y, en tercer lugar, el reconocimiento y la ejecución en España de resoluciones extranjeras en la materia. Con este amplio objetivo, el análisis identifica los supuestos en los que los referidos instrumentos están llamados a ser aplicados, para, a continuación, exponer los que constituyen los elementos esenciales de la regulación que en aquéllos se ofrece. El autor deja expresamente al margen del trabajo,

por razones de extensión, cuanto tiene que ver con la cooperación transfronteriza en la materia, asimismo institucionalizada a través de distintos instrumentos de Derecho Internacional privado en vigor para España.

El segundo capítulo integrado en esta parte, elaborado por Mercedes Soto Moya, viene referido a las «Reclamaciones internacionales de alimentos a favor de hijos menores: competencia judicial internacional y ley aplicable» (pp. 559-579). Este estudio se centra en los diversos y variados problemas que presentan las reclamaciones internacionales de alimentos a favor de hijos menores en los casos en los que acreedor y deudor se encuentran en países diferentes. El planteamiento de la autora se detiene en la distinción entre, el supuesto en el que el acreedor tenga su residencia habitual en España y la del deudor se encuentre en un país diferente, y el caso contrario, en el que sea el deudor alimenticio quien reside en España, en tanto el acreedor tenga su residencia en otro Estado. Desde esta perspectiva, aborda la respuesta que aportan las normas de Derecho Internacional privado a los diversos interrogantes que la autora desgrana, tanto en el marco de la competencia judicial internacional, como de la ley aplicable con arreglo a que la autoridad judicial requerida ha de decidir sobre la pretensión alimenticia.

Los tres siguientes capítulos de esta parte tienen como eje común el estudio del problema de la sustracción internacional de menores. De este modo, el capítulo tercero, elaborado por Carmen Ruiz Sutil, titulado «El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista» (pp. 581-605), muestra que la respuesta jurídica otorgada a los desplazamientos ilícitos de los menores en los textos internacionales va dirigida a la devolución inmediata del menor al país de su residencia habitual, a pesar del grave riesgo que pueda sufrir como ocurre en los casos que viven en un entorno de violencia de género. Sobre esta base la autora, tras abordar el avance que se puede realizar en el ámbito europeo, se centra en el entramado normativo de la sustracción internacional de menores que, junto con los textos internacionales consagrados para erradicar la violencia machista, le lleva a realizar un estudio crítico sobre la respuesta por parte de las autoridades encargadas de materializar el interés de los menores expuestos a la violencia de género que han sido desplazados ilícitamente por su progenitora, con una especial referencia al caso de España. Considera que es necesario un análisis jurisprudencial más reposado para valorar el grave riesgo del menor sustraído que tiene que ser devuelto al Estado de origen y a los que se les ha de asegurar un entorno «libre de violencia».

El capítulo cuarto, elaborado por Gisela Moreno Cordero, se titula «Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: Tensiones entre al grave riesgo y el interés superior del menor» (pp. 607-635). El punto de partida de este análisis se centra en la consideración y delimitación de las tensiones que provoca la interacción de los intereses y objetivos presentes en el controvertido ámbito de las sustracciones de menores intracomunitarias: interés superior del menor frente a otros derechos reconocidos en distintos instrumentos internacionales, de los que emanan la necesidad conservar y proteger las relaciones entre padres e hijos (derecho a la vida familiar y los derechos de custodia y de visita de los padres). Desde esta perspectiva la autora cuestiona en sentido crítico el lugar que ocupa, entre todos los intereses en juego, el supremo interés del menor en situaciones de grave riesgo tras dictaminarse su devolución apoyada en la adopción de medidas de protección que garanticen un retorno seguro del menor.

Por su parte, el capítulo quinto recoge el estudio elaborado por María González Marimón titulado «El principio del interés superior en supuestos de sustracción ilícita internacional: La Jurisprudencia de TJUE y TEDH» (pp. 637-658). Este trabajo centra los aspectos más problemáticos de la normativa internacional en materia de sustracción internacional de menores sobre la base del análisis de la jurisprudencia de ambas instancias internacionales. Desde esta perspectiva la autora considera que el centro del debate se identifica con las excepciones al principio de retorno inmediato del menor. Destaca, como primer problema, la tensión entre el principio del interés superior del menor en abstracto y el que se puede llegar a apreciar en el caso concreto, con el que convive, como segundo problema objeto de debate, el relativo al reparto de competencias entre el Estado miembro de residencia habitual del menor previo al traslado y el Estado miembro en el que se encuentra el menor retenido. Destaca en su análisis el papel del legislador de la UE en el Reglamento Bruselas II bis.

Un aspecto diferente de la protección internacional del menor es el que aborda Ángeles Lara Aguado en el capítulo sexto, titulado «La filiación de menores nacidos en virtud de contratos de gestación por sustitución» (pp. 659-701). El objeto de este análisis viene centrado en la consideración de la existencia de alguna discriminación en las reglas de establecimiento de las relaciones paterno-familiares y materno-familiares en relación con los comitentes varones y mujeres. El punto de partida es el artículo 10.3 LTRHA que permite al comitente varón que haya aportado el material genético la reclamación judicial de la paternidad, previendo para su cónyuge la adopción del hijo. En cambio, no está previsto que la mujer comitente que haya aportado el material genético pueda reclamar judicialmente la maternidad, sino la adopción del hijo del cónyuge. Esto puede plantear ciertas dificultades cuando el material genético haya sido aportado por la mujer comitente y no por el varón, ya que, en ese caso no cabe la reclamación judicial de la paternidad, ni, por ende, la adopción por el cónyuge. Sobre esta base aborda el posible tratamiento discriminatorio en el que, a través de su estudio, responde negativamente al considerar la diversidad de las situaciones, ya que, en tanto el varón contribuye a la paternidad aportando material genético, la procreación del menor por parte de la madre no solo requiere de un óvulo, sino también de un período de gestación y un parto. Ahora bien, como señala, cuestión distinta es si la aportación del óvulo puede o debe tener alguna relevancia, de cara a la atribución de la nacionalidad española.

En el contexto de la protección jurídica del menor en el ámbito internacional se enmarca el análisis realizado por Nuria Marchal Escalona en el capítulo séptimo, relativo a «La adopción internacional y otras formas de protección del menor» (pp. 703-736). Este trabajo pone de manifiesto que, en materia de protección de menores, la diversidad es la nota dominante en Derecho comparado, lo que explica el recelo que muestran las autoridades españolas para reconocer ciertas medidas de protección del menor constituidas en el extranjero tal y como se configuran en dicho ordenamiento, como sucede con la *kafala* marroquí, o que se regulan de forma diversa a como lo hace Derecho español, como ocurre en las adopciones simples y aquellas que son revocables. El estudio pone de manifiesto que la eficacia en España de la *kafala* marroquí, institución desconocida en Derecho español, no está siendo objeto de un tratamiento unívoco por las diferentes autoridades españolas que han de atribuirle consecuencias jurídicas. La autora propone que debería ser reconocida en España con los efectos que le son propios en el

Derecho marroquí, como prevén los instrumentos internacionales. Por lo que a la adopción se refiere, el problema que destaca es el de determinar las condiciones que las autoridades españolas deberán controlar cuando la norma aplicable es la estatal para que una adopción constituida en el extranjero despliegue sus efectos en España. Considera que la Ley 26/2015, lamentablemente, presenta más sombras que luces, motivo por el que entiende la necesidad de una la reforma del régimen jurídico español, si bien reconoce la dificultad que entraña.

Finalmente, el capítulo octavo de esta tercera parte elaborado por Cristina Domingo-Jaramillo aborda el análisis, como indica su título, del «Método «DNA-Prokids» en la lucha contra la trata de personas con fines de adopción ilegal: Especialmente en Guatemala» (pp.737-755). Este trabajo se refiere al peligro de que los menores puedan devenir en víctimas de un delito de trata con fines de adopción ilegal. El objetivo es la consideración del método DNA-Prokid para mostrar la transcendencia de su utilidad, como se ha comprobado en países como Guatemala, al tratarse de una herramienta articulada sobre una base de datos genéticos a nivel mundial, tanto de menores, como de familiares. En todo caso su eficacia requiere, como indica la autora, de la cooperación a nivel estatal, imprescindible para detectar las redes criminales que están detrás de estos delitos.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad de Murcia

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ  
Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia

**ROCA, María José/GODOY, María Olaya (Coords.): *Patrimonio histórico-artístico de la Iglesia Católica. Régimen jurídico de su gestión y tutela*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2018, 612 pp.**

Fruto de la colaboración de dieciséis autores, este libro es un auténtico tratado, de más de seiscientas páginas, sobre el patrimonio cultural de la Iglesia. Y hay algo que incrementa notablemente su valor: se trata, también, de un tratado sobre el patrimonio cultural español en su conjunto, porque la mayor parte de los temas se abordan desde una perspectiva general. Por ejemplo: el intrincado problema de las competencias sobre el patrimonio cultural; las técnicas administrativas de intervención en el patrimonio cultural; los diversos Planes Nacionales sobre distintos elementos de ese patrimonio; el derecho de autor y las facultades que lo integran; la marca como mecanismo de explotación comercial; los delitos contra los bienes de carácter artístico, histórico, cultural y científico; la naturaleza jurídica de las pinturas murales.

En otras palabras: este libro interesa tanto por su género –el patrimonio cultural–, como por su especie –el patrimonio del que es titular la Iglesia católica–.

En la introducción se encuentra el lector con un dato sorprendente: el ochenta por ciento del patrimonio cultural español es de titularidad eclesiás-

tica. Y no hace falta insistir en que el patrimonio cultural español es uno de los más cuantiosos de Europa, a pesar de nuestras innumerables guerras civiles –la Guerra de Sucesión, las guerras carlistas y la que se ha llamado, por antonomasia, «la guerra civil», entre otras muchas–, de las diversas desamortizaciones y del violento anticlericalismo –el busto en mármol de Juanelo Turriano, el relojero del emperador, lo fusilaron porque les parecía un cura (se logró restaurarlo impeccablemente), y un pelotón fusiló también al Sagrado Corazón del Cerro de los Ángeles (el escultor Aniceto Marinas, autor de la colosal escultura originaria, volvió a hacer otra muy semejante después de la guerra)–, por citar solo alguno de los muchísimos ejemplos posibles.

No siempre ha tenido la Iglesia una especial sensibilidad por la dimensión cultural de sus bienes. Le importaba su función litúrgica, y lo demás era secundario. Se han malvenido con ligereza, hasta hace pocas décadas, piezas muy valiosas de las iglesias de los pueblos, piezas que luego podían adquirirse por bajos precios –y a veces no tan bajos– de los chamarileros. Pero la cosa ha cambiado. Son numerosos los instrumentos de cooperación suscritos por los poderes públicos –de distinto ámbito– y la Iglesia católica para garantizar la conservación y el acceso a los bienes culturales eclesiásticos.

Otro valor de este libro es que no se parapeta en las fronteras nacionales. Un largo primer capítulo, del que es autor el gran maestro del Derecho que es el profesor Christian Starck, se dedica a analizar los convenios internacionales y supranacionales de protección del patrimonio cultural. También se tiene muy en cuenta, a lo largo del libro, el Derecho extranjero. Se hace comparativismo de la mejor ley: el que sirve para mostrar Ordenamientos que pueden inspirar reformas internas. Se expone la fiscalidad alemana sobre el patrimonio cultural, la legislación italiana que protege ese patrimonio, la fórmula austriaca de protección conjunta –estatal y eclesial– del patrimonio, además de otras muchas normas extranjeras que iluminan problemas concretos vividos en todas las latitudes.

El valioso prólogo de José Ángel Martínez Sanchiz pone de relieve otros dos grandes méritos de este libro: saber explicar y conjugar los intereses concurrentes, y a veces contrarios, a los que tratan de dar respuesta las diversas ramas del Derecho que confluyen en el patrimonio cultural –el Derecho internacional, el administrativo, el civil, el hipotecario, el mercantil, el canónico...–, y poner claridad en medio de la confusión, porque confusión hay, y grande, en muchos aspectos del patrimonio cultural.

En definitiva, se trata de una obra densa y rigurosa, a la que habrá que recurrir muchas veces para encontrar criterios fiables sobre un patrimonio que la Historia ha ido preservando por su valor. Precisamente porque ésta será, durante mucho tiempo, una obra de consulta frecuente, resultan particularmente adecuados el formato y la tipografía de la buena editorial que es Tirant lo Blanch.

Antonio PAU  
Presidente de la Sección Primera  
de la Comisión General de Codificación

## Revistas Españolas

**Francisco OLIVA BLÁZQUEZ (Catedrático de Derecho civil, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Juan Pablo PÉREZ VELÁZQUEZ (Profesor Ayudante Doctor. Acreditado a Profesor Contratado Doctor, Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla), Davinia CADENAS OSUNA (Investigadora postdoctoral Juan de la Cierva-formación. Acreditada a Profesora Contratada Doctora, Universidad de Málaga)**

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Parte General. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. 4. Arrendamientos. 5. Responsabilidad civil. 6. Derechos reales. 7. Propiedad horizontal. 8. Propiedad Intelectual e Industrial. 9. Derecho inmobiliario registral. 10. Derecho de familia. Matrimonio y régimen económico-matrimonial. 11. Crisis matrimoniales. 12. Patria potestad y filiación. 13. Derecho de sucesiones. II. *Derecho mercantil*: 1. Derecho de sociedades. 2. Contratación mercantil. 3. Derecho concursal. 4. Derecho bancario y bursátil. 5. Derecho de la competencia. 6. Derecho de seguros. III. *Derecho y nuevas tecnologías. Derecho digital*. IV. *Derecho de los consumidores*. V. *Derecho urbanístico*. VI. *Derecho del medio ambiente*. VII. *Resolución extrajudicial de conflictos*. VIII. *Derecho procesal*. IX. *Derecho de la Unión Europea*. X. *Derecho comparado*. XI. *Varia*.

### **DERECHO CIVIL**

#### **PARTE GENERAL**

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC, Pleno, de 17 de enero de 2019 (RTC 2019, 17)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 317-334.

DURÁN RIVACOBA, Ramón: «Derecho civil Histórico de Castilla y Constitución (actual vigencia de los “Los Estados del Duque de Medinaceli”)», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1301-1344.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «El poder de representación extinguido y la protección de los terceros de buena fe. Consideraciones sobre la STS de 19 de julio de 2018 (RJ 2018/4500)», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 491-526.

HIJAS CID, Eduardo: «Representación voluntaria y relación jurídica subyacente: postura reciente del Tribunal Supremo y de la DGRN», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 115-160.

MARAÑÓN ASTOLFI, María: «El retraso desleal en el ejercicio de la acción. Comentario a la Sentencia del TS de 24 de abril de 2019 (RJ 2019, 1316)», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

MESA MARRERO, Carolina: «Las viviendas de uso turístico y la cuestión competencial en materia civil», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-43.

REDONDO TRIGO, Francisco: «Irretroactividad y Actos Jurídicos Documentados en el Real Decreto-ley 17/2018», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2134-2144.

#### DERECHO DE LA PERSONA

ALONSO GARCÍA, Nieves y CARRIZO AGUADO, David: «La dialéctica entre legalidad y humanidad en la protección de los menores extranjeros no acompañados», en *RDF*, núm. 82, 2019, pp. 381-398.

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «Menores transexuales e intersexuales: la definición de la identidad sexual en la minoría de edad y el interés superior del menor», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 273-316.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Derecho a la intimidad y audiencia de los menores en los expedientes de jurisdicción voluntaria. Comentario a la STC de 9 de mayo de 2019 (RTC 64, 2019)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 335-350.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2548-2586.

DE LA IGLEIA MONGE, María Isabel: «La modificación de la orientación sexual de los padres y el interés superior de los menores», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1991-2001.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Joaquina: «El voto de las personas en situación de discapacidad y su validez como negocio jurídico», en *AC*, núm. 9, 2019.

GARCÍA HERRERA, Vanessa: «Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega», en *AC*, núm. 7-8, 2019.

IVONE, Vitualia: «Los derechos de las personas vulnerables: los institutos de protección en el sistema legal italiano», en *RDP*, núm. 5-6, 2019, pp. 97-112.

MACÍA MORILLO, Andrea: «Autonomía de la voluntad y selección embrionaria en el marco de las técnicas de reproducción asistida», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 317-346.

MACÍA MORILLO, Andrea: «La limitación de la autonomía de la voluntad en la selección de sexo por motivos no terapéuticos: una propuesta de solución a la incongruencia del Ordenamiento español», en *RDC*, vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 35-72.

MESA SÁNCHEZ DE CAPUCHINO, Ángela: «El consentimiento informado aplicado a las ramas de odontología y cirugía mamaria. Casuística en vicios en el consentimiento», en *PDD*, núm. 138, 2019.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan: «El derecho a la protección de datos de carácter personal. Algunos supuestos conflictivos», en *AC*, núm. 10, 2019.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «De la música al ruido y del ruido a las inmisiones dañosas: intromisión a la intimidad personal y la prueba de la intensidad, gravedad y habitualidad», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2092-2114.

MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía: «Autonomía de la voluntad y salud mental: marco normativo y desafíos actuales en el derecho argentino», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 347-264.

PÉREZ ESCOLAR, Marta: «Fundaciones vinculadas a ideologías políticas y fines de interés general», en *InDret*, núm. 3, 2019.

QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Los artículos 199 y 200 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006: posibles modificaciones de interés», en *RDF*, núm. 82, 2019, pp. 37-76.

SANTOS MORÓN, María José: «El interés del menor: criterios de determinación y aplicación de casos concretos», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 211-245.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «El paralelismo entre obligaciones de medios\ resultado y los contratos de servicios\obra en las propuestas oficiales de modernización del Derecho español», en *RDC*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 169-205.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Concesión de un plazo suplementario o adicional para cumplir y resolución del contrato», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 153-234.

ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Dos reglas sobre la interpretación estricta de la cláusula penal. Comentario a la STS de 11 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5435)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 139-152.

ARAGONÉS SEIJO, Santiago: «Revocabilidad del vitalicio gallego frente a terceros. Comentario a la RDGRN de 6 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4352)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 9-20.

BASOZABAL ARRUE, Xabier: «La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injustificado. Pautas para salir de un atolladero», en *RDC*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 99-167.

BLANCO SARALEGUI, José María y BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel: «Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1632-1650.

- BUSTO LAGO, José Manuel: «Accesoriedad de aval a primer requerimiento vinculado al contrato subyacente. Comentario a la STS de 5 de abril 2019 (RJ 2019, 1281)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 287-308.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La nueva ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *RJC*, núm. 2, 2019, pp. 297-320.
- CABANAS TREJO, Ricardo *et al.*: «Guía notarial para la aplicación de la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 163-230.
- CAMPOS VILLEGAS, Elías: «Desde la tortosina «hipoteca a traza de venta» a la preocupante garantía de la compraventa a carta de gracia en el Código Civil de Cataluña», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 17-26.
- CASADO CASADO, Belén María: «Eficacia del pacto de asunción de deuda hipotecaria entre esposos, codeudores solidarios», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1183-1213.
- DELGADO TRUYOLS, Álvaro: «El envío de cantidades a una cuenta del notario con destino al pago de compraventas u otros negocios jurídicos: planteamiento jurídico y económico», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 235-254.
- DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: «El beneficio del pasivo insatisfecho. Especial referencia a los créditos públicos», en *RdPat*, núm. 50, 2019.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón: «La commutación civil», en *RDC*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 1-50.
- FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro: «La limitación de las garantías complementarias en los contratos de arrendamiento de vivienda», en *AC*, núm. 6, 2019.
- «Vías de control judicial de la cláusula penal», en *AC*, núm. 10, 2019.
- *et al.*: «Nulidad de un pacto de bonificación de renta en un contrato de arrendamiento de vivienda», en *AC*, núm. 7-8, 2019.
- GAYA, Gemma: «Las principales causas de litigiosidad en los contratos de franquicia», en *RJC*, núm. 2, 2019, pp. 433-452.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 11-48.
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en los que se admiten y alcance de su función», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1215-1246.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: «El nuevo marco normativo de los contratos de arrendamiento de vivienda concertados con personas jurídicas (1)», en *AC*, núm. 7-8, 2019.
- LÓPEZ MAZA, Sebastián: «La condición de adquirente y la falta de mención del plazo de duración del derecho en los contratos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5768)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 35-54.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La obligación de evaluar la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Viaje combinado: daños y perjuicios causados en accidente de autobús en el que viajaban los demandantes: responsabilidad de la empresa franquiciadora. Comentario a STS de 4 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5405)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 119-138.

PÉREZ MORIONES, Aránzazu: «La obligación de información al viajero contratante de viajes combinados», en *RDP*, núm. 5-6, 2019, pp. 61-96.

ROGEL VIDE, Carlos: «Futuridad e incertidumbre en las condiciones», en *RGLJ*, núm. 3, 2019, pp. 439-455.

SANTANA NAVARRO, Francisco: «El incendio de la vivienda arrendada: resolución, extinción y suspensión del contrato», en *PDD*, núm. 140, 2019.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Nulidad de varias cláusulas consideradas abusivas que Iberia utilizaba en sus contratos de transporte aéreo de pasajeros. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 4922)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 199-222.

TORAL LARA, Estrella: «El saneamiento por evicción en la compraventa y sus presupuestos. Comentario a la STS de 7 de junio de 2018 (RJ 2018, 2394)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 279-312.

VALENCIA VIROSTA, Alejandro: «La acción pauliana en el derecho medieval español», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 261-293.

## ARRENDAMIENTOS

DOMÈNECH, Frederic Adán y MOLINA ROIG, Elga: «Novedades procesales en materia arrendaticia», en *RJC*, núm. 2, 2019, pp. 343-368.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «¿Es válida una cláusula penal por no desalojo en contratos de arrendamiento de vivienda?», en *AC*, núm. 9, 2019.

GARCÍA MAYO, Manuel: «El arrendamiento forzoso de la vivienda tras la crisis familiar: una propuesta de futuro para España», en *AC*, núm. 9, 2019.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendaticio», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1500-1519.

LEGARRETA FONTELLES, Marta: «Actual escenari normatiu en materia d'arrendaments urbans», en *RJC*, núm. 2, 2019, pp. 321-342.

## RESPONSABILIDAD CIVIL

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «Responsabilidad por defectos constructivos. Compatibilidad entre las acciones legales y las acciones que dimanan de la relación contractual. Plazo de prescripción. Comentario a

- STS de 18 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5640)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 153-172.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: «Daños causados por los menores de edad», en *PDD*, núm. 138, 2019.
- «El legislador es (un poco menos) cazador», en *PDD*, núm. 139, 2019.
- «Daños materiales por colisión recíproca de vehículos», en *PDD*, núm. 140, 2019.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La responsabilidad por daños causados en local de negocio», en *PDD*, núm. 139, 2019.
- «El informe pericial de valoración de daños y perjuicios», en *PDD*, núm. 140, 2019.
- «Los daños causados por la infracción del derecho al olvido digital», en *PDD*, núm. 138, 2019.
- MARTÍN CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 239-282.
- MARTÍNEZ DEL TORO, Susana: «Alcance de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores», en *AC*, núm. 7-8, 2019.
- MONTERROSO CASADO, Esther: «Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1558-1576.
- PIZARRO MORENO, Eugenio: «La cuantificación del daño como aporía infinita en supuestos de responsabilidad. Comentario a la STS 17 de mayo de 2019 (RJ 2019, 269)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.
- RAMOS GUTIÉRREZ, Mercedes: «El daño a la memoria del difunto», en *PDD*, núm. 139, 2019.
- REY MUÑOZ, Francisco Javier: «La autonomía de la acción de repetición y su plazo de prescripción en la ley de ordenación de la edificación», en *RGLJ*, núm. 2, 2019, pp. 281-306.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «La falsa atribución de la paternidad como hecho generador de daño moral», en *RDP*, núm. 5-6, 2019, pp. 35-59.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque “Prestige”», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2637-2650.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible *ex artículo 1902 CC*. Comentario a STS, de 13 noviembre (RJ 2018, 5158)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 223-238.

## DERECHOS REALES

ANDRADES NAVARRO, Agustín: «La prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la denominada usucapión *secundum tabulas*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 413/2019, de 10 de julio», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

BERNAD MAINAR, Rafael: «Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de la propiedad de las cosas muebles», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1721-1778.

DE LA MORENA SANZ, Gregorio y DE LA MORENA, Ana: «Hipotecante no deudor, tercer poseedor y deudor con responsabilidad limitada», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 161-174.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «Retracto de colindantes de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. Cómputo del plazo de caducidad. Comentario a la STS, de 17 octubre 2018 (RJ 2018, 4622)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 161-182.

GARCÍA GARCÍA, Antonio: «Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1843-1884.

GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «El ejercicio del derecho a edificar inherente al derecho de aprovechamiento urbanístico hipotecado», en *AC*, núm. 10, 2019.

IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-46.

JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «Aspectos formales de la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 197-222.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia: «Constitución de usufructo sobre elemento común de un edificio sujeto al derecho de uso y disfrute exclusivo de dos propietarios. Comentario a la RDGRN de 19 de julio de 2018 (RJ 2018, 3505)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 47-60.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «Una visita inesperada: el tercer poseedor hipotecario», en *AC*, núm. 7-8, 2019.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez: «Servidumbres ecológicas o ambientales», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2319-2350.

## PROPIEDAD HORIZONTAL

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo: «De nuevo, sobre pisos turísticos y comunidades de vecinos: a propósito del nuevo artículo 17.12 LPH», en *RDP*, núm. 5-6, 2019, pp. 3-33.

FUENTES-LOJO RIUS, Alejandro *et al.*: «Las obligaciones ambulatorias en propiedad horizontal», en *AC*, núm. 10, 2019.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «Los acuerdos de la junta de propietarios sobre la instalación de una piscina (elemento común): repaso jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2587-2602.

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «La cuestionada competencia de las comunidades de propietarios para delimitar los usos permitidos en sus elementos privativos», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 255-294.

MURGA FERNÁNDEZ, Juan Pablo: «Viviendas turísticas y comunidades de propietarios: status quaestionis y posibilidades de actuación a la luz del nuevo artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2221-2276.

PÉREZ MIRALLES, José Arturo: «Construcción *ex novo* de piscinas o instalaciones análogas en el régimen de la propiedad horizontal. Análisis de algunas resoluciones judiciales que parecen cuestionar el mantenimiento de la doctrina jurisprudencial relativa a la necesaria unanimidad», en *AC*, núm. 7-8, 2019.

VERDERA SERVER, Rafael: «Legitimación y perjuicio del impugnante en propiedad horizontal. Comentario a la STS de 6 de marzo de 2019 (RJ 2019, 739)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 253-286.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Puesta en línea en un sitio de internet, sin la autorización del titular de los derechos de autor, de una fotografía previamente publicada sin medidas restrictivas y con la autorización de dicho titular, en otro sitio de internet. Comentario a la STJUE, Sala 2.<sup>a</sup>, de 7 de agosto de 2018 (TJCE 2018, 193)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 381-393.

CORBERÁ MARTÍNEZ, José: «Los derechos de propiedad intelectual de los estudiantes universitarios», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

— «Legitimación del licenciatario no inscrito para el ejercicio de acciones en defensa de la marca», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

JIMÉNEZ GÓMEZ, Briseida Sofía: «Aspectos formales de la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad industrial e intelectual», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 197-222.

LOUREDO CASADO, Sara: «Los límites al derecho de diseño relacionados con indicaciones de compatibilidad», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

MOLINS SANCHO, Francisco: «La representación del signo: nuevas clases de marca», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

PLAZA PENADÉS, Javier: «La Directiva de derechos de autor y su incidencia en el big data en favor de universidades y otros organismos de investigación», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

VALDECANTOS, Maitane: «La Propiedad Intelectual se adapta a la revolución tecnológica: Entrada en vigor de la Directiva UE 2019/790 sobre los

derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital», en *AC*, núm. 6, 2019.

## DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

ANDERSON, Miriam: «Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (febrero-abril 2019)», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-15.

ANDRADES NAVARRO, Agustín: «La prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y la denominada usucapión *secundum tabulas*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 413/2019, de 10 de julio», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo y GARCÍA MAYO, Manuel: «Hipoteca sobre finca con edificio no inscrito: Una revisión –crítica– de nuestra jurisprudencia», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

CORDERO TABORDA, Álvaro: «La inmatriculación por certificación administrativa. Consideraciones a la luz de la reforma del artículo 206 de la Ley Hipotecaria por Ley 13/2015, y de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 395-441.

DÍEZ GARCÍA, Helena: «Comunidad postganancial sobre bien adquirido en régimen de acceso diferido a la propiedad y tercero hipotecario. Comentario STS de 29 de noviembre de 2018, RJ 2018, 5395», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 83-118.

ESCRIBANO FERRER, Daniel y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego: «La ineeficacia práctica del retracto anastasio y su tutela registral», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2373-2409.

FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (II): El principio de legalidad: la calificación registral gráfica», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1249-1297.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta *et al.*: «Publicidad, seguridad jurídica y tercero inmobiliario. Apuntes teóricos y jurisprudenciales de cara al debate de su necesaria protección en Cuba», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1347-1376.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María: «La función calificadora del registrador: errores y responsabilidad», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2043-2058.

IZQUIERDO GRAU, Guillem: «Aspectos registrales e hipotecarios de la propiedad temporal y de la propiedad compartida del Código civil de Cataluña», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-46.

LANZAS MARTÍN, Eugenio-Pacelli: «La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una repartición», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2145-2155.

LASO BAEZA, Vicente: «Procedimiento expropiatorio de fijación de justiprecio y doble inmatriculación», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1620-1631.

SIERRA GIL, Jesús y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, Jimena: «Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2277-2318.

## DERECHO DE FAMILIA. MATRIMONIO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

BLADILO, Agustina: «Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 135-158.

HIDALGO GARCÍA, Santiago: «Notas sobre la vigencia, o no, de las modificaciones en materia de celebración de matrimonio introducidas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria: la dudosa legalidad, de momento, de los matrimonios celebrados ante notario», en *RDC*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 207-233.

IRIARTE ÁNGEL, Francisco de Borja: «Aplicación del Reglamento 2016/1103 y conflictos de leyes internacionales e internos en materia de régimen económico matrimonial», en *AC*, núm. 6, 2019.

MINERO ALEJANDRE, Gemma: «Gastos de comunidad de vivienda familiar de carácter ganancial cuyo uso se atribuye a los hijos del matrimonio y a uno de los cónyuges tras el divorcio. Comentario a STS, de 27 de junio de 2018 (RI 2018, 2929)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 29-46.

MONTERROSO CASADO, Esther: «Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1558-1576.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso: «¿Los matrimonios de complacencia en España: delito o infracción administrativa? (A propósito de la Sentencia 62/2018 de la Audiencia Provincial de Soria de 25 de junio de 2018)», en *RDF*, núm. 85, 2019, pp. 49-66.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «Normas de administración, conservación y disposición de bienes gananciales: aspectos sustantivos y procesales», en *RDF*, núm. 83, 2019, pp. 27-72.

- «Los préstamos hipotecarios y su incidencia en la liquidación de la sociedad de gananciales», en *RDF*, núm. 84, 2019, pp. 29-58.
- «Las multas de tráfico y su repercusión en la sociedad de gananciales», en *RDF*, núm. 85, 2019, pp. 375-386.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «Convenio regulador no homologado judicialmente: problemática jurídica sobre su validez y eficacia», en *RDF*, núm. 84, 2019, pp. 443-452.

## CRISIS MATRIMONIALES

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar: «Modificación de medidas y custodia compartida. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5376)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 305-316.

BENEDITO MORANT, Vicente: «Comentari a la sentencia de nul·litat matrimonial del Tribunal Eclesiàstic de la Diòcesi de Solsona de 25 de juliol de 2018», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 123-144.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2002-2042.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «Desafectación del inmueble y extinción del uso por convivencia de la madre guardadora con su nueva pareja. Creación de una familia distinta a la que justificó el reconocimiento del uso. Compaginación del interés del menor con el de sus progenitores. Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5086)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 395-424.

— «La supresión de las pensiones alimenticias de los hijos por negarse a tratar al progenitor pagador. Relación entre el derecho de comunicación del progenitor no conviviente y la relevación de pago de los alimentos», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

CASADO CASADO, Belén María: «Eficacia del pacto de asunción de deuda hipotecaria entre esposos, codeudores solidarios», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1183-1213.

CHAPARRO MATAMOROS, Pedro: «Custodia monoparental, atribución del uso de la vivienda familiar y “entorno” del menor: ¿una reformulación del interés superior del menor en la sociedad tecnológica?», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

— «Naturaleza y efectos jurídicos del derecho de uso de la vivienda familiar en España», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

DE LA TORRE, Natalia: «Compensación económica y límites a la autonomía de la voluntad: caducidad, inmutabilidad y renuncia anticipada», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 73-98.

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La pensión compensatoria y su situación actual: cuestiones jurisprudenciales», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1470-1499.

FLORES MARTÍN, Jackeline: «Ejercicio de la custodia en la vivienda común y empobrecimiento patrimonial de los progenitores: Comentario a la STS 215/2019, de 5 de abril (JUR 2019, 142129)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

GARCÍA MAYO, Manuel: «El interés del menor frente a la pretendida patrimonialización del derecho de uso de la vivienda familiar. Comentario a la STS 284/2019 de 23 de mayo (RJ 2019, 2131)», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

LLUCH, Xabier Abel; MARÍN, Mila Arch; MUÑOZ VICENTE, José Manuel y VIÑAS MAESTRE, María Dolores: «El informe pericial psicológico en los

- procedimientos de familia: indicaciones técnicas para facilitar su valoración judicial», en *RDF*, núm. 85, 2019, pp. 27-48.
- MANZANO FERNÁNDEZ**, María del Mar: «Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1779-1806.
- MARTÍN FUSTER**, Jesús: «La compensación por trabajo para la casa del artículo 1438 CC: una visión desde la realidad social actual», en *RDF*, núm. 84, 2019, pp. 59-88.
- MARTÍNEZ CALVO**, Javier: «La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RDC*, vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 155-178.
- MÉNDEZ TOJO**, Ramón: «Límites temporales a la pensión compensatoria: análisis jurisprudencial», en *AC*, núm. 10, 2019.
- ORDÁS ALONSO**, Marta: «La desidia en la búsqueda de empleo extingue el derecho a percibir una pensión compensatoria. ¿O no? Comentario a la STS de 24 de septiembre de 2018 (RJ 108, 3856)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 121-142.
- PÉREZ MARTÍN**, Antonio Javier: «Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero», en *RDF*, núm. 82, 2019, pp. 23-36.
- «Peticiones de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja», en *RDF*, núm. 83, 2019, pp. 381-398.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN**, Alma María: «Los pactos pre-ruptura conyugal: el difícil equilibrio entre la autonomía privada de los cónyuges y la solidaridad», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 99-132.
- «Los pactos en previsión de crisis y los límites de su validez. Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2358)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 261-277.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ**, María Ángeles: «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del “forum necessitatis” al Reglamento Bruselas II “bis”», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 407-448.
- TUR I RACERO**, Montserrat: «Les aportacions dels progenitors a les despeses dels seus fills i filles al conveni regulador en cas de guarda compartida», en *RJC*, núm. 2, 2019, pp. 411-432.

## PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN

- ALBA FERRÉ**, Esther: «El valor del consentimiento en la determinación de la filiación en la reproducción asistida», en *AC*, núm. 7-8, 2019.

- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, María del Carmen: «Retos y propuestas de la gestación subrogada en España a la luz de su regulación en Estados Unidos», en *AC*, núm. 6, 2019.
- COSIALLS UBACH, Andrés Miguel: «La obligación de alimentos y el acuerdo extrajudicial de pagos. Comentario STS, de 13 de febrero de 2019 (RJ 2019, 372)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 221-240.
- CURTI, Patricio Jesús: «Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 159-177.
- DE LA IGLESIA MONGE, María Isabel: «La guarda para la adopción y las relaciones personales de menores “preadoptados” con la familia biológica», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1457-1469.
- «La modificación de la orientación sexual de los padres y el interés superior de los menores», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1991-2001.
- «El derecho del adoptado a conocer su identidad biológica. La importancia de los datos contenidos en la inscripción registral», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2537-2547.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen: «El nacimiento de un nuevo hijo del deudor alimenticio como causa de modificación de la pensión», en *AC*, núm. 9, 2019.
- GONZÁLEZ ALONSO, Alicia: «Constitución y relaciones paterno-familiares: algunos apuntes», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 179-209.
- GONZÁLEZ VALVERDE, Antonio: «La suspensión temporal de la obligación de satisfacer la pensión de alimentos a los hijos menores por carencia de medios», en *RDC*, vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 73-118.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Las relaciones personales con la familia biológica en el marco de la guarda preadoptiva por una interpretación restrictiva: Comentario a la STS de 15 de junio de 2018», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 9-28.
- MARTÍN CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 239-282.
- MÉNDEZ TOJO, Ramón: «Extinción de la pensión de alimentos a favor de los hijos mayores de edad: la novedosa STS 104/2019, de 19 de febrero», en *AC*, núm. 6, 2019.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Determinación de la filiación con elemento transfronterizo tras la reforma del artículo 9.4 CC. Comentario a la STS de 17 de abril de 2018 (RJ 2018, 1902)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 85-100.
- RODRÍGUEZ PINEAU, Elena: «Sustracción internacional de menores, Orden de retorno europea, exequatur y casación. Comentario al ATS de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4483)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 183-198.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «La falsa atribución de la paternidad como hecho generador de daño moral», en *RDP*, núm. 5-6, 2019, pp. 35-59.

STRAW, Cecilia: «*¿Autonomía de la voluntad en el derecho de las familias?: Opiniones socio-jurídicas sobre filiación de usuarios de técnicas de reproducción humana asistida con donación de gametos y/o gestación por sustitución?*», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 247-270.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: «La ocultación de la paternidad matrimonial no genera daño moral ni patrimonial resarcible *ex artículo 1902 CC. Comentario a STS, de 13 de noviembre (RJ 2018, 5158)*», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 223-238.

## DERECHO DE SUCESIONES

CASTELLANOS RUIZ, María José: «La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel: «*Ius transmissionis. Transmisión del ius delationis* conforme al artículo 1006 del código civil y derechos del cónyuge viudo del transmitente. Comentario a la RDGRN de 25 abril 2018 (JUR 2018, 331989)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 121-152.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Partición conjunta de herencia del cónyuge premuerto y sociedad conyugal realizada por contador-partidor testamento nombrado por el cónyuge viudo. Comentario a la STS de 25 de abril de 2018 (RJ 2018, 1688)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 101-120.

FERNÁNDEZ EGEA, María de los Ángeles: «Inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a los efectos de modificar o extinguir el acuerdo de conmutación del usufructo vital. Comentario a STS de 5 de abril de 2019 (RJ 2019, 1360)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 309-334.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana: «Guía práctica para la aplicación del certificado sucesorio europeo en España», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 27-56.

GALICIA AIZPURUA, Gorka Horacio: «Donaciones remuneratorias: naturaleza, causa, colacionabilidad. Dispensa de colación hecha al instante de donar: revocabilidad en testamento: Comentario a STS de 20 de julio (RJ 2018, 2833)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 61-90.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Rut: «La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2603-2624.

GUTIÉRREZ JEREZ, Luis Javier: «Sobre la naturaleza universal o particular del llamamiento del cónyuge viudo a la herencia», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 369-393.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: «Sucesión testamentaria: expresión de causa falsa en la institución de heredero: ineficacia como heredero del cónyuge del testador cuando en el momento de la apertura de la sucesión se había producido el divorcio. Comentario a STS (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) núm. 539/2018, de 28 septiembre (RJ 2018, 4071)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 143-160.

MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La sucesión de nacionales británicos en España antes y después de la vigencia del Reglamento 650/2012: Comentario a la Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 4139)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «Institución de heredera con la obligación de cuidar a la testadora hasta su fallecimiento: ¿condición suspensiva o carga modal?: Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2314)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 229-260.

MILLÁN SALAS, Francisco: «El derecho de acrecer entre coherederos: estudio comparativo del Código civil español y del italiano», en *RGLJ*, núm. 3, 2019, pp. 403-437.

MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineeficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1520-1545.

— «Derecho nobiliario y prescripción inmemorial por linaje o estirpe: el título se sucede al fundador no al último poseedor», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2059-2076.

RUBIO GARRIDO, Tomás: «La “planificación fiscal”, el empleo de sociedades de capital para optimizar la tributación del impuesto de sucesiones y el derecho de sucesiones: Comentario a la STS 190/2019, de 27 de marzo (RJ 2019, 1181)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

— «Las sociedades de capital y algunas disfunciones que generan en el Derecho de sucesiones y la tutela: problemas procesales, legado de acciones, cautela “socini” y adquisición del legado *iure transmissionis*: Comentario a las SSTS de 4 de junio de 2019 (RJ 2019, 2186), 19 de julio de 2018 (RJ 2018, 2950) y 3 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4795)», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

SALMERÓN MANZANO, Esther María: «Sobre el derecho de representación en la voluntad testada: Comentario a la RDGRN de 5 julio 2018 (RJ 2018, 4761)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 363-380.

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Reflexiones sobre el parentesco por afinidad en la sucesión intestada», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1807-1840.

## DERECHO MERCANTIL

### DERECHO DE SOCIEDADES

ALCALÁ DÍAZ, María Ángeles: «El derecho al dividendo y sus institutos de protección», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 83-120.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, Georgina Ivón: «Gobierno corporativo, activismo accionarial y proximidad a la insolvencia», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 295-308.

ANSÓN PEIRONCELY, Rafael: «Comentario sobre la nueva regulación contable de las modificaciones estructurales. El encaje de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 con la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles», en *RDBB*, año 38, núm. 155, 2019, pp. 139-168.

BALHARRY ROVEGNO, Sergio: «Aprobación en el Reino Unido de la regulación aplicable a las Sociedades Europeas y Agrupaciones Europeas de Interés Económico tras el Brexit», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 401-404.

BALLESTER COLOMER, Juan Enrique y BALLESTER AZPITARTE, Leticia: «Aportaciones sin aumento de capital una fisura en el sistema de las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 243-268.

BENÍTEZ GARCÍA, Rufino: «Cuestiones conflictivas sobre la vigencia y alcance de los pactos parasociales: Comentario a la SAP Barcelona 229/2019, de 12 de febrero (JUR 2019, 62839)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

— «Validez de convocatoria de Junta General realizada por Consejo de Administración incompleto pero mayoritario, y posible infracción del derecho de información del socio. Comentario a la STS núm. 24/2019, de 16 de enero de 2019 (RJ 2019, 149)», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

BENITO OSMA, Félix: «La acción directa del perjudicado en el seguro de responsabilidad de administradores y directivos (D & O). Comentario a la STS, de 11 septiembre 2018 (RJ 2018, 5132)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 91-120.

BOQUERA MATARREDONA, Josefina: «Paradojas y problemas de la página web corporativa de las sociedades de capital», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 41-68.

— «La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 21-82.

BUESO GUILLÉN, Pedro José: «Los trabajos de trasposición en Alemania de la Segunda Directiva de derechos de los socios. Especial referencia a la regulación de las operaciones con partes vinculadas», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 467-469.

BUGGEA, Alessia: «Los administradores delegados o ejecutivos de sociedades no cotizadas, ¿agrupación de remuneraciones? Comentario a la STS de 26 de febrero de 2018 (RJ 2018, 635)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 55-84.

CASTAÑER CODINA, Joaquim: «La competencia registral para examinar los presupuestos del derecho de separación por falta de distribución de dividendos. (Análisis de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Barcelona 80/2019, de 7 de marzo)», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 277-310.

CRUZ RIVERO, Diego: «La gestión de la cooperativa por la asamblea general», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 189-214.

CURTO POLO, María Mercedes: «La esperada reforma del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 49-98.

EMBID IRUJO, José Miguel: «El relieve del derecho de sociedades para la ordenación jurídica de las empresas de economía social», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 15-48.

ESCUIN IBÁÑEZ, Irene: «La emisión de obligaciones por parte de sociedades limitadas. Especial repercusión sobre las empresas familiares», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 245-272.

FAJARDO, Gemma: «Las cooperativas de transporte, socios colaboradores y falsas cooperativas», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 355-382.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La laguna de la tutela del socio externo de la matriz tras una filialización y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDM*, núm. 312, 2019, pp. 270-293.

- «Las aportaciones de los socios imputables en fondos propios: A propósito de la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 279-320.
- «La “nacionalidad” de las sociedades de capital y las llamadas “sociedades buzón” (*letterbox companies*). Examen del estado de la cuestión en el Derecho español», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 151-188.

FERNÁNDEZ ECKER, Antonio y SALLENT SÁNCHEZ, Miguel: «Directiva de reestructuraciones, capitalización de créditos y gobierno corporativo», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 55-96.

GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión: «Estudio sobre la Directiva al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas (nivel de conocimiento y de preparación en Alemania, los Países Bajos, Italia, España y Reino Unido)», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 463-465.

- «Suspensión temporal por la CNMV de la aplicación de la exención basada en precios de referencia a las obligaciones de transparencia pre-negociación en relación con ciertas acciones cotizadas», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 383-386.

GÁLLEGU LAU, María: «La aplicación de la tecnología de registro distribuido en la Junta General. Una primera aproximación», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 215-250.

GALLEGU SÁNCHEZ, Esperanza: «La configuración estatutaria del derecho de separación por insuficiente reparto de dividendos», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 53-87.

GARCÍA MARTÍNEZ, Andrea: «La indispensable sustancialidad de la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales a fin de ejercitar el derecho de separación (a propósito de la resolución de la DGRN de 4 de julio de 2018)», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 335-354.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «El gobierno corporativo de las sociedades no cotizadas», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 85-118.

- «Parlamento Europeo: medidas adoptadas en materia de Derecho societario y gobierno corporativo», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 459-462.

GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «Los deberes de los administradores en situación de insolvencia inminente en la propuesta de directiva sobre marcos de reestructuración», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 309-320.

GÓMEZ RAMOS, María Elisabete: «Corporate governance, cyber-risk and directors' protection», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 251-272.

GONZÁLEZ-ORÚS CHARRO, Martín: «La responsabilidad de los administradores por las deudas sociales: aspectos básicos y exigencia de la buena fe en el ejercicio de la acción. A propósito de la Sentencia del Tribunal de 11 de abril de 2018 (RJ 2018, 1735)», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 333-362.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, María Belén: «El socio administrador que compite con su sociedad. Una propuesta de interpretación finalista de las prohibiciones de voto», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 89-120.

GUERRERO TREVIJANO, Cristina: «De nuevo sobre la retribución de los consejeros ejecutivos: comentario a las resoluciones de la DGRN de 31 de octubre (RJ 2018, 4846), 8 de noviembre (RJ 2018, 4863) y 12 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5624)», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 321-331.

HERRERO MORANT, Rebeca: «Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 373-378.

HOUBEN, Robby: «Belgian Company Law 2.0: Belgium reforms company law to join the competition for corporate charters», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 233-274.

IRÁCULIS ARREGUI, Nerea: «Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas: formulación del conflicto “relevante” en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 121-162.

LATORRE CHINER, Nuria: «Las acciones de responsabilidad contra los administradores en la sociedad unipersonal: (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 11 de septiembre de 2018)», en *RDM*, núm. 312, 2019, pp. 89-110.

— «Las operaciones vinculadas en las sociedades no cotizadas: (la limitada eficacia del control preventivo)», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 143-172.

LEÓN SANZ, Francisco José: «Las operaciones con partes vinculadas en la Directiva 2017/828», en *RDM*, núm. 312, 2019, pp. 25-52.

LLEONART CASTRO, Jesús: «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018 sobre la asistencia financiera prohibida», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 283-294.

LOUREDO CASADO, Sara: «El derecho de separación del socio minoritario ante actuaciones de hecho de la sociedad: Comentario a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra de 14 de junio de 2019», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 311-322.

MARTÍNEZ FLORES, Aurora: «La transparencia de las operaciones vinculadas celebradas por las sociedades cotizadas», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 69-142.

MASSAGUER FUENTES, José: «La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 11-40.

— «Régimen de la convocatoria de la junta general por el letrado de la administración de justicia y el registrador mercantil», en *RDS*, núm. 56 pp. 19-52.

MORENO SERRANO, Enrique: «Hacia una forma jurídica simplificada aplicable a la MIPYME: la entidad de responsabilidad limitada de UNCITRAL», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 413-424.

— «Modificación de la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 397-398.

NAVARRO FRÍAS, Irene: «Sociedades públicas: derecho mercantil “Vs” derecho administrativo. En particular, deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades públicas estatales», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 197-231.

NAVARRO LÉRIDA, María Sagrario: «Las empresas ante el espejo. Una revisión del concepto de interés social en la nueva economía. Economía colaborativa, información no financiera y blockchain», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 163-196.

PALANCA REH, Jacobo: «Reforma del Código de Buen Gobierno alemán», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 471-472.

PÉREZ GUERRA, Carmen: «El Registro Mercantil publica los datos estadísticos de las sociedades mercantiles del año 2018», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 387-394.

PÉREZ PUEYO, Anunciación: «Medidas de apoyo legal a las empresas francesas a través de la denominada “Loi Pacte”», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 425-448.

PÉREZ RAMOS, Santiago: «La convocatoria de la junta general de las sociedades de capital», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 295-300.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús: «Capital social y pérdidas cualificadas: deberes y responsabilidad de los administradores», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 17-28.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «Consecuencia de la ausencia de liquidador por la Junta General exigido por previsión estatutaria expresa: ¿acefalia y nombramiento registral o judicial de liquidador o conversión automática del administrador en liquidador?», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 323-334.

RUBIO DOMINGO, Diego: «La impugnación de los acuerdos del consejo de administración ante situaciones de conflicto de intereses», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 393-408.

SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Algunas cuestiones en torno al incumplimiento del acuerdo de refinanciación con capitalización de deuda», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 169-194.

SANTOS, Miguel Ángel: «La Ley 12/2015, de 9 de julio, de Cooperativas de Cataluña: (y II)», en *RDM*, núm. 312, 2019, pp. 32-56.

VALDÉS PONS, Silvia: «La reestructuración de sociedades de capital en crisis», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

VALMAÑA OCHAÍTA, María: «La CNMV publica los datos sobre la presencia de mujeres en los consejos de administración y en la alta dirección de las sociedades cotizadas en 2018», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 379-382.

VARGAS VASSEROT, Carlos: «El fomento de la integración cooperativa en el ámbito agrario a través de las entidades asociativas prioritarias (EAP)», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 121-150.

VINUESA MAGNET, Javier: «La tributación de algunos aumentos de capital por compensación de créditos: posible inconstitucionalidad y discriminación del acreedor residente», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 175-184.

ZUBIAURRE GURRUTXAGA, Amaia: «Nombramiento de auditor por el registrador mercantil o el secretario judicial en virtud del artículo 40 del Código de comercio (LEG 1885, 21)», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 363-392.

## CONTRATACIÓN MERCANTIL

CANALEJAS MERÍN, José F.: «Revisión de la normativa sobre contratos de liquidez», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 453-455.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús: «Los vuelos privados con gastos compartidos (flight-sharing, cost-shared flights o coavionnage)», en *RDM*, núm. 312, 2019, pp. 120-148.

LÓPEZ SANTANA, Nieves: «El desvío de ruta en el transporte nacional de mercancías por carretera», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 173-210.

QUINTÁNS-EIRAS, María-Rocío: «Bases para una revisión del régimen jurídico de la comisión mercantil», en *RDM*, núm. 312, 2019, pp. 124-146.

## DERECHO CONCURSAL

BAENA BAENA, Pedro Jesús: «Los presupuestos legales para la no formación de la sección de calificación del concurso en caso de aprobación judicial del convenio», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 147-168.

BUIL ALDANA, Ignacio: «Préstamos participativos, subordinación concursal y homologación judicial», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 97-108.

CARRANCHO HERRERO, María Teresa: «Resolución de contrato de arrendamiento sujeto a prórroga forzosa, en interés del concurso. Comentario

STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5178)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 65-82.

CASTELLANO RAMÍREZ, María José: «El pago de los créditos contra la masa ante la calificación de culpabilidad del concurso», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 7-39.

CERVERA MARTÍNEZ, Marta: «Sacrificio desproporcionado: evolución juríprudencial y delimitación del concepto», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 43-54.

DE LA CÁMARA ENTRENA, Blanca y GIL LÓPEZ DE SAGREDO, Lucía: «Guía práctica del acta de acuerdo extrajudicial de pagos de deudor persona no empresaria o profesional», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 231-240.

DE LA MACORRA PÉREZ, Borja y DE LA MORENA CORRALES, Pablo: «El laberinto del minotauro (concursal) o un repaso crítico, en perspectiva laboral, de los efectos suspensivos del concurso de acreedores sobre la ejecución laboral ya iniciada. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4.<sup>a</sup>) de 18 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 6058)», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 375-397.

DÍAZ LA CHICA, Salvador: «Los efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento en el concurso de acreedores», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 57-87.

DIESTE COBO, Juan Manuel: «El mediador concursal: árbitro, juez y parte», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

DOMÈNECH ORTI, Xavier: «Sacrificio desproporcionado e impugnación de acuerdos homologados de refinanciación: un modelo económico», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 193-204.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário: «Nuevos rumbos para la reestructuración empresarial en el derecho concursal portugués», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 423-438.

ESPIGARES HUETE, José Carlos: «La instrumentación de una deuda preexistente en pagarés previa a la declaración de concurso: Comentario a la SAP Alicante 230/17, de 21 de abril (JUR 2017, 210402)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

ESTEBAN RAMOS, Luisa María: «¿Están justificados todos los requisitos legalmente establecidos para el acceso a la segunda oportunidad?», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 333-344.

FACHAL NOGUER, Nuria: «La acción de repetición entre los condenados en la sentencia de calificación», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 215-258.

FALCONE, Giovanni: «El régimen jurídico de la sociedad pública en Italia en el contexto del código de la crisis empresarial y de la insolvencia», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 397-408.

FLORES SEGURA, Marta: «La refinanciación del concurso. Comentario del AJM 1 de Madrid de 18 de diciembre de 2018», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 257-276.

FUENTES BUJALANCE, Antonio *et al.*: «Los factores explicativos del resultado del procedimiento concursal», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 297-317.

GARCÍA VICENTE, José Ramón: «La aprobación del Plan de liquidación suspende las ejecuciones administrativas o laborales emprendidas antes de la declaración de concurso. La administración concursal puede interponer una tercería de mejor derecho y se aplican a la tercería las reglas de prelación concursal. Comentario a la STS de 30 de mayo de 2018 (RJ 2018, 2318)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 179-200.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes: «Institutos jurídicos pre-concursales y principio de arrastre (o cramdown rule)», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 281-294.

GIRGADO PERANDONES, Pablo: «Existencia de un grupo de sociedades, garantías intragrupo y acción rescisoria concursal. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.<sup>a</sup>) de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 136)», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 339-353.

GONZÁLEZ PACHÓN, Laura: «Algunas reflexiones en torno a la preconcursalidad y los deberes de los administradores societarios», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 321-332.

GURREA MARTÍNEZ, Laura: «Decisiones de los tribunales sobre aspectos controvertidos en la exoneración del pasivo insatisfecho establecido en el artículo 178 bis de la Ley Concursal», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2651-2663.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Andrés: «La declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación de los administradores», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 29-42.

HURTADO IGLESIAS, Santiago: «La necesaria conexión entre la preconcursalidad y la tramitación del concurso», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 109-122.

LADO CASTRO-RIAL, Cayetana: «Exoneración de pasivo insatisfecho y crédito público», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 131-142.

LÓPEZ RAMÍREZ, Pedro y CALDERÓN PATIER, Carmen: «¿Garantiza la actual normativa en España la continuidad de la actividad empresarial en caso de venta de la unidad productiva en el concurso de acreedores? Una aproximación empírica», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 187-211.

MANZANARES ENTRENA, Alberto: «Hipotecante no deudor en concurso de acreedores: tratamiento a efectos de un procedimiento de ejecución hipotecaria», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 185-192.

MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia: «A vueltas sobre el concepto concursal de grupo y sobre la automática subordinación de créditos *ex artículo 93.2.3.<sup>º</sup> LC*. Comentarios a las STS, de 31 de octubre y de 24 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4729 y RJ 2018, 5117)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 9-40.

MARTÍN GÓMEZ, Iván: «La prevención de la insolvencia en las entidades deportivas profesionales», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 355-364.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Miguel: «La modificación del chapter 11 en el derecho concursal norteamericano. La ley de reestructuración de pequeñas empresas», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 215-223.

MONTSERRAT VALERO, Antonio: «El concurso culpable por incumplimiento del convenio imputable al concursado y la cuantificación de la responsabilidad concursal derivada», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 91-137.

MORALEJO MENÉNDEZ, Ignacio: «Calificación de créditos. Créditos contra la masa que resulten de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta su conclusión. Hecho originario del derecho de reintegro de las Administraciones Públicas por subvenciones nulas. Comentario STS de 20 noviembre de 2018 (RJ 2018, 5377)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 41-64.

MORENO GARCÍA, Lucía: «La problemática competencial del juez del concurso», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 87-129.

— «La tercería de mejor derecho como instrumento para hacer valer la preferencia de créditos “concursales” en las ejecuciones separadas. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 13 de febrero (RJ 2019, 468)», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 419-446.

MUÑOZ PAREDES, Alfonso: «Pautas para la redacción del plan de liquidación en los concursos que se tramiten ante el juzgado de lo mercantil número 1 de Oviedo», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 139-183.

PORFIRIO CARPIO, Leopoldo José: «Del concurso necesario a la necesidad del concurso: praxis reflexiva», en *RGLJ*, núm. 2, 2019, pp. 261-279.

RIVAS RUIZ, Amanay: «Créditos contra la masa en el concurso consecutivo (art. 242.2 LC), con especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 301-322.

RIESCO MILLA, Jesús: «La poda en el concurso de acreedores de los intereses moratorios de los créditos con garantía real. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 20 de febrero (RJ 2019, 604) y de 11 de abril de 2019 (RJ 2019, 1363)», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 399-418.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONEZ y DE TORRES, Alfonso: «Refundición y refundación del derecho concursal: (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la ley concursal)», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 213-238.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: «La no apertura de la sección de calificación en el concurso tras convenio concursal poco gravoso. Análisis de las consecuencias de la sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 227)», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 355-373.

ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel José: «Sobre el concepto de déficit en el artículo 172 bis de la ley concursal», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 547-555.

RORDORF, Renato: «Primeras impresiones sobre el código de las crisis y de la insolvencia italiano», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 375-386.

- RUBIO VICENTE, Pedro J.: «Sucesión de empresa en la enajenación de unidades productivas en concurso: (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sección 1.<sup>a</sup>, núm. 981/2018, de 27 de noviembre de 2018)», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 205-240.
- SÁNCHEZ PAREDES, María Luisa: «Algunas cuestiones en torno al incumplimiento del acuerdo de refinanciación con capitalización de deuda», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 169-194.
- SCHMIDT, Karsten: «Reestructuración empresarial: ¿una cuestión de derecho de sociedades o una materia de derecho concursal?», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 367-374.
- SENDRA ALBIÑANA, Álvaro: «El concurso consecutivo necesario», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 345-354.
- SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La calificación como créditos contra la masa de las obligaciones contraídas durante el concurso», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 195-214.
- THERY MARTÍ, Adrián: «Directiva de reestructuraciones, capitalización de créditos y gobierno corporativo», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 55-96.
- VAQUERIZO ALONSO, Alberto: «La protección de los créditos derivados de la financiación nueva (Fresh money) en las reestructuraciones preconcursales», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 41-85.
- VATTERMOLI, Daniele: «Los protocolos concursales en las operaciones de reestructuración de grupos de sociedades en crisis», en *ADCon*, núm. 48, 2019, pp. 133-146.
- VERDUGO GARCÍA, Juan: «Inmunidad de pagos por tercero y garantías cruzadas contextuales: ¿una capa más o menos, de blindaje concursal?», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 241-250.
- WINDSOR, Jo: «El potencial impacto del Brexit en el mercado de las reestructuraciones y la insolvencia», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 387-396.
- ZORZI, Andréa: «La reforma de la ley concursal italiana», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 409-422.

## DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

- BARRERO, Enrique: «Una visión del contrato de construcción llave en mano vinculado al “Project finance” como operación compleja de financiación», en *RDBB*, año 38, núm. 155, 2019, pp. 169-194.
- BEFANI, Guido: «El rescate público del Monte Paschi de Siena: algunas cuestiones problemáticas», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 165-176.
- BLANCO SARALEGUI, José María y BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel: «Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1632-1650.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «Perspectivas de futuro en la resolución de entidades financieras tras el caso “Banco Popular”», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 155-174.

CUENA CASAS, Matilde: «Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario», en *AC*, núm. 9, 2019.

DE GIOIA CARABELLESE, Pierre: «Insolvencia e instrumentos de resolución bancaria: epistemología y teleología de dos conceptos jurídicos “convergentes y paralelos”», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 143-160.

DÍAZ TEIJEIRO, Carlos María: «La responsabilidad de los bancos por la percepción de cantidades anticipadas en la compraventa de vivienda», en *RDC*, vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 1-34.

ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía: «Análisis crítico de la interpretación que la CNMV realiza de la Ley 7/2017 para la adaptación del ADR financiero institucional», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 151-164.

GÁLLEGOS LANAU, María: «¿La acción de anulación del contrato de suscripción de valores es el instrumento adecuado para afrontar los vicios en el consentimiento derivados de falsedades en el folleto informativo?», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 77-106.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Sara: «Praxis y regulación de la divulgación de información no financiera en España», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 177-194.

JUAN Y MATEU, Fernando: «Las listas de iniciados», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 107-134.

LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada: «La incidencia del Real Decreto-ley 7/2019 sobre la actividad financiera de inversión en inmuebles destinados al mercado de alquiler residencial», en *RDBB*, año 38, núm. 155, 2019, pp. 195-228.

MAJA LYCZKOWSKA, Karolina: «Ventas vinculadas en la normativa europea y en el proyecto español de contratos de crédito inmobiliario», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 135-150.

MARÍN NARROS, Héctor Daniel: «Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (Notaría y Registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1651-1668.

— «Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y la controvertida imposición y abono del impuesto de actos jurídicos documentados conforme a las SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 15 de marzo de 2018, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, de 27 de noviembre de 2018, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2156-2180.

— «Nulidad de la condición general de resolución anticipada de los préstamos hipotecarios con consumidores conforme a las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, de 26 de enero de 2017, de 26 de marzo de 2019, SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 18 de febrero de 2016, de 11 de septiembre de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y jurisprudencia menor», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2695-2726.

MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «El TJUE y el vencimiento anticipado por impago en préstamos hipotecarios con consumidores: a vueltas con la inseguridad jurídica», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 271-282.

MARTÍN FUSTER, Jesús: «Las obligaciones del prestamista respecto al Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-ley 6/2012», en *AC*, núm. 10, 2019.

MEDINA ALCOZ, María: «Inversión financiera que ocasiona perjuicios por asesoramiento defectuoso y computación de los rendimientos percibidos: aplicación de la regla de la “compensatio lucri cum damno”. Comentario a STS de 6 de marzo de 2019 (RJ 2019, 1136)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 241-252.

MELERO BOSCH, Lourdes: «El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del deudor: consideraciones en torno a la concesión responsable de préstamos», en *RDBB*, año 38, núm. 155, 2019, pp. 99-138.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Germán: «Facultades de actuación de la Autoridad Bancaria Europea», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 223-244.

MIÑANA LLORENS, Vicent: «Análisis de la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores. Tratamiento jurisprudencial de su abusividad», en *AC*, núm. 10, 2019.

MUÑOZ PÉREZ, Ana Felicitas: «Algunas consideraciones sobre las titulizaciones de activos», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 41-76.

ORDÁS ALONSO, Marta: «Publicidad ilícita de crédito otorgado por intermediarios financieros. Comentario a la STS de 19 de junio de 2018 (RJ 2018, 3236)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 313-362.

PASSADOR, María Lucía: «¿Existe demasiada información? La información no financiera voluntaria puede ser la clave», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 175-196.

PÉREZ CARRILLO, Elena F.: «Negociación algorítmica de alta velocidad (“High Frequency Trading”) entre la innovación FINTECH, las estrategias y la búsqueda de una regulación adecuada», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 47-84.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Francisco: «El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 119-154.

— «Obligación de información y evaluación en la adquisición de productos de inversión según la normativa pre MIFID suficiencia de la información verbal y no necesidad de evaluación formal si la entidad ya

conocía el perfil del inversor: Comentario a la STS de 20 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5228)», en *CCJC*, núm. 110, 2019, pp. 283-304.

**QUICIOS MOLINA**, María Susana: «Intereses legales debidos por la entidad bancaria en caso de incumplimiento del deber de información en contratos de adquisición de obligaciones subordinadas o participaciones preferentes. Comentario a la STS de 31 de enero de 2019 (RJ 2019, 387)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 173-188.

**REDONDO TRIGO**, Francisco: «Reparto de gastos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1602-1619.

— «La fecha de devengo del pago de intereses en la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2664-2676.

**ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA**, Carmen: «Parámetros de protección de los clientes de servicios de inversión distintos de los establecidos desde el mercado de valores», en *RDBB*, año 38, núm. 155, 2019, pp. 37-98.

**SÁENZ DE JUBERA HIGUERO**, Beatriz: «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y a la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», en *RDC*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 235-265.

— «Los intereses de demora en la jurisprudencia y en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1546-1557.

— «El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2077-2091.

**SÁNCHEZ NIETO**, Carlos: «A vueltas con la anulabilidad por vicio en el consentimiento en la contratación bancaria: matizaciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo», en *AC*, núm. 9, 2019.

**SÁNCHEZ RUIZ**, Mercedes: «Deberes legales y conflictos de intereses de las plataformas de financiación participativa», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 11-40.

**SERRANO FERNÁNDEZ**, María: «El prestatario, el fiador o el garante en la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario», en *RDC*, vol. 6, núm. 2, 2019, pp. 51-97.

**TAPIA HERMIDA**, Alberto Javier: «La regulación de los servicios de pago por el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre. Una visión panorámica», en *RDBB*, año 38, núm. 155, 2019, pp. 9-36.

**URÍA FERNÁNDEZ**, Francisco: «La resolución bancaria cuatro años después: últimas novedades», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 195-210.

**VALPUESTA GASTAMINZA**, Eduardo María: «El cambio de paradigma en la protección del “cliente de productos financieros” [Reglamento (UE) PRIIPS y OM 2316/2015] sujeto protegido y técnica de protección», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 11-46.

**DERECHO DE LA COMPETENCIA**

ANGULO GARZARO, Amaya: «La obsolescencia programada y el derecho de la competencia: ¿una conducta anticompetitiva perseguible por la autorizada de competencia?», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Pedro: «La repercusión de un impuesto en el precio ante la prohibición de las conductas colusorias», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «La protección de los consumidores en el sector de las telecomunicaciones: un estudio desde el derecho de la competencia desleal», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

LÓPEZ SANTANA, Nieves: «La actuación de los medios propios de la Administración como operadores desde la perspectiva del Derecho de la competencia», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

MARTÍN MORAL, María Flora: «Cártel en el mercado de chips para tarjetas (Comentario a la STJUE de 26 de septiembre de 2018, Infineon Technologies AG contra Comisión Europea, C-99/2017 P)», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

OLMEDO PERALTA, Eugenio: «El valor probatorio de las resoluciones de terminación convencional en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

PETIT LAVALL, María Victoria: «Una aproximación al régimen de las centrales de compras», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

SOTO PINEDA, Jesús Alfonso: «La arbitrabilidad del derecho de la competencia bajo el prisma de la teoría de las representaciones del arbitraje internacional», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

**DERECHO DE SEGUROS**

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar: «Las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad civil profesional reguladas en el artículo 73 LCS no tienen que ser acumulativas. Comentario a la STS de 26 de abril de 2018 (RJ 2018, 1693)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 153-177.

— «La aptitud y relevancia de las preguntas del cuestionario de salud y la valoración del deber de declaración del riesgo en un seguro de vida e invalidez vinculado a un préstamo hipotecario. Comentario STS de 7 de febrero de 2019 (RJ 2019, 320)», en *CCJC*, núm. 111, 2019, pp. 189-220.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos: «Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del artículo 10 de la Ley de contrato de seguro. Comentario a la STS de 30 mayo 2018 (RJ 2018, 2339)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 201-227.

LA CASA GARCÍA, Rafael: «Cláusulas limitativas y cláusulas delimitadoras del riesgo, responsabilidad asegurable y mora del asegurador en el seguimiento de responsabilidad civil», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 317-342.

MAGRO SERVET, Vicente: «El informe pericial de valoración de daños y perjuicios», en *PDD*, núm. 140, 2019.

MUÑOZ PAREDES, María Luisa: «El seguro de responsabilidad civil de explotación y la exclusión de la responsabilidad contractual: (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo (1.<sup>a</sup>) de 20 de diciembre de 2018)», en *RDM*, núm. 312, 2019.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Responsabilidad de la aseguradora en la delimitación del riesgo en el contrato de seguro», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2625-2636.

## DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS. DERECHO DIGITAL

ALFANO, Gianfranco y LOPOPOLO, Susanna: «Propuestas para un “influencer marketing” transparente en el marco reglamentario comunitario», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

ARMADA VILLAVERDE, María Elena y LÓPEZ-BUSTABAD, Ignacio-Javier: «El reglamento general de protección de datos ante el fenómeno del “big data”», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

AYALA SANHUEZA, Alberto Gabriel: «Incentivos fiscales a la innovación en robótica: una necesaria reformulación», en *RGLJ*, núm. 2, 2019, pp. 207-260.

CALVO VÉRGEZ, Juan: «La delimitación del concepto de I+D en el ámbito de la aplicación de la deducción por actividades de investigación y desarrollo dentro del IS», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

CIACCAGLIA, Michele: «Blockchain y Smart contracts entre la normativa europea y el código civil español», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel: «La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Clout Act», en *REDE*, núm. 70, 2019, pp. 49-107.

DÍAZ DÍAZ, Efrén: «Una aplicación jurídica del “Blockchain”: los “Smart Contracts”», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa: «Protección de datos y Videovigilancia en el ámbito laboral», en *AC*, núm. 9, 2019.

FLAQUER RIUTORT, Juan: «Obligaciones de transparencia y equidad en la prestación de servicios de intermediación en línea: orientaciones futuras en el ordenamiento comunitario», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «Las prácticas agresivas en el sector de las telecomunicaciones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

HERRERA HERRERA, Felipe: «Contratos inteligentes en el Internet de las Cosas: aspectos legales», en *AC*, núm. 6, 2019.

HIDALGO CEREZO, Alberto: «Fundamentos de neutralidad de la red y reflexiones sobre las prácticas de zero rating a la luz del Reglamento (UE) 2015/2120», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

LACRUZ MANTECÓN, Miguel Luis: «Inteligencia Artificial y coches autónomos: análisis jurídicos europeos», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2373-2409.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: la Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 537-571.

MERCHÁN MURILLO, Antonio: «Identidad digital: su incidencia en el blockchain», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

MIRAS MARÍN, Norberto: «La determinación de la naturaleza jurídica del bitcoin a la luz de la reciente sentencia 326/2019 del Tribunal Supremo», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

MORENO SERRANO, Enrique: «Modificación de la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades», en *RDS*, núm. 57, 2019.

PLAZA PENADÉS, Javier: «El consentimiento para la instalación de cookies después de la STJUE de 1 de octubre de 2019», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

ORDELÍN FONT, Jorge Luís y ORO BOFF, Salete: «¿Herencia digital?: la protección *post mortem* de los bienes digitales», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

ROBLES CARRILLO, Margarita: «El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: alcance y contenido», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 449-488.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, Cristian: «Sobre la difusión no consentida de las prácticas de “sexting” y la Circular 3/2017 de la FGE (artículo 197.7 del Código penal)», en *RDNT*, núm. 51, 2019.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda y GRAU RUIZ, María Amparo: «El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales», en *RDNT*, núm. 50, 2019.

**DERECHO DE LOS CONSUMIDORES**

CERVERA MARTÍNEZ, Marta: «Aproximación a la protección del consumidor en los nuevos contratos inteligentes o smart contracts», en *AC*, núm. 6, 2019.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «La protección contractual del consumidor en el 40 aniversario de la Constitución. Un dialogo entre tribunales: Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 121-152.

GONZÁLEZ PONS, Elisabet: «La protección de los consumidores en el sector de las telecomunicaciones: un estudio desde el derecho de la competencia desleal», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio: «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la justicia y control judicial de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario: a propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 103-124.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: «Voluntariedad y eficacia en la resolución alternativa de conflictos de consumo», en *AC*, núm. 6, 2019.

**DERECHO URBANÍSTICO**

AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Inderogabilidad singular de reglamentos, reservas de dispensación y dispensas: un análisis basado en el artículo 37.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», en *RDU*, núm. 328, 2019, pp. 79-108.

AGUIRRE I FONT, J. M.: «La reserva d'habitatge de protección en sòl urbà consolidat: el cas de Barcelona», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 101-122.

ALEMANY GARCÍAS, Juan: «Los convenios urbanísticos de planeamiento. ¿Figura actual o en desuso?», en *RDU*, núm. 328, 2019, pp. 109-135.

— «La vía de hecho en el procedimiento de expropiación forzosa», en *RDU*, núm. 329, 2019, pp. 55-76.

ALVES CORREIA, Fernando: «Últimos desenvolvimentos do direito de indemnización dos planos en Portugal», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 21-54.

DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, Ana María: «Ordenación del territorio y viviendas turísticas en Reino Unido», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 47-76.

DE SANTIAGO RODRÍGUEZ, Eduardo y GONZÁLEZ, Isabel: «Más allá de la línea del suelo urbano: categorías o regímenes específicos para las zonas de borde de los pequeños municipios en la normativa autonómica y las normas subsidiarias provinciales», en *RDU*, núm. 329, 2019, pp. 77-124.

DEL OLMO ALONSO, Jesús: «De la inspección técnica de edificios al informe de evaluación del edificio: cuestiones de actualidad», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 299-373.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Urge una reforma del contencioso urbanístico», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 13-17.

— «¿Puede hacer algo más el tribunal supremo en materia de expropiación forzosa?», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 135-152.

GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando: «La necesaria densificación de las ciudades guiada por la regeneración y la renovación urbana para lograr su resurgir efectivo y sostenible», en *RDU*, núm. 327, 2019, pp. 19-81.

— «Las claves imperturbables del que debiera ser el futuro y deseable derecho urbanístico español a la luz de su brillante pasado y convulso presente», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 101-150.

GIFREU I FONT, Judith: «La valoración del suelo no urbanizable afecto a sistemas generales: de su contribución a “crear ciudad” a la negación de expectativas urbanísticas en el valor del suelo», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 151-208.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, Diego: «El *dies ad quem* del plazo de caducidad del procedimiento de revisión de oficio de las licencias y órdenes de ejecución», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 77-98.

GÓRGOLAS, Pedro: «La paradoja del Decreto 11/2008, de 22 de enero, de la comunidad andaluza: “agilizar la adaptación” del planeamiento general a la legislación urbanística para “perpetuar su inadaptación” al modelo de ciudad compacta», en *RDU*, núm. 327, 2019, pp. 149-190.

HUMERO MARTÍN, Antonio Eduardo: «Valoraciones expropiatorias, método residual dinámico vs método objetivo: (Consecuencias económicas en la obtención del justiprecio en los procedimientos expropiatorios entre la utilización del método residual dinámico o el método objetivo)», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 257-292.

IGLESIAS GONZÁLEZ, Juan Felipe: «La ordenación urbanística de los terrenos inundables», en *RDU*, núm. 329, 2019, pp. 19-53.

MARTÍN VALDIVIA, Salvador María: «La errática estrategia urbanística en Andalucía: el resultado de una política a impulsos (sobre las leyes reguladoras de los derechos de adquisición preferente y el suelo no urbanizable de 2018)», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 21-45.

MELLADO RUIZ, Lorenzo: «Invalidez de planes urbanísticos y suficiencia de recursos hídricos: nuevas perspectivas», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 209-248.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «Anchura de la zona de servidumbre de protección según la clasificación del suelo a la entrada en vigor de la Ley de Costas: estado de la cuestión», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 249-276.

PASCUAL MARTÍN, Jesús Ignacio: «Las sentencias que declaran la nulidad del planeamiento urbanístico y su ejecución», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 103-133.

PONCE SOLÉ, Juli: «Derecho urbanístico, derecho a una buena administración y buena regulación urbanística, una revolución jurisprudencial silenciosa: a propósito de la obra del profesor Bassols», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 375-425.

RASTROLLO SUÁREZ, Juan José: «Agencias consorciales e inspección de la legalidad urbanística», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 427-455.

SORIA MARTÍNEZ, Gabriel: «Régimen jurídico de la ocupación de fincas en vía de hecho a partir de la Sentencia núm. 985/2018, de 12 de junio, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo», en *RDU*, núm. 327, 2019, pp. 103-147.

TOLOSA TRIBIÑO, César: «Reflexiones sobre la Proposición de Ley de medidas administrativas y procesales para reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ordenación territorial y urbanística», en *RDU*, núm. 328, 2019, pp. 19-78.

VALENZUELA RODRÍGUEZ, María José: «La exigencia de un informe en materia de género en el planeamiento urbanístico: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2018», en *RDU*, núm. 327, 2019, pp. 83-101.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos: «Suelo urbano, suelo urbanizado, suelo consolidado: las bases leales de la ordenación y gestión sostenibles del medio urbano», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 457-482.

## DERECHO DEL MEDIO AMBIENTE

CASTAÑO MARTÍNEZ, Emilio José y BURILLO BORREGO, Luís: «Influencia del informe pericial en las resoluciones judiciales en materia penal medioambiental», en *RDA*, núm. 43, 2019, pp. 241-282.

FANIO LORAS, Antonio: «La protección del agua y de sus ecosistemas en la Directiva Marco del Agua: una valoración crítica desde España», en *RDA*, núm. 43, 2019, pp. 53-85.

FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María y SIMOU, Sofía: «Litigación climática en España: posibilidades y límites», en *RDU*, núm. 328, 2019, pp. 137-171.

GARNACHO CABANILLAS, Lourdes, «Publicación por la Comisión Europea de una Guía sobre divulgación de información no financiera en materia climática», en *RDS*, núm. 57, 2019, pp. 359-368.

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael: «Tasas, precios y tarifas por el acceso a espacios naturales protegidos», en *RDA*, núm. 43, 2019, pp. 87-121.

LAFUENTE BENACHES, María Mercedes: «La regulación de la pesca-turismo», en *RDA*, núm. 43, 2019, pp. 123-169.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Rachel Carson en el país de las fumigaciones», en *RDA*, núm. 43, 2019, pp. 19-52.

OCHOA PESÁNTEZ, Daniela Rebeca: «Caso “Chevron-Texaco” y “daño ecológico puro”: análisis a la luz de la Directiva 2004/35/CE y la Ley 26/2007, de responsabilidad medioambiental», en *RDA*, núm. 43, 2019, pp. 171-235.

PONS CÀNOVAS, Ferran: «Resiliencia de la costa a los impactos del cambio climático después de la reforma de la normativa costera», en *RDU*, núm. 329, 2019, pp. 125-182.

SIERRA NOGUERO, Eliseo: «La responsabilidad civil por la contaminación por hidrocarburos derivada del accidente del buque “Prestige”», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2637-2650.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis Martínez: «Servidumbres ecológicas o ambientales», en *RCDI*, núm. 775, 2019, pp. 2319-2350.

## **RESOLUCIÓN EXRAJUDICIAL DE CONFLICTOS**

AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio Javier: «Designación de los árbitros: principios y mecanismos que garantizan su imparcialidad. Referencia al ejercicio de funciones arbitrales por registradores de la propiedad y notarios», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1105-1182.

CASTELLANOS RUIZ, María José: «Laudos arbitrales en España. El Tribunal Supremo y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

FUENTES GÓMEZ, Julio Carlos: «El vértigo de la mediación obligatoria», en *AC*, núm. 7-8, 2019.

SAAVEDRA GUTIÉRREZ, María: «Comentarios al anteproyecto de ley de impulso a la mediación», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-14.

## **DERECHO PROCESAL**

ABAITU, Diego y CAMPO CANDELAS, Jesús: «Aspectos procesales de la impugnación de resoluciones de la dirección general de registros y del notariado adaptadas en relación con el artículo 353 de la ley de sociedades de capital», en *RDM*, núm. 313, 2019, 239-254.

CORDÓN MORENO, Faustino: «Preclusión procesal entre acción de nulidad y de resolución contractual. Comentario a la STS de 13 de diciembre de 2017 (RJ 2017/6178)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 21-33.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel: «La vocación práctica del derecho: comentario sobre algunas secuelas desde la legislación a la actividad judicial», en *RGLJ*, núm. 3, 2019, pp. 383-402.

GENÉ BALEYTO, Gerard: «De la cosa juzgada en el orden penal y su conjugación con el delito continuado», en *RJC*, núm. 2, 2019, pp. 369-400.

LORENTE MARTÍNEZ, Isabel: «Compraventas excluidas del foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 b) del Reglamento Bruselas I bis», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-44.

MUÑOZ SABATÉ CARRETERO, Jordi: «¿Existe el deber de recurrir una sentencia?», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 97-100.

PEREA GONZÁLEZ, Álvaro: «La fiscalidad de la consecuencia procesal: costas y su tributación», en *AC*, núm. 9, 2019.

SÁNCHEZ JIMENO, Sergio y GAY QUINZÁ, Ignasi: «Cosa juzgada y procedimiento de ejecución», en *RDM*, núm. 313, 2019, pp. 343-354.

## DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

ADAN DOMENECH, Federico: «El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Robin Hood de los consumidores», en *RDC*, vol. 6, núm. 3, 2019, pp. 119-154.

AMBOS, Kai: «Sobre las fiscalías alemanas como autoridad de emisión de la orden europea de detención y entrega: Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión europea (Gran Sala), en los asuntos acumulados C-5081/18 y C-82/19 PPU, y en el asunto C-509/18, de 27 de mayo de 2019», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 9-18.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz: «Relevo del mandato del gobernador del banco central nacional y papel del Tribunal de Justicia: la independencia justifica el control. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, “Rimšēvičs y BCE/Letonia”», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 629-649.

BELLIDO BARRIONUEVO, María y PUENTE, Maitane: «Crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión Europea», en *RGLJ*, núm. 2, 2019, pp. 337-348.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Puesta en línea en un sitio de internet, sin la autorización del titular de los derechos de autor, de una fotografía previamente publicada sin medidas restrictivas y con la autorización de dicho titular, en otro sitio de internet. Comentario a la STJUE, Sala 2.ª, de 7 de agosto de 2018 (TJCE 2018, 193)», en *CCJC*, núm. 109, 2019, pp. 381-393.

CASTELLANOS RUIZ, María José: «La elección implícita de ley en el Reglamento europeo de sucesiones», en *RdPat*, núm. 50, 2019.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando y NEMECKOVA, Petra: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, enero-abril 2019», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 669-723.

- CONCELLÓN FERNÁNDEZ, Pilar: «Precisando la jurisprudencia “TWD”: el carácter atemporal de la excepción», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 125-149.
- CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel: «La transferencia internacional de datos con terceros Estados en el nuevo Reglamento europeo: Especial referencia al caso estadounidense y la Clout Act», en *REDE*, núm. 70, 2019, pp. 49-107.
- CUENCA CURBELO, Salvador: «Crónica de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, enero-abril 2019», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 725-744.
- FAGGIANI, Valentina: «La “rule of law backsliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 57-99.
- FARALDO CABANA, Patricia: «¿Cuáles son las resoluciones de “libertad vigilada” a efectos del reconocimiento mutuo? Sobre las dificultades de trasposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI al derecho español», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 575-597.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán: «Una llamada de atención sobre la conveniencia de extremar la cautela en la interpretación y aplicación judicial del derecho de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 70, 2019, pp. 9-21.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «Retos y efectos del paquete de medidas de la MiFID II desde la perspectiva de la protección del inversor», en *RDM*, núm. 312, 2019.
- FERRER MARTÍN DE VIDALES, Covadonga: «Igualdad y no discriminación de trabajadores con contrato de duración determinada en el ámbito del sector público: la jurisprudencia del TJUE en relación a España», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 151-199.
- FLAQUER RIUTORT, Juan: «Obligaciones de transparencia y equidad en la prestación de servicios de intermediación en línea: orientaciones futuras en el ordenamiento comunitario», en *RDNT*, núm. 50, 2019.
- GÓMEZ AMIGO, Luis: «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas: una regulación que se aproxima», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 23-55.
- HINAREJOS, Alicia: «On-going judicial dialogue and the powers of the European Central Bank: “Weiss”», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 651-668.
- IVA TUHTAN, Grgić *et al.*: «The influence of European Union law on certain national solutions regarding the concessioning of nautical tourism ports», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 489-535.
- MAJA LYCZKOWSKA, Karolina: «Ventas vinculadas en la normativa europea y en el proyecto español de contratos de crédito inmobiliario», en *RDBB*, año 38, núm. 153, 2019, pp. 135-150.
- MARAÑÓN ASTOLFI, María: «La sucesión de nacionales británicos en España antes y después de la vigencia del Reglamento 650/2012: Comentario a

la Sentencia del TS de 5 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 4139)», en *RdPat*, núm. 49, 2019.

MARQUÉS MOSQUERA, Cristina: «El TJUE y el vencimiento anticipado por impago en préstamos hipotecarios con consumidores: a vueltas con la inseguridad jurídica», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 271-282.

MARTÍN MORAL, María Flora: «Cártel en el mercado de chips para tarjetas (Comentario a la STJUE de 26 de septiembre de 2018, Infineon Technologies AG contra Comisión Europea, C-99/2017 P)», en *RDCD*, núm. 24, 2019.

MARTÍNEZ OTERO, Juan María: «Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: la Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 537-571.

MARTÍNEZ SANTOS, Antonio: «Protección efectiva de los derechos del consumidor, acceso a la justicia y control judicial de las cláusulas abusivas en el juicio cambiario: a propósito de un pronunciamiento reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *REDE*, núm. 71, 2019, pp. 103-124.

MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco: «La política de cohesión de la Unión Europea como impulsadora del desarrollo de las regiones», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 277-298.

MUÑOZ GUIJOSA, María Astrid: «Servicios de interés económico general y ayudas de Estado: el caso de las ayudas a la TDT», en *REDE*, núm. 70, 2019, pp. 111-132.

PORRAS RAMÍREZ, José María: «La iniciativa legislativa indirecta del Parlamento Europeo: ¿un cambio en el método comunitario de toma de decisiones», en *REDE*, núm. 70, 2019, pp. 23-48.

ROBLES CARRILLO, Margarita: «El modelo de neutralidad de la red en la Unión Europea: alcance y contenido», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 449-488.

ROLDÁN BARBERO, Francisco Javier: «El desafío soberanista en Cataluña y el derecho de la Unión Europea», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 387-404.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, María Ángeles: «Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II “bis”», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 407-448.

TURMO, Araceli: «La efectividad del derecho de la Unión Europea como motivo de protección de la cosa juzgada nacional: nota sobre la sentencia de 24 de octubre de 2018, XC y otros», en *RDCE*, año 23, núm. 63, 2019, pp. 599-626.

VALPUESTA GASTAMINZA, Eduardo María: «El cambio de paradigma en la protección del “cliente de productos financieros” [Reglamento (UE) PRIIPS y OM 2316/2015] sujeto protegido y técnica de protección», en *RDBB*, año 38, núm. 154, 2019, pp. 11-46.

VILLODRE LÓPEZ, José: «La orden europea de investigación penal: transposición de la Directiva 2014/41 del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 57-78.

## DERECHO COMPARADO

ALVES CORREIA, Fernando: «Últimos desenvolvimentos do direito de indemnización dos planos en Portugal», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 21-54.

BLADILO, Agustina: «Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres (¿o más?) no son multitud», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 135-158.

BUESO GUILLÉN, Pedro José: «Los trabajos de trasposición en Alemania de la Segunda Directiva de derechos de los socios. Especial referencia a la regulación de las operaciones con partes vinculadas», en *RDS*, núm. 56, 2019.

CURTI, Patricio Jesús: «Autonomía de la voluntad y gestación por sustitución en Argentina», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 159-177.

DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, Ana María: «Ordenación del territorio y viviendas turísticas en Reino Unido», en *RUE*, núm. 43, 2019, pp. 47-76.

FALCONE, Giovanni: «El régimen jurídico de la sociedad pública en Italia en el contexto del código de la crisis empresarial y de la insolvencia», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 397-408.

FERRARI, Giuseppe Franco: «Innovaciones y tendencias recientes en la regulación de la economía en Italia», en *RDU*, núm. 330-331, 2019, pp. 55-100.

HERRERA, Marisa; SALITURI AMEZCUA, Martina M. y VIDETTA, Carolina: «¿Autonomía vs. Orden público?: En las relaciones de familia, en el derecho argentino desde una perspectiva contemporánea», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 25-53.

IVONE, Vitulia: «Los derechos de las personas vulnerables: los institutos de protección en el sistema legal italiano», en *RDP*, núm. 5-6, 2019, pp. 97-112.

MENDOZA CÁRDENAS, Héctor A.: «Familia, autonomía de la voluntad y reproducción humana asistida en la legislación mexicana», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 55-70.

MILLÁN SALAS, Francisco: «El derecho de acrecer entre coherederos: estudio comparativo del Código civil español y del italiano», en *RGLJ*, núm. 3, 2019, pp. 403-437.

MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía: «Autonomía de la voluntad y salud mental: marco normativo y desafíos actuales en el derecho argentino», en *RJUAM*, núm. 38, 2018, pp. 347-264.

PALANCA REH, Jacobo: «Reforma del Código de Buen Gobierno alemán», en *RDS*, núm. 56, 2019.

PÉREZ PUEYO, Anunciación: «Medidas de apoyo legal a las empresas francesas a través de la denominada “Loi Pacte”», en *RDS*, núm. 56, 2019, pp. 405-408.

— «Nuevo Código belga de Gobierno Corporativo 2020», en *RDS*, núm. 57, 2019.

RORDORF, Renato: «Primeras impresiones sobre el código de las crisis y de la insolvencia italiano», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 375-386.

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «La tutela administrativa contra las cláusulas abusivas en el Derecho italiano: el artículo 37 bis del Codice del Consumo», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 1887-1973.

ZORZI, Andréa: «La reforma de la ley concursal italiana», en *RDCP*, núm. 31, 2019, pp. 409-422.

## VARIA

BOIX REIG, Francisco Javier y MIRA BENAVENT, Javier: «Reflexión sobre el concepto de violencia en derecho penal», en *RJC*, núm. 1, 2019, pp. 9-16.

CUENA CASAS, Matilde: «“Crowdlending” o préstamo en masa y evaluación de la solvencia del promotor de la financiación», en *ADCon*, núm. 47, 2019, pp. 7-55.

JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Breve introducción al fenómeno del crowdfunding inmobiliario en España», en *RCDI*, núm. 773, 2019, pp. 1577-1601.

— «Riesgos geográficos que presenta el crowdfunding de inversión y de créditos para proyectos inmobiliarios», en *RCDI*, núm. 774, 2019, pp. 2115-2133.

LINAJE CONDE, Antonio: «En torno a las actas de presencia», en *RJNot*, núm. 107, 2018, pp. 49-120.

NAVAS OLÓRIZ, José Ignacio: «Seguridad jurídica y sostenibilidad: ¿es posible un desarrollo sostenible sin un soporte de seguridad jurídica?, o simplemente y llanamente, ¿es posible el desarrollo sin seguridad jurídica?», en *CDC*, núm. 71, 2019, pp. 99-114.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba: «Cuadrar el círculo. El complejo equilibrio entre el impulso de la economía circular y unas reglas de mercado expansivas», en *InDret*, núm. 3, 2019, pp. 1-29.

ROMAGNOLI, Alessandra: «El control de los buques extranjeros por el Estado del puerto (“Port State Control”)», en *RDM*, núm. 312, 2019.

**ABREVIATURAS**

AC	Actualidad Civil
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
PDD	Práctica de Derecho de Daños. Revista de Responsabilidad Civil y Seguros
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental
RDNT	Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías
RdPat	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de Derecho civil
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDCD	Revista de Derecho de la competencia y la distribución
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdPat	Revista de Derecho Patrimonial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJNot	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid

**REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR**

*InDret* [www.indret.com](http://www.indret.com)

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## Sentencias comentadas

Reclamación de alimentos y retraso desleal.  
A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo  
de 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164)

**ESTHER GÓMEZ CALLE**  
Catedrática de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*En su sentencia de 14 de noviembre de 2018, el TS rechaza la pretensión de una mujer y su hija que reclamaban a su marido y padre, respectivamente, lo que por alimentos les debía desde hacía años en virtud de la sentencia de separación matrimonial. El Supremo desestima la demanda de la esposa porque entiende que no ejercitó de buena fe su derecho a exigir los alimentos. En su opinión, la mujer incurrió en retraso desleal dado que hizo su primera reclamación con este motivo veinte años después de que se dictara la sentencia de separación. Por otra parte, considerando que la beneficiaria de la pensión era la esposa, desestima la pretensión de la hija por falta de legitimación activa. Además, entiende extinguida la obligación alimenticia.*

*El comentario de esta sentencia da pie para analizar, como cuestión principal, las posibles consecuencias del retraso en la reclamación de los alimentos teniendo en cuenta los límites del derecho subjetivo y, particularmente, el abuso del derecho, la buena fe y la prescripción. Como cuestiones secundarias se abordan otras, como las causas de la extinción de la obligación de alimentos, la legitimación activa para su reclamación y los posibles efectos de su incumplimiento.*

### PALABRAS CLAVES

*Obligación de alimentos. Límites del ejercicio del derecho subjetivo. Abuso de derecho, buena fe y prescripción extintiva. Extinción de la obligación de alimentos. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de alimentos.*

## Maintenance obligation and unfair delay. About the judgment of the Supreme Court of November 14, 2018 (RJ 2018, 5164)

### ABSTRACT

*In its judgment of November 14, 2018, the Supreme Court rejects the claim of a woman and her daughter to obtain from their husband and father, respectively, what he owed for their maintenance for years under the provisions established by the separation judgment. The Supreme Court dismisses the wife's claim because it considers that she did not exercise her right to maintenance in good faith. In its opinion, the woman incurred an unfair delay because she made her first claim on these grounds twenty years after the separation judgment was handed down. On the other hand, considering that the beneficiary of the pension was the wife, the court dismisses the daughter's claim for lack of standing. In addition, it declares the maintenance obligation terminated.*

*The review of this judicial decision allows the analysis, as main emerging issue, of the possible consequences of the delay in the maintenance claim, taking into account the limits regarding all subjective rights and, in particular, the abuse of law, the good faith, and the time limits. Some secondary issues also arise from my study, such as the causes for maintenance obligation termination, the standing to bring its claim, and the possible effects derived from the breach of this obligation.*

### KEYWORDS

*Maintenance obligation. Subjective rights limits. Abuse of law, good faith, and time limitations. Maintenance obligation termination. Consequences of non compliance of the maintenance obligation.*

SUMARIO: I. *Los antecedentes de hecho.*–II. *El pronunciamiento del Tribunal Supremo.*–III. *Las diversas cuestiones que el caso suscita.* 1. La prolongada falta de ejercicio del derecho a reclamar la pensión y sus efectos. 1.1 La falta de ejercicio del derecho. 1.2 Las consecuencias de la prolongada falta de ejercicio del derecho: los límites en el ejercicio del derecho. 1.2.1 El abuso del derecho 1.2.2 El retraso desleal. 1.2.2.1 La alegación del retraso desleal por parte del demandado. 1.2.2.2 Caracterización y presupuestos de la doctrina del retraso desleal. 1.2.2.3 La aplicación de la doctrina del retraso desleal en el caso enjuiciado. 2. La extinción de la obligación de alimentos. 3. La legitimación activa para la reclamación de las pensiones no satisfechas. 4. Otras posibles consecuencias del incumplimiento de la obligación de alimentos por parte del alimentante.– Anexo de sentencias. Bibliografía.

## I. LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Hermenegildo y Salomé contrajeron matrimonio en 1967. Tuvieron dos hijos (Pedro y Sara) y establecieron el domicilio familiar en la vivienda de los padres de Salomé. El 3 de noviembre de 1987 recayó sentencia declarando la separación de los cónyuges, en la que se fijó una pensión alimenticia a favor de Salomé y de Sara (que entonces tenía 15 años) de 30.000 pesetas mensuales.

Hermenegildo nunca pagó la pensión.

Salomé instó procedimiento ejecutivo el 20 de noviembre de 2007, que concluyó por auto de la AP de La Coruña de 23 de abril de 2010 declarando la caducidad de la acción ejecutiva, «sin perjuicio de que las partes puedan con mayor amplitud ventilar la cuestión en el declarativo correspondiente» (según cita la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015, que fue la que precedió a la sentencia del Supremo aquí comentada, al ser objeto de recurso de casación).

Así las cosas, el 6 de junio de 2011, Salomé acudió al proceso declarativo y demandó a Hermenegildo en procedimiento ordinario reclamando el pago de la mitad de las pensiones devengadas desde noviembre de 2002 hasta junio de 2011. La otra mitad entendía que correspondía a su hija. La fecha inicial de noviembre de 2002 se justificaba por considerar que, instada la ejecución en noviembre de 2007, podían reclamarse las mensualidades devengadas en los cinco años anteriores.

La hija, Sara, demandó asimismo a su padre en procedimiento ordinario el 15 de octubre de 2013, pidiendo la otra mitad de los alimentos desde noviembre de 2002 hasta octubre de 2013.

Ambas demandas se acumularon y a las dos se opuso Hermenegildo con argumentos en buena parte coincidentes, que ahora me limito a apuntar, dejando para después los oportunos comentarios. Así, de una parte, y como ya hiciera en el marco del previo proceso ejecutivo, alegó que si la esposa nunca le reclamó antes los alimentos fue porque habían acordado que no lo haría a cambio de no pedir la liquidación de la sociedad de gananciales para que ella siguiera disfrutando de la vivienda familiar, que era – según decía – de carácter ganancial. Igual que en el proceso ejecutivo anterior, en este volvió a invocar la escasez de sus propios recursos (por estar jubilado desde 1991 con una pensión de 582,72 €) a la par que la falta de necesidad de las demandantes. En este sentido, apuntó que estas eran titulares de cuentas bancarias por más de 34.000 €, que la esposa tenía varias fincas rústicas y que la hija llevaba años trabajando para distintas empresas y tenía un vehículo a su nombre. Finalmente, y como argumentos nuevos hechos valer en el procedimiento ordinario, adujó mala fe y abuso de derecho, así como la prescripción de todas las mensualidades anteriores a 5 años desde la formulación de la demanda por considerar que la acción ejecutiva caducada no era hábil para interrumpir la prescripción. También alegó la falta de legitimación activa de la hija.

Además, frente a la demanda de su esposa Hermenegildo formuló reconvenCIÓN solicitando la extinción de la prestación alimenticia con efectos desde el 1 de enero de 2000.

La prueba practicada (según consta en el número 6.<sup>º</sup> del FD segundo de la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015) demostró que Hermenegildo cobraba una pensión de jubilación de 630,42 € mensuales. También que Salo-

mé percibía una pensión no contributiva de 364,90 € mensuales, era propietaria de 113 fincas, «algunas con importante valor catastral»<sup>1</sup>, y también era cotitular, junto con su hija Sara, de dos cuentas bancarias con un saldo total de casi 47.000 €. Quedó asimismo acreditado que la hija era dueña de un vehículo y que había desempeñado diversos trabajos esporádicos desde antes de alcanzar la mayoría de edad.

El JPI dictó sentencia el 29 de enero de 2015 en la que admitía la legitimación de la hija pero, acogiendo los argumentos del demandado, apreciaba la prescripción y, en todo caso, desestimaba las dos demandas por entender que ambas reclamantes habían obrado con abuso de derecho, al contar con medios de subsistencia propios. También declaró la extinción de la pensión alimenticia, si bien con efectos desde la fecha de la propia sentencia.

Esta sentencia fue apelada por las dos demandantes. También fue impugnada por el demandado, que pretendía que los efectos de la extinción de la obligación de alimentos se retrotragieran al 1 de enero de 2000.

La AP de La Coruña, en su sentencia de 20 de noviembre de 2015, desestimó la impugnación formulada por Hermenegildo y estimó parcialmente los recursos de apelación y las demandas. Así, aunque confirmó la extinción de la prestación alimenticia con efectos desde la sentencia de primera instancia (por entender que el alimentante ya no tenía capacidad económica para satisfacerla), le condenó a abonar a su esposa y a su hija, a cada una por mitad, la pensión alimenticia correspondiente a los meses de noviembre de 2002 a enero de 2015, ambos incluidos. Partía a estos efectos la Audiencia de que no había habido abuso de derecho en las actoras y de que la acción ejecutiva, pese a declararse caducada, había interrumpido la prescripción de la acción personal. Esto explicaba que debieran abonarse las pensiones devengadas desde noviembre de 2002, 5 años antes de la fecha en que Salomé ejercitó la acción ejecutiva, el 20 de noviembre de 2007.

Solo Hermenegildo interpuso recurso de casación contra esta sentencia. Lo hizo basándose en tres motivos. El primero denunciaba la infracción del artículo 7.2 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. Se aducía que había una situación de abuso de derecho, una extralimitación en su ejercicio, en cuanto se reclamaba de forma extemporánea el abono de una cantidad inasumible por el recurrente, máxime cuando las recurridas contaban con ingresos suficientes para atender sus necesidades desde 2003. La referencia a la extemporaneidad de la reclamación apunta ya al segundo motivo del recurso, basado en la infracción del artículo 7.1 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta por considerarse que concurría mala fe y retraso desleal en la reclamación hecha valer tras más de 20 años de inactividad. El último motivo del recurso se basaba en la infracción de los artículos 146 y 152.2, 3 y 5 CC por haber desaparecido la necesidad y el derecho a reclamar los alimentos una vez transcurridos esos 20 años.

<sup>1</sup> Esta afirmación contrasta con lo que luego se dice en el FD séptimo de la misma sentencia, que apunta que las fincas –rústicas– tenían unos valores catastrales mínimos y que en ocasiones ni se les otorgaba valor. Con todo, en ese mismo FD se señala que la mujer reconocía haber heredado, aparte de esas fincas, la casa donde vivía la familia.

## II. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

El TS, en su sentencia de 14 de noviembre de 2018, estimó el recurso interpuesto por Hermenegildo contra la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015. Veamos sus argumentos.

Antes que nada, y con carácter previo, el Supremo apunta una  *posible traba procedimental, que supera en aras del derecho a la tutela judicial efectiva* (FD tercero). Así, apunta la posible inadecuación del procedimiento instado para reclamar el pago de la pensión, al tratarse de un proceso declarativo que permitiría, de un lado, evitar la caducidad de 5 años de la acción ejecutiva (art. 518 LEC) y, de otro, acudir a los recursos extraordinarios –como el de casación– que no son posibles en los procesos ejecutivos. Sin embargo, el TS destaca el hecho de que en el presente caso se hubiera intentado antes la ejecución de lo dispuesto en la sentencia de separación y que la misma no prosperase por declararse caducada la acción. Por eso –dice– la demanda actual se centraba en las pensiones devengadas desde 2002, esto es, cinco años antes de que se instara la ejecución. En consideración a ello, el TS concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte demandante exigía un pronunciamiento<sup>2</sup>.

En segundo lugar, el TS destaca que, dado que lo reclamado era una pensión de la que era beneficiaria la esposa y que se había fijado en 1987 para alimentos de ella y de la hija menor, *solo ella y no la hija podía reclamarla*. La hija, ya mayor de edad –añade–, solo podría exigir alimentos al padre con base en los artículos 142 ss. CC (párrafo primero del FD cuarto).

Dicho esto, el Supremo se centra ya en el motivo determinante para desestimar la pretensión, que no es otro que la apreciación de *retraso desleal* por parte de la actora, que incurrió –según la sentencia– en una actuación contradictoria, ejercitando así su derecho en contra de las exigencias de la buena fe y del mandato del artículo 7 CC (párrafos segundo a último del FD cuarto). Así, comienza señalando que el hecho de que la reclamación se hubiera hecho con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesaria la pensión, dando lugar a que se acumularan cantidades que el obligado al pago difícilmente podía asumir, ponía de manifiesto que el derecho no se había ejercitado de buena fe. Tras subrayar que habían pasado ya veinte años cuando la actora reclamó por primera vez la pensión fijada en 1987, recuerda que el decaimiento del derecho por falta de uso no se da solo cuando se cumplen los plazos de caducidad o de prescripción, sino también cuando el derecho se ejercita tan tardíamente que se desconoce el mandato del artículo 7 CC. Termina reproduciendo la doctrina de la STS de 3 de diciembre de 2010 a propósito del retraso desleal (*Verwirkung*) como expresión de una conducta contradictoria del titular del derecho, sancionada por el artículo 7 CC, y de sus presupuestos, que son: «a) el transcurso de un período de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará».

Como ya anticipé, todo ello conduce al Supremo a estimar el recurso y casar la sentencia recurrida, *desestimando las demandas y considerando extinguido el derecho de pensión establecido en la sentencia de separación*

<sup>2</sup> Recordemos en este punto que la propia AP La Coruña 23 de abril de 2010, en el auto en que declaró caducada la acción ejecutiva instada por Salomé en 2007, lo hizo dejando a salvo que las partes pudieran ventilar la cuestión con mayor amplitud en el declarativo correspondiente.

matrimonial de 1987, «tal como solicitaba el recurrente en la formulación de su reconvención» (FD quinto).

### III. LAS DIVERSAS CUESTIONES QUE EL CASO SUSCITA

Los hechos del caso ponen de manifiesto una llamativa pasividad por parte de los implicados. Así, de un lado, nos encontramos con una mujer que, pese a tener reconocida una pensión de alimentos para sí y su hija menor de edad en la sentencia de separación matrimonial (año 1987), no reaccionó frente al continuado incumplimiento de la obligación de pago por parte del marido sino al cabo de 20 años (en 2007). Quizá por eso mismo, y ante la falta de consecuencias que durante todo ese tiempo tuvieron para él tanto la referida sentencia como su propio incumplimiento, el marido y padre tampoco se preocupó de solicitar la modificación o la extinción de su obligación de alimentos, aun cuando el paso de los años podía haberle hecho pensar en una progresiva independización económica de la hija. Ni siquiera lo hizo a raíz del ejercicio de la acción ejecutiva por parte de su esposa (en el año 2007), aunque al oponerse a la ejecución hizo valer argumentos que iban en la línea de negar la necesidad de las alimentistas y de destacar su propia escasez de recursos. Esos argumentos, de resultar ciertos y acreditados, habrían justificado la cesación de la obligación de alimentos (art. 152.2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> CC). Sin embargo, no pidió su declaración hasta que la esposa le demandó en el proceso declarativo (en 2011), cuando ya habían transcurrido casi 24 años desde que la obligación se estableciera en la sentencia de separación y la hija alimentista (que nació en 1972) debía tener en torno a 39 años.

A la vista de estos hechos, la primera cuestión en la que me centraré es en la falta de reclamación de la pensión y las consecuencias que de ello pueden derivarse (*infra, sub 1*). Pasaré después a analizar la procedencia o no de la extinción de la obligación alimenticia dadas las circunstancias del caso (*infra, sub 2*) para tratar a continuación las cuestiones de legitimación activa que plantea la sentencia (*infra, sub 3*). Concluiré refiriéndome a las consecuencias que podrían seguirse del incumplimiento de su obligación por parte del alimentante, más allá de la posible reclamación de las pensiones vencidas por la persona legitimada al efecto (*infra, sub 4*).

#### 1. LA PROLONGADA FALTA DE EJERCICIO DEL DERECHO A RECLAMAR LA PENSIÓN Y SUS EFECTOS

##### 1.1 La falta de ejercicio del derecho

Antes que nada, conviene apuntar que *los motivos* de la pasividad de la esposa son un enigma. El marido, al oponerse a la ejecución instada por ella en 2007 y también a la demanda que presentó en 2011, apuntó una razón que resulta poco plausible. Según su versión, ambos habían acordado que la mujer no le reclamaría los alimentos fijados en la sentencia a cambio de que él no pidiera la liquidación de los gananciales para que la esposa siguiera disfrutando la vivienda familiar, que tenía –según él decía– carácter ganancial. Sin embargo, esta calificación resulta contradicha por algunos datos que se mencionan en la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015, como que

la vivienda era propiedad de los padres de la esposa (FD segundo, apartado primero) y que esta acabó heredándola de aquellos (FD octavo, párrafo primero). La vivienda, por tanto, no era ganancial. Mas, aunque lo hubiera sido, a falta de acuerdo entre los cónyuges el uso de la vivienda habría correspondido a la mujer, en cuya compañía quedó la hija menor, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96. I CC. Alcanzada la mayoría de edad por la hija, la cuestión habría debido resolverse teniendo en cuenta cuál fuese el interés más necesitado de protección y de forma temporalmente limitada, conforme a la doctrina sentada por la STS de 29 de marzo de 2011, reiterada por otras muchas<sup>3</sup>. En cuanto al otro hijo de la pareja, es de suponer que ya era mayor de edad cuando los padres se separaron, ya que no se le tuvo en cuenta al fijar la pensión alimenticia (como necesariamente tendría que haber ocurrido si aún hubiera sido menor)<sup>4</sup>.

Por lo demás aún habría que añadir que, una vez concedida una pensión de alimentos a esposa e hija en la sentencia de separación, *cualquier hipotético pacto por el que la esposa se obligara a no reclamar en adelante la pensión exigible conforme a aquella debería considerarse nulo e ineficaz*. Consiguientemente, aunque hubiera sido cierto que los cónyuges hubieran llegado a un acuerdo de este tipo, el mismo hubiera carecido de cualquier valor. Si el juez acordó una pensión debió ser, en lo que afectaba a la mujer, sobre la base de que se daban los presupuestos de la obligación alimenticia y porque consideró que resultaba vital y cubría necesidades esenciales de aquella<sup>5</sup>. Y, en lo que respecta a la hija en particular, porque es obligación ineludible de todo progenitor mantener y alimentar a los hijos menores de edad (art. 39.3 CE) como deber englobado en la patria potestad (art. 154 CC), pero que subsiste incluso independientemente de ella al estar vinculado a la filiación (arts. 110

<sup>3</sup> Sobre este punto puede consultarse APARICIO CAROL (2018) p. 149 y nota 80 de pp. 172 y 173 y, especialmente, CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 192 a 195.

<sup>4</sup> Con esto no quiero decir que no puedan fijarse alimentos para los hijos mayores de edad en la propia sentencia de separación. El párrafo segundo del artículo 93 CC, introducido por la Ley 11/1990, lo permite claramente. Sobre esto vuelvo más adelante: *vid. infra* párrafo segundo del epígrafe 3.

<sup>5</sup> En efecto, en los casos de separación judicial puede surgir entre los esposos la obligación de alimentos prevista en los artículos 142 ss. CC, si uno de ellos se encuentra en situación de necesidad. Esta obligación queda embebida en el deber conyugal de socorro y ayuda mutuos (arts. 67 y 68 CC) mientras subsiste la unidad de vida entre los esposos [DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2018) p. 50], y desaparece si el vínculo matrimonial se disuelve por nulidad o divorcio, al perderse la condición de cónyuge (art. 143.1.º CC). En caso de separación judicial esa condición se conserva y el deber de socorro mutuo queda reducido al deber de alimentos de los artículos 142 ss. CC [vid. al respecto DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2018) p. 117, BERENGUER ALBALADEJO (2012) p. 217 y CABEZUELO ARENAS (2017) p. 201]. El derecho de alimentos se considera, por lo demás, compatible con la pensión compensatoria que prevé el artículo 97 CC para los casos en que la separación o el divorcio dejen a uno de los cónyuges en una situación de desequilibrio económico [DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2018) p. 122 y CABEZUELO ARENAS (2017) p. 229], pensión que se entiende carece de naturaleza alimenticia [así, v. gr., LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ Y RAMS ALBESA (2010) pp. 104 y 105, CABEZUELO ARENAS (2017) pp. 201 y 229 y ROCA TRÍAS, (2011) p. 1] [en otro sentido, *vid.* MARTÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho de Familia* (2013) pp. 9 y 10].

En la sentencia objeto de este comentario se trataba únicamente de alimentos impagados y no de una pensión compensatoria, aunque, por lo que parece ser un desliz, el primer antecedente de hecho señala que la cantidad reclamada por la esposa en su demanda era «en concepto de pensión compensatoria impagada». Sin embargo, en ningún otro momento se vuelve a aludir a ello y, por el contrario, se habla en todo caso de una reclamación de alimentos.

y 111 *i.f.* CC)<sup>6</sup>. En el caso, un supuesto pacto como el descrito sería nulo por contrariar una norma imperativa (art. 6.3 CC) pues eximiría al padre de cumplir con un deber inexcusable vinculado al hecho de la filiación, cosa que las partes obviamente no pueden hacer (*vid.* art. 166. I CC). Además, al poner en peligro tanto la subsistencia de la esposa como la de la hija menor por quien ambos progenitores habían de velar, debería considerarse atentatorio contra el orden público y nulo también por ello. Estas son las razones que justifican la irrenunciabilidad del derecho de alimentos como tal (art. 151. I CC)<sup>7</sup>. Pero entiendo que la justificación es la misma cuando lo afectado no es el genérico derecho a exigir alimentos sino pensiones concretas ya acordadas judicialmente, a las que se pretende renunciar anticipadamente asumiendo el compromiso de no reclamarlas cuando, ya vencidas, no sean satisfechas por el obligado<sup>8</sup>. De ahí también que el artículo 1814 CC prohíba la transacción sobre alimentos futuros, esto es, aquellos que están por venir pero aún no son exigibles porque no se han devengado<sup>9 10</sup>. Cuestión distinta es que, una vez vencida y no satisfecha la pensión, el alimentista pueda renunciar a exigirla o transigir sobre ella. La esposa podría hacerlo respecto de los alimentos que a ella le correspondieran. Pero para renunciar a los créditos de los que fuera titular su hija menor de edad por este concepto precisaría, por regla general, de autorización judicial (y causa justificada de utilidad o necesidad) (art. 166. I CC)<sup>11</sup>.

El supuesto pacto alegado por el marido resultaba, en todo caso, poco creíble y lo cierto es que, al menos por lo que resulta de lo expuesto en la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015, ni el JPI ni la propia AP se manifestaron sobre él. No sabemos, pues, si la causa de que la mujer no reclamara las pensiones durante tantos años fue el deseo de no cerrar la puer-

<sup>6</sup> A estos efectos se observa que esta obligación de mantenimiento no se supedita a la acreditación del estado de necesidad del hijo menor de edad [así, *v. gr.*, JIMÉNEZ MUÑOZ, ADC (2006) p. 749 y APARICIO CAROL (2018) p. 24], cuya necesidad de asistencia paterna se presume [CABEZUELO ARENAS (2017) p. 223]. Partiendo de estas mismas ideas, se sostiene que el reconocimiento de los alimentos de los hijos menores procede con independencia de si se encuentran o no en situación de necesidad, «e incluso si el menor tiene sus necesidades cubiertas por sus propios medios» [CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) p. 12]. Sobre esta cuestión *vid.*, también, RIBOT IGUALADA, <http://civil.udg.edu/tossa/ca/ponencias-ponencias-2018.html>, pp. 11 y 12.

<sup>7</sup> *Vid.*, p. e., MARTÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho de Familia* (2013) p. 4 y CABEZUELO ARENAS (2017) p. 202.

<sup>8</sup> En esta línea, p. e., JIMÉNEZ MUÑOZ, ADC (2006) p. 757, observa que la irrenunciabilidad es una nota de las pensiones *actuales y futuras*, no de las atrasadas. En el mismo sentido, refiriéndose en particular a los pactos de los cónyuges que perjudiquen la reglamentación de los alimentos de los hijos menores acordada judicialmente (como la renuncia de uno de ellos a exigir al otro los alimentos fijados), *vid.* CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 68 a 72, y la jurisprudencia menor allí citada. Para esta autora, tales pactos carecen de efectos vinculantes porque «se trata de una materia sustraída a la disponibilidad de los particulares y vulneraría el principio del interés superior del menor» (*op. cit.*, p. 69).

<sup>9</sup> DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2018) p. 43 y TAMAYO HAYA (2016) p. 1062.

<sup>10</sup> Sobre las posibles consecuencias de un pacto como el alegado por el esposo, a los efectos de la doctrina del retraso desleal, me remito a lo expuesto más adelante (*vid. infra*, apartado 1.2.2.3).

<sup>11</sup> En esta línea, APARICIO CAROL [(2018) p. 43], al tiempo que observa que los alimentos de los hijos menores de edad son materia de *ius cogens* y que los padres deben administrar los alimentos de aquellos con la misma diligencia que sus propios bienes (art. 164 CC), concluye que «los pactos entre cónyuges tendentes a suprimir temporal o totalmente la pensión alimenticia son radicalmente nulos, puesto que cualquier circunstancia modificativa en esta materia pertenece al *ius cogens* y debe contar con la preceptiva autorización judicial».

ta a una posible reconciliación, el de no generar más tensiones entre ellos o, simplemente, la resignación. En todo caso, no parece que fuera la sobrevenida falta de necesidad porque, aparte de que omitió reclamar desde el principio (cuando la necesidad, al menos de la esposa, hubo de ser constatada por el juez para establecer la pensión), los datos que resultan sobre todo de la sentencia de la AP no apuntan en esa dirección. En efecto, en ella se dice que, aunque la mujer tuviera algún patrimonio (básicamente las fincas heredadas de valor catastral ínfimo, según la Audiencia, aparte de la casa familiar), el hecho de que hubiera tenido que ser auxiliada por la Administración con una pensión no contributiva de inserción social y que se le hubiera reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita en el pleito, corroboraba que necesitaba los alimentos. Ante tal panorama parece que, si consiguió ir cubriendo sus necesidades básicas y salir adelante fue, aparte de por la ayuda pública que pudo percibir desde finales de 2007, a base de sacrificios y esfuerzo (cultivando la tierra y cuidando animales para autoconsumo), amén del soporte de sus padres e hijos<sup>12</sup>. En cuanto a la hija, la misma Audiencia destaca que, ante el incumplimiento del padre de su obligación de prestarle alimentos, con 16 años tuvo que dejar de estudiar y ponerse a trabajar, desarrollando desde entonces trabajos manuales poco cualificados y esporádicos, que no le han permitido tener autonomía económica<sup>13</sup>. Por tanto, y al margen de que con el transcurso de los años hubiera podido cuestionarse la justificación del mantenimiento de la pensión a la hija, parece fuera de toda duda que su falta de independencia económica se mantuvo durante tiempo, aun después de alcanzada la mayoría de edad.

## 1.2 Las consecuencias de la prolongada falta de ejercicio del derecho: Los límites en el ejercicio del derecho

Sea por la razón que fuere, durante veinte años la mujer no hizo valer frente al marido el derecho que tenía a que le abonara mensualmente la pensión de alimentos. Ello obligaba a preguntarse si de esa prolongada falta de ejercicio del derecho debían seguirse consecuencias jurídicas. La cuestión enlaza directamente con el tema de los límites del derecho subjetivo, más allá de los cuales su ejercicio se torna inadmisible. En el caso enjuiciado había que tomar en consideración, de un lado, la buena fe y el abuso del derecho como límites genéricos<sup>14</sup> y, de otro, la prescripción como límite temporal<sup>15</sup>. Prácticamente sobre todos ellos se trató en un momento u otro del proceso. Evidentemente, si se dieran los requisitos para apreciar la prescripción, ya no sería preciso valorar nada más desde la óptica de la buena fe o el abuso del derecho porque aquella circunstancia ya bastaría por sí para que, si el demandante

<sup>12</sup> Vid. FD octavo de la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015.

<sup>13</sup> FD tercero, número 3.º, de la SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015.

<sup>14</sup> La doctrina ha tratado de establecer las diferencias entre una y otro, aun reconociendo que su deslinde no es fácil [MIQUEL GONZÁLEZ (1995) pp. 840 y 841 y CARRASCO PERERA (2018) p. 377] y que, en realidad, el abuso del derecho puede considerarse una forma más de contrariar la buena fe [así, DÍEZ-PICAZO (2007) pp. 62 y 63 y, más claramente, (1993) p. 51 y MIQUEL GONZÁLEZ (1995) p. 841] junto con otras, como el retaso desleal. La misma STS 14 de febrero de 1944, que consagró la doctrina del abuso del derecho entre nosotros, lo considera como un traspaso de los linderos impuestos al derecho por la buena fe.

<sup>15</sup> El tema de la caducidad solo se planteó, lógicamente, respecto de la acción ejecutiva instada por la esposa en el anterior procedimiento ejecutivo (art. 518 LEC).

dado la hacía valer, la pretensión no pudiera prosperar. Pero, aun dentro de los plazos de prescripción legalmente fijados, el ejercicio del derecho no será admisible si es contrario a la buena fe o se considera abusivo. En el caso, dado que se trataba de cantidades que el obligado debía haber abonado mensualmente desde hacía años, era claro que la prescripción quinquenal del art. 1966.1.<sup>a</sup> CC no podía haber afectado a todas ellas. Sin embargo, si se apreciara vulneración de cualquiera de los límites genéricos apuntados, la demandante ni siquiera podría reclamar las cantidades no prescritas. De ahí que lo lógico fuera analizar en primer lugar esta cuestión. Así lo hizo notar la AP La Coruña cuando, al resolver sobre los recursos de apelación interpuestos por la hija y la esposa contra la sentencia de primera instancia, observa que lo primero que debía analizarse era si la reclamación era abusiva (tal como había sostenido el JPI) porque, si así fuera, holgaba ya examinar cuántas mensualidades podían reclamarse por no haber prescrito.

### 1.2.1 EL ABUSO DEL DERECHO

La AP La Coruña parece hacer un juicio moral cuando comienza subrayando que el demandado, «como persona que reconoce no haber abonado nunca la prestación alimenticia impuesta en la sentencia, dejando en la más absoluta penuria económica a su esposa e hija (entonces menor de edad), no puede ahora invocar la doctrina del abuso de derecho cuando se le reclama el pago de las mensualidades no prescritas». Pero, más allá de ese juicio, después justifica la inexistencia del abuso en la falta de los presupuestos exigidos al efecto por el TS. En efecto, en contra de lo que habían sostenido el demandado y el JPI (que habían fundado la apreciación del abuso en que las actoras tenían medios de subsistencia propios), considera que ninguna de las dos gozaba de independencia económica, por lo que no hacían sino reclamar una pensión que necesitaban y a la que tenían derecho. En su opinión, además, «el tiempo transcurrido sin impetrar el cumplimiento no convierte la reclamación tardía en constitutiva de una acción inmoral o contraria al sentir social de la norma, sino que tiene su propia sanción...., la pérdida del derecho a reclamar esas mensualidades por... la prescripción».

Desde mi punto de vista, los hechos tampoco justificaban la apreciación de abuso de derecho. El abuso comporta, como resulta del propio artículo 7.2 CC, un ejercicio antisocial del derecho o que sobrepase manifiestamente sus límites normales, teniendo en cuenta la intención del autor, su objeto o las circunstancias en que se realice. Conforme a la jurisprudencia sentada al efecto (y la AP cita muchas sentencias del TS sobre la materia, cuyas pautas básicas fijó la STS de 14 de febrero de 1944), el mismo descansa sobre tres presupuestos: 1.<sup>º</sup> El uso de un derecho objetiva y externamente legal; 2.<sup>º</sup> el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica<sup>16</sup>; y 3.<sup>º</sup> la inmoralidad o antisocialidad del daño. Esto último puede manifestarse de forma subjetiva, como ocurre cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, simplemente, sin un fin o interés legítimo. También puede manifestarse de forma objetiva, como cuando el derecho se ejerce de modo excesivo o anormal, contrario a sus propios fines económico-sociales. En el caso, el alimentante había ignorado por completo durante años su obligación de subvenir

---

<sup>16</sup> Con todo, del primer inciso del artículo 7.2 CC, en contraste con su segundo inciso, resulta que el daño a tercero no es requisito imprescindible del abuso del derecho [vid. DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2016) p. 362 y MIQUEL GONZÁLEZ (1995) p. 840].

a las necesidades básicas de su esposa y de su hija (menor de edad en un primer momento y, aún después, económicamente dependiente) y, cuando estas decidieron finalmente actuar frente a ello, es difícilmente demostrable que su intención fuera dañarle y no, simplemente, obtener lo que deberían haber obtenido durante años. Que tenían un interés legítimo al respecto parece asimismo fuera de duda. Y también que su pretensión se ajustaba al fin económico-social propio del derecho de alimentos (contribuir al sostenimiento vital de cónyuge e hija).

El demandado fundamentó la existencia del abuso en que, al cabo de los años, las alimentistas ya contaban con recursos suficientes. Así lo entendió también el JPI, pero no la AP. El patrimonio con que, al parecer, contaban ya las actoras al presentar sus respectivas demandas fue, por tanto, objeto de muy distinta valoración en ambas instancias. También es cierto que la hija tenía ya 41 años cuando interpuso la demanda, edad en la que cabría preguntarse si seguía estando justificado mantener la obligación alimenticia del padre. Pese a todo, sin embargo, la realidad es que el alimentante no instó en ningún momento la modificación de la pensión, y solo cuando fue demandado en el procedimiento declarativo pidió que se declarase extinguida su obligación<sup>17</sup>. Por tanto, las actoras no hicieron sino pretender algo que podían exigir con base en la sentencia de separación. En este sentido, hay que tener en cuenta que, cuando se solicita y obtiene la modificación o la extinción de una pensión alimenticia, la sentencia que lo declara surte efectos *desde la fecha en que se dicta* y no retroactivamente. Como veremos enseguida, así lo ha señalado reiteradamente el TS. Por eso, en el caso, aunque el demandado pidió al reconvenir que la obligación alimenticia se declarara extinguida desde el año 2000 alegando que su esposa e hija no necesitaban los alimentos desde hacía muchos años, tanto el JPI como la AP la acordaron desde la fecha de la sentencia de primera instancia, que se dictó en el año 2015<sup>18</sup>. En efecto, el TS ha mantenido repetidamente que es preciso distinguir según que el pronunciamiento sobre alimentos se produzca en un procedimiento en el que estos se piden por primera vez o en uno de modificación de medidas. Así, cuando la sentencia establece por primera vez la pensión se aplica el artículo 148 CC, conforme al cual los alimentos deberán abonarse desde la fecha de la interposición de la demanda ya que, hasta entonces, no estaba determinada la obligación. En cambio, una vez fijada la pensión, las sucesivas resoluciones que la modifiquen o la extingan solo tendrán efecto desde la fecha en que se dicten, ya que es en ese momento cuando sustituyen a las dictadas anteriormente, tal como se desprende del artículo 106. I CC y del primer

<sup>17</sup> La AP encuentra reprobable esa conducta. Así, tras recordar que el alimentante puede solicitar judicialmente la extinción de su obligación basándose en la mejor fortuna obtenida por el alimentista (art. 152.3.º CC), añade: «Pretender oponerse al pago de las prestaciones alimenticias establecidas en sentencia, cuando no se ha solicitado en tiempo y forma la modificación de la medida o bien la extinción de la obligación, basándose en la doctrina del abuso del derecho por supuesta falta de necesidad del alimentista supone abrir un portillo a la inseguridad jurídica».

<sup>18</sup> En su sentencia, el TS simplemente declara «extinguido el derecho de pensión... tal como solicitaba el recurrente», sin especificar fecha. No era preciso que lo hiciese dado que ante él ya no se planteó discusión alguna al respecto: establecida por la Audiencia la extinción con efectos desde la sentencia de primera instancia, las demandantes se aquietaron sin contestar ese aspecto de la decisión.

inciso del 774.5 LEC<sup>19</sup>. Como observa Cabezuelo Arenas<sup>20</sup>, se considera que la resolución anterior desplegó los efectos que le eran propios y que las pensiones se aplicaron a los fines para los que se concedieron, paliando necesidades vitales de un beneficiario que, por tanto, no debe devolver nada. Pero esto dejaría de ser así –se matiza– si hubiera habido abuso de derecho o enriquecimiento injusto por parte del beneficiario, que hubiera cobrado pensiones que no tenía derecho a cobrar, ocultando al pagador el hecho extintivo ocurrido bastante tiempo atrás. En tal caso –se dice– la sentencia debería tener efectos retroactivos<sup>21</sup>. Así lo entendió también, en nuestro caso, la AP, que admite que el abuso podría haber existido si se hubieran ocultado ingresos a fin de lucrarse a costa del alimentante. En el supuesto enjuiciado el abuso, de haber mediado, no radicaría en haber cobrado cantidades que ya no estaban justificadas (porque, como sabemos, el alimentante nunca hizo pago alguno), sino en reclamar el abono de cantidades que se habrían devengado en un tiempo en el que ya no eran necesarias. De lo dicho se desprende que si el alimentista estuviera cobrando la pensión debería informar al alimentante si, por mejorar su fortuna, su situación de necesidad hubiera desaparecido, dato que no debería ocultarle. Y si lo que hace es reclamar su pago, no debería extender su reclamación a las cantidades devengadas cuando ya no las necesitaba. Pero si la propia AP descarta, a la vista de las circunstancias, que esposa e hija fueran económicamente independientes, ¿por qué ellas mismas deberían haber pensado otra cosa y considerar que su situación había mejorado al punto de no estar justificada ya la percepción de unos alimentos que, por otra parte, nunca habían recibido? ¿Por qué deberían haber pensado que ya no podían reclamar la pensión? ¿Qué ocultación, en fin, podía reprochárseles?

Así las cosas, parece justificado concluir que *la pretensión de las actoras no era abusiva* por varias razones. En primer lugar, porque se refería a pensiones atrasadas, devengadas en un tiempo en el que su exigibilidad estaba amparada por la sentencia que en su momento declaró la obligación de alimentos en vista de las circunstancias entonces concurrentes. En segundo

<sup>19</sup> El TS sentó esta doctrina en su sentencia de 3 de octubre de 2008 y desde entonces la ha reiterado en otras muchas, como, *v. gr.*, las sentencias de 26 de marzo de 2014, 12 de febrero de 2015, 25 de octubre de 2016 o 30 de octubre de 2018. Sobre esta materia puede consultarse CABEZUELO ARENAS (2017) pp. 215 y 216, APARICIO CAROL (2018) pp. 214 a 220 y CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 64 a 68. También la trata, desde la perspectiva del Derecho catalán, RIBOT IGUALADA,, *Revista Catalana de Dret Privat* (2013) pp. 113 y 114, dando cuenta de pronunciamientos del TSJ de Cataluña coincidentes con la jurisprudencia del Supremo y de las novedades introducidas en este punto en el CCCat. Así, el artículo 237-5.2 CCCat permite demandar los alimentos de los hijos menores anteriores a su reclamación judicial o extrajudicial, hasta un máximo de un año, cuando la reclamación no se hizo por causa imputable al obligado a prestarlos. Y el artículo 233-7.3 CCCat admite que los efectos de la sentencia de modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias se retrotraigan a la fecha de inicio del proceso de mediación instado por quien solicitó la modificación.

<sup>20</sup> (2017) p. 217.

<sup>21</sup> Así, CABEZUELO ARENAS (2017) p. 217. También CALLEJO RODRÍGUEZ [(2018) p. 68], citando a SÁNCHEZ ALONSO, admite que cabría solicitar la devolución del exceso pagado si se acredita que lo pagado no se destinó a satisfacer los fines que le eran propios y, por tanto, que hubo un enriquecimiento injusto. En la misma línea se manifiesta RIBOT IGUALADA [*Revista Catalana de Dret Privat* (2013) p. 115] para el Derecho catalán, que, aunque consagra expresamente el deber del alimentista de informar al alimentante de la modificación de circunstancias que determinen la reducción o supresión de los alimentos en cuanto se produzcan (art. 237-9.2 CCCat), no explicita las consecuencias de su incumplimiento.

lugar, porque esa resolución no había sido sustituida por otra ya que el alimentante no instó la modificación ni la extinción de la pensión mientras nada se le reclamó. Y, por último, porque de los hechos no se deduce que quedara acreditado que las actoras hubieran ocultado sus ingresos con el fin de lucrarse a costa del demandado. Su reclamación, en fin, *no perseguía dañar a este, se basaba en un interés legítimo y era acorde al fin perseguido por la norma.*

Cuestión distinta es que pudiera considerarse que las actoras incurrieron en retraso desleal al hacer valer su derecho. Veámoslo.

## 1.2.2 EL RETRASO DESLEAL

### 1.2.2.1 *La alegación del retraso desleal por parte del demandado*

Es posible que la AP La Coruña «abriera los ojos» al demandado sobre la posibilidad de alegar retraso desleal por parte de las actoras cuando, para descartar el abuso de derecho, razonó que «el tiempo transcurrido sin impedir el cumplimiento no convierte la reclamación *tardía* en constitutiva de una acción inmoral o contraria al sentir social de la norma, sino que tiene su propia sanción..., la pérdida del derecho a reclamar esas mensualidades por... la prescripción» (la cursiva es mía). Y es que, frente a un ejercicio *tardío* del derecho, puede entrar en juego, no solo la prescripción (y la caducidad), sino también la referida doctrina del retraso desleal<sup>22</sup>. De hecho, el demandado pasó a invocar esa doctrina además del abuso de derecho en su recurso de casación<sup>23</sup>.

### 1.2.2.2 *Caracterización y presupuestos de la doctrina del retraso desleal*

Como es sabido, el retraso desleal es uno de los supuestos típicos de *ejercicio extralimitado del derecho por comportar una contravención del principio de la buena fe* (art. 7.1 CC)<sup>24</sup>, constituyendo, en realidad, una subespecie de la prohibición de ir en contra de los propios actos<sup>25</sup>. La doctrina del retraso desleal se ha formulado diciendo que un derecho subjetivo o una pretensión «no puede ejercitarse cuando el titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará»<sup>26</sup>. Por tanto, igual que la prescripción o la caducidad, el retraso desleal requiere la falta de ejercicio del derecho durante

<sup>22</sup> La misma STS 14 de noviembre de 2018 así lo hace notar: «El decaimiento del derecho por su falta de uso no cabe predicarlo exclusivamente de los supuestos específicos en que la ley establece los oportunos plazos de prescripción y de caducidad en su exigencia, sino también en aquellos supuestos... en que el derecho se ejerce de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato establecido en el artículo 7 del Código Civil».

<sup>23</sup> Además, ya no funda el abuso únicamente en que las demandantes tuvieran ingresos bastantes, sino que insiste de forma especial en el tiempo que dejaron transcurrir sin reclamar (más de veinte años) y en que ello constituía un uso anormal del derecho, al demandarse *de forma extemporánea* el abono de una cantidad inasumible para él dada su limitada capacidad económica.

<sup>24</sup> *Vid.* al respecto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2016) p. 359.

<sup>25</sup> Así lo apunta MIGUEL GONZÁLEZ (1995) p. 844 y en el mismo sentido se ha pronunciado también el TS, p. e., en la sentencia de 13 de septiembre de 2016 (Pleno).

<sup>26</sup> Así, DÍEZ-PICAZO (1977) p. 22. En idénticos términos se expresa la STS de 3 de diciembre de 2010, cuya doctrina reproducen las SSTS de 12 de diciembre de 2011, 19 de septiembre de 2013 (Pleno), 26 de abril de 2018 o la aquí comentada, de 14 de noviembre de 2018, entre otras.

un tiempo pero, a diferencia de aquellas, exige, además, que la conducta sea desleal, por haber generado en el deudor la confianza de que el titular del derecho ya no lo ejercería<sup>27</sup>. Es esa deslealtad la que, por contravenir el principio de la buena fe, torna en inadmisible el ejercicio del derecho aun dentro del plazo legalmente previsto al efecto pues, como ha reiterado también el TS, el retraso desleal «opera necesariamente antes del término del plazo de prescripción extintivo de la acción»<sup>28</sup>. De este modo, los presupuestos del retraso desleal son, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, los siguientes<sup>29</sup>:

1) *La omisión del ejercicio del derecho por parte de su titular.* A diferencia de lo que ocurre a los efectos de la prescripción o la caducidad, aquí la inactividad del titular debe serle imputable<sup>30</sup>. En otro caso no podría reprochárselle deslealtad alguna. Así pues, es preciso que, pudiendo haber ejercitado el derecho, el titular no lo haya hecho<sup>31</sup>.

2) *El transcurso de un período de tiempo.* Cuál deba ser la duración de ese período dependerá de las circunstancias del caso, entre las cuales Miquel González menciona «la clase de derecho, la intensidad de la confianza suscitada y el alcance de las medidas tomadas a consecuencia de la misma»<sup>32</sup>.

3) *La creación de una confianza legítima o razonable en la otra parte de que el titular del derecho no lo ejercitará.* Es esto lo que determina que el ejercicio tardío del derecho se considere objetivamente desleal y, por tanto, intolerable. Esa confianza debe «surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor»<sup>33</sup> o, como subraya la STS 26 de abril de 2018, «(d)ebe ser el titular del derecho quien genere esa confianza, lo que supone algo más que su mera inactividad».

Así las cosas, se ha descartado la existencia de retraso desleal en situaciones como las siguientes:

– Caso de la STS 24 de abril de 2019. En 1989 se celebra un contrato de *leasing* sobre un piso, que el arrendatario acabó adquiriendo en ejercicio de su derecho de opción de compra, escriturándose la compraventa el 16 de enero de 1999. Durante la vigencia del contrato surgieron discrepancias entre las partes acerca de la interpretación de la cláusula relativa al tipo de interés aplicado a las cantidades pendientes de amortizar. El arrendatario hizo por ello varias reclamaciones, tanto –en 1992– a la sociedad de *leasing* (el BBV), como –más tarde– al Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Este emitió el 11 de septiembre de 1998 un informe en el que concluía que el

<sup>27</sup> En este sentido, entre otras, las SSTS 12 de diciembre de 2011 y 26 de abril de 2018.

<sup>28</sup> Así, v. gr., las SSTS de 1 de abril de 2015, 13 de septiembre de 2016 (Pleno), 24 de febrero de 2017, 2 de marzo de 2017 y 26 de abril de 2018.

<sup>29</sup> Véanse, v. gr., la STS 3 de diciembre de 2010 –que reproducen otras muchas, como la de 12 de diciembre de 2011 o la aquí comentada de 14 de noviembre de 2018– o la STS 1 de abril de 2015 –cuyas declaraciones en este punto transcriben otras SSTS como las de 13 de septiembre de 2016 (Pleno), 24 de febrero de 2017, 2 de marzo de 2017 o 26 de abril de 2018–.

<sup>30</sup> En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ (1995) p. 844, quien observa asimismo que si el titular del derecho no tuviera noticia de su existencia no podría imputársele su inactividad por regla general.

<sup>31</sup> Así lo apunta la STS 26 de abril de 2018.

<sup>32</sup> (1995) p. 844.

<sup>33</sup> Así, la STS de 1 de abril de 2015, seguida por las SSTS de 13 de septiembre de 2016 (Pleno), 24 de febrero de 2017, 2 de marzo de 2017 o 26 de abril de 2018.

BBV había incurrido en quebrantamiento de las buenas prácticas y usos bancarios y emplazaba al arrendatario a acudir a los tribunales si no llegaban a un acuerdo. El 10 de febrero de 1999, poco después de escriturarse la compraventa, el ya comprador aún dirigió al BBV una carta mostrando su discrepancia con las revisiones periódicas del tipo de interés y proponiendo diversas alternativas al efecto. Finalmente, el 16 de diciembre de 2013 demandó al Banco pidiendo que se le condonase a restituirlle las cantidades cobradas de más en concepto de intereses. La demandada opuso prescripción de la acción (por el transcurso del plazo de 5 años del art. 1966 CC) y retraso desleal. Tanto el JPI como la AP descartaron la prescripción por considerar que el plazo era el de 15 años previsto en el artículo 1964 CC, pero apreciaron retraso desleal. Esto último se basaba en la constatación de que la demanda se había presentado 14 años y 11 meses después de ejercitarse la opción de compra (el 16 de enero de 1999) y, por tanto, *un mes antes de la fecha en que prescribía la acción*, cuando, además, ya habían pasado más de 15 años desde que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España le hubiera sugerido acudir a los tribunales si no llegaba a un acuerdo con el BBV. «Tal periodo de inactividad ante la actuación contractual de la demandada –sostuvo la AP– constituye un comportamiento capaz de sustentar razonablemente la convicción de esta de conformidad o, al menos, de permisividad del actor con su proceder y generarle confianza en la no formulación de una reclamación por disconformidad con el criterio aplicado en la actualización del interés...».

El Supremo rechaza esta opinión: «lo que hace la Audiencia –dice– es asumir que el retraso por sí mismo es determinante de la confianza de la... demandada en que la acción ya no se iba a ejercitar...» y esto no es conforme con la doctrina del retraso desleal. Insiste en que «la regla es que el titular del derecho puede ejercitárselo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción». Por ello «(n)o se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan *hechos, actos o conductas suyos que engendren*, rectamente entendidos, en el obligado *la confianza* de que aquellos no se actuarán (...). En definitiva, concluye, «(p)ara que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisible es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, *y por algún hecho del titular*, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería...». Según el TS, nada de esto ocurría en el caso: «*que el actor haya apurado el plazo de prescripción no es un acto de inequívoca significación que por sí solo pudiera generar la confianza fundada* de que el derecho no iba a ser actuado» (la cursiva, tanto aquí como en las siguientes citas de sentencias, es mía). Que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España le sugiriera recurrir a los tribunales solo pone de relieve la desatenCIÓN de su reclamación por parte del BBV, cuya conducta declaró contraria a las buenas prácticas y usos bancarios. Sería paradójico –termina el Supremo– que, habiéndose calificado de esta forma la conducta del demandado, este resultara favorecido por la aplicación de una doctrina basada en la buena fe.

– Caso de la STS de 2 de junio de 2017. Se trataba aquí de unos contratos ferroviarios celebrados en 1997, en virtud de los cuales una sociedad española se comprometía a suministrar a una sociedad griega 107 vagones de trenes. Los contratos fueron garantizados mediante dos avales a primer requerimiento que Barclays Bank otorgó a favor de la sociedad suministradora. El contrato no se ejecutó conforme a lo previsto y la compradora demandó

al banco reclamando el cumplimiento de los avales, tras haberle hecho un requerimiento de pago en septiembre de 2011 sin que la entidad bancaria lo atendiera al pretender una reducción del importe. La demandada se opuso a la demanda alegando, entre otras cosas, retraso desleal en el ejercicio de la acción, por haberse entablado 9 años después del plazo originariamente previsto para el cumplimiento del contrato. El JPI apreció efectivamente ese retraso y desestimó la demanda valorando, en lo que aquí interesa, que la demandante debió tener la certeza de que el contrato no iba a cumplirse mucho antes de hacer aquel requerimiento, claramente en el año 2004, cuando solo se entregaron 4 vagones. La AP confirmó este pronunciamiento.

Sin embargo, el TS, tras apuntar que la actora había ejercitado su «legítimo derecho a exigir el cumplimiento de los avales dentro del límite temporal pactado», sostiene que su exigencia no podía calificarse de retraso desleal porque, no obstante el tiempo transcurrido desde su firma, «la demandada no solicitó su devolución, mantuvo en sus libros y documentación la contabilidad de dichos avales e, inclusive, con fecha de 20 de octubre de 2011, manifestó por carta a la demandante su disposición a proceder al pago si se reducía el importe reclamado inicialmente». Estos datos que apunta el Supremo revelan que, en realidad, la demandada *no confiaba* en que no se le fueran a reclamar los avales, con lo que fallaba ya uno de los presupuestos básicos de la doctrina del retraso desleal. De ahí que el Alto Tribunal concluya que no podía atribuirse a la demandante «*una actitud omisiva a través de la cual la demandada, de una forma razonable y objetiva, pudiera confiar* que el derecho de garantía no iba a ser ejercitado» (*sic*).

– Caso de la STS de 2 de marzo de 2017. El 14 de diciembre de 1984 una sociedad recibió de la Administración un préstamo por 10 años, garantizado con hipoteca el 19 de abril de 1985. La deudora solo hizo efectivo un pago, correspondiente a los intereses del primer año, el 28 de octubre de 1986. Por esta razón, el 9 de febrero de 2007 recibió un requerimiento de la acreedora. Esta dio por vencido el préstamo el 15 de julio de 2008 y, tras certificar la deuda (poco más de 60.000 € de principal y de 33.000 € de intereses remuneratorios, junto con casi 85.000 € de intereses de demora), instó la ejecución hipotecaria el 9 de abril de 2010, lo que dio lugar a que se dictara auto despachando la ejecución solicitada. Los ejecutados demandaron después a la Administración pretendiendo que se declarara que la acción hipotecaria había prescrito y alegando, además, retraso desleal en su ejercicio. Tanto el JPI como la AP apreciaron dicho retraso. En concreto la AP consideró evidente que la Administración ejecutante había mantenido una absoluta pasividad e inactividad en el ámbito del préstamo *durante casi 20 años desde el primer impago* y que por ello concurrían los requisitos para apreciar el retraso desleal. Máxime en este caso –añadió– en que la cantidad reclamada por intereses de demora excede en mucho del principal y los intereses remuneratorios.

El TS discrepa de dicha conclusión por entender que no concurría el presupuesto del ejercicio desleal de la reclamación ya que «*la mera inactividad o el transcurso dilatado de un periodo de tiempo en la reclamación del crédito no comporta, por sí solo, un acto propio del acreedor que cree, objetivamente, una razonable confianza en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito*»<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Por lo demás, el TS devuelve las actuaciones a la AP para que decida sobre las pretensiones de los demandantes relativas a la prescripción.

- Caso de la STS de 1 de abril de 2015. En esta ocasión se trataba de la demanda dirigida por un banco (el BBVA) a los fiadores de su deudor, reclamándoles las cantidades pendientes de pago de un préstamo hipotecario que no habían quedado cubiertas en la ejecución hipotecaria. La reclamación no se dirigió contra otros dos fiadores, con los que el banco pactó su liberación, de modo que se ceñía al 60% de la deuda existente, correspondiendo el 40% a los liberados. El banco les reclamó extrajudicialmente el pago en octubre de 2006 y, por lo que se deduce de algún pasaje de la sentencia, la demanda debió presentarse en 2010. El JPI estimó la demanda, no así la AP que, entre otras consideraciones, niega que la reclamación extrajudicial interrumpiera la prescripción y subraya que habían pasado ya 17 años desde el auto de archivo y hasta la demanda.

El TS sostiene, por el contrario, que el plazo de prescripción que empezó a correr en noviembre de 1992 había quedado interrumpido por el requerimiento de octubre de 2006 (*a punto, por tanto, de cumplirse el plazo de 15 años*). En cuanto al retraso desleal, después de recordar sus presupuestos y, en particular, que la confianza del deudor en la no reclamación del crédito «*debe surgir, necesariamente, de actos propios del acreedor*», afirma que «nada de esto último ocurre en el presente caso pues, al margen de apurar al máximo el plazo de prescripción de la acción, la propia interrupción de la prescripción, así como la negociación del pago con el resto de los fiadores, muestran bien a las claras que la entidad bancaria *no realizó actos propios* en orden a la condonación de la deuda pendiente».

- Caso de la STS de 3 de diciembre de 2010. Vencido un préstamo bancario el 30 de abril de 1993 y no siendo pagado el principal por los deudores (una sociedad y dos personas físicas), el banco cerró su cuenta de crédito y la liquidó (resultando un saldo a su favor de poco más de 100.000 €). El 15 de junio de 1993 reclamó el saldo en procedimiento ejecutivo que, por plantearse incorrectamente, concluyó por sentencia declarativa de la nulidad del juicio. Al mismo tiempo la sociedad deudora solicitó la suspensión de pagos, compareciendo el banco en la lista de acreedores y obteniendo el reconocimiento de su crédito. Durante la fase de suspensión de pagos, el banco ejecutó una hipoteca que garantizaba las obligaciones del deudor. Este procedimiento fue también declarado nulo y en él el banco fue condenado a indemnizar al deudor por los daños y perjuicios derivados de la ejecución hipotecaria (cuantificados en algo más de 4.402.000 €). El deudor promovió la ejecución de esta sentencia el 2 de mayo de 2005 y, enseguida, el 21 de septiembre de 2005, el banco le demandó pidiendo el pago de poco menos de 2.880.000 € por el préstamo de 1993 (principal e intereses de demora). El demandado alegó, entre otras cuestiones, retraso desleal. El JPI no lo apreció aunque sí entendió, respecto de los intereses moratorios, que la reclamación tardía hacía que resultara una suma desproporcionada atentatoria al principio de buena fe. La AP rechazó asimismo la procedencia de esos intereses.

Según apunta el TS, se trataba de determinar «si quien reclama el pago de un crédito años después de haberse contraído, pero dentro del plazo de prescripción, está actuando de forma leal o bien está incurriendo en un abuso del derecho, sobre todo cuando esta deuda está generando unos intereses que, como en el caso que nos ocupa, pueden ser de elevada cuantía». El Supremo sostiene que no hubo retraso desleal. Así, tras destacar que el banco solo interpuso la demanda reclamando el pago pendiente cuando supo que los deudores habían venido a mejor fortuna (por haber cobrado de él mismo una indemnización), repasa las múltiples iniciativas del banco para intentar

cobrar lo que se le debía y concluye que, a la vista de ello, «*no hubo [por parte del banco] una conducta que permitiera a los deudores... concluir que había renunciado al ejercicio de la acción...*». Y ello, a pesar de haber pasado 11 años entre aquellas actuaciones y la presentación de la demanda.

Este breve repaso jurisprudencial revela que el acento siempre se sitúa en lo mismo: *es preciso que la conducta del titular del derecho haya generado una confianza razonable y legítima en el sujeto pasivo de que el derecho no se ejercitaría*. Cuando el titular lleva a cabo acciones de diverso tipo encaminadas a que el deudor satisfaga el crédito es evidente que no podrá considerarse que ha generado esa confianza (como ocurría, p. e., en el caso de la STS de 3 de diciembre de 2010). En otras ocasiones la ausencia de dicha confianza puede deducirse, simplemente, de la propia conducta del deudor (como en el caso de la STS de 2 de junio de 2017). Pero lo que el TS está poniendo de manifiesto es que, más allá de estos supuestos, la sola inactividad del titular (y aun a falta de conductas del sujeto pasivo que denoten que cuenta con que el derecho será ejercido) no da lugar a un retraso desleal. *No basta la mera inactividad ni que prácticamente se agote el plazo* (de prescripción o de caducidad) del que se dispone para ejercitarse el derecho. Se exigen de su parte *actos, hechos, conductas que generen la referida confianza*. Solo entonces el ejercicio tardío del derecho puede considerarse *contrario a esos actos previos* y, por tanto, desleal y contrario a la buena fe.

Veamos, pues, algunos supuestos en los que se constató la existencia de esos actos propios determinantes de la apreciación de retraso desleal.

– Caso de la STS (Pleno) de 13 de septiembre de 2016. Dos particulares celebraron el 22 de julio de 2004 la compraventa de una finca en documento privado por un precio de 180.303 €. En el contrato fijaron el 9 de septiembre de 2006 como fecha para que la compradora efectuara el último pago pendiente (90.151 €) y la vendedora entregara la finca mediante otorgamiento de escritura pública. También incluyeron una cláusula penal de 250 € por cada día hábil que la vendedora se retrasara en cumplir con su obligación de entregar la posesión de la finca. El importe de la pena se restaría, en su caso, de la cantidad que en ese momento quedase pendiente de pago. La vendedora incumplió su compromiso de escriturar en la fecha prevista (que ambas partes habían pospuesto al 25 de septiembre de 2006). Esto determinó que a mediados de 2007 la compradora la demandara pidiendo que se la condenara a escriturar, consignando en el Juzgado los 90.151 € pendientes de pago. La demanda fue estimada, por lo que el 31 de julio de 2008 ambas otorgaron la debida escritura de compraventa y la vendedora recibió los 90.151 €. La demanda que inició este proceso fue presentada en diciembre de 2010 por la compradora, que reclamaba a la vendedora 110.500 € en aplicación de la cláusula penal pactada en el originario documento privado de compraventa, habida cuenta que la demandada se había retrasado 442 días en cumplir con su obligación de escriturar. El JPI estimó íntegramente la demanda, pero la AP, considerando absolutamente desproporcionada la indemnización, la redujo al 20% y la dejó cifrada en poco más de 22.000 €.

Solo recurrió en casación la demandante y, aunque el TS le dio la razón en cuanto a la improcedencia de aplicar el artículo 1154 CC al caso, sin embargo, desestimó el recurso. En esencia, porque considera inadmisible, conforme a la buena fe, el ejercicio de la pretensión deducida en la demanda. El motivo es que *la compradora había generado en la vendedora la fundada confianza de que no reclamaría la pena en el futuro*. ¿Cómo? Primero, cuando, al demandarla a mediados de 2007 para que escriturara, no exigió el pago

de la penalidad y, en su lugar, *consignó* en el Juzgado todo el precio que quedaba pendiente de pago (90.151 €). Después, cuando, al otorgarse la escritura pública en 2008, pagó esa suma sin hacer ninguna reserva respecto de la penalidad, «ni en el mismo acto –dice el Supremo–, ni inmediatamente después de haber conseguido... la posesión de la finca». Por tanto, el Supremo ve en la consignación y el pago hechos por la titular del derecho esos actos propios generadores de una confianza razonable en el sujeto pasivo, que se vio defraudada por la posterior demanda<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> No obstante, como destaca la propia sentencia, dado que solo recurrió en casación la actora, la prohibición de *reformatio in peius* impidió al TS desestimar totalmente la pretensión o imponer a la demandada una condena menos gravosa que la impuesta por la sentencia recurrida. El Supremo recuerda en este último punto la posibilidad de que el retraso desleal dé lugar a una pérdida solo parcial del derecho ejercitado tardíamente, posibilidad que había sido admitida ya por la STS de 29 de marzo de 2016.

Los hechos enjuiciados por dicha STS de 29 de marzo de 2016 fueron los siguientes. Un matrimonio transmitió unos terrenos a sus tres hijos mediante una compraventa a tres sociedades: Kropnick, S. L., sociedad instrumental de Juan Miguel y Bernarda (los demandados); Chavaler, S. A., que vendió su participación a Kropnick, S. L.; y Azapiedra, S. A., sociedad instrumental de Leonor (demandante). El 14 de mayo de 1990 Juan Miguel y Bernarda ofrecieron a Leonor comprarle su participación por 400 millones de pesetas, añadiendo que cuando ellos vendieran una parte significativa de los terrenos la reservarían «100.000.000 de pesetas que se actualizarían con la variación del IPC desde el uno de enero de 1991 hasta esa fecha». El 17 de mayo de 1990 Azapiedra, S. A., vendió su parte a Kropnick, S. L., recibiendo en ese momento 40 millones de pesetas y aplazándose el pago de los restantes 360 millones al 10 de enero de 1991. Esta compraventa se escrutaría el 21 de junio de 1990 y el resto del precio se abonó con retraso, el 24 de marzo de 1992, tras requerirlo la vendedora. Poco antes, el 17 de marzo de 1992 Juan Miguel había dirigido una carta a Leonor ratificando su intención, manifestada en la carta de 14 de mayo de 1990, de reservarle la cantidad en ella señalada en cuanto vendieran una parte significativa de las fincas. Esta venta se produjo finalmente el 9 de junio de 1994, no le fue notificada a Leonor y se inscribió en el Registro de la Propiedad el 26 de octubre de 1994. Por otra parte, en el año 2000 Leonor instó contra sus hermanos proceso sobre nulidad del testamento de su padre, que terminó por transacción el mismo año. La AP Madrid (en su sentencia de 29 de octubre de 2013 que, al ser recurrida, fue la que dio lugar a la STS de 29 de marzo de 2016) apunta la posible incidencia indirecta de ese hecho en el presente litigio. Fallecida la madre, a comienzos del año 2008 surgen de nuevo desacuerdos entre los hermanos sobre la partición de la herencia y vuelve a plantearse la reclamación de los 100 millones de pesetas. Finalmente, el 8 de junio de 2009, Leonor y Azapiedra S. A. demandaron a Juan Miguel, Bernarda y Kropnick S. L. reclamando 1.088.432,88 €, resultantes de los 100 millones de pesetas convertidos en euros –601.012,10 €– más la actualización desde el 1 de enero de 1991 y hasta el 1 de marzo de 2009.

El JPI estimó la demanda. La AP la revocó y redujo la cantidad a percibir. Sostuvo la AP que, dado que la demandante pudo tener conocimiento de la venta desde que se inscribió en el Registro, el 26 de octubre de 1994, al ejercitarse su acción el 8 de junio de 2009 se apreciaba retraso desleal que impedía repercutir en los demandados los efectos negativos ínsitos en aquél. Consiguientemente, redujo la actualización al período comprendido del 1 de enero de 1991 al 26 de octubre de 1994.

Recurrida esta sentencia por ambas partes, el Supremo la confirmó. Sostiene que sí hubo retraso desleal, al ejercitarse «la acción más de una década después de haber podido hacer una actualización, exagerada artificialmente» al tiempo que estima que «(l)a reducción que hace del tiempo de la actualización de la cantidad reclamada es acorde al principio de la buena fe... Y este principio no produce la inadmisión completa de una pretensión, sino que ésta puede ser atemperada, ya que si desconociéramos por entero la pretensión sería tanto como introducir un plazo de prescripción y atentaría, ciertamente, a la buena fe que se negara por el retraso una pretensión que había sido aceptada por ambas partes. / Por tanto, “se considera aceptable y ajustado al principio de la buena fe que el retraso desleal no deba producir siempre la ineficacia de la pretensión sino que puede ser ésta adaptada a las exigencias de aquel principio”, como ha hecho en el presente caso la sentencia recurrida».

— Caso de la STS de 19 de junio de 1985. En un contrato de arrendamiento de local de negocio, celebrado el 1 de febrero de 1975, se pactó una renta de 83.700 pesetas al mes y su actualización anual conforme a determinado índice «sin necesidad de requerimiento alguno». El 12 de mayo de 1976 la arrendadora dirigió una carta a la arrendataria recordándole el incremento anual. Desde entonces no volvió a notificarle ni a requerirle nada hasta el acto de conciliación celebrado sin avenencia el 11 de septiembre de 1981 y en cuya papeleta reclamaba a la arrendataria la suma de todos los incrementos correspondientes a los años 1976 a 1981. El JPI, acogiendo la demanda de la arrendadora, entendió que la renta mensual había quedado aumentada anual y sucesivamente y condenó a la arrendataria a pagarle poco menos de 2.800.000 pesetas. La AP revocó la sentencia y reconoció el derecho de la arrendadora a cobrar la renta actualizada solo a partir del 1 de octubre de 1981.

El TS confirmó la sentencia de la AP y, partiendo de que la arrendadora tenía que ejercer el derecho de revisión pactado en el contrato si quería hacerlo valer, consideró que su no ejercicio —o no reclamación de la renta revisada— suponía un abandono o renuncia al mismo<sup>36</sup> «pues entender lo contrario sería... autorizar... un ejercicio anómalo del derecho... por parte de quien deja transcurrir los años... para luego ejercitar el derecho extemporáneamente, colocando al deudor arrendatario ante la realidad de una deuda o prestación excesiva, impensada o no esperada y sumamente gravosa, frustrando así

---

Todo lo expuesto sugiere algunas reflexiones. En primer lugar, los hechos descritos ponen de manifiesto que las relaciones entre Leonor, de un lado, y sus dos hermanos, de otro, no eran particularmente fluidas pues surgieron entre ellos varios desencuentros a lo largo de los años con motivo del reparto de los bienes paternos. Por eso cabría pensar que la reclamación de Leonor no debió sorprender a sus hermanos, pues parece que siempre fue un asunto pendiente. La misma AP apunta la posible influencia indirecta que pudo tener en la presente controversia la acción de nulidad del testamento de su padre y de la escritura de aceptación de herencia ejercitada por Leonor en el año 2000 y dice textualmente que «la reclamación de los 100 millones de pesetas permaneció latente hasta el fallecimiento de la madre» en 2008. Esto llevaría a cuestionar que los hermanos demandados tuvieran una razonable y legítima confianza en que Leonor no iba a ejercitarse su derecho.

Llama la atención, por otra parte, que, tratándose de un posible retraso desleal en el ejercicio de su pretensión por parte de Leonor, solo se mencione una vez, de pasada y por la AP, el hecho de que no se le notificara la venta que activaba su derecho a recibir los 100 millones de pesetas. Como vimos, para hablar de retraso desleal es preciso que la inactividad del titular del derecho le sea imputable. Consecuentemente, en tanto Leonor no tuviera conocimiento de la venta ni podía hacer valer su pretensión ni podía reprocharsele bajo ningún punto de vista que no lo hiciera. En cambio, la AP asume (y el TS no lo desmiente) que podría haber reclamado desde que pudo tener conocimiento de la venta por inscribirse en el Registro de la Propiedad, lo que, por lo que acabo de decir, me parece discutible. Con todo, es verdad que la demandante no hizo reparo alguno en este punto, lo que hace pensar que efectivamente supo de la venta en aquel momento.

Finalmente, la apreciación del retraso desleal no condujo ni a la AP ni al TS a desestimar la pretensión íntegramente sino solo a atemperarla, reduciendo el periodo de actualización de la cantidad reclamada desde el 1 de enero de 1991 hasta el 26 de octubre de 1994. Sin embargo, si se tienen en cuenta los términos del acuerdo es dudoso que para llegar a esta conclusión fuera preciso recurrir a la doctrina del retraso desleal. Lo acordado fue que en el momento en que Juan Miguel y Bernarda vendieran una parte significativa de los terrenos reservarían a Leonor 100.000.000 de pesetas «que se actualizarían con la variación del IPC desde el uno de enero de 1991 hasta esa fecha». Ante la claridad de estos términos, que circunscribían la actualización hasta la fecha en que se produjera la venta, ¿para qué invocar un retraso desleal que podía ser cuestionable?

<sup>36</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (1995) p. 845, destaca en este punto la confusión que se opera en la sentencia entre retraso desleal «como supuesto no formal de generación de confianza legítima» y figuras negociales como el abandono o la renuncia.

la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra y que el Derecho debe respetar»<sup>37</sup>. Importa destacar aquí que la inactividad del titular del derecho resulta tanto más significativa cuanto que *mes tras mes, durante años, la arrendadora cobró la renta inicial sin indicar nada acerca de su eventual revisión*. En tales circunstancias, parece lógico que no pudiera pretenderse con éxito una actualización con efectos retroactivos, con la que, fundadamente, la arrendataria no tenía por qué contar.

– Caso de la STS de 21 de mayo de 1982. Un médico prestó durante años (desde enero de 1966 a mayo de 1975) sus servicios a un constructor y su familia. Nunca le reclamó nada por ese concepto. Hasta mayo de 1978, momento en que el constructor le presenta la liquidación de una obra que le había hecho y a la que había aplicado un descuento en consideración a aquellas atenciones. Es entonces cuando el médico y comitente de la obra opone la compensación de 326.000 pesetas, como importe de sus honorarios profesionales, a la reclamación de 718.324 pesetas del contratista. Tanto el JPI como la AP estimaron parcialmente la demanda de este y apreciaron la compensación, descartando que la buena fe tuviera resonancia en el campo del Derecho.

El TS, por el contrario, apreció retraso desleal y entendió que la falta de reclamación de sus honorarios por parte del médico en el dilatado período de tiempo en que los prestó denotaba «un acto propio que ponía de manifiesto la inequívoca voluntad de condonarlos, engendrando fundamentalmente en el deudor la creencia de que tal condonación se había efectuado, razonable creencia que motivó hiciera una importante bonificación de lo que a su vez le era debido». En este caso, por tanto, es de subrayar que se trataba de *servicios prestados y no cobrados a lo largo de casi un decenio*, conducta más que significativa como para generar en el actor la legítima confianza de que el médico no pensaba exigir nada por ellos. Y la prueba de que esa confianza existía es que el constructor aplicó una rebaja a la liquidación de la obra hecha, precisamente en atención a los servicios que había recibido del doctor.

En definitiva, en todos los casos mencionados podía inferirse razonablemente de los actos propios del titular del derecho (consignando y pagando la parte de precio pendiente sin aplicar pena alguna, cobrando continuadamente la renta básica sin revisarla o prestando durante años servicios profesionales sin exigir nada a cambio) que este no iba a ejercitarlo.

#### 1.2.2.3 *La aplicación de la doctrina del retraso desleal en el caso enjuiciado*

Como sabemos, en la sentencia objeto de este comentario, el TS aprecia retraso desleal en la esposa actora<sup>38</sup>. Considera que no cumple con los requisitos de ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe «la reclamación que se hace con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia, cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago». Habla también de un decaimiento del derecho por su falta de uso cuando «se ejerce de forma tan tardía que supone desconocimiento del mandato esta-

<sup>37</sup> El Supremo añade estos argumentos al empleado por la AP, que se había basado en lo dispuesto en el artículo 101 de la entonces vigente LAU, según el cual «la facultad del arrendador para elevar la renta... podrá ejercitárla en cualquier tiempo, pero sin que en ningún caso la elevación tenga efecto retroactivo».

<sup>38</sup> El Supremo se refiere solo a ella porque la pretensión de la hija es desestimada por falta de legitimación activa.

blecido en el artículo 7 del Código Civil». Partiendo de aquí, vamos a examinar si en el caso efectivamente concurrían los presupuestos del retraso desleal, que el Supremo se limita a enumerar en esta ocasión, reproduciendo la STS de 3 de diciembre de 2010.

Es preciso, en primer lugar, *que el titular del derecho omita ejercitarlo* pudiendo hacerlo, de forma que tal omisión le sea *imputable*. Como veíamos antes, no se deducen del caso cuáles fueron los motivos de la inactividad de la esposa durante veinte años. La alegación del marido en el sentido de que la mujer no le había reclamado antes nada porque ambos lo habían pactado así a cambio de que ella pudiera seguir disfrutando del uso de la vivienda familiar resultaba poco creíble. Pero, al margen de ello y de la nulidad de dicho supuesto pacto<sup>39</sup>, si la inactividad de la mujer se hubiera debido efectivamente a que se consideraba vinculada por él y, por tanto, no legitimada para reclamar los alimentos, de ello habría que deducir que la falta de ejercicio del derecho por su parte no le sería imputable. En todo caso, como decía, la existencia del mencionado pacto resulta más que dudosa, por lo que no cabe inferir nada a partir de él. Así las cosas, habría que partir de que la mujer no reclamó pudiendo hacerlo y concluir que este primer requisito se daba en nuestro caso.

Concurre también el segundo requisito, *el transcurso de un período de tiempo*, pues 20 años parece un plazo suficientemente significativo cuando se trata, además, de un crédito dirigido a cubrir necesidades vitales de su titular (el alimentista). El Supremo parece querer subrayar este dato cuando, al apreciar que se había ejercitado el derecho en contra de la buena fe, destaca que la reclamación se hiciera «con tanto retraso respecto del momento en que presumiblemente era necesario percibir la pensión alimenticia». Ahora bien, una cosa es tener en cuenta el tipo de derecho del que se trata a la hora de ponderar cuánto tiempo de inactividad es preciso para considerar cumplido el presupuesto al que ahora me estoy refiriendo, y otra cosa bien distinta es entender que, dado que la obligación alimenticia se justifica por la situación de necesidad del alimentista, el hecho de que este subsistiera sin ellos demuestra que no estaban justificados y que su reclamación a *posteriori* denota mala fe. Esto último es inadmisible. El mismo legislador permite la reclamación de las pensiones alimenticias atrasadas durante 5 años (1966.1.<sup>a</sup> CC). Por otra parte, una vez fijados los alimentos por un juez, su supresión o su modificación solo puede ser dictaminada del mismo modo (judicialmente) y con base, respectivamente, en las causas legalmente previstas para su cese o en un cambio sobrevenido de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al establecer la pensión. Que no se haya reclamado durante un tiempo no justifica por sí que una de esas causas haya tenido lugar o que ese cambio se haya producido.

*La creación de una confianza legítima en la otra parte de que el titular del derecho no lo ejercitará* es el último presupuesto del retraso desleal y, a mi modo de ver, el de concurrencia más discutible en el caso. Como hemos visto anteriormente, el Supremo insiste en sus fallos en que no basta la mera inactividad del titular ni que apure los plazos de prescripción o caducidad, siendo preciso algo más: una conducta o unos actos propios que generen objetivamente esa confianza. De la descripción de los hechos que resulta de las sentencias de la AP y del TS solo se desprende que la mujer no reclamó nada en 20 años. No se da cuenta de ningún acto por su parte, más allá de su

<sup>39</sup> *Vid. supra* apartado 1.1.

sola inactividad, que hubiera podido generar en el esposo la confianza de que ya no ejercitaría su derecho. En tales condiciones cabría sostener, como recuerda el mismo TS en varias de las sentencias antes citadas, que la esposa podía hacer valer su pretensión hasta el último momento hábil del plazo de prescripción y que *no podía considerarse que obrara de mala fe al ejercitar su derecho dentro de plazo sin haber llevado a cabo anteriormente actos que pudieran engendrar en el marido la confianza de que no lo actuaría. No puede considerarse un acto propio a los efectos que aquí interesan no reclamar el crédito.* A estos efectos debe resultar indiferente que lo que se reclame sea una cantidad devengada puntualmente tiempo atrás y debida desde entonces o que sean cantidades que se van generando periódicamente, como intereses o, en nuestro caso, pensiones. La mujer dejó pasar mucho tiempo sin exigir las pensiones que mensualmente fueron venciendo. Pero tampoco, en alguno de los casos vistos, el acreedor exigió durante años el abono de los intereses que se iban acumulando (aparte del capital) y en esa mera pasividad no se vio acto propio apto para generar una confianza legítima en que no se iban a exigir, de manera que esa inactividad no impidió al Supremo descartar el retraso desleal. Por todo ello me parece defendible entender que en el caso enjuiciado *la esposa no pudo generar en el marido, con su mera inacción, una confianza legítima y razonable de que ya no iba a reclamar las pensiones impagadas.*

Más allá de los requisitos apuntados, ¿se podría considerar como elemento que contribuye a la apreciación del retraso desleal *lo elevado de la suma reclamada* por haberse acumulado las cantidades exigibles o las actualizaciones o intereses generados a lo largo del tiempo de inactividad del derecho? La sentencia objeto de este comentario parece insinuarlo así cuando, en el pasaje antes transscrito, apunta que no es conforme a la buena fe la reclamación hecha con tanto retraso «cuando se acumulan cantidades que difícilmente pueden ser asumidas por el obligado al pago»<sup>40</sup>. Como vimos, también la STS de 19 de junio de 1985 hace referencia a ello cuando justifica su consideración del retraso como desleal y señala que el ejercicio extemporáneo del derecho a actualizar la renta colocaba al arrendatario ante una deuda excesiva, no esperada y sumamente gravosa. Pero hay una diferencia relevante, en mi opinión, entre ambos casos. En este último había una relación contractual entre ambas partes, en cuyo marco mes a mes y año a año la arrendadora *alentó la confianza* de la arrendataria, *al cobrarle la renta básica* sin mencionar ni exigir su actualización. En nuestro caso, en cambio, no ocurría tal cosa. Recaída la sentencia que obligaba al esposo a hacer un pago mensual de alimentos a su mujer, aquél simplemente desoyó esa condena desde el principio, sin que la mujer, por su parte, observara ninguna conducta – más allá de la propia inactividad – que pudiera hacer pensar al otro que nunca le reclamaría nada. Por eso, en mi opinión, cabría sostener aquí lo mismo que la STS de 3 de diciembre de 2010 que, planteándose la cuestión apuntada al comienzo de este párrafo<sup>41</sup>, la responde negativamente señalan-

<sup>40</sup> En su demanda la esposa exigía algo más de 39.000 euros y el marido, jubilado, cobraba una pensión mensual de 630 € y debía pagar un alquiler de vivienda (según se apunta en la SAP La Coruña 20 de noviembre de 2015). En esta línea, el recurso de casación del marido sostenía que se estaba reclamando «de forma extemporánea el abono de una cantidad inasumible por el recurrente por su capacidad económica».

<sup>41</sup> En concreto el TS se preguntaba «si quién reclama el pago de un crédito años después de haberse contraído, pero dentro del plazo de prescripción, está actuando de forma leal o bien está incurriendo en un abuso del derecho, sobre todo cuando esta deuda

do, entre otras cosas, que la acumulación de intereses se debía, no a la supuesta conducta desleal del titular del derecho, «sino a la falta de pago de los propios deudores, que dejaron transcurrir un largo periodo de tiempo sin hacer efectiva la deuda». En nuestro caso cabe decir lo mismo: la suma acumulada resultaba difícil de asumir por el alimentante precisamente porque nunca pagó lo debido. La falta de capacidad económica del deudor, por lo demás, sería relevante para modificar o incluso extinguir la obligación de alimentos, pero no lo es a la hora de apreciar retraso desleal, cuya existencia descansa únicamente en los presupuestos antes apuntados. Si se dan esos presupuestos, la capacidad económica o no del demandado para pagar lo adeudado debería ser irrelevante y su solvencia no justificaría que el derecho pudiera hacerse valer contra él en contra de los mandatos de la buena fe. Y si esos presupuestos no se dan, el derecho podrá hacerse valer contra el sujeto pasivo, sea cual sea su situación patrimonial (sin perjuicio de que las posibilidades efectivas de cobro sean limitadas)<sup>42</sup>.

Finalmente, y como argumento adicional para sustentar la tesis de que no hubo retraso desleal por parte de la esposa podría decirse, parafraseando la STS de 24 de abril de 2019, que «sería paradójico favorecer mediante la aplicación de una doctrina construida sobre la buena fe» a quien se comportó como el demandado. Demandado que, en nuestro caso, desatendió por completo y desde el principio su obligación de cubrir las necesidades vitales de su esposa y mantener a su hija, inicialmente menor de edad.

Por todo lo dicho, creo que es defendible sostener que en el caso enjuiciado *no hubo tampoco retraso desleal* por parte de la esposa demandante.

### 1.2.3 LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Si se parte de que no hubo en la esposa demandante ni abuso de derecho ni retraso desleal, habría que precisar cuántas mensualidades atrasadas podría reclamar por no estar afectadas por la prescripción extintiva. El TS no entró en ello porque, apreciado un ejercicio del derecho contrario a la buena fe, ya no había cuestión. Pero sí lo hizo la AP al entender –en contra del criterio del JPI– que no había habido abuso de derecho por parte de las actoras.

Recordemos que ambas habían pedido el pago de las pensiones devengadas desde noviembre de 2002 y hasta el mes en que cada una de ellas interpuso la demanda (junio de 2011 la madre y octubre de 2013 la hija). Dado que la madre había pretendido en noviembre de 2007 la ejecución de lo acordado en la sentencia de separación sobre los alimentos, las demandantes entendían que con ello había quedado interrumpido el plazo de prescripción fijado en el artículo 1966.1.<sup>a</sup> CC, pese a declararse caducada la acción ejecutiva, y que podían reclamar las pensiones correspondientes a los 5 años anteriores.

Así lo estimó también la AP, en contra del criterio del JPI, y por ello condenó al esposo a abonar a madre e hija las pensiones devengadas desde noviembre de 2002 hasta enero de 2015 (cuando el JPI dictó sentencia). La AP parte de que, conforme al artículo 1973 CC, cualquier reclamación hecha

---

*está generando unos intereses que, como en el caso que nos ocupa, pueden ser de elevada cuantía* (la cursiva es mía).

<sup>42</sup> Cuestión distinta es que, quizás, la falta de reclamación continuada unida a los actos propios del titular del derecho pueda generar en quien tiene recursos escasos más confianza de que el cobro ya no se va a exigir que en quien disfruta de una posición desahogada, precisamente porque, a medida que pasa el tiempo y la deuda va aumentando, las posibilidades efectivas de pago se van reduciendo más para el primero que para el segundo.

al deudor por vía judicial para que cumpla con su obligación sirve para interrumpir la prescripción extintiva. *La demanda de ejecución de la sentencia presentada por la esposa en 2007 revelaba su voluntad de conservar el derecho y reclamar la deuda pendiente, lo que llegó a conocimiento del marido*, que se opuso a la ejecución. Por ello –concluye la AP– «como cualquier otra actuación judicial, sirve para interrumpir el cómputo del plazo prescriptivo. El que posteriormente se resolviese que la acción ejecutiva estaba caducada no afecta al efecto de interrumpir la prescripción».

Poco hay que añadir, en mi opinión, a este razonamiento, con el que estoy plenamente de acuerdo. Por lo demás, concuerda con la jurisprudencia del Supremo, que la misma AP cita, en el sentido de que cuando haya un simple atisbo de *animus conservandi* del derecho en quien se pretende aplicar la prescripción, habrá que considerar interrumpido el plazo de prescripción.

Cierto es que la esposa no reaccionó hasta el año 2007, pero dado que entonces el marido seguía obligado al pago mensual de la pensión porque la obligación no había sido declarada extinguida, y dado también que, según lo aquí defendido, no podía imputarse a aquella un ejercicio del derecho contrario a la buena fe, del artículo 1966.1.<sup>a</sup> en relación con el artículo 1973 CC resultaba que podía reclamar las pensiones devengadas desde noviembre de 2002. Su empeño de hacer valer su derecho alimenticio, evidente y conocido por el marido, no cejó desde entonces y por ello, poco después de que la acción ejecutiva que había ejercitado se declarase caducada (en abril de 2010), recuperó al procedimiento declarativo en junio de 2011<sup>43</sup>.

## 2. LA EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Sabemos que el esposo solicitó que se declarase la extinción de su obligación alimenticia con efectos desde el 1 de enero de 2000. También que en todas las instancias se acogió su petición, si bien tanto el JPI como la AP especificaron que *los efectos de la extinción no podían ser retroactivos* y debían producirse desde la fecha de la sentencia de primera instancia (dictada el 29 de enero de 2015). A ello y a la jurisprudencia en este sentido ya me referí anteriormente, por lo que me remito a lo ya expuesto<sup>44</sup>.

Aquí me centraré en el análisis de la *causa determinante* de dicha extinción. El motivo que alegó el demandado para solicitarla fue *la falta de necesi-*

<sup>43</sup> En otro orden de cosas cabría observar que no se entiende bien por qué la referida acción ejecutiva se declaró caducada en el proceso precedente. El propio TS apunta en la sentencia comentada que la caducidad de cinco años propia de tal acción (art. 518 LEC) «en este supuesto arrancaría de la fecha de exigibilidad de cada una de dichas pensiones...». Esta es, según apunta APARICIO CAROL [(2018) pp. 52 y 53], la interpretación unánime que del artículo 518 LEC hacen nuestros tribunales, entendiendo que el plazo debe computarse «desde la fecha del incumplimiento denunciado por el ejecutante, por lo que tan solo pueden excluirse de la acción ejecutiva, en su amparo judicial, las obligaciones incumplidas en períodos que se sitúen más allá de los cinco años en relación a la fecha de su efectiva reclamación» (*op. cit.*, p. 52). De este modo, si el plazo comienza a correr desde el impago de la correspondiente mensualidad, cuando la esposa instó procedimiento ejecutivo en 2007, la acción no debería haberse considerado caducada respecto de las pensiones devengadas y no satisfechas en los cinco años inmediatamente precedentes a la interposición de la demanda. Sin embargo, eso es lo que declaró la AP La Coruña en su auto de 23 de abril de 2010.

<sup>44</sup> *Vid. supra*, apartado 1.2.1.

*dad de las alimentistas*, tanto de la esposa como de la hija<sup>45</sup>. La extinción encontraría su soporte legal en el artículo 152.3.<sup>º</sup> CC, que prevé el cese de la obligación de dar alimentos cuando el alimentista pueda ejercer un trabajo o haya mejorado de fortuna, de suerte que ya no precise la pensión para subsistir. Sin embargo, a la vista de lo que señala la AP La Coruña en su sentencia resultaba bastante cuestionable que esposa e hija se hallaran en esa situación. De hecho, la propia sentencia lo niega categóricamente, frente a lo mantenido previamente por el JPI<sup>46</sup>. Por lo que se refiere a la esposa, y como observa la Audiencia, el hecho de que la Administración le hubiera reconocido una renta de integración social y de que también se le hubiera concedido el beneficio de asistencia jurídica gratuita, apuntaba a que, pese a contar con cierto patrimonio, carecía de recursos suficientes para subsistir. Por lo demás, la renta de integración era tan reducida (apenas 365 € mensuales) que resultaba más que dudoso que bastara para sacar a la mujer de su situación de necesidad<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> En su oposición a la ejecución instada por su esposa en 2007 alegó, además, sus reducidos ingresos de jubilado.

<sup>46</sup> A ello ya me referí *supra*, en el apartado 1.2.1.

<sup>47</sup> La relación que media entre la obligación familiar de alimentos y el deber del Estado de garantizar una protección básica de sus ciudadanos es una cuestión compleja. Como sabemos, el Código civil atribuye a los parientes más próximos la obligación de procurar prestaciones vitales esenciales a quien no puede obtenerlas por sí. Esta obligación se ha fundamentado mayoritariamente en el principio de solidaridad familiar [*vid.*, *v. gr.*, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2018) p. 40 y SIERRA PÉREZ (2016) p. 752]. Sin embargo, al mismo tiempo se hace notar que un Estado social, como lo es el nuestro (art. 1.1 CE), debe cubrir las necesidades básicas de sus ciudadanos [DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, (2018) p. 41, JIMÉNEZ MUÑOZ, *ADC* (2006) p. 752 y TENA PIAZUELO (2015) pp. 54 a 56]. La propia Constitución obliga a los poderes públicos a garantizar una enseñanza básica obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), asegurar la protección integral de hijos y madres (art. 39 CE), procurar asistencia y prestaciones sociales suficientes en situación de necesidad (art. 41 CE), tutelar la salud pública (art. 42 CE), facilitar la atención de los disminuidos (art. 49 CE) y garantizar pensiones adecuadas a los ciudadanos durante la tercera edad y —«con independencia de las obligaciones familiares»— promover su bienestar (art. 50 CE). A la vista de estas normas se subraya la falta de adecuación de los artículos 142 ss. CC a los compromisos que tienen los poderes públicos [GARCÍA RUBIO (1995) pp. 17 y 18], entendiéndose que la solidaridad familiar no puede servir de justificación para que el Estado desplace el cumplimiento de deberes que le son propios al entorno familiar del necesario [en esta línea, RIBOT IGUALADA, *ADC* (1998) pp. 1170 y 1172 y CABEZUELO ARENAS (2017) p. 195]. Si así se hace, el obligado a alimentar a un pariente resulta doblemente gravado, en la medida en que los impuestos que paga para cubrir, entre otras cosas, las prestaciones y los servicios sociales, no le eximen de atender las necesidades vitales de sus familiares [RIBOT IGUALADA (1999) pp. 175 y 176]. Se observa, además, que la familia actual no responde al modelo —tradicional y cohesionado, casi mítico— habitualmente invocado para justificar la obligación alimenticia entre parientes, que tampoco se amolda a los nuevos modelos convivenciales [GARCÍA RUBIO (1995) p. 17, RIBOT IGUALADA, *ADC* (1998) pp. 1161 y 1162 y CABEZUELO ARENAS (2017) p. 195]. También se subraya que muchas familias no tienen otra fuente de ingresos que su salario, con el que difícilmente pueden mantener a sus padres al tiempo que a sus hijos y prevenir sus propias necesidades futuras. Así las cosas, hay quien entiende que la obligación de alimentos prevista en el Código civil tiene hoy un «carácter subsidiario», de modo que solo nace cuando los poderes públicos no cumplen con las funciones de protección que le son propias y surge por ello la situación de necesidad del alimentista [así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2018) pp. 41 y 42, MONDEJAR PEÑA (2014) p. 29; otros autores, como JIMÉNEZ MUÑOZ —*ADC* (2006) pp. 752 y 753—, defienden en cambio la «complementariedad» de la obligación civil y la asistencia pública]. Sin embargo, esta interpretación queda excluida cuando una norma atribuye expresamente a la prestación social un carácter subsidiario respecto de la prestación familiar. Esto es lo que ocurre, *p. e.*, cuando se permite a la Administración denegar ciertas prestaciones a quienes tienen parientes obligados a darles alimentos o a concederlas provisionalmente en tanto el afectado no reclame los alimentos a sus familiares [a este respecto *vid.* RIBOT IGUALADA (1999) pp. 74 ss. y JIMÉNEZ MUÑOZ,

En cuanto a la hija, hay que partir, antes que nada, de que el hecho de *haber alcanzado la mayor edad no podía considerarse por sí solo causa extintiva* de los alimentos<sup>48</sup>. Así lo ha reiterado el TS, añadiendo además que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no se deba a su propia conducta<sup>49</sup>. En el mismo sentido se manifiesta la doctrina<sup>50</sup>, que insiste en que para solicitar la supresión de la pensión a los hijos cuando estos alcanzan la mayor edad es preciso que se dé alguna de las causas previstas en los artículos 150 o 152 CC<sup>51</sup>. Pues bien, frente a lo aducido por el demandado, la Audiencia tampoco estimó probado que la hija tuviera independencia económica y se hubiera incorporado al mundo laboral de forma estable, dado el carácter poco cualificado y esporádico de los trabajos que había tenido hasta entonces. Además, a los ojos de la Audiencia, la causa de ello no estaba en *la mala conducta o la falta de aplicación al trabajo de la hija* (lo que hubiera justificado asimismo el cese de la obligación de alimentarla, de acuerdo con el número 5.<sup>º</sup> del art. 152 CC), sino en el hecho de que a los 16 años tuvo que dejar de estudiar y ponerse a trabajar porque el padre no cumplió con su obligación de alimentarla. La Audiencia argumenta así para descartar que hubiera de parte de la hija abuso de derecho por falta de necesidad de alimentos, no para declarar la subsistencia de la obligación alimenticia. Pero son argumentos que, en principio, justificarían también que en el caso no se consideraran concurrentes las causas de cese de la obligación contempladas en los números 3.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> del artículo 152 CC. Así, se entiende que si el hijo mayor de edad pasa a tener recursos, pero estos no son suficientes para alcanzar la independencia económica y la necesidad no se debe a su propia conducta, la obligación subsiste, sin perjuicio de que pueda haber lugar a una reducción de la pensión o incluso a su suspensión temporal<sup>52</sup>. Ahora bien, siendo este el principio, tampoco puede ignorarse que, en el caso, la hija tenía ya 41 años cuando demandó a su padre reclamando los alimentos devengados desde el año 2002, fecha en que ella hubo de cumplir los 30. Ciertamente parece razonable limitar de alguna manera la obligación de alimentar a los hijos mayores de edad para poner

ADC (2006) p. 753]. De ahí que se haya defendido una reforma profunda en esta materia que haga asumir al Estado los compromisos que constitucionalmente le corresponden frente a sus ciudadanos [en esta línea, p. e. RIBOT IGUALADA, ADC (1998) pp. 1151, 1152, 1168 y 1169, propone reducir las obligaciones familiares «jurídicamente exigibles» a las impuestas a los padres para con sus hijos, sin límite de edad, considera que el amparo de las personas adultas incumbe a toda la sociedad y propugna que los poderes públicos apoyen financiera y materialmente a los familiares en el cumplimiento de las obligaciones «morales» que tienen con los suyos].

<sup>48</sup> Ello sin perjuicio de entender, como hace RIBOT IGUALADA (<http://civil.udg.edu/tossa/ca/ponencies-ponencias-2018.html>, p. 9), que al alcanzar la mayor edad la pretensión alimenticia deja de basarse en la relación de filiación para pasar a tener su base legal en la norma que consagra la obligación de alimentos entre parientes.

<sup>49</sup> *Vid., v. gr.*, las SSTS de 28 de noviembre de 2003, 5 de noviembre de 2008 y 25 de octubre de 2016.

<sup>50</sup> *Vid., v. gr.*, MARTÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho de Familia* (2013) pp. 22 y 24, CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) p. 15 y APARICIO CAROL (2018) pp. 172 y 362.

<sup>51</sup> APARICIO CAROL (2018) p. 369.

De hecho, en uno de los motivos de su recurso de casación, el demandado alegó infracción de los números 2, 3 y 5 del artículo 152 CC, si bien no como base de la extinción de su obligación alimenticia –que ya había quedado firme con efectos desde 2015–, sino para justificar un supuesto abuso del derecho y un enriquecimiento injusto de las actoras por haber desaparecido la necesidad transcurridos 20 años (esto es, cuando la esposa instó la acción ejecutiva).

<sup>52</sup> CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 163 y 170.

coto a lo que el TS denomina «parasitismo social» en su sentencia de 1 de marzo de 2001, entendiendo que la prolongación de la pensión alimenticia puede favorecer, en ciertas circunstancias, una situación pasiva en la lucha por la vida<sup>53</sup>. En esta misma línea, no pocas veces las Audiencias Provinciales ponen un límite temporal a las pensiones de los hijos mayores de edad, con idéntico designio de motivarles a procurar su independencia buscando un trabajo o completando su formación<sup>54</sup>. Esta solución se recoge en el Código del Derecho Foral de Aragón, cuyo artículo 69.2 limita a los 26 años el deber paterno de costear los gastos de crianza y educación de los hijos, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera señalado una edad distinta, y sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos si los necesitara. Y también la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil ha optado por incorporar una regla parecida en el artículo 219-16.2.a), según el cual la obligación de dar alimentos a los hijos mayores de edad cesa al cumplir el alimentista 26 años<sup>55</sup>.

Con todo, lo que movió a la AP La Coruña a confirmar en nuestro caso la extinción de la obligación de alimentos fue *la falta de recursos del alimentante*, que debía mantenerse con una exigua pensión de jubilación de 630 € mensuales teniendo que pagar el alquiler de su vivienda. En esas condiciones parece inviable que, como dice la AP, con la cantidad sobrante pudiera afrontar el pago de una pensión alimenticia sin desatender sus propias necesidades. Siendo así, «estaba justificado el cese de su obligación alimenticia conforme al artículo 152.2.<sup>º</sup> CC, tomando en cuenta también lo dispuesto en el artículo 146 CC<sup>56</sup>». La jubilación sitúa al esposo, además, en una situación

<sup>53</sup> Sobre esta base la STS de 1 de marzo de 2001 resolvió el cese de la obligación de alimentar a dos hijos, graduados universitarios con plena capacidad física y mental, que superaban la edad de 30 años. ROGEL VIDE [(2012) p. 108], sin embargo, considera desafortunado el razonamiento del Supremo a la vista de las cifras de paro, particularmente de paro juvenil, que se registraban en la fecha de la sentencia.

<sup>54</sup> Para un repaso de sentencias dictadas en este sentido *vid.* APARICIO CAROL (2018) pp. 195 a 204 y 360 a 362. Tras pronunciarse él mismo a favor de esta medida (*op. cit.*, pp. 198, 199, 357 y 358), este autor da cuenta también de otras sentencias de Audiencias contrarias a la limitación temporal de la pensión de alimentos (*op. cit.*, pp. 358 a 360).

Con una visión realista de la situación, RIBOT IGUALADA (<http://civil.udg.edu/tossa/ca/ponencias-ponencias-2018.html>, p. 18) apunta que la consecuencia final de la restricción de la obligación de alimentar al hijo mayor de edad será muchas veces que el progenitor con el que convive sea quien de hecho cargue en solitario con los gastos para su sostenimiento.

<sup>55</sup> Este texto puede consultarse en Asociación de Profesores de Derecho civil, *Propuesta de Código Civil*, Madrid 2018.

<sup>56</sup> Si la hija hubiera sido menor de edad la respuesta habría sido otra respecto de ella, habida cuenta que la obligación paterna de alimentar a los hijos menores se considera inexcusable e incondicional. Como destaca CALLEJO RODRÍGUEZ [(2018) p. 13], esta incondicionalidad fue matizada por el Supremo en su sentencia de 12 de febrero de 2015, seguida después por otras. En ella el Alto Tribunal parte de que el progenitor debe anteponer la satisfacción de las necesidades de los hijos menores a las suyas propias y asumir, aun en caso de importantes dificultades económicas, la obligación de atender cuando menos las necesidades mínimas del menor –el llamado mínimo vital–. Pero admite que, en caso de absoluta carencia de medios, pueda acordarse con carácter muy excepcional y criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación [sobre esta temática puede consultarse CABEZUELO ARENAS (2017) pp. 210 y 211, CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 13 y 112 y –dando cumplida cuenta de la posición del TS y de las Audiencias al respecto– pp. 116 a 126 y RIBOT IGUALADA, <http://civil.udg.edu/tossa/ca/ponencias-ponencias-2018.html>, pp. 13 y 14; también APARICIO CAROL (2018) pp. 182 a 187]. Consecuentemente, de haber sido menor la hija, la falta de medios del padre nunca podría haber justificado el cese de su obligación alimenticia, sino, o bien la disminución de la pensión hasta cubrir el mínimo vital de la menor, o bien, todo lo más y excepcionalmente, su suspensión temporal.

permanente en la que no era de esperar un posterior incremento de ingresos (como no fuera por vía distinta de la pensión). No obstante, llama la atención que, así como sí se hace referencia –al menos en la sentencia de la AP– a la situación patrimonial de la esposa y de la hija, en cambio no se hace lo propio respecto del marido y padre. Esto sería relevante precisamente a los efectos del artículo 152.2º CC, que toma en consideración «la fortuna» en general del obligado, del mismo modo que el artículo 146 CC se refiere a su «caudal o medios». Suponemos, pues, que si se menciona solo la pensión es porque no contaba con otros ingresos ni bienes de valor significativo a los efectos que aquí interesaban. Todo ello conduciría a la conclusión de que la extinción de la obligación alimenticia del demandado –declarada por la AP y no contestada por las actoras– estaba justificada.

### 3. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA LA RECLAMACIÓN DE LAS PENSIONES NO SATISFECHAS

Sabemos que el TS negó la legitimación activa de la hija para reclamar la parte de pensión alimenticia que le correspondía. La razón de ello es que la sentencia de separación concedió la pensión a la madre, aunque comprendiera tanto los alimentos de ella como los de su hija menor de edad. Como subraya el Supremo, *la beneficiaria era la madre*. Así las cosas, y no habiendo habido a lo largo de los años ningún nuevo pronunciamiento acerca de los alimentos, la situación seguía siendo la misma. De ahí que solo la madre estuviera legitimada para exigir las pensiones atrasadas y no satisfechas que el esposo y padre debía haber pagado tanto para el propio sustento de la actora como para el de su hija, a quien ella, por lo demás, hubo de mantener en solitario y –al menos hasta que la hija comenzó a tener algún ingreso– en exclusiva. Cuestión distinta es –como apunta el propio TS– que si la hija, ya alcanzada la mayor de edad, se hubiera hallado en situación de necesidad y hubieran mediado los demás presupuestos de la obligación de alimentos, podría habérselos exigido al padre conforme a lo dispuesto en los artículos 142 ss. CC. Lo que ocurre es que por esta vía no podría reclamar pensiones por tiempos pasados y los alimentos solo se abonarían desde la interposición de la demanda (art. 148.I CC).

Por lo demás, interesa destacar las diferencias que existen respecto de la reclamación de los alimentos de los hijos atendiendo a cuál sea su edad y situación. Así, cuando al sustanciarse el proceso de separación hay algún *hijo menor de edad* (como ocurría en el supuesto aquí comentado), el juez debe pronunciarse sobre los alimentos que le correspondan aun cuando no

---

En cambio, tratándose de hijos mayores de edad, el TS no ha tenido reparo en acordar la supresión de la pensión con base en el artículo 152.2º CC [vid. en este punto CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 113 a 115]. Con todo también hay que decir que hay sentencias que han dictado la suspensión de la pensión de hijos mayores de edad, en espera de que la situación del alimentante mejorase (v. gr., la SAP Madrid 15 de junio de 2012) y que diversos autores consideran que, en general, la causa prevista en el artículo 152.2º CC, más que de extinción de la obligación alimenticia, lo es de suspensión hasta que el obligado vuelva a tener recursos suficientes [así, JIMÉNEZ MUÑOZ, ADC (2006) p. 787, CABEZUELO ARENAS (2017) pp. 255 y 256 y APARICIO CAROL (2018) p. 350]. Lo que en todo caso parece estar claro es que, siendo el hijo menor de edad, se exige un mayor sacrificio a los padres y que, por tanto, a la hora de liberar a estos, aunque solo sea temporalmente, de su obligación de abonar la pensión, la falta de recursos se aprecia de forma más exigente.

se hubieren solicitado<sup>57</sup>. La situación cambia cuando se trata de *hijos emancipados o mayores de edad*, en cuyo caso opera el principio de rogación y la pensión alimenticia debe ser reclamada<sup>58</sup>. Esta reclamación puede hacerla el propio interesado en el correspondiente procedimiento de alimentos o el progenitor con quien conviva, en el marco del proceso de separación, nulidad o divorcio. Esta última posibilidad está prevista en el artículo 93.2 CC. Según esta norma, cuando se trata de hijos mayores de edad o emancipados que conviven en el domicilio familiar y son económicamente dependientes, el juez fijará en la misma sentencia de separación, nulidad o divorcio los alimentos debidos conforme a los artículos 142 ss. CC. Ahora bien, dado que el hijo no es parte en el proceso matrimonial, no es él el legitimado para reclamar los alimentos en esa instancia sino solo el progenitor con quien conviva. En este sentido se pronunció el TS en su sentencia de 24 de abril de 2000, seguida de otras como las SSTS 12 de julio de 2014 y 7 de marzo de 2017<sup>59</sup>. De este modo se evita que el descendiente tenga necesariamente que instar un proceso judicial de alimentos contra el progenitor no conviviente, con el consiguiente ahorro emocional y procesal, a la par que se posibilita que curse la reclamación aquel que, en definitiva, tendrá que hacer frente a los gastos de mantenimiento del hijo<sup>60</sup>. La STS 24 de abril de 2000 reconoce, en este sentido, el indudable interés legítimo «del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos» a las que él mismo habrá de contribuir dada la situación convivencial. En el caso aquí comentado el matrimonio tenía un hijo, pero la sentencia solo concedió alimentos a su madre y a su hermana. Es de suponer, pues, que el hijo entonces ya fuera mayor de edad. Además, como la sentencia de separación se dictó en 1987, años antes de que la Ley 11/1990 añadiera al artículo 93 CC el actual párrafo segundo, la madre no habría podido invocar este precepto aunque hubieran concurrido sus presupuestos para exigir alimentos para el hijo.

#### 4. OTRAS POSIBLES CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS POR PARTE DEL ALIMENTANTE

Como hemos visto, la pretensión de la madre y de la hija de que el alimentante cumpliera con su obligación fue desestimada por el Supremo por apreciar retraso desleal en la primera y falta de legitimación activa en la segunda. Además, la obligación de alimentos se declaró extinguida con efectos de 29 de enero de 2015, fecha de la sentencia de primera instan-

<sup>57</sup> APARICIO CAROL (2018) pp. 75 y 205 y CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) p. 9.

<sup>58</sup> Así, v. gr., MARTÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho de Familia* (2013) p. 6, APARICIO CAROL (2018) p. 205 y CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) p. 18.

<sup>59</sup> Sobre este tema puede consultarse MARTÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho de Familia* (2013) pp. 5 y 6, APARICIO CAROL (2018) pp. 206 y 207 y CALLEJO RODRÍGUEZ (2018) pp. 18 y 19. También RIBOT IGUALADA, *Revista Catalana de Dret Privat* (2013) p. 117, quien alude asimismo a las reglas que contiene el CC catalán al respecto (arts. 233-1e, 233-2.6 y 233-4.1) y subraya que en estos casos el legitimado es parte en el proceso y ejerce en nombre e interés propios derechos de otra persona por cuya cuenta actúa.

<sup>60</sup> Así, MARTÍN LÓPEZ, *Revista de Derecho de Familia* (2013) pp. 5 y 6.

cia. De este modo el esposo y padre, que no llegó a abonar en ningún momento pensión alimenticia alguna, quedó libre de pagar tanto las pensiones atrasadas insatisfechas como cualquier otra pensión en adelante. Antes de finalizar este comentario conviene hacer notar, sin embargo, que su conducta podría tener otras consecuencias más allá de aquella sobre la que versó el litigio, que como se ha visto se centró en la exigencia de cumplimiento de la obligación y la reclamación de pensiones atrasadas no satisfechas.

Así, en el *plano civil*, una primera consecuencia sería la *possible desheredación del alimentante por parte de la hija*. En este sentido, el artículo 854.2.<sup>º</sup> CC considera justa causa para desheredar a los ascendientes haber negado los alimentos a los hijos sin motivo legítimo. Aun sin entrar a fondo en lo que deba entenderse por motivo legítimo a estos efectos, parece claro que el incumplimiento de su obligación alimenticia fue injustificado durante mucho tiempo pues cuando él mismo solicitó la extinción de la prestación alimenticia establecida en 1987 lo pidió con efectos desde el 1 de enero del año 2000 y no antes. En todo caso, además, si estimaba que no se daban ya las condiciones justificativas de su obligación, debería haber solicitado su extinción, cosa que no hizo, como sabemos, hasta ser demandado en el proceso declarativo.

Otra consecuencia de su conducta sería la de que, supuesto que llegara a encontrarse en situación de necesidad y que *su esposa y/o hija* estuvieran en condiciones de asistirle, ello no obstante *no estarían obligadas a prestarle alimentos*. Así se desprende del artículo 152.4.º CC, que contempla como causa de cesación de la obligación de dar alimentos que el alimentista, fuese o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a desheredación. Esta circunstancia, que como acabamos de ver concurría en el padre, se considera asimismo impeditiva del nacimiento de la obligación de alimentar<sup>61</sup>. Consecuentemente, madre e hija no estarían obligadas a alimentarle en el futuro, aunque se dieran los presupuestos genéricos para ello<sup>62</sup>.

Por último, y ya en el *plano penal*, la conducta del padre sería constitutiva de *delito de abandono de familia* conforme al Código Penal de 1995, que tipifica como tal el impago durante dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos de cualquier prestación económica en favor del cónyuge o de los hijos establecida, entre otros, en resolución judicial de separación (art. 227 CP)<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Así lo hacen notar, v. gr., APARICIO CAROL (2018) p. 426 y DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN (2018) p. 50.

<sup>62</sup> Otros posibles efectos del incumplimiento de la obligación de alimentar no venían al caso. Así, la posible revocación de donaciones por causa de ingratitud ex artículo 648 CC (puesto que no consta la existencia de donación alguna que hubiese podido revocarse con esta base) o la privación de la patria potestad conforme al artículo 170. I CC (dado que cuando las actoras decidieron interponer sus demandas, la hija había alcanzado la mayoría de edad muchos años atrás) [sobre esta última medida vid. APARICIO CAROL (2018) pp. 416 a 420, quien también alude –en las pp. 420 a 424– a la privación del derecho de visita ex artículo 94 CC como posible consecuencia del impago de la pensión alimenticia debida a los hijos menores o incapacitados].

<sup>63</sup> A este respecto puede consultarse APARICIO CAROL (2018) pp. 426 a 431.

Conforme al artículo 228 CP se trata de un delito perseguible solo a instancia de la persona agravuada o su representante legal, si bien cuando aquella sea un menor de edad también puede denunciar el Ministerio Fiscal.

**ANEXO DE SENTENCIAS****1. Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>**

STS 14 de febrero de 1944 (RJ 1944, 293)  
STS 21 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2588)  
STS 19 de junio de 1985 (RJ 1985, 3298)  
STS 24 de abril de 2000 (RJ 2000, 3378)  
STS 1 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2562)  
STS 28 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8363)  
STS 3 de octubre de 2008 (RJ 2008, 7123)  
STS 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 3)  
STS 3 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1776)  
STS 29 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3021)  
STS 12 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 32)  
STS (Pleno) 19 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7604)  
STS 26 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2035)  
STS 12 de julio de 2014 (RJ 2014, 4583)  
STS 12 de febrero de 2015 (RJ 2015, 338)  
STS 1 de abril de 2015 (RJ 2015, 2362)  
STS 29 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1543)  
STS (Pleno) 13 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 4107)  
STS 25 de octubre de 2016 (RJ 2016, 4977)  
STS 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 660)  
STS 2 de marzo de 2017 (RJ 2017, 846)  
STS 7 de marzo de 2017 (RJ 2017, 704)  
STS 2 de junio de 2017 (RJ 2017, 2617)  
STS 26 de abril de 2018 (RJ 2018, 1780)  
STS 30 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4741)  
STS 14 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5164)  
STS 24 de abril de 2019 (RJ 2019, 1583)

**2. Audiencias Provinciales, Civil**

SAP Madrid 15 de junio de 2012 (JUR 2012, 264705)  
SAP Madrid 29 de octubre de 2013 (JUR 2014, 3704)  
SAP La Coruña de 20 de noviembre de 2015 (JUR 2015, 304734)

**BIBLIOGRAFÍA**

APARICIO CAROL, Ignacio: *La pensión de alimentos de los hijos en el Derecho español*, Valencia 2018.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *PROPIUESTA DE CÓDIGO CIVIL*, Madrid 2018.

BERENGUER ALBALADEJO, Cristina: *El contrato de alimentos*, Madrid 2012.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura y CASTILLA BAREA, Margarita, «La obligación de alimentos como obligación familiar básica», en Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuena Casas, Matilde (directores): *Tratado de Derecho de la*

- familia, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor 2017, pp. 193-329 (en las citas del texto se menciona solo a CABEZUELO por ser la autora de la parte citada).
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *La modificación de los alimentos a los hijos*, Madrid 2018.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «El ejercicio de los derechos», en Carrasco Perera, Ángel (director), *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de la propiedad*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid 2018, pp. 343-381.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: Prólogo a la traducción española de la obra de WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid 1977.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid 1993.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor 2007.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 13.<sup>a</sup> ed., Madrid 2016.
- *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, tomo 1, 12.<sup>a</sup> ed., Madrid 2018.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid 1995.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier: «La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes», *Anuario de Derecho civil*, 2006, pp. 743-792.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, LUNA SERRANO, Agustín, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco y RAMS ALBESA, Joaquín: *Elementos de Derecho civil*, IV, Madrid 2010.
- MARTÍN LÓPEZ, María Teresa: «Problemática en torno a la pensión alimenticia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 61/2013 (citado por BIB 2014\1136).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Buena fe», en Montoya Melgar, Alfredo (director): *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Madrid 1995, pp. 829-847.
- MONDÉJAR PEÑA, María Isabel: «Familia, parentesco y alimentos», en AA. VV., *Guía de Derecho civil. Teoría y práctica*, T. V, *Derecho de Familia*, Cizur Menor 2014, pp. 19-58.
- RIBOT IGUALADA, Jordi: «El fundamento de la obligación legal de alimentos», *Anuario de Derecho civil*, 1998, pp. 1105-1177.
- *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Valencia 1999.
- «Aliments entre parents: novetats del Codi Civil de Catalunya i jurisprudència recent», *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 13 (2013), pp. 99-118.
- «Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació paterna» [trabajo en prensa cuya versión preliminar es accessible en <http://civil.udg.edu/tossa/ca/ponencies-ponencias-2018.html>].
- ROCA TRÍAS, Encarna: «Comentario al artículo 97 del Código Civil», en Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier y Valpuesta Fernández, Rosario (directores), *Código Civil comentado*, vol. I, 1.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor 2011 (citado por BIB 2011\1755).
- ROGEL VIDÉ, Carlos: *Alimentos y auxilios necesarios para la vida*, Madrid 2012.
- SIERRA PÉREZ, Isabel: «Comentario al artículo 142 del Código Civil», en Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier y Valpuesta Fernández, Rosario (directores), *Código Civil comentado*, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor 2016.
- TAMAYO HAYA, Silvia: «Comentario al artículo 1814», en Cañizares Laso, Ana, De Pablo Contreras, Pedro, Orduña Moreno, Javier y Valpuesta Fernández, Rosario (directores), *Código Civil comentado*, vol. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor 2016.
- TENA PIAZUELO, Isaac: *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda (Doctrina y jurisprudencia)*, Cizur Menor 2015.

## Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (Catedrático de Derecho civil. Universidad Carlos III de Madrid)**

Colaboran: **Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Catedrático de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO (Profesor Titular de Derecho mercantil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria); Gabriel GARCÍA CANTERO (Catedrático emérito de Derecho civil. Universidad de Zaragoza), Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Sebastián LÓPEZ MAZA (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), José María MARTÍN FABA (Profesor Ayudante de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid), Carlos ORTEGA MELIÁN (Profesor Contratado Doctor de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Teresa RODRÍGUEZ CACHÓN (Profesora Ayudante Doctora de Derecho civil. Universidad de Burgos), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (Investigador predoctoral FPU. Universidad Autónoma de Madrid), Francisco SANTA-NA NAVARRO (Profesor asociado de Derecho civil. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho hipotecario. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.–II. *Derecho Mercantil*.–III. *Derecho Procesal*.

### **DERECHO CIVIL**

#### **PARTE GENERAL**

**1. Responsabilidad extracontractual: Accidente de tráfico por colisión con animal de coto: Prescripción de acciones.**–Reale Seguros SA y Dña. Salvadorra formularon, el 21 de abril de 2014, demanda de reclamación

de cantidad por responsabilidad extracontractual derivada de accidente sufrido por el vehículo asegurado, en el que viajaba como ocupante su propietaria y demandante Dña. Salvadorra, cuando sobre las 20 horas del día 30 de octubre de 2011, a la altura del punto kilométrico 36,08 de la carretera LU-540, de Viveiro a Cabreiros, irrumpió un jabalí en la calzada; demanda que se dirigió contra el Tecor «Xermade», sito en término de Lugo, coto del que se afirmó que procedía el animal.

La parte demandada se opuso a la demanda, alegando, en primer lugar la prescripción, y, seguido el proceso, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Villalba, de 29 de abril de 2015, desestimó la excepción y estimó parcialmente la demanda condenando al pago de un total de 15.129,53 €, distribuidos en 1005,09 para Reale y 14.124,44 € para Dña. Salvadorra.

Recurrió en apelación el Tecor «Xermade» y la sentencia de 16 de diciembre de 2015, de la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Lugo, con auto de rectificación de errores materiales de 14 de enero de 2016, entendió que la acción estaba prescrita, por aplicación de los artículos 1961 y 1968.2 CC, siguiendo la teoría de la *actio nata*, porque se pudo ejercitar desde la fecha del siniestro, sin que se acredite la interrupción de la prescripción.

La sentencia de primera instancia rechaza la prescripción alegada por la demandada en atención a considerar acreditado que la demandada, en base al Informe Arena de la Guardia Civil y la certificación de la Xunta de Galicia, dirigió demanda en fecha 26 de octubre de 2012 contra el Tecor Xermade, de la que hubo desistir en fecha 9 de enero de 2013, admitiéndose el desistimiento por el Juzgado en fecha 17 de enero de 2013, porque se recibió certificación de la Xunta en la que se manifestaba que en la certificación anterior, de fecha 29 de diciembre de 2011, constaba un error, indicando ahora que el punto kilométrico 38,8 se corresponde con otro coto. Como consecuencia inició un nuevo procedimiento, del que también hubo de desistir al conocer por oficio de 29 de diciembre de 2013 que el accidente había tenido lugar en el punto kilométrico 36,8 correspondiente al coto Xermade. La Audiencia Provincial razona en el sentido de que la prescripción de la acción contra Xermade quedó interrumpida por el desistimiento y el plazo de un año volvió a correr desde su fecha (17 de enero de 2013) por lo que la acción ya había prescrito cuando se interpuso la segunda demanda contra Xermade el 15 de abril de 2014, sin que el proceso seguido contra el coto erróneo produzca el efecto de interrumpir la prescripción respecto de Xermade.

El recurso de casación, mediante un solo motivo, alega oposición a la jurisprudencia de esta Sala y existencia de doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales, así como infracción de los artículos 1968.2, 1969 y 1973 CC, respecto de que la prescripción es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en el abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, sin que tal abandono o dejadez se haya producido en el caso presente.

El motivo ha de ser estimado poniendo en relación las normas que se citan como infringidas con la citada doctrina jurisprudencial, que ha sido reiterada por esta Sala. Sentencias más recientes, como la de 25 de noviembre de 2016, que cita a su vez la de 20 de octubre del mismo año, insiste en la aplicación rigurosa y restrictiva que se ha de dar a la doctrina de la prescripción de acciones. Afirma que: «Esta construcción finalista de la prescripción tiene su razón de ser tanto en la idea de sanción a las conductas de abandono en el ejercicio del propio derecho o de las propias facultades como en consideración de necesidad y utilidad social. De ahí que mantenga la Sala reiteradamente, al interpretar la prescripción, que cuando la cesación o abandono en

el ejercicio de los derechos no aparece debidamente acreditado y si por el contrario lo está el afán o deseo de su mantenimiento o conservación, la estimación de la prescripción extintiva se hace imposible a menos de subvertir sus esencias». Alude al principio de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción y sostiene, con referencia a la sentencia núm. 544/2015, que: «El día inicial para el ejercicio de la acción es aquél en que puede ejercitarse, según el principio *actio nondum nata non praescribitur* (SSTS de 27 de febrero 2004, 24 de mayo de 2010 y 12 de diciembre de 2011). Este principio exige, para que la prescripción comience a correr en su contra, que la parte que propone el ejercicio de la acción *disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar*». Esta aptitud plena para litigar, disponiendo de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para sostener la acción, no ha ocurrido en los ahora recurrentes hasta tanto, con carácter definitivo la Administración ha dado una respuesta final y cierta a la cuestión referida a la identidad del posible responsable del suceso, la que lleva a concluir que las actuaciones judiciales anteriores al presente pleito se han producido en el vacío y que únicamente cuando la Administración precisó definitivamente el lugar de donde se entiende que procedía el animal causante del accidente «se ha podido ejercitar» la acción en los términos previstos en el artículo 1969 CC. Aun cuando nada se refleja en el «suplico» del escrito de oposición al recurso de casación –que se limita a solicitar la desestimación de dicho recurso– la parte recurrente argumentó sobre la inadmisibilidad del mismo por carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC) y por haber solicitado los recurrentes que, tras su estimación, se devuelvan las actuaciones a la Audiencia Provincial para que resuelva sobre las cuestiones de debate, una vez rechazada la prescripción.

Sobre la «carencia manifiesta de fundamento» nada hay que decir en tanto que los anteriores razonamientos nos han llevado a la estimación del recurso; y en lo que se refiere a la devolución de actuaciones a la Audiencia Provincial para que vuelva a dictar sentencia –una vez eliminada la prescripción– esta Sala no ha determinado, como afirma la parte recurrente –que ello solo deba suceder en los casos en que la prescripción se haya apreciado en ambas instancias, sino que ha atendido a la especialidad de cada caso para establecer la posibilidad y conveniencia de que, con ocasión del recurso extraordinario, se aborden los problemas propios de su resolución en las dos instancias precedentes o ello haya de hacerse por la propia Audiencia Provincial.

Como esta Sala tiene declarado, entre otras, en sentencias de 14 de septiembre de 2018 y 18 de diciembre de 2012, en los supuestos en que no se entró a conocer en la instancia sobre la pretensión formulada por considerar que la misma lo había sido extemporáneamente (por prescripción o por caducidad): Se ha acordado la remisión al Tribunal *a quo* para que dicte sentencia resolviendo sobre tales pretensiones. Cabe citar en este sentido la sentencia dictada por el Pleno de la Sala de 29 de abril de 2009 la cual afirma que lo procedente es devolver las actuaciones al Tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas (...) en primer lugar, porque esta posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un recurso extraordinario por infracción procesal, no aparece excluida en el texto del artículo 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los núms. 1.º y 2.º del apartado 2 de su artículo 477, se limita a disponer

que la sentencia del órgano de casación «confirmará o casará, en todo o en parte», la sentencia recurrida; y en segundo lugar, pero como razón principal, porque otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba.

Estimado el recurso, no procede la condena en costas causadas por el mismo (arts. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito constituido. Se casa la SAP de 16 de diciembre de 2015, aclarada por auto de 14 enero 2016, dejándola sin efecto, con devolución de los autos y del rollo de la Sala, para que, desestimada la excepción de prescripción, dicte nueva sentencia pronunciándose sobre las pretensiones formuladas. No ha lugar a condena en costas por este recurso. (**STS de 14 de febrero de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

**2. Daños continuados. Plazo de prescripción. Inicio del cómputo del plazo. Consecuencia de la desestimación de la acción por extemporaneidad.**—La consideración de los daños como permanentes («que se mantienen en el tiempo») o continuados («que no solo se mantienen, sino que se van agravando en cuanto su causa productora no cesa»), no es una mera cuestión fáctica sino que alcanza efectos jurídicos en tanto que influye en la determinación del *dies a quo* para el comienzo del plazo de prescripción, siendo por otra parte incontestable que los daños que se producen por filtraciones desde un elemento superior continúan produciéndose y agravándose con el transcurso del tiempo hasta la subsanación de los defectos que dan lugar a los mismos; por lo que se podrán considerar como permanentes, pero también son continuados pues se agravan por las sucesivas filtraciones que se producen en cada momento en que cae agua de la terraza superior. La aplicación de lo dispuesto por el artículo 1969 CC da lugar a que la fijación del *dies a quo*, en el caso de daños continuados, haya de coincidir con la fecha en que los mismos cesan y, en consecuencia, cuando cabe cuantificar su alcance definitivo, pues es entonces (no antes) cuando la acción puede ejercitarse. Esta es la doctrina mantenida por la sala en las SSTS de 13 de octubre de 2015, 20 de octubre de 2015, 22 de octubre de 2012, 4 julio de 2016 y 25 enero de 2017. Todas ellas coinciden al señalar que en los casos de daños continuados o de producción sucesiva no se inicia el cómputo del plazo de prescripción hasta la consolidación del definitivo resultado. En el caso, se desprende de las actuaciones que fue en 2011 cuando se realizaron las reparaciones necesarias para evitar la reiteración del daño, por lo que el *dies a quo* ha de establecerse en ese momento y la acción no puede considerarse prescrita cuando se interpuso la demanda en el año 2014.

No obstante, aunque no fuera así, existe otra razón para considerar la inexistencia de la prescripción en el presente caso. El artículo 1969 CC establece que el comienzo del plazo de la prescripción coincide con el momento en que la acción «pudo ejercitarse», para lo que no basta el conocimiento del daño sino que es necesario, además, que se conozca la identidad del responsable del mismo a efectos de poder ejercer adecuadamente la acción, siendo así que en el caso presente el demandante dirigió en un primer momento la acción reclamatoria contra los propietarios de los pisos superiores los que, a su vez, demandaron a la comunidad; de modo que la responsabilidad de esta última solo fue judicialmente determinada cuando se dictó sentencia en el

anterior proceso, constando que la presente demanda se interpuso cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción desde ese momento.

Por otro lado, como esta sala tiene declarado, entre otras, en las SSTS de 14 de septiembre de 2018 y 18 diciembre de 2012, en los supuestos en que no se entró a conocer en la instancia sobre la pretensión formulada por considerar que la misma lo había sido extemporáneamente (por prescripción o por caducidad) se ha acordado la remisión al tribunal *a quo* para que dicte sentencia resolviendo sobre tales pretensiones. En la STS del Pleno de 29 de abril de 2009 se afirma que lo procedente es devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas. En primer lugar, porque esta posibilidad de que haya de dictarse una segunda sentencia de apelación tras la estimación de un recurso de casación, y no de un recurso extraordinario por infracción procesal, no aparece excluida en el texto del citado artículo 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los números 1.<sup>º</sup> y 2.<sup>º</sup> del apartado 2 de su artículo 477 se limita a disponer que la sentencia del órgano de casación «confirmará o casará, en todo en parte, la sentencia recurrida»; y en segundo lugar, pero como razón principal, porque otra solución distinta traería consigo que la casi totalidad del asunto quedara privada de la segunda instancia y esta sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba. (**STS de 20 de febrero de 2019; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Don Eulogio interpuso demanda de juicio ordinario contra la comunidad de propietarios del edificio X, solicitando que se dictara sentencia por la que: a) se declare la obligación de la demandada de reparar los daños ocasionados por filtraciones de agua desde elementos comunes del edificio, reconocidos en acta de la comunidad de propietarios y sentencias judiciales; b) se condena a la demandada al abono de la cantidad de 26.473,08 euros, en concepto de valor de reparación de los daños existentes en la vivienda propiedad del demandante; c) subsidiariamente, para el caso de que se estime que debe darse oportunidad de que se realicen las obras, se condene a la realización de las mismas según los informes presentados por el demandante; y d) se condene a la demandada al pago de las costas. Se opuso la parte demandada alegando la prescripción de la acción.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, tras rechazar la prescripción, estimó la demanda en su integridad y condenó a la parte demandada a satisfacer al demandante la cantidad de 26.473,08 euros así como al pago de las costas.

Recurrió en apelación la comunidad de propietarios demandada y la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia por la que estimó el recurso al apreciar que la acción estaba prescrita, absolviendo por ello a la demandada recurrente.

Contra dicha sentencia ha recurrido en casación el demandante. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (*J. M.<sup>ª</sup> M. F.*)

**3. Responsabilidad civil por daños: Interrupción de prescripción extintiva por envío de carta certificada carente de acuse de recibo.**—La actora, Dña. Andrea, ejercitaba acción de reclamación de daños y perjuicios causados por la ocupación y destrozos causados en sus fincas, al amparo de los artículos 1902 y 1905 CC, frente a D. Casiano, por importe de 18.457,20 €. El demandado se opuso excepcionando la prescripción de la acción y, también, su falta de legitimación. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Grado, dictó sentencia el 22 de febrero de 2016, desestimando íntegramente la demanda, pues no otorgó efectos interruptivos a la última de las comunicaciones efectuadas, la practicada por carta certificada, fechada el 12 de diciembre de 2014, en cuanto no venía acompañada de su acuse de recibo. Recurrida en apelación, la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Oviedo estimó en parte la demanda, condenando al demandado a satisfacer a la actora la suma de 9.396,55 €, más intereses legales de la demanda. Rechazó la prescripción al estimar que la demandante acudió a un medio idóneo para que la comunicación llegase a conocimiento del demandado, como fue la remisión de carta certificada a su domicilio a través del Servicio Nacional de Correos, medio operativo cuya regularidad no hay razón alguna para poner en entredicho aunque falte el acuse de recibo, ya que este no es determinante para concluir que no tuvo lugar la recepción de la comunicación.

El demandado interpone recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.2. 3.<sup>a</sup> LEC Se compone de un único motivo en el que se alega la infracción del artículo 1968.2 CC por interpretación errónea y la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en sentencias de 13 de octubre y 24 de diciembre de 1994, 9 de octubre de 2007, 28 de octubre de 2009 y 10 de enero de 2012. En su desarrollo se combate el criterio de la Audiencia Provincial al estimar interrumpida la prescripción de la acción de responsabilidad civil ejercitada ya que las cartas enviadas anualmente y que sirven de base a la sentencia recurrida para entender interrumpida la prescripción, además de no dejar constancia del contenido de las mismas, son recibidas por persona distinta a la del demandado, sin que en la última de ellas del año 2014, conste acuse de recibo alguno. De ahí que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina de esta Sala que dice que para que opere la interrupción de la prescripción es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada que debe transcender del propio titular del derecho y la voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor.

La parte recurrida formalizó, en plazo, escrito de oposición al recurso.

La Sala establece que la cuestión jurídica que viene a plantear la parte recurrente es, en tesis de doctrina, la idoneidad del correo certificado sin adveración de texto y sin acuse de recibo para acreditar que la reclamación extrajudicial cumple los requisitos que la jurisprudencia exige para interrumpir la prescripción.

A efectos de admisibilidad del recurso, el hecho de que la interrupción del instituto de la prescripción presente, junto al aspecto fáctico, una dimensión eminentemente jurídica, ha permitido a esta Sala revisar la decisión de la instancia por razones de correcta aplicación e interpretación de la normativa y jurisprudencia aplicable (STS de 29 de febrero de 2012). Ahora bien, cuando se trata de interrupción de la prescripción también tiene declarado la Sala, STS de 8 de abril de 2010, que es una cuestión de hecho, cuya apreciación compete a la sala de instancia (SSTS de 29 de junio de 1964, 31 de mayo

de 1965, 11 de febrero de 1966, 30 de diciembre de 1967, 2 de junio de 1987, 14 de mayo de 1996, 29 de octubre de 2001 y 28 de octubre de 2003). De ahí que se torne en fundamental indagar en qué aspecto incide la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, para apreciar si desconoce el aspecto jurídico juríprudencial que justificaría el interés casacional, o solo se contrae a la cuestión de hecho. Tiene sentado la Sala (STS de 10 de enero de 2011) que: «Para que opere la interrupción de la prescripción, es preciso que la voluntad se exteriorice a través de un medio hábil y de forma adecuada, que debe trascender del propio titular del derecho, de forma que se identifique claramente el derecho que se pretende conservar, la persona frente a la que se pretende hacer valer y que dicha voluntad conservativa del concreto derecho llegue a conocimiento del deudor, ya que es doctrina reiterada que la eficacia del acto que provoca la interrupción exige no solo la actuación del acreedor, sino que llegue a conocimiento del deudor su realización (SSTS de 13 de octubre de 1994, 27 de septiembre de 2005, 12 de noviembre de 2007 y 6 de mayo de 2010), y su acreditación es carga de quien la alega». Esta doctrina no la desconoce la recurrida por cuanto comienza, al enjuiciar la cuestión, por la cita precisa de ella. Lo que sucede es que, al abordar el aspecto fáctico de la doctrina, entiende acreditado que se han cumplido tales exigencias. En estos términos no cabría la admisibilidad del recurso.

No obstante, y dado que provisoriamente se ha admitido, vamos a ofrecer respuesta al mismo en aras a una mejor tutela efectiva de los derechos de la parte recurrente.

La STS de 24 de febrero de 2015, que cita la sentencia recurrida, afirma que: «La Sala, en su labor unificadora de criterios judiciales, ha precisado, entre otros pronunciamientos sobre la materia, que la interrupción de la prescripción extintiva por la vía de la reclamación extrajudicial, supone una singularidad en nuestro derecho en relación al Derecho comparado. Es más, nuestro Código Civil, en el mencionado artículo 1973, no exige fórmula instrumental alguna para la reclamación extrajudicial como medio para interrumpir la prescripción, por lo que cualquiera de ellos puede servir para tal fin; es por lo que siguiendo una importante corriente doctrinal, se puede afirmar que esta cuestión puede plantear un problema de prueba –de la existencia de la reclamación y de su fecha–, pero no un problema de forma. Y en este sentido se explicita la STS de 6 de diciembre de 1968». Por consiguiente, si la interrupción de la prescripción no está sujeta a forma, la *ratio decidendi* se limita a una cuestión de prueba de la remisión y de la recepción del requerimiento de pago; por lo que no cabe renunciar de plano a otorgar valor probatorio a un justificante emitido por una oficina de Correos, en el que se acredita la remisión de una carta certificada, sino que habrá de estar a la valoración de otras pruebas aportadas a los autos que concedan verosimilitud al contenido de la carta y a su recepción. De ahí que la STS de 2 de noviembre de 2005, afirme que «el intercambio de correspondencia por cartas es suficiente para fundamentar una interrupción extraprocesal del plazo de prescripción (SSTS de 16 de marzo de 1961, 22 de septiembre de 1984, 12 de julio de 1990, 21 de noviembre de 1997 y 21 de marzo de 2000)».

La sentencia recurrida reconoce que Dña. Andrea es dueña de una serie de fincas ubicadas en Grado, en determinado lugar, y en abril de 2003 promovió juicio frente a D. Casiano interesando la protección sumaria de la posesión, pretensión que fue rechazada por sentencia de 12 de junio de 2003 al ser el demandado y no la actora quien efectivamente ejercía la posesión. A dicho proceso siguió otro en 2004, entre iguales partes, instado por Dña.

Andrea, en el que la actora interesaba la declaración de la ocupación sin título por el demandado de las fincas de su propiedad y su condena a su devolución y reintegro. Dicho proceso fue suspendido en razón de querella formulada por el demandado, que dio lugar a diligencias previas del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Oviedo, sobreseídas por auto de 2007, confirmado por otro de la Audiencia Provincial de 2007, reanudándose el proceso civil, que concluyó por sentencia de 2010, confirmada por la Audiencia Provincial, que declaraba la ocupación de las fincas propiedad de la accionante, por el demandado, sin que a éste le asistiera título o derecho alguno justificativo de ese proceder, y, más en concreto, la invocada relación arrendaticia que pretendía constituida entre la parte y el que transmitiera las fincas a la accionante. A ese pronunciamiento siguió denuncia formulada por Dña. Andrea frente a D. Casiano con fecha 2 agosto 2010 imputándole la ocupación de sus fincas con ganado, dando lugar a las diligencias previas 481/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Grado, a las que se incorporó inspección ocular practicada por la Guardia civil, que el 13 de octubre de 2010 constató la presencia de tres reses de ganado cuyos crotales aparecían registrados a nombre de la madre de Don Casiano. No obstante lo cual, se sobreseyó el proceso por auto de 12 de diciembre de 2010 y a eso siguieron un burofax y tres cartas certificadas remitidas por la propiedad del terreno a D. Casiano, reclamándole los daños derivados de la ocupación y explotación de sus fincas en los meses de diciembre de los años 2011, 2012, 2013 y 2014.

La sentencia de primera instancia, no contradicha por la de la Audiencia Provincial, que es la recurrida, afirma que: «Por lo que respecta a las reclamaciones extrajudiciales efectuadas por la demandante, a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de un año, consta un burofax de 30 de diciembre de 2011, que si bien fue entregado a Dña. Penélope, el propio demandado reconoce su existencia y el conocimiento de su contenido. Posteriormente se remite carta certificada el 21 de diciembre de 2012, constando recibida la misma por Casiano el 28 de diciembre de 2012, y en fecha 17 de diciembre de 2013 se remite otra carta certificada, que es recepcionada por Rebeca en 19 de diciembre de 2013. Respecto de estas dos reclamaciones, de la prueba documental aportada con la demanda resulta que la actora remitió sendas cartas certificadas con acuse de recibo, las cuales fueron remitidas en las fechas selladas en Correos, como resulta del acuse y no consta devolución del envío, habiendo sido dichas comunicaciones efectivamente recibidas en ese domicilio indicado porque aparece un receptor de la misma que firma en el acuse, receptor que, en el caso de Dña. Rebeca, acepta una comunicación dirigida al hoy demandado». Todo se reduce, pues, a la carta remitida en fecha 12 de diciembre de 2014, al no existir recibo que justifique la entrega de la misma en el domicilio del demandado ni la recepción de dicha comunicación».

Si se está a todas las circunstancias que rodean el supuesto litigioso no puede calificarse de ilógica o absurda la inferencia de la sentencia recurrida cuando afirma que «la recurrente acudió a un medio idóneo para que la comunicación llegase a conocimiento del demandado, cuál fue la remisión de carta certificada a su domicilio a través del Servicio Nacional de Correos, medio operativo cuya regularidad no hay razón para poner en entredicho y respecto de lo que el documento del acuse de recibo que por la sentencia recurrida se echa en falta solo haría redundar en aquello, pero sin ser determinante para, ante su falta de incorporación, concluir que no aconteció la recepción de la comunicación»... Como afirma la parte recurrida «dichas

cartas fueron enviadas y dirigidas todas al demandado D. Casiano y todas ellas a la misma dirección de Oviedo, habiendo admitido el demandado la recepción de todas, excepto la de fecha 12 diciembre 2014». «En el certificado expedido por la Oficina de Correos, de la última carta de 12 de diciembre de 2014, consta el justificante del envío que se describe y la Oficina de admisión también descrita en Oviedo, con un importe del envío de 3,63 €, sin que dicha carta haya sido devuelta a su remitente por falta de entrega. En dicho certificado consta que se remite al recurrente y a dicha dirección. En el escrito de contestación a la demanda en su encabezamiento el propio demandado sigue señalando como domicilio el mismo de Oviedo». De tales hechos se infiere el envío de la carta y su recepción, y si se está a los antecedentes litigiosos entre las partes y a lo reclamado en las comunicaciones precedentes, no resulta difícil inferir el contenido del escrito de la carta cuestionada. Por todo ello el recurso ha de desestimarse, confirmando la sentencia recurrida. (**STS de 5 de febrero de 2019; no ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

NOTA.—Acierto indudable del fallo es evocar la importante doctrina civilista que también propugna un criterio amplio para admitir la interrupción extrajudicial de la prescripción extintiva. Baste mencionar: DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 10 ed. Tecnos, Madrid, 2001, pp. 437 ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I-3 (a cargo de Delgado), Madrid 2005, pp. 346 ss.; DE PABLO CONTRERAS, en *Curso de Derecho civil* (a cargo de Martínez de Aguirre), 3.<sup>a</sup> ed., Madrid 2008, pp. 305-307. Esta doctrina sugiere su aplicación a las obligaciones mercantiles, e incluso en el ámbito civil, a la interrupción por carta con la carga de la prueba de su fecha. En el presente caso la Sala ha desmenuzado cuidadosa y acertadamente los hechos con la finalidad de facilitar y comprender mejor esa progresiva doctrina. Plenamente de aceptar. (G. G. C.)

**4. Acciones cambiarias. Interrupción de la prescripción. Doctrina jurisprudencial: aplicación de las normas del Código civil. La caducidad de la instancia no impide el efecto interruptivo que tiene la presentación de la demanda.**—La Ley Cambiaria y del Cheque establece en su artículo 89 que serán causa de interrupción de la prescripción las establecidas en el artículo 1973 CC. Es decir, abandona el sistema anterior del Código de Comercio para acoger el sistema general de la prescripción civil y su plasmación, en cuanto a interrupción de la prescripción, en el mencionado artículo 1973. En consecuencia, el artículo 44 CCo no es aplicable al caso, precisamente, porque con base en el cambio operado a través de la Ley Cambiaria y del Cheque, la jurisprudencia ha propugnado una interpretación unitaria de la interrupción de la prescripción en el ámbito civil y mercantil, que da preferencia a la aplicación de la norma del Código civil sobre la del Código de comercio, basada en los siguientes argumentos: a) La reclamación extrajudicial fue introducida *ex novo* por el Código civil (que es cronológicamente posterior al Código de comercio); b) La infracción del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE, que se produciría en otro caso, si se tratara peor al acreedor mercantil que al acreedor civil, cuando ambos se encuentran en la misma situación; c) No se aprecia razón de especialidad por la que deba prevalecer el principio de que la ley especial deroga a la general; y d) La previsión del

mencionado artículo 89 LCCh supone una decidida apuesta en favor de la estimación unitaria de la institución (SSTS de 4 de diciembre de 1995; 31 de diciembre de 1998; 8 de marzo de 2006 y 8 de abril de 2010). Por ello, el artículo 944 CCom, que prevé que la prescripción no se interrumpe si se produjo la caducidad de la instancia, no es aplicable al supuesto; y sí lo es el artículo 1973 CC, el cual dota de eficacia interruptiva de la prescripción a la reclamación judicial, pese a que pudiera concurrir la indicada caducidad. (**STS de 7 de febrero de 2019;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—La actora era tenedora de un pagaré firmado por el demandado, con vencimiento a un año. Presentado al cobro, resultó impagado, ante lo cual la tenedora formuló demanda de juicio cambiario contra el librador. Dicho juicio terminó por caducidad de la instancia, que fue notificada a la demandante en septiembre de 2011. En noviembre del año siguiente la tenedora interpuso una demanda de juicio ordinario contra el indicado firmante y, previa oposición del demandado, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la pretensión. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Las Palmas acogió el recurso de apelación planteado por el demandado, al considerar que la acción cambiaria estaba prescrita por aplicación de los arts. 89 LCCh y 944 CCo, desestimando con ello la demanda principal. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la actora. (*L. A. G. D.*)

## DERECHO DE LA PERSONA

**5. Derecho al honor vs. libertad de información.**—El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor se resuelve acudiendo a un juicio de proporcionalidad en cuanto a la difusión de las opiniones o de las expresiones, prohibiéndose el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la idea crítica o la noticia. Por su parte, en el conflicto contra la libertad de información prevalecerá esta última siempre que lo transmitido sea esencialmente veraz. La veracidad no equivale a una exactitud total, sino que se corresponde con el deber del informador de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste, que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello al margen de la forma elegida para su comunicación y sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. Y ello aunque la información con el transcurso del tiempo pueda ser desmentida o no resultar confirmada. Faltaría esa diligencia cuando se transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación o meras invenciones.

El deber de veracidad ha sido matizado en los casos de reportaje neutral. Para que así sea, el objeto de la noticia debe estar constituido por declaracio-

nes ajenas que imputen hechos lesivos para el honor que sean noticia por sí mismas, esto es, las declaraciones han de ponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas, y el medio informativo debe ser mero transmisor de las mismas, limitándose a narrarlas. Si reelabora la noticia, no hay entonces reportaje neutral. Concurriendo ambos requisitos, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración.

Por otro lado, según el artículo 9.3 LO 1/1982, se presumirá siempre la existencia de perjuicio cuando se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias concretas del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. El Tribunal Supremo tiene dicho que el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni impone legalmente a los tribunales para cuantificar su indemnización. Además, también ha señalado que no son admisibles las indemnizaciones de carácter meramente simbólico. (**STS de 19 de diciembre de 2018; no ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—Una cadena de televisión emitió en horario de máxima audiencia un programa producido por CMPA, que consistió en una serie de reportajes cuya finalidad era denunciar posibles prácticas fraudulentas en el ejercicio profesional. Dichos reportajes fueron elaborados mediante la técnica de la cámara oculta. En ellos se acusaba de intrusismo profesional a los demandantes no solo por ejercer la medicina en el sector de la cirugía estética sin estar en posesión del título de esta especialidad, sino, además, por presentarse de forma engañosa ante sus pacientes como profesionales con el título de especialista en esta rama de la medicina. Los demandantes, reputados profesionales de la medicina estética y miembros de distintas sociedades médicas, interpusieron demanda porque se les imputaba ser intrusos, fraudulentos y negligentes. Solicitaban que se declarase la existencia de tales intromisiones ilegítimas en su honor e intimidad, y se condenara a la demandada a indemnizarles en 90.000 € y a cesar en la intromisión.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando la existencia de intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad de los demandantes y condenó a la demandada a indemnizarles en 30.000 €, así como a cesar en dichas intromisiones. Señaló el Juez que el reportaje se limitaba a denunciar el intrusismo de los demandantes y quiso trasladar a la opinión pública el hecho de que existían doctores en medicina general que se presentaban como cirujanos estéticos. La demandada interpuso recurso de apelación, que fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, revocando la sentencia apelada para descartar la intromisión ilegítima en la intimidad y limitar la indemnización por los daños morales derivados de la intromisión ilegítima en el honor en la cantidad de 24.000 €. La demandada interpuso recurso de casación, alegando: 1) la infracción del artículo 20.1.d) CE, en relación con el artículo 18 CE y los artículos 2.1 y 7.7 LO 1/1982, cuestionando el juicio de ponderación de la Audiencia Provincial; 2) la doctrina del reportaje neutral.

El Alto Tribunal comienza afirmando que la información cuestionada pertenecía al género del reportaje-denuncia, en el que, a los elementos informativos, predominantes, se unían opi-

niones y juicios de valor que resaltaban la línea de denuncia trazada por los responsables del programa. En primer lugar, se centra en determinar si los informadores agotaron el deber de diligencia exigible conforme a los datos que tenían a su disposición antes de hacer tan graves imputaciones. A la hora de resolver, el Tribunal Supremo tiene en cuenta un hecho declarado probado: durante la grabación con cámara oculta uno de los demandantes dejó claro que solamente se dedicaban a la estética, no a la cirugía reparadora, que el equipo lo formaban tres médicos, dos de los cuales (los demandantes) eran licenciados en medicina y cirugía y el tercero cirujano plástico, y que luego ellos dos se formaron en medicina y cirugía estética. Por tanto, no puede aceptarse que se presentaran ante los pacientes como poseedores de una titulación de la que carecían. En este contexto, la información ofrecida no podía reputarse veraz, pues se afirmó sin ambages, de forma inequívoca, que los demandantes eran impostores, intrusos profesionales y se les presentó ante la opinión pública junto con personas cuyas características no eran en absoluto equiparables (ej.: una esteticista que realizaba actos médicos en una peluquería sin título habilitante para el desempeño de ninguna profesión sanitaria). Tales imputaciones se hicieron sin agotar la diligencia mínimamente exigible al informador. En segundo lugar, el Tribunal Supremo entiende que la información no puede considerarse un reportaje neutral, pues la presentadora no se limitó a transmitir objetivamente lo dicho por otro, sino que hizo suya la versión de la paciente, como si fuera la única cierta, y la asumió como propia, faltando a partir de ese momento una transmisión neutral e imparcial de lo dicho por otro. El hecho de que la presentadora acudiera al uso recurrente de la expresión «presunto» antes de la imputación de intrusismo debe considerarse un recurso estereotipado que, en absoluto, priva de intensidad ofensiva a la información. En definitiva, a pesar del importante valor de los reportajes-denuncia para el interés general y la formación de la opinión pública, tampoco puede minusvalorarse su potencial lesivo para los derechos fundamentales cuando se opta por una línea sensacionalista y tendenciosa que dejaba prácticamente indefensos a los demandantes, dos médicos perfectamente identificables. Finalmente, el Alto Tribunal confirma la condena indemnizatoria en la cantidad fijada por la Audiencia Provincial.

NOTA.—Sobre las libertades de expresión e información en reportajes de cámara oculta, *vid.* también la STS de 23 de noviembre de 2017. En relación con el juicio de veracidad a realizar en estos casos, *vid.* las SSTS de 1 de octubre de 2015, 17 de enero de 2017 y 18 de julio de 2018. Y sobre la aplicación de ese juicio de veracidad en los casos de reportaje neutral, *vid.* las SSTS de 9 de enero de 2018, 10 de octubre y 7 de junio de 2016. También ha señalado el Alto Tribunal que el uso del adverbio «presuntamente» no sirve para excluir la ilegitimidad de la intromisión al honor, en su sentencia de 8 de mayo de 2015. (*S. L. M.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**6. Condiciones generales de la contratación: Control de incorporación.**—El 27 de diciembre de 2010, D. Juan Miguel y Dña. Aurora, como prestatarios, casados en régimen navarro de conquistas y la Caja Laboral Popular S. C. C., como prestamista, suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 178.885 €, con un tipo de interés variable del Euribor más 2,25 %. Además, se incluyó un párrafo, al final de la cláusula tercera, del siguiente tenor: «No obstante lo expuesto, durante la vida de esta operación en la que se aplique el tipo de interés variable, el tipo de interés anual resultante final tendrá un límite mínimo de modo que no podrá ser inferior al tipo nominal de tres enteros y setenta y cinco centésimas de entero por ciento anual. Estos límites máximo y mínimo no afectarán en ningún caso al tipo de interés fijo establecido para el plazo inicial de esta operación que será el indicado en esta cláusula» (la mayúscula y la negrita figuran tal cual en escritura pública). La finalidad del préstamo fue la financiación de la compra de un local comercial para la instalación de un negocio de peluquería.

Las personas mencionadas interpusieron una demanda contra Caja Laboral, en la que solicitaron que se declarase la nulidad de la mencionada cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés y se ordenara la restitución de las cantidades cobradas como consecuencia de su aplicación.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pamplona, en sentencia 15 de julio de 2015, estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. Juan Miguel y Dña. Aurora, declarando la nulidad de dicha cláusula cuyos efectos de la no incorporación se retrotraen al 9 de mayo de 2013. Condenó a la Caja Laboral a recalcular las cuotas satisfechas desde esa fecha aplicando, sin suelo, el tipo de interés pactado, restituyendo el exceso cobrado; abonar a los actores sobre el exceso cobrado en cada cuota, intereses al tipo legal de dinero, e incrementando el tipo en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta el completo pago; declaró nula la cláusula sexta en la parte en que establece un interés de demora igual al resultado de sumar un extratipo del 18 % nominal anual al interés retributivo vigente el día de vencimiento de cada cuota no satisfecha, atendido que el interés de demora en su caso aplicable será igual a tres veces el interés legal del dinero vigente en cada momento.

La sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Navarra desestimó el recurso de apelación por sentencia de 28 de junio de 2016.

La Caja Laboral interpone recurso por infracción procesal con base en que la sentencia declara la nulidad de la cláusula litigiosa por una causa distinta de la que se pedía en la demanda, ya que en ésta nunca se mantuvo que la misma no superase el control de incorporación, incurriendo en incongruencia. Se desestima porque la Caja Laboral rebatió en su recurso de apelación que la cláusula litigiosa no superara el control de incorporación, pero no denunció una supuesta incongruencia. En efecto, el artículo 469.2 LEC establece el requisito inexcusable o carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que de no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario. Su inobservancia excluye la indefensión, en cuanto la estimación de ésta exige que la parte no se haya situado en ella por su propia actuación (por todas véase STS de 14 de octubre de 2010 que menciona la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional).

**Doctrina jurisprudencial sobre control de inclusión o de incorporación.**—El único motivo de casación denuncia la infracción de los artículos 5 y 7 de la LCGC, se argumenta, resumidamente, que la cláusula controvertida es clara y de comprensión sencilla y fue leída por el Notario autorizante de la escritura pública, por lo que supera sobradamente el control de inclusión. Aduce que la sentencia recurrida interpreta incorrectamente las sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo y 29 de abril de 2015.

Como declaran, entre otras, la STS de 28 de mayo de 2018, el control de inclusión o incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con una mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en los dos preceptos cuya infracción denuncia la entidad recurrente: en el artículo 5 para establecer los requisitos de incorporación, y en el artículo 7 para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato.

Conforme al artículo 5, en lo que ahora importa: a) Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el oferente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes; b) Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas; c) No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas; d) La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

A su vez, a tenor del artículo 7, no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que: a) El adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, si ello fuera necesario conforme al artículo 5; b) Sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubiesen sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenida en el contrato.

En la práctica, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 LCGC, y si se supera, es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los artículos 5.5 y 7 e la misma Ley; la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El primero de los filtros mencionados –el del art. 7– consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración del contrato. El segundo filtro de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula. En suma, para superar el control de incorporación, previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

Si nos atenemos a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, que han de ser respetados en casación, la cláusula litigiosa no cumple los umbrales a que hemos hecho referencia y, por ello, no supera el control de incorporación, porque los adherentes no tuvieron la posibilidad de conocer siquiera la propia existencia de la cláusula litigiosa en el momento de prestar su consentimiento contractual.

En cuanto a los efectos de la declaración de no incorporación, que también se discuten en el motivo, se hace el planteamiento de una manera irregular, puesto que dicha alegación debería haberse articulado mediante un motivo de casación específico. Ello sería suficiente para la desestimación de esta alegación, ya que ni siquiera se citan como infringidos los artículos 9 y 10 LCGC, que son los aplicables.

En todo caso, de los artículos 9.2 y 10.1 LGCG se desprende inequívocamente que cuando una condición general de la contratación no supera el control de inclusión, debe declararse su nulidad, con la consecuencia de que se restituyan sus efectos desde que se aplicó, conforme al artículo 1303 CC.

Por las razones expuestas, el recurso de casación debe ser desestimado. (**STS de 25 de enero de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

NOTA.—Idéntica doctrina y ponente se expone en STS de 28 de mayo de 2018 (extractada por DÍAZ DE LEZCANO en *ADC*, julio-septiembre 2019, p. 997) por lo cual puede considerarse ya doctrina consolidada en la jurisprudencia. (G. G. C.)

**7. Cláusula *rebus sic stantibus* y crisis económica: supuestos en que no es aplicable.**—La jurisprudencia ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato: a) así, cuando la crisis financiera sea un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (STS 742/2014, de 11 de diciembre); b) también, el carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula *rebus sic stantibus* a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate (STS 64/2015, de 24 de febrero); c) además, la STS 237/2015, de 30 de abril, establece que aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* en favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador. (**STS de 15 de enero de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—El 16 de abril de 1999 una sociedad hotelera celebró con una entidad mercantil, dedicada a la promoción y construcción inmobiliaria, un contrato por el que esta última se comprometía a construir (en algo más de 2 años), en un solar de su propiedad, un edificio que arrendaría a la primera durante 18 años para su explotación como hotel. En el contrato se estipulaba, entre otras cláusulas, un sistema complejo de renta y que antes de finalizar el año décimo segundo la arrendataria podría dar por finalizado el

arrendamiento, en cuyo caso, tendría que indemnizar a la propiedad con la renta de tres años. El 1 de diciembre de 2002, finalizada la construcción del hotel, las partes modificaron parcialmente el arrendamiento, sobre todo en cuanto a la renta y a la duración del contrato, para preservar el equilibrio contractual entre las partes. El 5 de septiembre de 2012 la entidad hotelera demandó a la inmobiliaria, en lo sustancial, para resolver el contrato de arrendamiento y, subsidiariamente, la reducción de la renta, dado que la crisis económica mundial lo había hecho inviable. Su pretensión no prosperó, ni en primera ni en segunda instancia, y el Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

**8. Cláusula penal. Moderación de la pena: no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 CC si el incumplimiento producido es aquel que precisamente se había pactado en la cláusula penal.**—El mandato del artículo 1154 CC está condicionado a la concurrencia del supuesto en él previsto, esto es, a que la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; por lo que: «en los demás casos la jurisprudencia, respetando la potencialidad creadora de los contratantes —artículo 1255 CC— y el efecto vinculante de la *lex privata* —artículo 1091 CC: *pacta sunt servanda* rechaza la moderación cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento— total o, incluso, parcial o deficiente de la prestación que se hubiera producido. La sentencia 585/2006, de 14 de junio, recordó que es doctrina constante de esta Sala que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del CC si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del repetido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (**STS de 11 de diciembre de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—Las partes suscribieron un contrato de arrendamiento de naves industriales con una cláusula penal en la que se pactó unas penas para los supuestos de incumplimiento de la obligación de pago, y para el caso en el que, finalizado el contrato, no se devolviera la nave o no se restituyera en las mismas condiciones en las que fue entregada. A lo largo del pleito quedó acreditado que el arrendador necesitó un año para la realización de las obras de reparación de las naves industriales una vez devueltas. Por este concepto, la cláusula penal preveía un pago de 3000 euros por cada día que se tarde en acondicionar el inmueble al estado originario. En aplicación de la pena, el Juzgado de Primera Instancia la modera, al considerarla abusiva, desorbitada y desproporcionada, sustituéndola por el pago de 393.185,28 euros (una anualidad de renta) en indemnización del lucro cesante causado. La Audiencia Provin-

cial suprimió esta partida y no condenó por este concepto. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y aplicó la pena pactada.

NOTA.—Es doctrina consolidada que la facultad moderatoria del artículo 1154 CC queda condicionada a la concurrencia del supuesto previsto en el precepto, esto es, que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. Pero no cabe dicha moderación de la pena cuando la misma hubiera sido prevista para sancionar, específicamente, el incumplimiento producido. En el Código civil no se contempla, como en otros textos normativos (art. 1152 CC francés; art. 1384 CC italiano; art. 812 CC portugués; art. 9:509 PECL; art. III-3:710 DCFR; art. 1150 de la PMOC y el art. 519-13 de la Propuesta de la de la APDC), la moderación de la cláusula penal manifestamente excesiva o desproporcionada en relación con los perjuicios reales. Por lo que, faltando una regla específica de moderación de la cláusula penal excesiva, la posibilidad de control de este tipo de cláusulas se asienta en otros remedios contractuales distintos al artículo 1154 CC. En este sentido, la STS de 13 de septiembre de 2016, y las posteriores de 25 de enero y 24 de febrero de 2017, fundamenta, la reducción judicial de las penas excesivas, en los límites a la autonomía de la voluntad. De este manera, en consecuencia con las limitaciones del artículo 1255 CC, estableció que pueden ser consideradas contrarias a la moral o al orden público: a) las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado, b) las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; y c) aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. La carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad es extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada. (C. O. M.)

**9. Concurso de acreedores. Crédito con garantía real: eficacia.**—La constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle, ante su insatisfacción, promover el procedimiento de realización de valor legalmente previsto (*ius distrahendi*), como al otorgarle un privilegio, aunque no absoluto, en tanto que existen otros acreedores privilegiados, para el cobro con lo obtenido en dicha realización forzosa.

**Crédito con garantía real: alcance.**—La realización del bien hipotecado, que garantiza el crédito con privilegio especial (art. 90. 1.<sup>º</sup> LC.), supondrá el pago de dicho crédito (art. 155.1 LC) y dará lugar a la cancelación de la carga. Crédito que no abarca solo el principal, sino también los intereses devengados y cubiertos por la garantía, como se desprende tanto de los preceptos de la Ley Concursal, como del artículo 692 LEC, supletoriamente aplicable por mor de la disposición final quinta Ley Concursal, que establece que el precio del remate se destinará, sin dilación, a pagar al acreedor su crédito, intereses devenga-

dos y costas causadas y el resto se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados, sobre el bien hipotecado.

**Crédito con garantía real: devengo de intereses cubiertos.**—El artículo 90 LC no establece expresamente que esos intereses tengan el carácter de crédito con privilegio especial, pero porque es innecesario, una vez que el privilegio abarca la totalidad del crédito garantizado, conforme a lo expresado en el título. Además, conforme a esta regulación, los intereses devengados por el crédito hipotecario serán privilegiados con privilegio especial, con independencia de su fecha de devengo, anterior o posterior a la declaración del concurso, si están cubiertos por el valor de realización del bien que sirve de garantía.

**Crédito con garantía real: devengo de intereses no cubiertos.**—Si el valor de realización no cubre los intereses, debe entenderse que los devengados con anterioridad a la declaración de concurso son subordinados (art. 92. 3.<sup>º</sup> LC), mientras que los posteriores no pueden ser reclamados, por exceder de la garantía.

**Crédito con garantía real: deber de comunicación del crédito.**—El acreedor hipotecario no está exonerado de su deber de comunicación del crédito, como se desprende inequívocamente del tenor literal del artículo 85.3 LC En consecuencia, si la comunicación del crédito por parte del acreedor fue errónea o incompleta, una vez precluidos los momentos procesales hábiles para instar la modificación de la lista de acreedores, no puede pretenderse una alteración de la cantidad reconocida en la lista definitiva. Esto es, si cuando se realizó la comunicación de créditos todavía no se había alcanzado el límite garantizado, debería haberse comunicado la cantidad devengada hasta esa fecha como crédito con privilegio especial y la parte todavía no devengada como crédito contingente sin cuantía propia (hasta que se cumpliera la contingencia) y con la calificación de privilegio especial. (**STS de 20 de febrero de 2019**; ha lugar.) [Ponente Exmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—La representación procesal de la entidad B. P. E. interpuso demanda de incidente concursal contra la administración concursal de G. e H. S. L., en la que solicitaba la entrega de cierta cantidad de dinero correspondiente a los intereses de demora de dos préstamos hipotecarios y devengados hasta la fecha de declaración del concurso y que estaban dentro del límite de la cobertura hipotecaria. Los administradores concursales se oponen a dicha pretensión y solicitan el archivo de la demanda. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca (Mercantil) desestimó la demanda interpuesta contra la concursada y contra la administración concursal, por considerar que el crédito por intereses moratorios no estaba reconocido en la lista de acreedores, sin que entidad demandante hubiere formulado impugnación alguna, con expresa condena al pago de las costas a la actora. Recurrida en apelación por la representación procesal de B. P. E., la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Huesca, desestimó el recurso al no ser posible la modificación de los textos definitivos, condenando al apelante al pago de las costas causadas en la alzada, así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**10. Concurso de acreedores. Créditos por alimentos: distinción según devengo.**—Hay que distinguir entre el crédito por alimentos a favor de los hijos devengado antes de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y los créditos que por tal concepto se vayan a devengar con posterioridad a la solicitud. El acuerdo extrajudicial de pagos solo puede afectar a los créditos anteriores a su solicitud, incluidos también los de alimentos ya devengados, pero no a los posteriores. La Ley Concursal no excluye a los acreedores de créditos por alimentos, solo excluye del acuerdo extrajudicial de pagos a los créditos con garantía real, hasta el valor de la garantía, y salvo que hubieran votado a favor y a los créditos de derecho público, sin perjuicio de que se alcance su aplazamiento por el cauce administrativo correspondiente. El resto de los créditos anteriores a la solicitud, entre los que se encuentran los créditos por alimentos, en principio, se verán afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

**Créditos por alimentos: alcance.**—No cabe en sede concursal modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos, esto es, el acuerdo extrajudicial de pagos no puede reducir el importe de la obligación futura de alimentos, además, los créditos por alimentos contra el deudor común devengados con posterioridad a la solicitud no se ven en ningún caso afectados por un acuerdo extrajudicial de pagos, serán exigibles y deberán abonarse por el deudor sin ninguna limitación. Y, en caso de declararse el concurso consecutivo, si todavía no se hubieran satisfecho, tendrían la consideración de créditos contra la masa, en aplicación de la regla 3.<sup>a</sup> del artículo 242 bis.2 LC.

**Créditos por alimentos: clasificación del crédito.**—Al regular los créditos contra la masa, el artículo 84.2. 4.<sup>º</sup> LC atribuye esta condición a los de alimentos con cargo al concursado acordados judicialmente en un procedimiento de familia con posterioridad a la declaración de concurso, y, en el caso en que tuvieran su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad, a los devengados con posterioridad a la declaración del concurso. A sensu contrario y en consonancia con el artículo 49 LC, los créditos por alimentos devengados con anterioridad a la declaración de concurso son créditos concursales ordinarios, salvo la parte que, conforme al artículo 47.2 LC, el juez del concurso haya determinado que se satisfaga con cargo a la masa.

**Créditos por alimentos: exclusión como créditos subordinados.**—El artículo 92. 5.<sup>º</sup> LC, cuando enumera los créditos concursales que merecen ser clasificados como subordinados, se refiere a los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor (por ejemplo, los hijos o familiares próximos), pero apostilla a continuación que se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario. Y, en cuanto créditos concursales ordinarios se verán afectados, en su caso, por el convenio, al no existir ninguna regla especial que los excluya.

**Créditos por alimentos: exoneración del pasivo insatisfecho.**—La Ley Concursal, al regular en el artículo 178 bis LC la exoneración del pasivo insatisfecho, a la que se podría llegar en caso de frustrarse la consecución o el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y se abriera el concurso consecutivo, presupone que pueda haber créditos concursales por alimentos, cuando en su apartado 5.1.<sup>º</sup> dispone la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.<sup>º</sup> del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

**Créditos por alimentos: potestad judicial.**—En el concurso de acreedores, el artículo 47.2 LC otorga un instrumento al juez para, en su caso, evitar que la aplicación de las reglas concursales pueda amparar abusos o situaciones objetivamente injustas. El juez podrá determinar qué parte de los créditos por alimentos deberían necesariamente ser abonados con cargo a la masa y, por lo tanto, preservarla de los efectos novatorios del convenio. Aunque este precepto se prevé para el concurso de acreedores, no existe inconveniente en que el juez encargado de aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos pueda, para evitar un eventual abuso, excluir una parte del crédito por los alimentos del convenio para que fuera pagado con cargo a la masa.

**Créditos por alimentos: alcance del acuerdo extrajudicial de pagos.**—El acuerdo de extrajudicial de pagos en ningún caso puede modificar el contenido de la obligación de pago de alimentos fijada judicialmente en un procedimiento de familia. Y las eventuales quitas y esperas incluidas en un acuerdo extrajudicial de pagos no afectarán a los créditos por alimentos devengados con posterioridad a la solicitud, pero sí a los devengados antes, salvo que el juez disponga que una parte de estos créditos sean pagados contra la masa. (**STS de 13 de febrero de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—La representación procesal de Dña. E. interpuso demanda incidental de impugnación de acuerdo extrajudicial de pagos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño, contra D. L. solicitando se declare concurrir las causas de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos consistente en la falta de las mayorías exigidas para su adopción, y en la desproporción de la quita y espera aceptadas. Así como que se anule el acuerdo extrajudicial y se proceda a la declaración de concurso consecutivo de la codemandada. La representación de D. L., se opuso a la demanda y solicitó del juzgado su desestimación. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Logroño desestimó la demanda. Recurrida en apelación por la representación procesal de Dña. E., la Audiencia Provincial de La Rioja, estimó el recurso, revocando la sentencia apelada y en su lugar acordó la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos impugnado y la sustanciación del concurso consecutivo del deudor D. L. ya que el acuerdo no podía alterar el importe de las pensiones de alimentos acordadas por el juzgado de familia, pendiente de devengarse, pues para eso había que acudir a un incidente de modificación de medidas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

**11. Concurso de acreedores. Constitución de garantía coetánea al crédito: onerosidad.**—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 por lo que no opera la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC.

**Perjuicio para la masa: consideración.**—Para juzgar sobre la existencia de perjuicio para la masa hay que valorar si ha existido alguna atribución o

beneficio patrimonial en el patrimonio del garante que justifique razonablemente la prestación de la garantía.

**Perjuicio para la masa: directo o indirecto.**—El perjuicio 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. Puede ser un beneficio patrimonial indirecto.

**Ausencia de perjuicio: diferencia con justificación del sacrificio patrimonial.**—Una cosa es que no resulte de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC por la contextualidad de las garantías, reales y personales que excluye su gratuidad, y otra distinta la valoración de la justificación del sacrificio patrimonial que supone la prestación de la garantía, en atención de los beneficios directos o indirectos que podían derivarse para el concursado que haya prestado la garantía.

**Afianzamiento: sacrificio patrimonial.**—En el concurso de una persona física que había afianzado un préstamo a favor de una sociedad participada mayoritariamente por ella, y mediante la cual desarrollaba su actividad empresarial, se aprecia la justificación del sacrificio patrimonial que suponía el afianzamiento en atención al interés económico que el fiador concursado tenía en el buen fin de la empresa financiada. La jurisprudencia no considera la existencia de perjuicio, si el préstamo garantizado cuenta con la justificación de que pretende dotar de liquidez a una sociedad de participación mayoritaria a quien lo garantiza, y relacionada con la actividad profesional del concursado, y se halla plenamente justificado porque en la fecha en que se realizó se pretendía obtener liquidez o circulante para la persona jurídica, como medio, a su vez, de obtener ingresos superiores para el patrimonio de la persona física que es su socio mayoritario.

**Pago de deuda ajena: grupo de sociedades.**—Desde la perspectiva de quien cobra el crédito, ha percibido algo debido, y el hecho de que lo haga de otra sociedad del grupo de la deudora no priva de justificación a su cobro, conforme al principio *qui suum recepit nullum videre fraudem facere* (quien cobra lo que es suyo no defrauda). (**STS de 19 de diciembre 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—La administración concursal de las entidades S. C. S. L., G. N. A. S. L. U. y L. I. S. L. U., don D. y don E., interpuso ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid demanda de incidente concursal en ejercicio de acción de rescisión, contra las entidades G. N. A. S. L. U. y L. I. S. L. U., don D. y don E, la entidad C. de A. M. y la entidad U. O. C. S. L., solicitando, entre otros pedimentos que se declare la rescisión del pago realizado por G. N. A. S. L. U., en concurso, a favor de U. O. C. S. L., también la rescisión del negocio de hipoteca en garantía de la devolución del préstamo de L. I. S. L. U., en concurso, a C. de A. M., la rescisión de la constitución de aval solidario por don E., en concurso, en garantía de la devolución del préstamo de L. I. S. L. U. a C. de A. M., la rescisión de la constitución de aval solidario por don D. en concurso, en garantía de la devolución del préstamo de L. I. S. L. U. a C. de A. M., Se declare, en consecuencia, sin efecto alguno desde su constitución la indicada hipoteca sobre los inmuebles de G. N. A. S. L. U., se declaren, sin efecto alguno, desde su constitución los avales solidarios respecto del patrimonio de don E. y don D. requiriéndose a C. de A. M., a la inmediata devolución de los títulos, todo ello con

imposición de costas a los demandados. La sentencia de instancia estimó la demanda declarando la rescisión de la disposición efectuada por G. N. A. S. L. a la C. de A. M. en pago de una deuda de U. O. C. S L.: la rescisión, sin efecto alguno desde su constitución, de la hipoteca constituido por L. I., SLU, en garantía del préstamo percibido por G. A. SL.; la rescisión, sin efecto alguno desde su constitución, de las fianzas prestadas por don E. y don D. en garantía del préstamo percibido por G. N. A. por entender aplicable la presunción de perjuicio del artículo 71.2 LC al pago realizado pues se trataba de un acto realizado a título gratuito, por la ausencia de contraprestación. Del mismo modo, aplicó esta presunción de perjuicio *iuris et de iure* a la constitución de la hipoteca y las dos fianzas, por entender que también eran actos de disposición a título gratuito. En el caso de la constitución de la hipoteca, razonó que no constaba que esa operación hubiera sido realizada en interés del grupo. Recurrida en apelación por la representación procesal de C. de A. M., la Sección 28.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, estimó íntegramente el recurso de apelación interpuesto y revocó la resolución, ya que negó que los actos de disposición patrimonial que se pretenden rescindir hayan sido realizados a título gratuito, y por ello no resulta de aplicación la presunción de perjuicio *iuris et de iure* del artículo 71.2 LC y sin que exista base para afirmar el carácter perjudicial de las referidas operaciones, acordando en su lugar, desestimar la demanda promovida por la parte actora, condenando a dicha parte al pago de las costas de primera instancia, sin expresa imposición de las costas ocasionadas en la segunda instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

**12. Asunción de deuda. Acuerdo entre el cesionario del remate y la entidad bancaria por la que aquel asumió el pago de la parte del préstamo hipotecario que no había sido cubierta por la subasta. Reclamación del importe pagado al prestatario primitivo: aplicación de las normas previstas para el pago del tercero (art. 1158 CC).**—La asunción de deuda con pago liberatorio debe ser tratada, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, como un pago, pues el supuesto no es tan distinto del pago por tercero contemplado en el artículo 1158 CC. Del mismo modo que un tercero puede hacer el pago ex artículo 1158 CC puede comprometerse con el acreedor a hacer el pago y, liberado el deudor primitivo, podrá dirigirse contra este por aplicación de las normas del pago por tercero. En el caso, producido el pago, nació el derecho de regreso ejercitado con la finalidad de recuperar lo pagado. (**STS de 19 de diciembre de 2018; ha lugar.**). [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—El objeto de discusión se centra en el acuerdo suscrito por los demandantes con una entidad financiera, en virtud del cual, esta cedía a los primeros el remate resultante de la ejecución hipotecaria y, a cambio, aquellos le pagarían el precio del remate más la parte del préstamo hipotecario que no había sido cubierta por la subasta. La vivienda ejecutada había sido comprada por el hijo de los demandantes y su novia, que en aquel momento formaban una pareja de hecho. Tras la ruptura de la relación, la pareja

dejó de pagar el préstamo hipotecario lo que llevó al banco a instar el correspondiente procedimiento hipotecario. Con el fin de no perder la vivienda, los padres del comprador alcanzaron un acuerdo con el banco por el que la entidad financiera se comprometía a realizar los trámites oportunos para la cederles el remate, a cambio del pago del importe de la adjudicación más las cantidades pendientes del pago del préstamo hipotecario, todavía debidas, por exceder del precio obtenido en la subasta. Abonada la deuda, los padres presentan demanda contra la ex novia de su hijo reclamándole el 50% de la cantidad entregada al banco para cancelar el préstamo hipotecario. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia estima el recurso de apelación y desestima la pretensión. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

NOTA.—Para la Audiencia, el pago realizado por los demandantes era un pago propio, derivado del acuerdo suscrito entre estos y la entidad bancaria, por lo que excluye la aplicación del artículo 1158 CC, en cuanto que, el mencionado precepto requiere como uno de los presupuestos que se trate de pago de deudas ajenas. Sin embargo, el Tribunal Supremo califica el negocio como un contrato de asunción de deuda. En concreto, y aunque no se especifique en la sentencia, nos encontraríamos ante un convenio expromisorio en virtud del cual el acreedor concierta con un tercero que este quede vinculado por la obligación del deudor primitivo, y, por tanto, tendrá que cumplir la prestación de aquel (*Vid. DÍEZ-PICAZO, L. Fundamento de Derecho Civil Patrimonial, Pamplona, 2008, pp. 1032 ss.*). En el caso de la sentencia que nos ocupa, además fue una asunción liberatoria, puesto que, el banco emitió un certificado de liquidación de la deuda de los prestamistas. La figura está contemplada en el artículo 1205 CC y se caracteriza porque la intervención del nuevo deudor, que ocupa la posición del primitivo, es espontánea y no necesita del conocimiento ni aprobación del deudor antiguo. Hay un sustrato común entre el pago del tercero (art. 1158 CC) y convenio expromisorio (art. 1205) que viene representado por la idea de la admisión de la intervención de un tercero en una relación jurídica ajena. Sin embargo, en el convenio expromisorio el que cumple lo hace como deudor, mientras que en el pago del tercero es una persona no ligada por la relación afectada quien realiza la prestación. Por otro lado, el acreedor puede ser obligado a recibir el pago que de su crédito haga un tercero distinto del deudor, pero no puede serlo a aceptar la novación por expromisión, la cual solo se verifica mediante su voluntad (sobre las diferencias entre pago del tercero y expromisión *vid. MORATÓN SANZ, M.ª F. «La expromisión ante el pago del tercero y la cesión del contrato», RCDI, núm. 713, 2009, pp. 1184-1211*). Los efectos de esta modalidad de asunción de deuda están en función tanto del contenido del acuerdo del acreedor con quien asume el pago como de la relación existente entre este último y el deudor (por ejemplo: el expromitente es deudor del deudor o se trata de hacerle una liberalidad). En términos generales, una vez pagada la deuda, el expromitente tiene derecho a dirigirse contra el deudor primitivo para recuperar lo pagado mediante la aplicación analógica del artículo 1158 CC (*C. O. M.*)

**13. Responsabilidad por defectos constructivos: compatibilidad de la acción derivada del artículo 1591.1.<sup>º</sup> CC con las acciones por incumplimiento contractual. Plazo de prescripción aplicable a estas últimas.**—La responsabilidad de los agentes de la edificación que establece el artículo 1591 del CC resulta compatible con el ejercicio de acciones contractuales derivadas del artículo 1101 y concordantes del mismo cuerpo legal, cuando medie entre actor y demandado vínculo de tal naturaleza. De forma expresa, lo autoriza además la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 17.9) (SSTS de 2 de febrero de 2012, 27 de diciembre de 2013 y 7 de enero de 2015 citadas a su vez por la de 15 de junio de 2016). Así, el promotor-vendedor resulta responsable, en virtud del contrato de compraventa suscrito con los adquirentes, de entregarles el edificio en condiciones de servir para el uso que le es propio, por tanto, sin defectos constructivos. El plazo de prescripción aplicable a estas acciones contractuales fundadas en el artículo 1101 CC es el previsto en el artículo 1964 CC. (**STS de 18 de diciembre de 2018; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—Una comunidad de propietarios de un edificio interpone demanda en 2012 frente a la entidad promotora-constructora, sus arquitectos superior y técnico, en reclamación de la ejecución de obras de reparación de defectos constructivos que padecía, tales como filtraciones y grietas, y subsidiariamente la condena al pago de su coste, con fundamento en los artículos 1591 y 1101 CC. La licencia para la construcción del edificio se otorgó en 2004, y fue culminada en 2007. El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia estimatoria de la demanda, sin acoger las excepciones de caducidad y prescripción opuestas por los demandados. Estos interponen sendos recursos de apelación que son estimados. La Audiencia Provincial, tras centrarse en que la norma aplicable es la Ley de Ordenación de la Edificación, y no el artículo 1591 CC, absuelve a los codemandados al apreciar la caducidad de las acciones tanto derivadas de la LOE como del contrato. En lo que se refiere a la promotora-constructora (a cuya absolución se limitó el recurso de casación), la Audiencia considera aplicable el plazo de caducidad de seis meses de las acciones de saneamiento por vicios ocultos (art. 1484 ss. CC) a las que se remite expresamente el artículo 17.9 LOE, sin reparar, por tanto, en que la actora había esgrimido expresamente el artículo 1101 CC. La comunidad de propietarios interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo casa la sentencia y remite las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia entrando en el fondo del asunto, sin que resulte apreciable la excepción de prescripción.

**NOTA.**—Esta sentencia resuelve la demanda de reparación de defectos constructivos a través de las acciones derivadas del cumplimiento defectuoso del contrato de compraventa que une al promotor-vendedor con los adquirentes de lo edificado (artículo 1101 CC y concordantes). La acumulación de estas acciones ha sido tradicionalmente admitida en aplicación del artículo 1591 CC (cfr., entre otras, SSTS de 8 de octubre de 1990, 28 de enero de 1994 y 21 de marzo de 1996). En la sentencia comentada las acciones contractuales fueron erróneamente acumuladas al artículo 1591.1.<sup>º</sup> CC,

cuando el edificio estaba sometido a la Ley de Ordenación de la Edificación por razones temporales, al haberse solicitado su licencia de obra tras su entrada en vigor, producida el 6 de noviembre de 2000 (cfr. disposiciones transitoria primera y final cuarta). Aunque la Ley de Ordenación de la Edificación no derogó expresamente el artículo 1591 CC, debe entenderse «derogada» su interpretación jurisprudencial porque de lo contrario dejaría sin efecto a la norma posterior por la amplia noción de ruina funcional manejada por la jurisprudencia sujeta a plazos de garantía y prescripción más largos. Así, se rechaza la aplicación del artículo 1591 CC a los defectos no cubiertos por la LOE, y se derivan al régimen contractual general (STS de 27 de diciembre de 2013), que también permitirá la reparación de defectos constructivos cubiertos por la LOE más allá de la prescripción de sus acciones (STS de 15 de junio de 2016). Debe alabarse la subsistencia de estas acciones por ser insuficientes los plazos de garantía de la LOE, particularmente el plazo trienal y su cómputo desde la recepción de la obra, lo que puede provocar su premorioria a la compra del inmueble; importancia que no poseían bajo el artículo 1591 CC, dada la amplitud de plazos que suponía. Sin embargo, algunos autores limitan las acciones contractuales al ámbito no cubierto por la Ley de Ordenación de la Edificación (*vid.* DÍEZ-PICAZO, L., «Ley de Edificación y Código civil», ADC, 2000-I, pp. 20-21, y RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y CASADO CASADO, B., «Defectos constructivos: sobre la plena vigencia de la Ley de Ordenación de la Edificación respecto de todo tipo de obras, sea cual sea la fecha de solicitud de licencia de obra», La Ley, 2006-IV, p. 1478, notas 3 y 4). Las acciones contractuales estimamos que no producirán un vaciamiento de la Ley de Ordenación de la Edificación aunque tutelen defectos constructivos manifestados tras el plazo de garantía trienal, puesto que requerirán vínculo contractual y no se verán beneficiadas de las presunciones de carácter originario de los defectos que suponen los plazos de garantía. Para más detalles, *vid.* SANTANA NAVARRO, F., «La coordinación entre la LOE y otras normas del ordenamiento jurídico privado», ADC, 2019-II, pp. 375 a 382 y 393). (F. S. N.)

**14. Responsabilidad civil profesional del abogado.**—El demandado, abogado de profesión, recurre en casación y por infracción procesal la sentencia de segunda instancia que, estimando en parte la demanda formulada en su contra por quien fue su cliente (parte recurrida en estos recursos), declaró la responsabilidad profesional del letrado por la defectuosa interposición en un anterior litigio de un recurso extraordinario por infracción procesal que fue inadmitido y, en consecuencia, le condenó a indemnizar a la parte demandante.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1. A comienzos de 2004 D. Carlos Alberto y otras ocho personas contrataron los servicios profesionales del letrado D. JAMT, hoy recurrente, a quien encargaron la defensa judicial de sus intereses y los de la comunidad hereditaria formada tras el fallecimiento de Dña. Marina, por considerar que ésta había realizado durante el año 2003, poco tiempo antes de fallecer, diversos negocios jurídicos —entre ellos una escritura de apoderamiento— sin tener

la capacidad de obrar necesaria por razón de su enfermedad mental –demenzia tipo Alzheimer–, y que Dña. Amanda (hija de Dña. Marina y hermana del primero) les había perjudicado al servirse del poder notarial que le había otorgado su madre para otorgar diversos negocios en su propio beneficio y en perjuicio de los llamados a la herencia de Dña. Marina. En concreto, se le reprochaba haber extraído dinero de una cuenta bancaria de la que era titular la poderdante y haber firmado en nombre de ésta un préstamo y una venta de acciones de la empresa familiar.

2. En este contexto, durante el año 2004 y bajo la dirección letrada del hoy recurrente, se presentaron a nombre del Sr. Carlos Alberto y otros un total de tres demandas que dieron lugar a otros tantos procesos de tramitación simultánea en el tiempo.

3. La primera demanda (que dio lugar al pleito en el que, según el Sr. Carlos Alberto, tuvo lugar la supuesta negligencia profesional de su letrado por la que se reclama en las presentes actuaciones), se interpuso con fecha 17 febrero 2004.

3.1 Bajo la dirección letrada del hoy recurrente, el Sr. Carlos Alberto y otros llamados a la herencia de Dña. Marina, como herederos y legítimos, dedujeron demanda de juicio ordinario contra Dña. Amanda y otro demandado en ejercicio acumulado de acciones de nulidad de escritura de apoderamiento otorgada por Dña. Marina con fecha 21 de julio de 2003, de reclamación de cantidad por responsabilidad civil del Notario autorizante y de enriquecimiento injusto, interesando que se declarase nula dicha escritura por falta de consentimiento válidamente emitido, que la hermana del demandante (a la sazón apoderada) se había enriquecido sin causa y que el Notario había incurrido en responsabilidad al autorizar el poder y que se condenara solidariamente a ambos demandados al pago de una indemnización de 700.000 € en concepto de daño emergente, más el interés legal del dinero a fecha de presentación de la demanda. La cuantía del procedimiento se fijo en la indicada suma.

3.2 Admitida a trámite la demanda por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de las Palmas de Gran Canaria, la parte demandante acumuló una acción de nulidad del contrato de préstamo suscrito por madre e hija con fecha 5 de agosto de 2003, sin que dicho préstamo «devengara intereses de ninguna clase».

3.3 El 14 de febrero de 2006 se dictó sentencia de primera instancia íntegramente desestimatoria por falta de pruebas irrefutables de la falta de capacidad de Dña. Marina cuando otorgó el poder y el préstamo cuya nulidad se pretendía. En concreto: «Sustancialmente porque no se proporcionaron pruebas irrefutables acreditativas de la falta de capacidad para entender y querer que se presumía en la finada Marina cuando otorgó el mandato representativo el 21 de julio de 2003 y el contrato de préstamo del 5 de agosto de 2003, porque fue emitido un juicio favorable de capacidad de la contratante por tres Notarios distintos durante los cinco meses anteriores a la celebración de dichos contratos, amén de que los demandantes emitieron un juicio favorable sobre la capacidad de su madre y abuela para instituirles herederos por testamento de 13 de marzo de 2003 y para nombrar un representante en la Junta de Accionistas de Ronáldez S.A.

3.4 La sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de las Palmas dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2008, desestimando el recurso y confirmado la sentencia de primera instancia. Razonó en síntesis que la sentencia de primera instancia había valorado minuciosa y adecuadamente la prueba a

la hora de concluir que debía primar la presunción de capacidad del artículo 322 CC, fundamentalmente porque frente al valor primordial en estos casos de los dictámenes periciales no podía prevalecer las opiniones de legos en la materia (las partes y los testigos), sin conocimientos en psiquiatría o medicina forense, y porque tampoco podía prevalecer el dictamen pericial de la parte demandante, toda vez que el perito que la elaboró (especialista en psiquiatría y neurología) no pudo examinar a la paciente (ya en coma), formuló sus conclusiones a partir de las respuestas que le facilitaron familiares próximos y enfrentados con ella, no se basó en informe médico alguno en el que constara el diagnóstico de demencia senil, y el TAC en el que se apoyó arrojó conclusiones contradictorias. En suma, entendió que «a pesar de la aparición de síntomas propios de un cierto grado de deterioro mental o demencia, propios de la avanzada edad de quien los padecía, no eran suficientes para apreciar la anulación de las facultades psíquicas superiores de la persona», y que tampoco la acción de nulidad respetaba la buena fe que debe presidir el ejercicio de los derechos toda vez que entraba en colisión con la conducta precedente de los demandantes.

3.5 Contra dicha sentencia, y conforme al régimen procesal derogado por la reforma de la Ley de 10 de octubre de 2011, la parte demandante interpuso recurso de apelación extraordinario por infracción procesal ante la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas, justificándose la interposición aislada del recurso extraordinario sin recurrir en casación por tratarse de un asunto seguido por razón de la cuantía y exceder esta (700.000 €) del límite legal entonces vigente (150.000 €), y como motivos de infracción del artículo 469 LEC se aludía genéricamente a la «infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia; por infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, a un proceso público con todas las garantías». En el ulterior escrito de interposición se citaron como infringidos los artículos 218,1 párrafo 2.<sup>º</sup>, artículos 317.6, 319.1, 348 y 376 LEC.

3.6 Por auto de 13 de abril de 2010, la Sala acordó declarar desierto el recurso de todos los recurrentes, salvo D. Carlos Alberto. Por providencia de 13 de abril de 2010 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión consistente en «interposición defectuosa del recurso extraordinario por fundamentarse en infracciones diferentes de las alegadas en el escrito de preparación (art. 473.2 en relación con arts. 471 y 470.2 LEC)». La parte recurrente alegó con fecha 28 de mayo de 2010, aduciendo que en otro procedimiento, sobre la nulidad de la compraventa de 35 acciones de la entidad Ronáldez S.A y en el que se habían practicado las mismas pruebas, la Sección 4.<sup>a</sup> de la misma Audiencia Provincial había resuelto en sentido contrario, esto es, apreciando la falta de capacidad de Dña. Marina por razón de su enfermedad. Por auto de 1 de junio de 2010 se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal, declarando firme la sentencia recurrida.

4. La segunda demanda se presentó el 17 de mayo de 2004 en ejercicio de la acción de nulidad radical del testamento otorgado por Dña Marina en 13 de febrero de 2003, dando lugar al juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Telde, procedimiento en el que se declaró caducada la instancia por inactividad del referido Letrado (razón por la cual la demanda y el proceso caducado carecen de interés para los presentes recursos).

5. La tercera demanda (a que dio lugar al proceso en el que, según se afirma, otra Sección de la misma Audiencia resolvió de forma contradictoria pese a partir del mismo material probatorio) se presentó con fecha 2 de junio de 2004. En ella se ejercitaba acción de nulidad de escritura de compraventa

de 35 acciones de la empresa familiar Ronáldez S.A, por falta de consentimiento o, subsidiariamente, por simulación absoluta y falsedad de la causa en relación con la doctrina del precio irrisorio. No se indicaba cuantía del procedimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 22 de junio de 2004, dictó auto de admisión a trámite, acordando seguir los trámites del juicio ordinario al amparo del artículo 249.2 LEC pero sin fijar tampoco la cuantía del pleito. Con fecha 17 de febrero de 2008 se dictó sentencia en primera instancia, desestimatoria de la demanda, razonando que los dictámenes periciales eran contradictorios, que los informes médicos no eran concluyentes, por lo cual debía prevalecer la calificación favorable a la capacidad de Dña. Marina realizada por los distintos Notarios en un intervalo de apenas cuatro meses que habían intervenido en los distintos negocios jurídicos otorgados por aquella. Interpuesto recurso de apelación ante la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas, esta dictó sentencia el 22 de abril de 2010, estimando el recurso y por tanto la demanda, declaró la nulidad del contrato de acciones instrumentalizado en escrituras públicas de junio y julio de 2003. La sentencia razonó, en síntesis, que, del conjunto de las pruebas practicadas, tanto indirectas o circunstanciales como directas, con la única excepción de un informe médico, resultaba que Dña. Marina «no se encontraba en estado de poder comprender el alcance del negocio jurídico impugnado al padecer una enfermedad que le deterioraba de forma progresiva y afectaba a sus facultades cognitivas y volitivas, cuyos síntomas fueron apareciendo desde el año 2000 y agravándose paulatinamente con el paso del tiempo, de tal manera que en el mes de junio de 2003 cuando con 89 años celebró el contrato de compraventa impugnado la prestación de su consentimiento estaba afectado o viciado de la demencia senil tipo vascular previamente desarrollada».

Interpuesto recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal por la parte demandada conforme al régimen procesal vigente (anterior a la reforma de la Ley de 2011), esta Sala dictó auto de 31 de mayo de 2011 acordando su inadmisión, declarando firme la sentencia recurrida. La inadmisión se fundó en que la sentencia de segunda instancia era irrecusable en casación (lo que también determinaba la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal) al haberse dictado en un pleito seguido por razón de la cuantía y ser ésta (30.050,61 €, valor total dado en el contrato cuya nulidad se pretendía a las participaciones sociales objeto del litigio) notoriamente inferior al límite legal entonces vigente (art. 483.2,3.<sup>º</sup> LEC), y esto por ser criterio de esta Sala que en los litigios sobre validez o eficacia de un título obligacional la cuantía no se determinaba en función del valor de la cosa objeto del contrato al tiempo de interponerse la demanda, sino aplicando la regla 8.<sup>a</sup> del artículo 251 LEC, por lo que el precio fijado marcaba el límite máximo de la cuantía litigiosa.

6. Con fecha 6 de julio de 2011 D. Carlos Alberto (diciendo actuar por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria de la fallecida Dña. Marina) interpuso contra su abogado, el hoy recurrente, la demanda de juicio ordinario del presente litigio.

6.1 En la demanda se ejercitaba acción de responsabilidad civil profesional y reclamación de la correspondiente indemnización (por importe de 168.000 €) por una negligente actuación profesional de dicho letrado en el primero de los referidos procesos (el iniciado por demanda de 17 de febrero de 2004) negligencia consistencia en la defectuosa preparación del recurso extraordinario por infracción procesal que, a la postre, determinó su inadmi-

sión por esta Sala. Se alegaba, en síntesis, que la disparidad de respuestas de dos Secciones de la misma Audiencia Provincial podría presumirse que si el recurso extraordinario por infracción procesal se hubiera preparado e interpuso correctamente era muy probable que esta Sala hubiera revisado la valoración probatoria de la Audiencia Provincial, pues en esa fecha –al resolver sobre la admisión– ya habría podido tener conocimiento de la sentencia por la otra Sección que, partiendo de la misma prueba, había llegado a una conclusión opuesta en cuanto a la capacidad de Dña. Marina (negándola), de modo que el Letrado demandado había incurrido en un conducta negligente causalmente determinante de un daño consistente en la frustración o pérdida de oportunidad procesal, ya que fue su desconocimiento de la legislación y de la jurisprudencia sobre los requisitos para recurrir por infracción procesal ante esta Sala lo que había impedido que se admitiera el recurso y, por tanto, se revisara la prueba. Se invocaban los artículos 1101, 1258 y 1544 CC y la jurisprudencia de esta Sala sobre los deberes del abogado para con su cliente. Finalizaba solicitando una sentencia por la que se declarase que el demandado había causado un perjuicio y daño moral por pérdida de la oportunidad de que esta sala conociera del recurso extraordinario por infracción procesal y se le condenara a indemnizar a la parte demandante en 168.000 €.

6.2 El demandado hoy recurrente se opuso a la demanda alegando, en síntesis, lo siguiente: (i) Que en 2003 asumió el encargo del Sr. Carlos Alberto de entablar acciones judiciales contra su hermana Dña. Amanda con el fin de recuperar el dinero (700.000 €) que esta había sacado de la cuenta corriente de la que era titular la madre de ambos, Dña. Marina, sirviéndose de un poder notarial y aprovechándose de su demencia; (ii) Que tras el fallecimiento de la Sr.<sup>a</sup> Marina el 28 noviembre 2003, el demandado decidió, de mutuo acuerdo con su cliente, que lo mejor era presentar dos demandas, una primera contra la hermana dirigida a obtener la nulidad del poder por falta de consentimiento válido– y contra el Notario autorizante –a fin de que se declarara su responsabilidad profesional por negligencia en su otorgamiento– (demanda que dio lugar al juicio ordinario del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Las Palmas), y una segunda demanda contra la hermana para que se declarase nula la compraventa por la que la madre le había vendido 35 acciones de la empresa familiar por un importe muy inferior al que valían (que dio lugar al juicio ordinario 808/2004 seguido ante el mismo Juzgado); (iii) Que en el primero de esos pleitos se tuvo conocimiento de forma sobrevenida de la existencia de un préstamo por importe de 700.000 € otorgado por la madre a la hija con fecha 5 de agosto de 2003, razón por la cual se amplió la demanda para pedir la nulidad del mismo por falta de consentimiento de Dña. Marina; (iv) Que aunque las acciones del primer juicio fueron desestimadas en ambas instancias, y también inadmitido el recurso extraordinario por infracción procesal, sin embargo, en atención a los criterios jurisprudenciales que rigen en materia de responsabilidad profesional de abogados, no podía considerarse que el demandado hubiera incurrido en responsabilidad, pues, a la dificultad objetiva de la posición jurídica que tuvo que defender en ese proceso se sumaba que la decisión judicial desestimatoria de las pretensiones de la parte demandante, al fundarse en la valoración conjunta de la prueba, no era susceptible de ser corregida ni siquiera mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, faltando una razonable certidumbre sobre las posibilidades de que habría tenido de prosperar el recurso inadmitido; y (v) Que en todo caso, el daño moral derivado de esa pérdida de oportunidad procesal era inexistente, tanto por el resultado favorable para su cliente del segundo proceso, ya que la Sec-

ción 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de las Palmas declaró nula la venta de acciones, como porque la cantidad en su día extraída de la cuenta corriente se correspondía con el importe del préstamo concedido por la madre a la apoderada, de tal forma que aunque por consecuencia del recurso extraordinario hubiera ganado firmeza la validez del apoderamiento, nada impedía considerar a la hermana como prestataria deudora de la cantidad prestada.

6.3 Además, el letrado demandado formuló reconvenCIÓN en reclamación de honorarios no satisfechos, incluyendo gastos de burofax por importe de 164,25 €. El demandante inicial se opuso alegando excepción de litispendencia parcial, ya que se estaba siguiendo otro pleito sobre la misma pretensión ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Las Palmas.

6.4 En la audiencia previa se acordó apreciar la excepción de litispendencia parcial en relación con el cobro de honorarios y reducir el objeto de la demanda reconvencional a la reclamación por gastos de burofax.

6.5 La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y la reconvenCIÓN, no imponiendo las de la demanda e imponiendo al reconviniente las costas de la reconvenCIÓN. Sus razones, en síntesis, fueron las siguientes: (i) La obligación del abogado no es de resultado sino de medios, no obstante lo cual, se le exige actuar con arreglo a la *lex artis* y desempeñar el encargo y la defensa de los intereses de su cliente con el máximo celo y diligencia; (ii) Tratándose de una responsabilidad subjetiva, la prueba de la culpa, del daño producido y del nexo de causalidad incumbe al demandante que se dice perjudicado; (iii) Aunque en el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia de 16 de diciembre de 2008 de la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas se invocaron preceptos distintos en la preparación y en la interposición, y esta disonancia fue la causa de la inadmisión, el daño causado (pérdida de oportunidad procesal) no podía ponerse en este caso a cargo del letrado demandado, debido a «lo restrictivo que es nuestro Tribunal Supremo vía recurso extraordinario por infracción procesal (no discutiendo la parte demandante que este concreto remedio era el oportuno) para revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales que conocen en las instancias, sin que, por otro lado, de los elementos con que cuenta este Juzgador (tampoco la parte demandante los expone o refiere) puede concluir, ni mucho menos, que con la sentencia dictada en grado de apelación de 16 de diciembre de 2008 por la sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas se haya conculado el artículo 24.1 CE por incurirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad, tal y como exige nuestro TS»; y (iv) procedía desestimar la reconvenCIÓN por existir litispendencia parcial respecto de la suma de 6.000 €, reclamada como honorarios en otro litigio, y no haberse acreditado el pago de los gastos de burofax por el demandante reconvencional.

6.6 Contra dicha sentencia solo recurrió en apelación el demandante-reconvenido, y la sentencia de segunda instancia, estimando en parte el recurso, estimó también parcialmente su demanda en el sentido de declarar la responsabilidad profesional del demandado y condonarle a indemnizar a la parte demandante en 12.000 €, más intereses procesales del artículo 576 LEC sin imponer las costas de las instancias a ninguna de las partes. Sus razones, en síntesis, son las siguientes: (i) El apelante planteó que el daño moral por pérdida de oportunidad es siempre indemnizable porque el cliente tiene derecho a que un Tribunal superior en fase de recurso estudie su caso y se pronuncie; (ii) La segunda cuestión planteada es que no cabía descartar el éxito de un recurso por infracción procesal por que existían dos sentencias de la

misma Audiencia Provincial de Las Palmas, de Secciones diferentes, considerando probados hechos contradictorios, esto es, la capacidad y la falta de capacidad de la madre, circunstancia que bien podría haber permitido que esta Sala hubiera admitido dicho recurso por infracción procesal, si hubiera estado bien preparado, para revisar la valoración probatoria por errónea, ilógica o irracional; (iii) La sentencia de la Sección 4.<sup>a</sup> fue bien traída al proceso porque se había mencionado en la demanda y se aportó de forma íntegra, como también la alusión «a la prueba del TAC que se contiene en la sentencia referida» posibilitando su valoración por las partes y por el Tribunal; (iv) aun cuando se alcanzase la certeza de que la pretensión contenida en la acción frustrada era totalmente improsperable, haciendo el tantas veces mencionado por la jurisprudencia «cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada», lo cierto es que siempre quedará abierta una vez indiscutida la responsabilidad del letrado demandado, la posibilidad de establecer una compensación al perjudicado por el daño moral que se le ha causado al privársele de la posibilidad de que el tribunal conozca sus pretensiones; (v) En resolución, que en todo caso, y una vez concluida la responsabilidad del Abogado, ha de compensarse el daño moral efectivo que supone la perdida de oportunidad; (vi) No puede afirmarse con la contundencia que lo hace el Juez de instancia que el Tribunal Supremo habría desestimado dicho recurso por infracción procesal incluso de haberse formulado debidamente, pues esa contradicción entre sentencias podría haber justificado la revisión de la valoración probatoria por ilógica, arbitraria o irracional; (vii) Afirmada la responsabilidad civil del Letrado, ha de compensarse siempre al menos el daño moral por la perdida de oportunidad de que el asunto fuera examinado por esta Sala, independientemente de que posteriormente se valore el alcance patrimonial (para lo cual debe hacerse un juicio prospectivo o cálculo de posibilidades de que la acción frustrada hubiera sido estimada, lo que no es nada fácil), y en este caso, al no haberse justificado la procedencia de la cifra reclamada (160.000 €), dado que no se puede tomar como referencia el importe de las costas, resulta más adecuado adoptar los parámetro seguidos en casos similares y fijar la indemnización por daño moral y patrimonial en 12.000 € (más intereses procesales desde la sentencia).

6.7 Contra la sentencia de segunda instancia el demandado interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y el demandante-recurrido, en su escrito de oposición, ha alegado la inadmisibilidad del recurso de casación.

**Defectos procesales del recurso: Prueba de la negligencia del abogado.**—Como quiera que el párrafo 2.<sup>º</sup> de la regla 5.<sup>a</sup> de la disposición final 16.<sup>a1</sup> LEC supedita la admisión del recurso de casación por interés casacional y el demandante-recurrido, en su escrito de oposición y conforme autoriza el párrafo 2.<sup>º</sup> del artículo 485 LEC, ha alegado que el recurso de casación es inadmisible, lo primero que debe resolver esta Sala es si efectivamente concurren o no causas de inadmisión del recurso de casación, que en este momento procesal se aplicarían, conforme a constante jurisprudencia de esta Sala, como razones para desestimarla.

Teniendo en cuenta las alegaciones del escrito de oposición y examinado de nuevo el recurso de casación en relación con la sentencia impugnada, procede desestimarla por incurrir en las causas de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2-3.<sup>º</sup> LEC) y carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2-4.<sup>º</sup> LEC) al no ajustarse a la razón decisoria de la sentencia impug-

nada para poder justificar que ésta se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo representada por las sentencias que cita el recurrente. Para justificar el interés casacional no basta con citar algunas normas generales sobre la responsabilidad por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y transcribir algunas ss. de esta Sala sobre la responsabilidad profesional de los Abogados y la indemnización a sus clientes conforme al criterio de la pérdida de oportunidad, único aspecto en el que se centra el demandado-recurrente para sostener que el recurso por infracción procesal inadmitido en su día por preparación defectuosa no habría tenido ninguna posibilidad de prosperar aunque se hubiera preparado correctamente. Sin embargo, el recurrente no advierte que la verdadera razón por la que la sentencia impugnada estima parcialmente la demanda no es solo que no cupiera descartar absolutamente (con la contundencia que hace el Juez *a quo*) cualquier posibilidad de éxito de aquel recurso, sino también, y fundamentalmente que, «aunque se alcancase la certeza de que la pretensión contenida en la acción frustrada era totalmente improsperable [...] siempre quedará abierto, una vez indiscutida la responsabilidad del letrado demandado, la posibilidad de establecer una compensación al perjudicado por el daño moral que se le ha causado al privársele de la posibilidad de que el Tribunal conozca de sus pretensiones». De ahí que, más adelante, la sentencia afirme que «en este caso, y una vez concluida la responsabilidad del Abogado, ha de compensarse el daño moral efectivo que supone la pérdida de oportunidad», y, más adelante aún, que la compensación deba «integrarse por el doble concepto indemnizable del daño moral y del daño patrimonial». En definitiva, para justificar el interés casacional tendría que haberse centrado el recurso en si la negligencia del letrado en casos como el presente caso causa es decir, aunque el recurso correctamente preparado no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito, pero el recurrente no lo ha hecho así y, al no ajustarse su recurso a la razón decisoria de la sentencia recurrida, resulta imposible analizar si esta se opone o no a la doctrina jurisprudencial invocada siempre un daño moral que debe indemnizarse en todo caso, es decir, aunque el recurso correctamente preparado no hubiera tenido posibilidad alguna de éxito, pero el recurrente no lo ha hecho así y, al no ajustarse su recurso a la razón decisoria de la sentencia recurrida, resulta imposible analizar si esta se opone o no a la doctrina jurisprudencial invocada.

Desestimado por inadmisible el recurso de casación por interés casacional y procediendo inadmitir en consecuencia el recurso extraordinario por infracción procesal, procede imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido. (**STS de 5 de marzo de 2019; no ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**NOTA.**—Sentencia llamativa por el exquisito cuidado en describir minuciosamente el *factum* que persigue, sin duda, acumular argumentos para desestimar un recurso, resolución en el caso evidente por defecto de forma. Siendo la reglamentaria actuación del Letrado uno de los quicios en que descansa la eficacia del artículo 24 CE, aquel esfuerzo debe valorarse positivamente. (G. G. C.)

**15. Responsabilidad del notario.**—La norma básica sobre la responsabilidad del notario se encuentra recogida en el artículo 146 RN. Según este precepto, el notario responderá civilmente de los daños y perjuicios que ocasione con su actuación, cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inex-

cusable. Como este precepto no determina de modo directo en qué casos responde el notario, habrá que acudir a las reglas generales de responsabilidad civil, atendiendo a la naturaleza y contenido de la función que tiene encomendada el notario. En particular, los notarios, como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar (art. 1 RN). Por otro lado, además, esta relación profesional no desaparece por el hecho de que el notario dispense los derechos devengados por cualquier acto o contrato cuya documentación autorice, de acuerdo con lo previsto en el RD 1426/1989.

Así, el asesoramiento erróneo prestado por un profesional en materia propia de su actividad, aunque sea fuera del lugar en el que presta sus servicios, puede dar lugar a responsabilidad cuando, del conjunto de circunstancias, sea razonable deducir que tal asesoramiento ha sido la causa de un daño. En cualquier caso, no puede merecer la misma valoración el asesoramiento prestado en una consulta profesional realizada en la sede de trabajo del profesional que la información improvisada suministrada en una conversación mantenida en un encuentro casual.

En lo que tiene que ver con el asesoramiento fiscal, la resolución de la DGRN de 4 de enero de 2016 apunta que los notarios deben tener unos conocimientos fiscales mínimos para prever, entender y explicar las consecuencias fiscales de los negocios jurídicos reflejados en los documentos que autorizan, sin que de ello quepa inferir que los notarios deban asumir la función de asesores fiscales de tales operaciones o negocios, ni hacerse responsables del resultado fiscal, máxime cuando las calificaciones tributarias tienen criterios divergentes según el órgano administrativo o judicial. (**STS de 19 de diciembre de 2018**; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—Se interpuso demanda de responsabilidad por asesoramiento negligente contra un notario. El demandante fundó su acción en los artículos 1089 y 1101 CC y 146 RN. Alegó que, como consecuencia del defectuoso asesoramiento prestado por el demandado, no pudo aplicar a una donación que le hicieron sus padres la reducción en la cuota prevista en la legislación valenciana. Identificó el daño con la cuantía de las liquidaciones realizadas por la Administración tributaria, así como los recargos que pagó.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. Razonó que, con independencia de que el notario no hubiese exigido los honorarios correspondientes al otorgamiento de la escritura, hubo un asesoramiento, pero descartó que hubiera quedado acreditado el dolo, culpa o ignorancia inexcusables requeridos para declarar la responsabilidad civil (art. 146 RN), puesto que el notario actuó en la convicción jurídicamente razonable de que la donación se perfeccionaba en el momento de la escritura pública y no con la mera transferencia bancaria realizada con anterioridad. Consideró relevante, además, que el demandante se dirigiera directamente contra el notario, en lugar de agotar la vía administrativa, impugnando la resolución del organismo tributario.

La Audiencia Provincial entendió que el notario incurrió en error y condenó al demandado a indemnizar. En casación, el notario alega cuatro motivos, pero el Tribunal Supremo se centra básicamente en el

tercero, que alude a la infracción del artículo 1101 CC, en relación con los artículos 1 y 146 RN. Según el recurrente, el cumplimiento de los contratos debe ajustarse a la diligencia media razonable exigible según su naturaleza, que debe ser recíproca y alega que, en el caso, el actor actuó con desidia, máxime siendo abogado, primero al plantear una cuestión de tanta trascendencia económica de manera informal, luego haciendo la transferencia sin comentar nada al demandado y, finalmente, presentándose a hacer la escritura.

El Tribunal Supremo se plantea la valoración de la existencia de culpa o negligencia en la actuación notarial como fundamento de la responsabilidad por los daños invocados por el demandante. Lo que aquí se discute es si fue el asesoramiento del notario la razón por la que el actor tuvo que pagar la liquidación del impuesto de donaciones sin aplicar la bonificación. Según el Alto Tribunal, en el presente caso no se advierte que la conducta del notario demandado fuera susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional. En el caso, no puede hablarse de un error que permita apreciar la culpa o ignorancia inexcusable del notario. Con independencia de cuál sea la interpretación técnicamente correcta y de la solución que se haya podido imponer en la práctica tributaria, lo cierto es que la cuestión ha sido discutida en los tribunales y el actor no intentó agotar la vía administrativa sobre la cuestión tributaria que le preocupaba, por lo que ni puede apreciarse negligencia profesional del notario ni el actor puede pretender que sea el notario quien asuma el pago de las cantidades liquidadas por el órgano tributario.

NOTA.— El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencias de 24 y 25 de julio de 2013, ha señalado que el hecho imponible del impuesto de donaciones se produce con el otorgamiento de la escritura pública, no con la transferencia bancaria, y ha permitido aplicar la bonificación. Sobre la obligación de los notarios de asesorar debidamente a los otorgantes, informándoles de forma exhaustiva sobre las circunstancias y los efectos del documento otorgado por los mismos, *vid.* la resolución de la DGRN de 26 de octubre de 1995. En relación con las distintas actividades de los notarios (de asesoramiento previo, de redacción y dación de fe de la escritura pública, y de gestión o tramitación del documento, *vid.* la resolución de la DGRN de 16 de enero de 1996). (*S. L. M.*)

**16. Obligaciones de información de las entidades promotoras, comercializadores o gestoras de planes de pensiones sobre los riesgos de la modalidad escogida para el cobro de la prestación por el beneficiario una vez producida la contingencia de la jubilación.**—No cabe declarar extinguido un contrato de plan de pensiones cuya modalidad de cobro elegida es la renta asegurada —una vez producida la contingencia que da lugar al pago (jubilación)—, cuando no se suministró información adecuada y comprensible para un consumidor medio sobre las consecuencias del fallecimiento del beneficiario antes del plazo elegido y previsto; ello a pesar de la firma del beneficiario mostrando su conformidad a los certificados individuales de adhesión tras producirse la contingencia. La falta de transparencia en la contratación tiene como consecuencia que el contrato perviva y que la entidad

aseguradora y gestora del plan quede sometida a la acción de cumplimiento del contrato de los herederos del beneficiario durante el tiempo que reste por cumplirse (**STS de 22 de enero de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—El 27 de diciembre de 1994, A se adhirió a dos planes individuales de pensiones ofertados por la empresa gestora de plan de pensiones B. Con motivo de su jubilación el 26 de mayo de 2003, A pasó de ser partícipe a beneficiario del plan de pensiones. Mediante solicitud escrita y firmada en ambos planes interesó el pago de la prestación derivada de cada uno de ellos. A escogió la modalidad conocida como de «renta asegurada» (esto es, renta garantizada por una entidad aseguradora), mensual y fija durante quince años (es decir, hasta el 1 de julio de 2018), con reversión del 100% en caso de fallecimiento de su esposa (C). El importe exacto de la renta quedó pendiente de fijar hasta que la entidad aseguradora elegida suministrase a la gestora B los datos de la póliza. El 29 de agosto de 2003 A es notificado de la formalización de ambos planes con la compañía D, mediante un contrato de seguro por el importe de sus derechos consolidados en sendos planes y que ascendían a 30.323,62 euros, el primero, y 5.924,42 euros, el segundo. En ese momento se formalizaron dos contratos de seguro amparados en las pólizas de seguro de vida colectivo. Como tomador de los seguros figuraba D y como asegurado A, correspondiéndole a su esposa, C, el cobro del importe total en caso de premoriencia de A. Tras ello, A recibió los certificados individuales de las pólizas de seguro colectivo de vida de las que D era tomadora.

El 7 de febrero de 2008 falleció C, esposa de A. El 28 de mayo de 2010 falleció A. Ambos decesos se produjeron antes del término del plazo de quince años del seguro contratado.

El 28 de mayo de 2011, E, F y G —hijas del matrimonio formado por A y C— plantearon demanda contra las sociedades B y D en la que solicitaban el pago de las rentas cuyo abono había cesado con el fallecimiento de A. En su demanda hacían valer su condición de herederas de A y B, de tal suerte que el contenido de los planes de pensiones suscritos por A les legitimaría a reclamar para sí las prestaciones no satisfechas. Subsidiariamente plantearon una acción de enriquecimiento injustificado. Las demandadas se opusieron alegando (i) que se había optado por la modalidad de renta asegurada, con periodicidad mensual y quince años de duración; (ii) que solo para el caso de fallecimientos se pactó la reversión a favor de la esposa C, lo que permitía concluir que no se habían extendido los beneficiarios.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró a E, F y G beneficiarias por partes iguales de las rentas de los planes de pensiones suscritos por A hasta el momento del vencimiento. Entre otras razones, la sentencia concluyó que no se había informado adecuadamente a A sobre la posibilidad de designar otros beneficiarios distintos de los que figuraban en el plan de pensiones, tras el fallecimiento de la esposa, a pesar de ser un derecho reconocido por las propias especificaciones.

Las demandadas recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la sentencia de instancia, rechazando que la calidad de herederas de las demandantes las convirtiese en beneficiarias del seguro, sobre la base de que la modalidad de renta asegurada determinó la extinción de los planes de pensiones concertados con las demandadas. Estas acudieron al Tribunal Supremo en casación, que estimó el recurso y asumió la instancia. (*A. I. R. A.*)

**17. Contrato de préstamo hipotecario. Condiciones generales de la contratación abusivas. Cláusula que establece la comisión de apertura.**— La comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. No se trata de la repercusión de un gasto, sino del cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá. Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual artículo 60.2 del 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 y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo. Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura. La normativa que regula la comisión de apertura está destinada a asegurar su transparencia (agrupación en una sola comisión de todas las que pudieran corresponder a las gestiones relacionadas con la concesión del préstamo, devengo de una sola vez, información de su existen-

cia e inclusión en el cálculo de la TAE), pero no pretende disciplinar la estructura del precio del servicio más allá de lo imprescindible para asegurar su transparencia y, desde luego, no exige que la entidad financiera pruebe la realización de las actuaciones asociadas al estudio y concesión del préstamo ni el coste que las mismas le han supuesto. El hecho de que esas actuaciones iniciales sean «inherentes» a la actividad de la entidad financiera destinada a la concesión del préstamo, no impide que esta pueda estructurar el precio de sus servicios distinguiendo el interés remuneratorio y la comisión de apertura, ni implica que el cobro de esta comisión incurra en la abusividad prevista en el artículo 87.5 del Decreto Legislativo 1/2007. No debe olvidarse que la normativa que regula esta materia configura la comisión de apertura como aquella que se cobra por actuaciones «inherentes a la actividad de la empresa ocasionada por la concesión del préstamo o crédito». Así lo hacía la norma tercera, apartado 1-bis-1.<sup>º</sup>, de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, y así lo hace 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. Sería incompatible con esta previsión normativa declarar la abusividad de la cláusula que establece la comisión de apertura porque con la misma se retribuyen actuaciones «inherentes al negocio bancario» que no proporcionan al cliente servicio alguno distinto de la propia concesión del préstamo. Por tanto, la comisión de apertura no tiene el mismo tratamiento que el resto de las comisiones, pues no refiere la necesidad de acreditar la efectiva prestación del servicio cobrado a través de la prestación, sino que forma parte del precio. Así resulta de la redacción del anexo II, apartado 4, de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y del apartado 1-bis-b de la norma tercera de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, que distinguen entre la comisión de apertura (respecto de la que solamente prevén, en los términos empleados por la última de las normas citadas, «que se devengará una sola vez, englobará cualesquier gastos de estudio, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo») y las restantes comisiones y gastos repercutibles a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos (respecto de las que exige que «deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo»). Esta regulación ha pasado, en estos mismos términos, al artículo 5.2.b de la vigente Ley 2/2009. Por tanto, el principio de «realidad del servicio remunerado» no exige, en el caso de la comisión de apertura, nada distinto de la propia concesión del préstamo. No puede exigirse que la entidad bancaria, para justificar el cobro de esa parte del precio, haya de probar, en cada préstamo, la existencia de esas actuaciones. La mayoría de estas actuaciones no son prescindibles para el banco porque son exigidas tanto por las normas sobre solvencia bancaria como por las que protegen al consumidor frente al sobreendeudamiento (actualmente, art. 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y capítulo 6 de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para uso residencial). Y, en todo caso, la mayor parte de estas actuaciones son imprescindibles para la concesión del préstamo. La fijación del importe de la comisión de apertura constituye la fijación libre del precio de sus servicios por parte de la entidad financiera y no la repercusión de un

gasto. Exigir que la entidad bancaria pruebe en cada caso que el importe de la comisión de apertura es «proporcionado» al coste que le ha supuesto la concesión del préstamo, además de suponer un control de precios excluido por el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, implicaría serias dificultades prácticas, sobre todo por la existencia de costes fijos cuya repercusión en cada operación es problemática. Además, impediría la fijación de su cuantía por anticipado, de modo que sea posible que el cliente conozca tal importe antes de solicitar la concesión del préstamo. La fijación anticipada del importe de la comisión de apertura es una exigencia ineludible de las normas que regulan la transparencia en este tipo de operaciones bancarias.

En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en el Decreto Legislativo 1/2007, como han declarado las SSTS de 18 de junio de 2012, de 9 de mayo de 2013 y de 14 de diciembre de 2017) y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que lo ha interpretado, representada por las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13. La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE. Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo. Lo anteriormente expuesto lleva a que el pronunciamiento que declara la abusividad de la comisión de apertura, y condena al banco a restituir su importe, debe ser revocado.

Por último, no se suscitan dudas razonables sobre el carácter transparente de la cláusula. Son razones que sustentan la transparencia de esta cláusula que es de general conocimiento entre los consumidores interesados en contratar un préstamo hipotecario el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación

y estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato.

**Cláusula que impone al prestatario consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario. Gastos de notario y registrador de la propiedad. Gastos de gestoría.**—En la STS de 23 de diciembre de 2015 se declaró la nulidad, por abusiva, de la condición general que atribuye al consumidor el pago de todos los gastos e impuestos derivados de la concertación del préstamo hipotecario porque no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGDCU).

Aunque la cláusula declarada nula recoge una amplia gama de aranceles notariales y registrales, la consideración conjunta de la sentencia impugnada y de la petición formulada en el suplico del recurso de casación lleva a la conclusión de que solo se cuestiona la atribución al banco del pago íntegro de los aranceles notariales de la escritura pública de préstamo hipotecario y de los aranceles registrales de la inscripción de la hipoteca. Una primera precisión a realizar es que no se trata de cantidades que el consumidor haya de abonar al prestamista en concepto de intereses o comisiones. Son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros dejen de percibir lo que por ley les corresponde. Al atribuir a una u otra parte el pago de los gastos, tras la declaración de abusividad de la cláusula que atribuye el pago íntegro al consumidor, no se modera la estipulación contractual ni se desconoce el efecto disuasorio que el TJUE ha atribuido a la Directiva 93/13 respecto de los predisponentes de cláusulas abusivas. Decretada la nulidad de la cláusula y acordada su expulsión del contrato, habrá de actuarse como si tal cláusula nunca se hubiera incluido, y el pago de los gastos discutidos deberá ser afrontada por la parte a la que corresponde, según preveía el ordenamiento jurídico en el momento de la firma del contrato. El efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y previsto en el artículo 1303 CC no es directamente aplicable, en tanto que no son pagos hechos por el consumidor al banco que este deba restituir, sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el pago al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. En consecuencia, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas. Aunque en nuestro Derecho interno no existe una previ-

sión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, descartada la aplicación del artículo 1303 CC por las razones expuestas, nos encontraríamos ante una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. La STS de 23 de diciembre de 2015 no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación. En esa sentencia se consideró abusivo que, a falta de negociación individualizada, se cargara sobre el consumidor el pago de gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyan entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Pero sobre la base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación. Eso es lo que corresponde hacer en esta resolución.

En las STS de 15 de marzo de 2018 declaramos, con relación al pago del derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, lo siguiente: «Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo–, como el prestamista –por la hipoteca–, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la RDGRN de 7 de abril de 2016)». Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la STS de 10 de diciembre de 2007, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta». Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación. El artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado, remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel. Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. A su vez, la norma sexta del anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone: «La obligación de pago de los

derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.º LEC) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 CC en relación con el artículo 3 LH), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía. Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de «interesados», pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su anexo II, apartado 1.º, que: «Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado». Con arreglo a estos apartados del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c). A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca.

La consecuencia de lo expuesto es que corresponde pagar al prestatario los gastos de aranceles notariales correspondientes a la escritura de préstamo hipotecario, mientras que corresponde al prestamista el pago completo de los aranceles registrales, cuyo pago corresponde por completo al prestamista. Los criterios aplicables a la resolución de esta cuestión deben ser los que resulten del ordenamiento jurídico vigente en el momento relevante, que en este caso es la firma de la escritura de préstamo hipotecario. El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece probable que lleve a cabo el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC).

En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la prá-

tica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su artículo 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad. (**STS de 23 de enero de 2019; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.]

**HECHOS.**—La prestataria consumidora concertó con un banco un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda. La prestataria interpuso una demanda contra el banco en la que solicitó que se declarara la nulidad de varias cláusulas del contrato de préstamo y que el banco le pagara las cantidades que había cobrado indebidamente por la aplicación de tales cláusulas. En concreto, solicitó la nulidad de la cláusula que limitaba la variación a la baja del interés remuneratorio («cláusula suelo»); de la cláusula que imponía al prestatario el pago de todos los gastos relacionados con el préstamo hipotecario, entre los que se incluían expresamente los aranceles notariales y registrales, los impuestos y los gastos de gestoría; de la cláusula que establecía un interés de demora del 18,5 % anual; y, finalmente, de la cláusula que establecía una comisión de apertura del 0,85 %.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda y declaró la nulidad de la «cláusula suelo», de la cláusula relativa al interés de demora y de la cláusula que atribuía al prestatario el pago de todos los gastos e impuestos. Como consecuencia de esta declaración de nulidad, condenó al banco a pagar a la demandante las cantidades que había cobrado por la aplicación de la cláusula suelo, la totalidad del gasto por razón de la inscripción en el registro de la propiedad y la mitad del gasto por intervención notarial y de los gastos de gestoría. La sentencia desestimó la solicitud de anulación del resto de las cláusulas impugnadas, en concreto, la que establecía la comisión de apertura, y no condenó al pago del resto de cantidades correspondientes a gastos e impuestos que habían sido pagados por la prestataria.

Esta sentencia fue apelada por la prestataria, que solicitó que se condensase al banco a pagarle la totalidad de los gastos correspondientes a la intervención del notario, la cantidad correspondiente al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por la constitución de la hipoteca, la totalidad de los gastos de gestoría, y que se declarase la nulidad, por abusiva, de la cláusula que establecía la comisión de apertura y se condensase al

banco a restituirlle la cantidad cobrada por tal comisión. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Declaró que correspondía al banco el pago de la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría, y que correspondía a la consumidora el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (a excepción de la mitad del derecho de cuota fija derivado del timbre de los folios de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario).

El banco interpuso un recurso de casación basado en cinco motivos. En los mismos se cuestiona, exclusivamente, la declaración de nulidad de la cláusula que establece la comisión de apertura del préstamo hipotecario, con la consiguiente condena a restituir lo cobrado por dicha comisión, y la condena a pagar la totalidad de los aranceles notariales y registrales y de los gastos de gestoría, que, según la recurrente, deberían ser abonados por mitad por prestamista y prestatario. La demandante no recurre la sentencia de la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación.

NOTA.—El artículo 14.4 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, establece que «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». Por su parte, este mismo precepto, es su punto 1 e), dispone que: «los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista; el prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite; los gastos de inscripción de las garantías en el registro de la propiedad corresponderán al prestamista; el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable». (J. M.<sup>a</sup> M. F.)

**18. Límites en la segunda instancia. *Tantum devolutum quantum appellatum.***—Es reiterada la jurisprudencia que señala que la Audiencia Provincial solo puede revisar el pleito, asumiendo funciones de instancia tanto en cuestiones fácticas como jurídicas, si la controversia se reproduce o subsiste en esa segunda instancia (por todas, STS de 6 de julio 2006). El tribunal de apelación no puede resolver otras cuestiones que aquellas que le han sido trasladadas, pues, en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum*, los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia a los que no se extiende la pretensión impugnada deben entenderse consentidos por las partes, devienen firmes y no pueden ser modificados en la segunda instancia (SSTS de 12 de mayo, 1 de diciembre de 2006, 21 de junio de 2007 y 19 de mayo de 2016). La STS de 25 de noviembre de 2016, trayendo a colación la STC de 18 de septiembre de 2000, declaró que la segunda instancia se configura, con algunas salvedades en la aportación del material probatorio y de

nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC), como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*). En este sentido, en la STS de 25 de noviembre de 2010 se argumenta que el artículo 461 LEC contempla la impugnación de la sentencia apelada por la parte inicialmente no apelante concediendo a quien no es inicialmente apelante, no solo la facultad de oponerse al recurso de apelación interpuesto por otra de las partes, sino también la de impugnar la resolución pidiendo su revocación y sustitución por otra que le sea más favorable, caso en el que se da traslado a la parte inicialmente apelante para que pueda defenderse. Se concilia así, de un lado, la posibilidad de que quien resulta parcialmente perjudicado por la sentencia pueda consentirla, absteniéndose de interponer la apelación, en atención a los aspectos que le resultan favorables y, de otro lado, el pleno ejercicio del derecho de defensa si la contraparte, en definitiva, interpone recurso de apelación. Como se ha declarado en las SSTS de 5 de mayo de 2016 y 19 de febrero de 2016, no cabe plantear en casación cuestiones relativas a la nulidad cuando esta cuestión no accedió a la segunda instancia y, por tanto, no fue examinada por la sentencia recurrida.

**Contrato de préstamo hipotecario. Condiciones generales de la contratación abusivas. Cláusula en la que se prevé un interés de demora del 25 %.**—El Tribunal Supremo ha estudiado desde el año 2015 el control de abusividad de los intereses de demora en los préstamos personales e hipotecarios firmados por consumidores. En las sentencias dictadas a partir de ese año había considerado que, ante la falta de una previsión legal que fijara el criterio aplicable para el control de su abusividad, el interés de demora no podía exceder de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si se superaba este porcentaje, la cláusula se consideraba abusiva y la consecuencia era la supresión total del recargo que el interés de demora supone respecto del interés remuneratorio. Sin embargo, este seguía devengándose por el capital pendiente de devolución. Esta doctrina jurisprudencial fue cuestionada por diversas resoluciones en las que se pretendía que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarara que no era conforme con el Derecho de la Unión Europea. El TJUE decidió en su sentencia de 7 de agosto de 2018 que la jurisprudencia de la Sala Primera se ajusta al Derecho de la Unión y, en particular, a la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La STS de 28 de noviembre de 2018, en un caso en el que el interés de demora era del 25 %, ha abordado por primera vez la abusividad de los intereses de demora en préstamos concertados con consumidores, después de que el TJUE respaldara la doctrina jurisprudencial de la sala sobre esta materia. Con arreglo a la doctrina de la sala, que ha quedado refrendada por el TJUE, por ser conforme con el Derecho de la Unión Europea, no es correcta la solución ofrecida por ninguna de las sentencias de la instancia, ni de la primera instancia ni la de apelación. La primera solución no es correcta, pues había sustituido el interés de demora abusivo por el triple del interés legal del

dinero. Pero tampoco puede aceptarse la pretensión de que no se abone interés alguno, porque el interés remuneratorio fijado en el contrato sigue cumpliendo su función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución, por lo que debe continuar su devengo. La citada STS de 28 de noviembre de 2018, que hace un exhaustivo planteamiento de la cuestión, afirma lo siguiente: (i) En concreto, cuando se declara abusiva una cláusula que fija el interés de demora en un contrato de préstamo, el TJUE, en su sentencia de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, ha declarado improcedente la integración del contrato, pues tal declaración de abusividad no puede acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas. El juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no puede reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, pues debe excluir plenamente su aplicación. Por esas razones, la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula que fija el interés de demora es su supresión, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional, y sin que pueda integrarse el contrato, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor. Concluimos en aquellas sentencias que lo que procede anular y suprimir completamente, privándola de su carácter vinculante, es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en el pago de las cuotas del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que sigue cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Debe recordarse que el recargo que supone el interés de demora sobre el interés remuneratorio comienza a devengarse cuando el prestatario incurre en mora porque deja de pagar las cuotas del préstamo en las fechas convenidas, sin necesidad de que el banco dé por vencido el préstamo anticipadamente y proceda a «cerrar la cuenta» del préstamo. Y carece de lógica que el interés remuneratorio deje de devengarse cuando, transcurrido un cierto periodo de tiempo durante el que el prestatario se encuentre en mora, el prestamista haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado, porque el ejercicio de esta facultad no afecta a la función que tiene el interés remuneratorio de retribuir la prestación del prestamista de modo que, anulada la cláusula abusiva, el interés remuneratorio continúa devengándose respecto del capital pendiente de devolución. Por tanto, la solución, conforme a esa doctrina, es que declarada la nulidad de la cláusula que establece el interés de demora, cuando el prestatario incurra en mora el capital pendiente de amortizar sigue devengando el interés remuneratorio fijado en el contrato. (**STS de 31 de enero de 2019; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—La prestataria consumidora presentó una demanda contra un banco por la que solicitaba que se declarase la nulidad de la cláusula sexta del contrato de compraventa de vivienda con subrogación en préstamo hipotecario de 23 de noviembre de 2005, en la que se prevé un interés de demora del 25 %. Con carácter principal postulaba que se tuviese por no puesta y subsidiariamente que

se moderase. La parte demandada solicitó con carácter principal la desestimación íntegra de la demanda y subsidiariamente que, para el caso de considerar abusivo el tipo de demora pactado en el préstamo hipotecario, se declarase aplicable en su sustitución el previsto en el artículo 114 LH, aplicable por remisión de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, o en su defecto el interés legal.

El Juzgado de primera instancia declaró la nulidad de la citada cláusula y la moderó en un triple del interés legal del dinero. La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, al que se opuso la parte demandada, que no la impugnó en el extremo que le era desfavorable, es decir, en relación a la declaración de nulidad de la cláusula.

La Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia por la que confirmó la declaración de nulidad de la cláusula litigiosa sobre intereses moratorios, pero, con revocación de la sentencia recurrida, con la consecuencia de tenerla por no puesta, quedando privada de cualquier efecto jurídico. Por tanto, partió de la firmeza del carácter abusivo de la cláusula que fija el interés moratorio y centró la controversia en determinar cuáles son los efectos derivados del carácter abusivo de la cláusula. Alcanzó la conclusión de que ha desaparecido la facultad moderadora o integradora de la cláusula abusiva atribuida al juez y que la consecuencia ha de ser la de tener la cláusula abusiva por no puesta.

Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, interpuso recurso de casación el banco. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación

NOTA.—El artículo 24.1 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, dispone que «en el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquél resulte exigible. El interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El apartado 2 de este precepto establece que «las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario». (J. M.<sup>a</sup> M. F.)

#### **19. Efecto restitutorio del artículo 6.1 Directiva 93/13 y cláusula de gastos en contratos de préstamo hipotecario, aplicación analógica de las reglas del pago de lo indebido.—**La Sala 1.<sup>a</sup> reitera su doctrina que excluye la aplicación del artículo 1303 CC a la restitución de cantidades derivadas de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios. Tratándose de pagos realizados por el consumidor a un tercero, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho que impondría el artículo 6.1 Directiva 93/13 conduce a obligar al prestamista a abonar al consumidor las cantidades que le hubiera correspondido pagar de no haber mediado la cláu-

sula abusiva y que el consumidor abonó indebidamente (SSTS 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo). A juicio de la Sala 1.<sup>a</sup> se trata esta de una situación asimilable al «enriquecimiento injusto», en tanto que la entidad financiera prestamista se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le habría correspondido afrontar y que, por mor de la cláusula declarada abusiva, desplazó al consumidor. Esto le permite aplicar también analógicamente los artículos del Código civil referidos al pago de lo indebido (sobre todo, arts. 1895, 1896 y 1897 CC). En particular, considera aplicable el artículo 1896 CC, pensado para el caso de mala fe del *accipiens*, sobre la base de la valoración *ex post* de que la declaración de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente.

**Devengo del interés legal a restituir junto con la cantidad.**—En cuanto al devengo del interés que prevé este último precepto, estima que se produce desde el momento en que se recibió la cantidad dineraria a restituir, y no desde el momento de interposición de la demanda o reclamación extrajudicial. (**STS de 19 de diciembre 2018**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—El 12 de septiembre de 2012 la entidad financiera A celebró un contrato de préstamo hipotecario con el prestatario B, que fue elevado a escritura pública y en el que se incluyó una cláusula por la cual correspondía a B el pago de todos los gastos generados por el contrato.

B demandó a A solicitando la nulidad de dicha cláusula y la restitución de las cantidades indebidamente abonadas derivadas de su aplicación.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda en parte y condenó a la prestamista a abonar las cantidades abonadas en concepto de gastos de tasación y gestoría, más los intereses legales desde dicha fecha. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de A solo sobre el particular relativo al interés que habían de devengar las cantidades a abonar por el banco, que sería el del artículo 1108 CC desde la fecha de la reclamación extrajudicial.

Frente a esta sentencia, B interpuso recurso de casación denunciando la infracción del artículo 1303 CC en relación con el artículo 6.1 Directiva 93/13, sobre contratos celebrados con consumidores. (A. I. R. A.)

**20. Inaplicación de la Ley de la usura a los intereses moratorios.**—La Sala 1.<sup>a</sup> reitera su doctrina según la cual, dada la distinta naturaleza de los intereses moratorios y remuneratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Usura de 1908, pues en esta norma se hace referencia únicamente a los intereses retributivos en un contrato de carácter bilateral, onerosa y comunitativa, para proteger la equivalencia entre las prestaciones. Mientras tanto, los intereses moratorios constituyen una reparación del daño que experimenta el acreedor prestamista ante el impago o la mora (STS 44/2019, de 23 de enero); y añade que solamente cabe considerar los intereses moratorios como un elemento más que permite considerar el préstamo usurario en su conjunto

**No condición de consumidor de una sociedad mercantil.**—No tiene la condición de consumidor una sociedad mercantil que contrata un préstamo para refinanciar las deudas de su ámbito empresarial, aunque parte del capital

prestado se destinase a paralizar la subasta de la vivienda hipotecada de uno de los socios para garantizar las deudas empresariales; ello en atención a que el socio participa en la actividad empresarial y tiene una vinculación funcional con la propia sociedad. (**STS de 5 de marzo de 2018**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—El 23 de enero de 2009 la sociedad mercantil A suscribió una escritura por la que se elevaba a público un contrato de préstamo por la cantidad de 138.475 euros, celebrado entre esta y Dña. B, como prestataria. El préstamo se había de devolver en un plazo de seis meses y en garantía de la devolución se hipotecó un local comercial, propiedad de A. El interés remuneratorio era del 8 % anual y el moratorio del 29%. Resultando impagado el préstamo, B instó un procedimiento de ejecución hipotecaria.

A demandó a B solicitando la nulidad del contrato de préstamo y la ejecución hipotecaria, al considerar que la cantidad escriturada no se correspondía con la recibida realmente (99.476,50 euros) y que, en consecuencia, el interés remuneratorio era del 89,54 %, lo que lo convertía en usurario.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por no considerar probadas las alegaciones esgrimidas por B; por no someterse el interés moratorio a la Ley de la Usura; y por no resultar posible un control de abusividad respecto de los intereses moratorios, al tratarse de una operación comercial, y no de consumo. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial confirmó el fallo de la instancia. Ante ello, A interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo. (A. I. R. A.)

**21. Aplicación e interpretación del concepto de gran invalidez contenido en la legislación sobre responsabilidad civil en accidentes de circulación.**—En la tabla IV del anexo del Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (LRCSCVM), se describe a los «grandes inválidos» y se incluye una enumeración ejemplificativa de supuestos. El Tribunal Supremo entiende que la clave para apreciar la concurrencia de la noción jurídica de gran invalidez a efectos de aplicación del factor de corrección contenido en la LRCSCVM es la necesidad de ayuda de otra persona para realizar actividades esenciales de la vida, sin que sea preciso para su apreciación que la ayuda deba de ser integral porque ello supondría penalizar a quien, con su sacrificio personal y capacidad de auto-superación, consigue avanzar, limitadamente, para mitigar su situación.

A su vez, la cuantía indemnizatoria máxima fijada por la LRCSCVM por este concepto debe ser ponderada en función de la edad de la víctima, el grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales para la vida y si la ayuda de un tercero se requiere de forma integral o solo parcial.

**Valoración del lucro cesante en virtud de la LRCSCVM vigente hasta 31 de diciembre de 2015 relativo al trabajo doméstico.**—Los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación ocurridos antes del 1 de enero de 2016, se regirán por la versión de la LRCSCVM en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015. Esta versión no prevé cómo debe compensarse el trabajo doméstico si quien lo lleva a cabo sufre unas lesiones

que, de modo permanente, le impiden realizarlo. Por tanto, se debe recurrir a la incapacidad permanente parcial, total o absoluta de la tabla IV de la LRCSCVM y al factor de corrección por perjuicio económicos, el cual alcanza hasta el 10% de incremento sobre las indemnizaciones básicas, dando por supuesto que, al no existir un epígrafe específico para las personas dedicadas en exclusiva a las tareas del hogar, resulta razonable considerarlas incluidas en el epígrafe de «victima en edad laboral, aunque no se justifiquen ingresos». En ambos casos, se entiende que quedan cubiertos tanto perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales.

**Supuestos de aplicación del baremo del anexo de la LRCSCVM en vigor hasta el 31 de diciembre de 2015.**—Se aplica y produce plenos efectos independientemente de que en el evento dañoso concurra culpa, civil o penal, del conductor.

**Invalideces concurrentes.**—La tabla IV de la LRCSCVM contiene un factor de corrección que trata de compensar daños morales complementarios. Este factor resulta de aplicación para el caso de que una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los 90. La aplicación del factor de corrección requiere de la acreditación de una situación de incapacidad añadida, la cual solo puede apreciarse cuando la concurrencia de las lesiones suponga por sí misma una agravación de la entidad fisiológica del conjunto de las secuelas no prevista en las tablas al valorar las invalideces o establecer los factores de corrección. Por tanto, no cabe confundir la concurrencia de invalideces con una multiplicidad de afecciones orgánicas y funcionales, determinantes de una única invalidez. (**STS de 19 de diciembre de 2018;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—Ester y Jaime, esposos, demandan a la aseguradora LUNA en diciembre de 2014, reclamando 3.000 € en concepto de indemnización por las graves lesiones que sufrió Ester al ser atropellada.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda y condena a LUNA a pagar a Ester 50 € (500 € de condena por diversos conceptos menos 450 ya pagados a cuenta de dicha indemnización).

La sentencia de primera instancia es recurrida por Ester y Jaime e impugnada por LUNA. En enero de 2018, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación, fijando una cuantía a indemnizar a Ester de 1.000 €, de los que 170 correspondían a su declaración como incapacitada permanente absoluta.

Ester interpone recurso de casación fundado en cuatro motivos. El primero de ellos, relativo a la existencia en su persona de secuelas permanentes que le impiden realizar por sí misma actividades esenciales de la vida diaria, es estimado. De tal modo, es declarada como persona con gran invalidez, a diferencia de la declaración de incapacidad permanente total realizada por la Audiencia. Los otros tres motivos en que se funda el recurso de casación son desestimados.

La cuantía indemnizatoria máxima derivada de la declaración de gran invalidez que fija la LRCSCVM es de 350 €, la cual, tras ser ponderada por la edad, el grado de incapacidad y la necesidad de ayuda integral o parcial por parte de Ester, es fijada en 200 €, cantidad que sustituye a los 170 establecidos por la Audiencia. (*T. R. C.*)

**DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO**

**22. Actos de disposición y adquisición de inmuebles por comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal.**—Las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal no pueden ser titulares registrales de bienes, por carecer de personalidad jurídica. En consecuencia, la comunidad no puede ser titular registral ni es posible que tal personalidad pueda ser propietaria de un bien y, por extensión, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente. Tampoco cabe inscribir a nombre de la comunidad de propietarios la adquisición por ésta de un elemento privativo que se va a destinar a fines comunes, pero sí su inscripción como elemento procomunal. También se ha de admitir el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios. Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no es una finalidad de las comunidades de propietarios ser titulares permanentes de bienes, por lo que posteriormente debe procederse a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común. Finalmente, también se admite que la finca sea adquirida por todos y cada uno de los propietarios, y no por la comunidad, en cuyo caso la inscripción no sería a favor de ésta.

**Legitimación activa de las comunidades de propietarios.**—Las comunidades de propietarios están legitimadas activamente para ejercitar la acción de reclamación de las cantidades vencidas y no pagadas por los vecinos (art. 6.1.5.<sup>º</sup> LEC). Sin embargo, al carecer de capacidad procesal, la comunidad ha de ser representada por su presidente (arts. 7.6 LEC y 13.3 LPH), que, como establece el artículo 13.2 LPH, debe ser nombrado entre los propietarios. A la comunidad, representada por su presidente, le incumbe la defensa de sus intereses en todos los asuntos que le afecten, según establece el artículo 13.3 LPH. (**STS de 8 de enero de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.]

**HECHOS.**—R interpuso demanda contra la comunidad de propietarios de la que formaba parte, por la que pretendía impugnar el acuerdo adoptado por la junta de propietarios el día 9 de marzo de 2013 y su nulidad. La demandante consideraba que dicho acuerdo debía ser anulado, por ser contrario a la ley, ya que no había sido acordado por unanimidad de todos los propietarios, tal como exigen los artículos 17 y 18 LPH, por afectar al título constitutivo. Además, añadió que los acuerdos de permuta eran nulos de pleno derecho porque la comunidad de propietarios carece absolutamente de legitimación para suscribirlos, pues la Ley de Propiedad Horizontal no le reconoce personalidad jurídica. El acuerdo considerado nulo era aquel por el que la promotora cedía a la comunidad la propiedad del local, así como el contrato de dación en pago del referido local y el documento de entrega del mismo. Y es que la promotora había hecho constar en la descripción del inmueble en la escritura de obra nueva y división horizontal una superficie del solar de 1.000 metros cuadrados menos de lo que se vendió. Ofrecía para compensar dicha pérdida de metros

transmitir el local comercial de su propiedad, para que pudieran convertirlo en un club social.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró que el acuerdo impugnado era contrario a la ley y, por lo tanto, nulo. Añadió que si bien es cierto que se acordó por junta de propietarios que la promotora cedería a la comunidad dicho local, en compensación de la pérdida de metros cuadrados, también es cierto que dicho acuerdo debía ser adoptado por unanimidad de todos los copropietarios, porque afectaba al título constitutivo. Sin embargo, no se había acreditado dicha unanimidad, puesto que la actora siempre se negó a ese acuerdo.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de apelación, alegando que el acuerdo de 9 de marzo de 2013 no podía ser impugnado separadamente de otros acuerdos cuya ineficacia no se había solicitado, pues a través del acuerdo de 2013 se pretendían ejecutar las decisiones adoptadas en otros acuerdos anteriores (de 16 de octubre de 2005 y de 28 de junio de 2008). La Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia impugnada. Afirmó la legitimación del presidente de la comunidad para recurrir y consideró que la demandante estaba vinculada por tales acuerdos pese a que hubiera adquirido su vivienda con posterioridad, y debía conocer el uso real que se daba al local.

La parte actora interpuso recurso de casación. En primer lugar, la recurrente señala que la sentencia objeto del recurso infringe el artículo 14.e) LPH en relación con el artículo 13.3 LPH, al considerar legitimado *ad causam* al presidente de la comunidad no solo para oponerse a la demanda interpuesta por la actora, sino para interponer el recurso de apelación. El Tribunal Supremo señala que el presidente había actuado en defensa del interés general de la comunidad, no siendo cierto que lo hiciese a espaldas de los comuneros y que éstos fuesen ajenos al litigio, como se infiere del acta de la junta de propietarios de 13 de diciembre de 2014, en la que consta que se debatió ampliamente sobre la cuestión y se informó de la existencia del procedimiento sobre impugnación del acuerdo de 2013 a instancia de la actora. En segundo lugar, alegar, por un lado, la infracción de los artículos 5, 17 y 18 LPH, en relación con la doctrina de los actos propios, por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La contradicción estaría en la existencia de acuerdos firmes y consentidos por parte de la comunidad respecto de las juntas celebradas en 2010, en las que se acreditaba la inexistencia de unanimidad para la modificación del título constitutivo, a través del voto en contra de diversos copropietarios, y que han devenido firmes y, por tanto, vinculan a la comunidad de propietarios conforme al principio de actos propios. Y, solicita, por otro lado, la nulidad del acuerdo de 2013, por oponerse a los acuerdos firmes y consentidos adoptados en 2010. Finalmente, la recurrente considera que la sentencia de la Audiencia, al entender que el acuerdo adoptado en 2013 requería simplemente la mayoría, iba contra de la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal que exige la unanimidad de los comuneros para cualquier acto de disposición. A este respecto, el Tribunal Supremo señala que no cabe estimar tales motivos por fundarse en supuestos de hecho que no son de los que

hay que partir. La transacción fue aprobada en 2005 por unanimidad y el acuerdo impugnado de 2013 solo persigue ejecutar lo decidido en aquél. De ahí que acabe desestimando el recurso.

NOTA.—En relación a la falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios y las consecuencias que de ello se derivan respecto de actos de disposición, *vid.* las resoluciones de la DGRN de 2 de septiembre y 4 de octubre de 2013, 6 de febrero de 2014 y 12 de febrero de 2016), así como la STS de 6 de noviembre de 1995. Sobre la legitimación activa de las comunidades de propietarios, *vid.* STS de 27 de enero de 2017. (*S. L. M.*)

**23. Impugnación de acuerdos adoptados por una comunidad de propietarios.**—No es precisa la unanimidad y, por tanto, es válido el acuerdo adoptado por mayoría que acuerde una obra de cerramiento extraordinaria, necesaria y no modificativa, de modo que se limitan los accesos al inmueble en beneficio general. Ello siempre que se cumplan las tres siguientes condiciones: que no se altere el uso originario previsto en el título constitutivo, no se cause un perjuicio a los dueños de los locales y se respete el derecho de tales dueños, de modo que esté abierto el acceso durante las horas en que los locales tengan la facultad de permanecer abiertos.

Por su parte, no toda obra que altere la configuración externa de un inmueble requiere de unanimidad, sino que también se deben valorar los motivos que llevan a la mayoría a acordar dicha obra, así como la eventual regulación en el título constitutivo de la «geografía» de la configuración externa del edificio. (**STS de 6 de marzo de 2019;** ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—La Comunidad de Propietarios El Valle (en adelante, El Valle) adopta dos acuerdos en virtud de los cuales se acuerda por mayoría el cerramiento de una plaza, elemento común del inmueble, por razones de seguridad y evitamiento de daños.

La Montaña, propietaria de dos locales situados en El Valle, demandó a la comunidad de propietarios, solicitando la nulidad de ambos acuerdos. La demanda es desestimada, por considerar que el cerramiento tiene un objetivo legítimo y lícito, además de considerar que el posible perjuicio futuro a La Montaña no puede considerarse como un perjuicio real que requiera un acuerdo adoptado por unanimidad.

La Montaña recurre en apelación. La Audiencia Provincial estima el recurso, declarando la nulidad de los dos acuerdos, justificada en que la plaza es un elemento común cuya obra de cerramiento modifica la morfología del edificio, por lo que se requiere unanimidad.

El Valle interpone recurso de casación, que es estimado por no ajustarse el razonamiento de la Audiencia a la jurisprudencia de la sala, adoptando así el Tribunal Supremo el razonamiento del juzgado de instancia. (*T. R. C.*)

**24. Tercero hipotecario. Artículo 34 LH. Necesidad de que concurre una transmisión a título oneroso y con buena fe en el adquirente,**

**aunque no se anule o resuelva el título de su transmitente.**—Es doctrina de la Sala, respecto del artículo 34 LH, que este precepto ampara las adquisiciones a *non domino* precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente. El precepto no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente (SSTS de 5 de mayo de 2008, 23 de abril y 20 de junio de 2010). Concurre en la sociedad adquirente todas las condiciones para ser considerado tercero hipotecario protegido por la inscripción registral, sin que conste que falte en su actuación la buena fe que, en todo caso, se presume, sin perjuicio de la calificación que hubiera de merecer la actuación de la parte que realizó la dación en pago. Así, la sentencia recurrida no niega la realidad del crédito satisfecho mediante la dación en pago, apareciendo justificado documentalmente; sin que se haya justificado que esta última entidad tuviera conocimiento alguno de que el inmueble (inscrito registralmente a favor de la entidad que formalizaba la dación en pago) pudiera no pertenecer realmente a la titular registral, pues no es suficiente para ello la simple constatación en la escritura de la existencia de poseedores en precario frente a los cuales se había iniciado, incluso antes de la dación en pago, un proceso de desahucio. (**STS de 5 de febrero de 2019;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—L. C. concertó, mediante un pacto verbal, un acuerdo con L. F. por el cual el primero, interesado en la adquisición de un determinado inmueble, entregaba al segundo el importe del precio de compra con el fin de que este último lo adquiriera a través de una sociedad interpuesta propiedad del comprador aparente, quien lo inscribiría en el Registro de la Propiedad y se encargaría de pagar mensualmente, en nombre de la sociedad, las diferentes cuotas hipotecarias al banco vendedor hasta la completa extinción de la deuda. L. F. contraía además la obligación de traspasar la propiedad a L. C. cuando concurrieran las circunstancias oportunas. Sin embargo, más de quince años después de llevarse a cabo este negocio fiduciario, tiempo durante el cual L. C. había poseído el bien pública, pacífica e ininterrumpidamente, L. F. hizo una dación en pago del inmueble a favor de la mercantil R., S. L. a fin de satisfacer unas deudas que mantenía con esta sociedad. L. C. planteó una acción declarativa del dominio para que se declarase que era el legítimo propietario de la vivienda y se anulara el título de transmisión de L. F. a R., S. L., y que se anulara también todos los asientos registrales que trajeran causa de esa dación en pago. La entidad R., S. L. se opuso y además formuló reconvención ejercitando una acción reivindicatoria para que se le entregara la posesión de la finca. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda principal y estimó la reconvención. La Audiencia Provincial de Tenerife acogió el recurso de apelación del demandante, y declaró que L. C. era el legítimo propietario, así como la nulidad de la dación en pago y de la subsiguiente inscripción registral. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de la demandada reconviniente. (*L. A. G. D.*)

**25. Eficacia frente a terceros (tercero hipotecario de buena/mala fe) de la resolución por incumplimiento de un contrato de permuta.**—Al tercero hipotecario le alcanza la eficacia de la resolución de un contrato de permuta por incumplimiento en virtud del artículo 1124 CC si, en el momento de la constitución del derecho real de hipoteca sobre el bien permutado, se da cualquier de estas tres circunstancias: si consta anotada la demanda de resolución en el Registro de la Propiedad; si consta inscrita en el Registro una condición resolutoria expresa; o si no existe buena fe, aunque no se haya inscrito una condición resolutoria expresa.

Hay mala fe por parte del tercero hipotecario cuando concede una hipoteca sobre un bien adquirido por su titular mediante contrato de permuta, contrato respecto del que el titular del bien hipotecado no ha cumplido sus obligaciones contractuales, conociéndolo el tercero hipotecario quien, no obstante, le concede el préstamo hipotecario a sabiendas de que no lo va a destinar al cumplimiento de dichas obligaciones. Otra circunstancia que remarca la existencia de mala fe en el tercero hipotecario es que sea él mismo quien negocie la adquisición, por parte de una empresa de su grupo, del bien objeto del contrato de permuta con anterioridad al vencimiento del préstamo hipotecario, sin pagar precio y a cambio de asumir la deuda, sorteando así la eventual obligación de restitución en especie que se derive de la resolución del contrato de permuta por incumplimiento. (**STS de 5 de diciembre de 2018;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—Ana celebra con María un contrato de permuta especial (solar por obra futura) sobre tres fincas en marzo de 2003. En julio de 2007, María celebra con El Barco un contrato de préstamo hipotecario sobre las tres fincas. En noviembre de 2008, María vende a El Libro (que es una empresa de un grupo perteneciente a El Barco) las tres fincas, asumiendo la deuda hipotecaria que pesaba sobre tales fincas.

Ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, Ana demanda a María en octubre de 2009. En junio de 2015, el Juzgado de Primera Instancia declara resuelto el contrato de permuta por incumplimiento de María, obligando a esta a abonar a Ana el equivalente en metálico correspondiente al valor de las prestaciones no ejecutadas. El Barco y El Libro quedan absueltos por ausencia de mala fe.

Ana recurre en apelación porque considera que tanto El Barco como El Libro son terceros de mala fe, dado en que en las fechas en que celebraron sendos contratos, ambos sabían que María había incumplido sus obligaciones contractuales para con ella. La Audiencia Provincial estima el recurso, declarando la resolución del contrato de permuta, que vuelvan a ser propiedad de Ana las tres fincas objeto de dicho contrato y que se cancelen las inscripciones realizadas en el Registro de la Propiedad a favor de María. Así mismo, declara que El Barco y El Libro no son terceros de buena fe: El Barco, cuando concedió el préstamo hipotecario a María, sabía que esta había incumplido sus obligaciones contractuales para con Ana y que, además, María no iba a dedicar el préstamo al cumplimiento de estas obligaciones, aunque fuera extemporáneamente; y El Libro, como empresa de un grupo perteneciente a El

Barco, no era ajeno a esta realidad, de modo que adquirió las fincas con asunción de la deuda con el único objetivo de evitar que María eventualmente tuviera que restituir las a Ana. Por tanto, la Audiencia Provincial acuerda cancelar todas las inscripciones respecto de las tres fincas en que El Barco o El Libro estuvieran relacionados.

El Barco y El Libro interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El Tribunal Supremo desestima ambos recursos. (*T. R. C.*)

## DERECHO DE FAMILIA

**26. Divorcio: Modificación de medidas definitivas: Custodia compartida.**—El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas definitivas adoptada en juicio de divorcio, promovida por el progenitor no custodio, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo común –nacido en 2010– en sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad.

La sentencia de primera instancia estima la demanda ejercitada, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, al considerar, a la vista de lo probado, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los padres. Explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y que la madre alega lo perjudicial que sería para el menor un cambio de custodia, sin dar argumentos suficientes que justifiquen el rechazo. Explica que los progenitores han ampliado, de hecho, el régimen de estancias y visitas a favor del padre, acordado en el convenio regulador del divorcio, de forma que el menor, pernocta los domingos alternos con el padre, ve a su padre una tarde a la semana, desde la salida del colegio a las 20,00 horas, y otros dos días acude al colegio a ver a su hijo y otros dos días va a casa de la madre para jugar con él, las vacaciones escolares se reparten entre ambos progenitores por mitad; ambos progenitores tienen domicilios cercanos, 4 kms de distancia; cuando el menor enferma acuden al médico ambos progenitores, así como a las reuniones y tutorías del colegio. Relata que no hay relación entre ellos, pero es cordial, reconociendo la madre en el interrogatorio que la relación del padre con el menor es muy buena, y éste le quiere mucho.

Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Madrid, estima el recurso, desestimando la demanda formulada. Considera la Sala de apelación que no se ha producido ni acreditado cambio «sustancial» o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes. Destaca que es normal el transcurso del tiempo y los cambios del menor, pero no son los que se exigen para operar la modificación de medidas. Y así expone que se han ampliado las visitas por consenso de ambas partes, que la madre lleva ejerciendo la custodia exclusiva de forma satisfactoria, por pacto entre los progenitores, que la solicitud de custodia compartida implica reconocer, y es favorecedora de las relaciones padre e

hijo, ayudando a la ampliación de las visitas, incluso refiriendo que «luego no debe convertirse este proceso como un castigo al buen hacer y generoso de la madre».

Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, por infracción del artículo 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, no resultaría necesario un cambio «sustancial» de las circunstancias, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, con base al principio del interés del menor. Explica la situación tan distinta existente cuando se pactó el convenio del actual, pues en aquél momento el menor era un bebé y actualmente cuenta con nueve años y cita STS de 13 de abril de 2016, 19 de julio de 2013 y 12 de abril de 2016, en cuya virtud se exige el interés del menor; el segundo por infracción del artículo 92.3 y 91 *in fine* CC, artículo 755 LEC y 14 CE, el principio del *favor filii*, el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del niño, artículo 39 CE, y artículo 2 LO 1/1996, cita como infringida la doctrina contenida en SSTS 13 de abril de 2016, 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015. La Sala dictó Auto de 10 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso. La parte recurrente formalizó escrito de oposición al recurso, alegando, en esencia, la ausencia de un cambio sustancial de circunstancias. El Ministerio Fiscal, con citas actualizadas de ss. de la Sala, interesó la estimación el recurso.

**Doctrina jurisprudencial.**—La sentencia de 27 de septiembre de 2017 recoge el cuerpo de doctrina de la Sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a consideración, y de ahí el interés casacional del recurso:

El artículo 90.3 CC establece que: «Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges». El precepto viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto (STS de 24 de mayo de 2016). Es por ello que «Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en STS de 17 de noviembre de 2015, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) Los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la STS de 26 de junio de 2015, que valora que «en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad». Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida» (STS de 16 de marzo de 2016). El

transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. Como afirma la STS de 4 de abril de 2018, de mantenerlo así la sentencia recurrida «petrifica la situación del menor de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cual sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica de 22 de julio de 2015, como ha recordado con reiteración esta Sala a partir de la STS de 17 de noviembre de 2015».

En aplicación de la anterior doctrina, procede estimar el recurso de casación en sus dos motivos, por contradecir la sentencia recurrida dicha doctrina, con argumentos y citas jurisprudenciales ya superadas. A la fecha en que se dicta la sentencia recurrida (9 de abril de 2018), ya existían las ss. de la Sala que se han citado; por lo cual si se hubiera acudido a ellas, y en estrecha relación con los argumentos de la sentencia de primera instancia, la confirmación de ésta no ofrecía problema, evitándose a la parte un recurso con resultado previsible.

De conformidad con los artículos 394.1 y 398.1 LEC, no se imponen al recurrente las costas del recurso de casación. Por desestimar el de apelación se condena a la parte recurrente de este recurso a las costas ocasionadas por él. (**STS de 26 de febrero de 2019**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Barrena Ruiz.]

NOTA.—Tema controvertido surgido en el proceso legislativo de reforma por etapas del *Ius Familiae*. Así lo recoge RAMS ALBESA (en Lacruz *et alii*, «Elementos de Derecho Civil» IV, 2.<sup>a</sup> ed. Dykinson, Madrid 2005 p. 99) al afirmar que contra la opinión de muchos de los interesados, de expertos en educación de hijos afectados por la crisis matrimonial de sus progenitores y de una parte de la doctrina, el legislador ha apostado por la guarda y custodia de los hijos compartida por sus padres. Por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE («Curso», IV, 5.<sup>a</sup> ed., Edisofer SL, 2016, pp. 201 ss.) ha seguido el proceso legislativamente con detalle: La introducción formal de la custodia compartida se produjo inicialmente de forma tímida, sujeta a importantes requisitos que de hecho restringían sus posibilidades de aplicación. Esta regulación ha tenido dos efectos aparentemente contradictorios: 1) Frente a la antigua jurisprudencia que antes de la reforma de 2005 negaba esta posibilidad, la norma deja claro que es una opción legal y posible; 2) la actual regulación introduce controles y exigencias, restringiendo, desde el punto de vista práctico las posibilidades de acudir a este régimen. Si inicialmente esta reforma apenas supuso variación en las pautas judiciales sobre el tema, a partir de 2009 cabe señalar un aumento significativo de las resoluciones judiciales que acuerdan este sistema. Algunas Comunidades Autónomas se han inclinado como preferente por la custodia compartida (Aragón, Cataluña, Valencia, País Vasco, y Navarra pero sin darle preferencia). La STC de 17 de octubre de 2012 ha declarado inconstitucional el requisito de que sea favorable el informe del Ministerio Fiscal. El autor reconoce algunas ventajas

en orden a la implicación de ambos progenitores en la guarda y custodia, alerta sobre el riesgo de perpetuar enfrentamientos. Por otra parte, más que de ejercicio conjunto de la guarda, hay que hablar de ejercicio alterno de la guarda. Concluye que será una decisión a adoptar con prudencia y deberá ser revisada regularmente para comprobar su correcto funcionamiento. (G. G. C.)

**27. Divorcio: Pensión compensatoria. Función: compensación del desequilibrio económico provocado a uno de los cónyuges por la crisis matrimonial, y no la equiparación de sus economías dispares. Momento temporal para apreciar el desequilibrio económico.**—La pensión compensatoria (art. 97 CC) no posee carácter alimenticio al no venir determinada por una situación de necesidad de uno de los cónyuges, sino por el desequilibrio económico que produce la ruptura a uno de ellos. Tampoco su función es permitir al cónyuge más desfavorecido por la crisis matrimonial seguir disfrutando de un nivel económico similar al que poseía antes de aquélla, dado que tal nivel de vida pretérito quiebra necesariamente con la ruptura (STS de 22 de junio de 2011). Para el establecimiento de una pensión compensatoria resulta preciso ponderar el conjunto de circunstancias previstas especialmente en el artículo 97 CC que, además, como señala su último párrafo, permite tomar en consideración «*cualquier otra circunstancia relevante*». El momento al que debe referirse la apreciación del posible desequilibrio económico es el de la ruptura matrimonial, lo que resulta compatible con la valoración de las circunstancias establecidas en el artículo 97 CC a través del examen de lo sucedido durante el matrimonio. (STS de 14 de febrero de 2019; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—En un procedimiento de divorcio iniciado por el esposo en 2014, se plantea, en lo que aquí interesa, si procede la concesión de la pensión compensatoria solicitada por la esposa. El matrimonio se contrajo en 1988 bajo el régimen de separación de bienes, que mutó al de gananciales en 2000. La esposa había trabajado hasta 1996 y era cotitular de una sociedad patrimonial con el esposo y se encuentra cualificada profesionalmente. Antes de la crisis matrimonial había comprado una vivienda y había recibido del esposo otra en donación. Además, con anterioridad a la ruptura había realizado ciertos actos de disposición tales como la compra en 2001 de una parcela sobre la que se construyó la vivienda familiar que donó a sus hijos con reserva de usufructo y facultad de disponer, el rescate de un seguro y la transferencia del capital a favor de una de sus hijas. El Juzgado de Primera Instancia concedió una pensión compensatoria temporal de 27.000 € mensuales porque, a pesar de constar que la esposa poseía un importante patrimonio personal, el divorcio le produjo un desequilibrio económico atendiendo a su edad, cercana a los sesenta años, la duración del matrimonio, la escasa posibilidad de retomar su carrera profesional abandonada casi veinte años antes, o de iniciar otra, su dedicación a la familia y al actor, y el elevado nivel de vida de que venía disfrutando la familia gracias a los ingresos del marido. Interpuesto recurso de apelación por el marido, la Audiencia Provincial deniega la pensión compensatoria al

no apreciar un desequilibrio económico compensable porque la esposa, al margen de su trabajo, se había enriquecido durante el matrimonio poseyendo un patrimonio propio; debe asumir las consecuencias de los actos de disposición voluntariamente realizados, y además puede obtener rendimiento de su patrimonio restante. La esposa interpone recurso de casación articulado en dos motivos en los que denuncia infracción del artículo 97 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. En el primero argumenta que la Audiencia Provincial equipara la situación de desequilibrio económico a una situación de insolvencia que hace imposible apreciar aquél; y en el segundo razona que ha valorado la existencia de desequilibrio con referencia a un momento temporal diferente al de la ruptura, al tomar en consideración actos de disposición realizados con consentimiento de su esposo antes de la crisis matrimonial. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

NOTA.—Dado que la sentencia toma en consideración la posible obtención por la peticionaria de rendimientos procedentes de su patrimonio, conviene precisar que no es óbice para el reconocimiento de la compensación la independencia económica de los cónyuges, al no concebirse como alimenticia y no encontrarse su razón de ser en la necesidad del cónyuge percepto, sino en la existencia de una situación de desequilibrio (STS de 4 de diciembre de 2012). (F. S. N.)

**28. Divorcio. Pensión compensatoria: Factores relevantes para el nacimiento y determinación de su cuantía, de acuerdo con el artículo 97 CC.**—Existencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges en atención a las circunstancias del artículo 97 del CC: la edad del cónyuge con derecho a ella, su falta de cualificación profesional, su dedicación a la familia durante el tiempo de matrimonio, su condición de víctima de violencia de género (de acuerdo a la circunstancia novena del mencionado precepto, que alude a *cualquier otra circunstancia relevante*); también que, si bien realizó el cónyuge algún trabajo esporádico, no figuraba de alta en ningún régimen de la seguridad social y que la prestación que había cobrado como víctima de violencia de género había sido puntual; los ingresos del cónyuge obligado a prestarla y la cantidad que el esposo entregaba a la esposa durante la convivencia matrimonial, así como los gastos de consumo fijos que ésta justificó.

**Incongruencia extra petita: Supresión en la audiencia de los alimentos fijados en favor del hijo de ambos cónyuges en primera instancia, sin pedirlo las partes ni ser objeto de discusión.**—Al suprimir la audiencia la pensión a favor del hijo sin pedirlo las partes ni haber sido objeto de discusión, resuelve más allá de las pretensiones articuladas en el proceso lo que da lugar a incongruencia (SSTS 551/2014, de 20 de octubre, y 450/2016, de 1 de julio, entre otras). (**STS de 26 de febrero de 2019;** ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. María de los Ángeles Parra Lucán.]

**HECHOS.**—Tomasa y Luis contrajeron matrimonio el 19 de febrero de 1987. Tuvieron un hijo que nació ese año. Tras denuncia de Tomasa el 11 de julio de 2006, se incoaron diligencias previas ante el juzgado de violencia sobre la mujer. El 15 de septiembre de 2006 los cónyuges firmaron un convenio regulador y por sentencia

de 12 de diciembre de 2006 se decretó su divorcio. Pese a ello, se mantuvo la convivencia en la vivienda familiar hasta enero de 2007, fecha en que Tomasa abandonó la vivienda para volver en septiembre de 2007. El 11 de septiembre de 2009, Tomasa y Luis contrajeron nuevo matrimonio. El 22 de julio de 2015, Luis agredió a Tomasa. Por sentencia penal de 22 de marzo de 2017, fue condenado a cinco años de prisión. El 8 de noviembre de 2016, Tomasa presentó demanda de divorcio. Como medidas definitivas solicitó la atribución del uso de la vivienda y una pensión compensatoria de 1.000 euros al mes y, subsidiariamente, para el caso de que no se le adjudicase el uso de la vivienda, una pensión de 1.500 euros al mes. Luis se opuso e interesó que se le atribuyera a él el uso de la vivienda y que se fijara una pensión compensatoria para su cónyuge de 225 euros al mes durante seis meses. El 23 de febrero de 2017 el juzgado de violencia de género decretó el divorcio, atribuyó el uso de la vivienda a Tomasa y fijó una pensión compensatoria a su favor de 700 euros al mes. La audiencia confirmó la sentencia del juzgado, excepto en el uso de la vivienda sobre el que no se pronunció, suprimió la pensión alimenticia del hijo común y redujo la pensión compensatoria de 700 € al mes, a 300 € mensuales. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por Tomasa y confirmó íntegramente la dictada en primera instancia. (*I. D.-L.*)

## DERECHO MERCANTIL

**29. Juicio cambiario: Oposición cambiaria. Excepciones oponibles por el deudor cambiario frente al tenedor de pagarés emitidos no a la orden y transmitidos mediante cesión de créditos. Excepción de falta de legitimación pasiva.**—El artículo 67 LCCh, aplicable al pagaré por la remisión realizada en el artículo 96 de la misma ley, permite al deudor cambiario oponer excepciones basadas en sus relaciones personales con el tenedor del pagaré, tanto con base en el incumplimiento total como parcial del contrato que subyace a la emisión del título. Sin embargo, excede del ámbito de conocimiento del juicio cambiario el enjuiciamiento de créditos compensables (STS de 10 de julio de 2013, que cita las de 23 de enero y 5 de diciembre de 2012). La aplicación tal doctrina impide que en un juicio cambiario el firmante de un pagaré oponga al tenedor que lo adquirió a través de cesión de crédito, que el crédito en cuyo pago se emitió se ha extinguido como consecuencia de una compensación producida entre firmante y cedente. Tal excepción debe plantearse en un juicio declarativo ordinario aunque se estime que el cesionario de un título valor se subroga en la posición jurídica del anterior titular del crédito, con la consecuente posibilidad de que el deudor cambiario le oponga excepciones personales que tuviera frente al cedente. No existe falta de legitimación pasiva aunque conste en la antefirma de los pagarés el nombre de otra entidad dado que encima de ella aparece estampillado el logotipo de la entidad demandada a modo de nombre comercial, y ésta no opuso dicha falta de legitimación extrajudicialmente cuando tuvo oportunidad. (**STS de 13 de febrero de 2019;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.]

**HECHOS.**—Una entidad financiera, tenedora de cuatro pagarés emitidos no a la orden y, por tanto, adquiridos mediante cesión de créditos, interpone demanda de juicio cambiario frente a la entidad firmante de ellos y contra la entidad que se los cedió. Tales pagarés habían sido librados por la comitente para el pago a una entidad contratista, a la postre cedente de tales efectos a la financiera. La firmante de los pagarés presentó demanda de oposición en la que excepcionó su falta de legitimación pasiva negando que tres de los pagarés fueran firmados en su representación al aparecer en la antefirma el nombre de otra entidad; así como la extinción del crédito del contratista en cuyo pago se emitieron los pagarés, como consecuencia de una compensación por pagos laborales que correspondían al contratista y había tenido que realizar la comitente, de excesos de facturación y gastos por ejecuciones defectuosas. El Juzgado de Primera Instancia desestima las excepciones opuestas. Presentado recurso de apelación por la entidad firmante, fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

**NOTA.**—En esta sentencia se resuelve el alcance de las excepciones oponibles frente al tenedor de un pagaré con el que su firmante no mantiene una relación subyacente, pero que al ser emitido «no a la orden» tuvo que adquirirse necesariamente mediante cesión de créditos (sin poder endosarse –art. 14 LCCh–) lo que supuso la subrogación del tenedor actual-cesionario en la posición del cedente (art. 24 LCCh). Tal cesión y consecuente subrogación permiten al deudor cambiario oponer frente al tenedor actual las excepciones fundadas en sus relaciones personales con los tenedores anteriores, salvando, por tanto, la prohibición que de ordinario, para la transmisión de los títulos mediante endoso, contempla el artículo 20 LCCh. Sobre la oponibilidad frente al tenedor actual de las excepciones basadas en las relaciones personales con los anteriores en los casos de cesión de créditos, pueden verse las SSTS de 29 de marzo de 2007 y 6 de junio de 2011. No obstante, el Alto Tribunal concluye que lo anterior no puede llevar a convertir el juicio cambiario en un juicio declarativo ordinario, al no limitarse la excepción al incumplimiento del contrato al que obedece el libramiento de los pagarés, sino pretenderse por el deudor discutir la liquidación de un contrato de obra con operaciones complejas como la compensación de créditos y excesos de facturación. (*F. S. N.*)

## DERECHO PROCESAL

**30. Acciones declarativas.**—Se admite la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho, sin pronunciamiento condonatorio alguno, porque así considere restituída la paz jurídica o porque pretenda hacer valer el pronunciamiento declarativo prejudicialmente en otro proceso en que pretenda la condena. No obstante, el ámbito de estas acciones es restringido, pues de la acción declarativa solo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello al existir una duda o controversia y una necesi-

dad actual de tutela. Por tanto, el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica.

De igual modo, toda acción declarativa ha de responder a la existencia de un interés legítimo en quien la ejecuta, dado que este tipo de acción no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. Por tanto, este interés legítimo es requisito del ejercicio de toda acción declarativa.

Con relación a esta cuestión y en virtud del artículo 5 LEC, de los Tribunales se puede pretender: (i) la condena a determinadas prestaciones; (ii) la declaración de existencia de derechos y de situaciones jurídicas [...]. En el caso de condena, esta incluye dentro de su objeto –por definición– una previa declaración de derechos como presupuesto sobre el que fundar el pronunciamiento condenatorio. Por tanto, en los casos en que se pretenda de los Tribunales la condena a determinadas prestaciones, la ausencia en el fallo de la sentencia de pronunciamiento explícito sobre la existencia del derecho o situación jurídica en la que se base dicha condena no supone ni una incongruencia interna por contradicción entre los pronunciamientos jurídicos y el fallo de la sentencia ni una omisión de pronunciamiento. Por tanto, el carácter imprescindible de un pronunciamiento declarativo en el fallo de una sentencia solo existe en los casos de ejercicio de una acción meramente declarativa. (**STS de 5 de marzo de 2019**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.]

**HECHOS.**—En septiembre de 2005, Nicolás, Emilia y Eloísa celebran cuatro acuerdos transaccionales, sobre la forma y condiciones de la distribución del importe global que el Grupo Amado recibe de Repsol.

Emilia y Eloísa carecen de poderes para actuar en nombre e interés de Nicolás y, además, incumplen estos acuerdos transaccionales. Eloísa ha actuado como administradora de hecho de las sociedades que integran el Grupo Amado, del que Nicolás es el completo propietario. Nicolás se disputa con Eloísa la propiedad de la mitad de dos fincas.

Nicolás demanda en junio de 2009 a Emilia y a Eloísa. La demanda es estimada parcialmente, declarando la validez de los citados acuerdos transaccionales y que ni Emilia ni Eloísa están facultadas para realizar cualquier acto en nombre y representación de Nicolás. Con relación a las fincas que Nicolás reclamaba, declara la sentencia que efectivamente es él su legítimo propietario al 50 %, por lo que las codemandadas deben otorgar las pertinentes escrituras.

La sentencia de instancia es recurrida por Nicolás y por Emilia y Eloísa. Eloísa en este momento se allana a la pretensión de condena relativa al cese del régimen de indivisión de las dos fincas objeto de litigio. El recurso es estimado parcialmente, declarando la validez de los acuerdos transaccionales pero sin hacer mención en el fallo a dicha pretensión de condena sobre el cese del régimen de indivisión de las dos fincas.

Nicolás interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. Este último fue inadmitido. El recurso extraordinario por infracción procesal es estimado, fundamentado

en la incongruencia interna por contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial, dado que no se incluye en su fallo ningún pronunciamiento sobre la pretensión declarativa que Nicolás pretende relativa al cese del régimen de indivisión de las dos fincas.

Por tanto, la sentencia de la Audiencia Provincial es complementada por el Tribunal Supremo con el pronunciamiento declarativo omitido respecto del cese del régimen de indivisión sobre las fincas objeto del litigio. (*T. R. C.*)

## **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

El Anuario de Derecho Civil es una publicación oficial científica del Ministerio de Justicia, editada en colaboración con la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado. Tiene una periodicidad trimestral. Su ámbito es el Derecho civil, en todas sus manifestaciones, así como otras materias conexas a él, dentro del Derecho privado. Consta de las siguientes secciones: estudios monográficos, estudios de derecho extranjero, estudios legislativos, estudios jurisprudenciales, cuestiones actuales; vida jurídica; crónica de legislación y jurisprudencia de la Unión europea; bibliografía (libros, revistas); jurisprudencia (sentencias comentadas, notas a sentencias, extractos de sentencias).

## **INSTRUCCIONES A LOS AUTORES**

### **1. Envío de originales:**

Los trabajos presentados serán inéditos y no estarán pendientes de publicación en cualquier otro medio. Los autores remitirán sus trabajos en formato electrónico a la siguiente dirección de correo electrónico: [adc@mjusticia.es](mailto:adc@mjusticia.es)

### **2. Formato:**

El texto de los originales deberá estar escrito en letra tipo *times new roman* en un cuerpo de 12 puntos para el texto principal y las notas al pie de página en un cuerpo de 10 puntos. Con interlineado sencillo y sus páginas estarán numeradas.

Como regla general, la extensión total de los trabajos será entre veinte y noventa páginas. No obstante, podrán publicarse trabajos de mayor o menor extensión si su contenido lo justifica.

En la primera página se incluirá el título del trabajo, nombre y apellidos del autor o de la autora y su filiación académica o profesional. El trabajo ha de tener, a continuación, un resumen, que de modo sintético dé cuenta de su finalidad y contenido básico, y luego unas palabras claves. A continuación, el título, el resumen y las palabras claves en inglés. Las palabras claves irán separadas por un punto, tanto si son palabra, frase o expresión. Después, ha de contener un sumario con los epígrafes en los que se estructura el trabajo.

Las referencias bibliográficas que ha de contener el trabajo, se harán del siguiente modo, pero solo en lo que respecta a la bibliografía final del trabajo:

- Libro: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- Capítulo de libro: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El significado de Federico de Castro en el Derecho civil contemporáneo», en *Conferencias en Homenaje al Profesor Federico de Castro y Bravo*, Madrid, 1997, pp. 9-19.
- Artículo de revista: DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 967-1086.

En cuanto a las referencias bibliográficas en nota a pie de página, solo se incluirán los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, año de publicación (si es un libro) y la/s página/s (p., o pp.), y si se trata de un artículo de revista, los apellidos (en versalitas) del autor o de la autora, la abreviatura de la revista, y año, y la/s página/s (p., o pp.).

En cuanto a la abreviatura de la palabra «artículo», procederá si figura entre paréntesis («art.»); en caso contrario, dicha palabra se transcribirá en su totalidad. Respecto a las abreviaturas que hagan mención al Código Civil, procede realizarla de la siguiente manera: «CC».

Podrán ser inadmitidos, sin necesidad de evaluación, los trabajos que no reúnan los requisitos anteriores. El trabajo se devolverá al autor o a la autora para su subsanación.

### **3. Proceso de admisión, evaluación y publicación:**

La evaluación de los trabajos admitidos será realizada por evaluadores externos al Consejo de redacción de la revista, especialistas en la materia, por el sistema de pares ciegos, manteniendo rigurosamente el anonimato, tanto del autor o de la autora como de los evaluadores.

Emitidos los informes por las personas que han realizado la evaluación, el autor o la autora del trabajo recibirá comunicación por correo electrónico sobre el resultado de la evaluación con los correspondientes informes. El resultado puede ser:

- Valoración favorable, cuando ambos informes lo fueren.
- Valoración favorable, aunque con la necesidad de realizar modificaciones, como condición para la publicación del trabajo.
- Valoración desfavorable, si ambos informes lo fueren. Esto conlleva la no aceptación del trabajo.

En caso de discrepancia en los informes de evaluación, la revista decidirá si procede enviarlo a un tercer evaluador o evaluadora externos al Consejo de redacción, cuya decisión favorable determinará la aceptación del trabajo.

### **4. Cesión de derechos:**

A los autores y las autoras, cuyos trabajos hayan sido aceptados para su publicación, se les facilitará, por correo electrónico, el contrato de cesión de derechos de explotación al Ministerio de Justicia. Una vez cumplimentado y firmado debidamente, deberá ser remitido a la Secretaría del Anuario: [adc@mjusticia.es](mailto:adc@mjusticia.es). Este trámite será condición imprescindible para la publicación del trabajo.

### **5. Corrección de pruebas de imprenta:**

El autor y la autora del trabajo seleccionado para publicar en la revista se comprometen a corregir las pruebas en el plazo y con el método que se le indique.

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

Catedrático de Derecho civil

Dirección

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

Catedrático de Derecho civil. Universidad Autónoma de Madrid

Secretaría

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho civil (acreditada como Catedrática Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

## Consejo de Redacción

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Barcelona

M.ª PAZ GARCÍA RUBIO  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad Santiago de Compostela

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ  
Profesora Contratada Doctora de Derecho  
civil (acreditada como Profesora Titular  
de Universidad).

Universidad Autónoma de Madrid

FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ  
Catedrático de Derecho civil.  
Universidad Pablo Olavide

PEDRO DEL OLMO GARCÍA  
Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA  
Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO  
Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Málaga

LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA  
Profesora Titular de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

ANTONI VAQUER ALOY  
Catedrático de Derecho civil.

Universidad de Lleida

## Consejo Asesor

XABIER BASOZABAL ARRUE  
Profesor Titular de Derecho civil.

Universidad de Navarra

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

ANA CAÑIZARES LASO  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Málaga

ESTHER GÓMEZ CALLE  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO GÓMEZ POMAR  
Catedrático de Derecho civil.

Universidad Pompeu Fabra

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Murcia

JOSÉ M.ª MIQUEL GONZÁLEZ  
Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

FERNANDO PANTALEÓN PRIETO  
Catedrático de Derecho civil.

Universidad Autónoma de Madrid

M.ª ÁNGELES PARRA LUCÁN  
Magistrada del Tribunal Supremo

ANTONIO PAU PEDRÓN  
Registrador de la Propiedad

M.ª JOSÉ SANTOS MORÓN  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad Carlos III de Madrid

IGNACIO SOLÍS VILLA  
Notario

TEODORA F. TORRES GARCÍA  
Catedrática de Derecho civil.

Universidad de Valladolid

Colaboradores honorarios: Mariano Alonso Pérez, Jorge Caffarena Laporta, Gabriel García Cantero, Antonio Gordillo Cañas, Vicente Guilarte Zapatero, Antonio Gullón Ballesteros, José Ángel Martínez Sanchiz, José Poveda Díaz, Luis Puig Ferriol, Evelio Verdera y Tuells.