

LaNotaria

Número 1 | 2014

Revista del Colegio Notarial de Cataluña

Fundada en 1858

Las cláusulas abusivas y la protección al deudor

«Tenemos un sistema de seguridad jurídica preventiva difícilmente mejorable»

Entrevista a José Manuel Siera Míguez
Presidente de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo

«Un Derecho que merece ser imitado, como el nuestro, es un Derecho que tiene un gran valor»

Joan Egea Fernández
Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña

TRIBUNA

César Belda Casanova
Concha Carballo Casado
Jesús Julián Fuentes Martínez
Juan Gómez Martínez

PRÁCTICA

El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día
Las inconsecuencias de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos
La cédula de habitabilidad en Cataluña: excepciones a su obligatoriedad

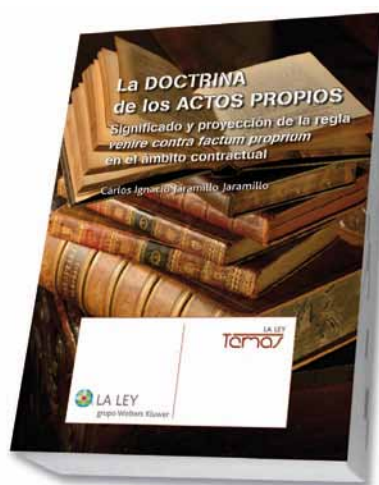
DOCTRINA

Dación en pago y novación de préstamo hipotecario: a la búsqueda de herederos
La necesaria reforma del contrato de préstamos
Perspectiva judicial de las cláusulas abusivas

Legislación continuada de protección de los deudores hipotecarios hasta la Ley 1/2013
Oferta vinculante e información previa a la autorización del préstamo hipotecario

NOVEDAD

LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS



**5% de DESCUENTO
por compras
en Internet**

PRECIO: ~~70,19 €~~ + IVA

AHORA:

66,68 € + IVA

⇒ Significado y proyección de la regla *venire contra factum proprium* en el ámbito contractual

⇒ Esta investigación analiza lo más relevante de la doctrina de los **actos propios**, tema que hoy reviste más importancia académica y práctica que en el pasado.

En el área del Derecho Civil relativa a los contratos, **el principio de los actos propios constituye un elemento esencial en la teoría del negocio jurídico**, en cuanto exigencia básica en la conducta de las partes contratantes; entendiéndose que es una doctrina de elaboración y desarrollo jurisprudencial, y por ello mismo, de capital importancia para el profesional jurídico que finalmente ha de resolver la controversia mediante una resolución de los Tribunales de Justicia.

Dispone de un **estudio integral y exhaustivo** de los aspectos más relevantes de la doctrina de los actos propios lo que la convierte en una obra imprescindible.

⇒ **AUTOR: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.**

Páginas: 644 / Encuadernación: Rústica con solapas
ISBN: 978-84-9020-240-1

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail: clientes@laley.es / www.laley.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.wke.es>



LA LEY

grupo Wolters Kluwer

LA LEY. Un paso por delante



COLEGIO NOTARIAL
DE CATALUÑA

Director:

Ángel Serrano de Nicolás

Subdirector:

Guzmán Clavel Jordà

Consejo de redacción:

José Javier Cuevas Castaño (*Vida corporativa*), Víctor Esquirol Jiménez (*Jurisprudencia/Resoluciones*), Elisabeth García Cueto (*Internacional*), Antonio Ángel Longo Martínez (*Práctica*), Javier Martínez Lehmann (*Jurisprudencia*)

Consejo editorial:

Esther Arroyo Amayuelas (*U. de Barcelona*), Luis Humberto Clavería Gosálbez (*U. de Sevilla*), Andrés Domínguez Luélmo (*U. de Valladolid*), Joan Egea Fernández (*U. Pompeu Fabra*), Ignacio Farrando Miguel (*U. Pompeu Fabra*), Jacinto Gil Rodríguez (*U. del País Vasco*), José Luis Linares Pineda (*U. de Girona*), Sergio Llebaría Samper (*Esade-URL*), Juan José Marín López (*U. Castilla-La Mancha*), José María Miquel González (*U. Autónoma de Madrid*), Susana Navas Navarro (*U. Autónoma de Barcelona*), Pablo Salvador Coderech (*U. Pompeu Fabra*), Antoni Vaquer Aloy (*U. de Lleida*), Rafael Verdera Server (*U. de Valencia*), Francisco Vicent Chulià (*U. de Valencia*), Roberto Follia Camps (*Notario - RALJC*), José Antonio García Vila (*Notario*), Ildefonso Sánchez Prat (*Notario*), Josep M.ª Valls Xufré (*Notario*), M.ª Angels Vallvé Ribera (*Notario*)

Coordinación:

Sandra Purroy Corbella

Diseño, Preimpresión e Impresión
por Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN: 0210-427X

D.L.: M-15124-2012

Todos los derechos reservados.

Las opiniones vertidas por nuestros colaboradores en estas páginas son de su exclusiva responsabilidad y no coinciden necesariamente con la línea editorial de **LA NOTARIA**

© 2010 Ilustre Colegio de Notarios de Catalunya

Notariado 4 - 08001 Barcelona

Edición online disponible en
www.colnotcat.es

lanotaria@catalunya.notariado.org

Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, y su transposición al Derecho interno español

Aunque sea el 21 de marzo de 2016 la fecha límite para estar publicadas todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas —es decir, nuevas leyes o reformas de las existentes (singularmente, LH, LMH y LEC), decretos, órdenes ministeriales e incluso circulares del Banco de España— necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2014/17/UE, sí parece muy conveniente ir ya destacando las cuestiones que convendrá tener presentes en futuras —e imprescindibles— reformas, así como sería bueno que hubiese un gran debate no solo en los *mass media*, incluso aunque sean especializados, sino también en congresos jurídicos, jornadas y demás medios y formas habituales de crearse la opinión jurídica.

La trascendencia de la materia no únicamente en el orden jurídico, sino también económico y social, la resalta la propia Directiva. Así, su Considerando 3, cuando habla de incluso socavamiento de los cimientos del sistema financiero y de posibles graves consecuencias sociales y económicas, derivación, según dice, del «*comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado*», aunque luego le dedique poca atención —lo cifra para dentro de un lustro, art. 45— al llamado *préstamo responsable*, que no es sino en términos modernos el trasunto del viejo dicho de «*contra el vicio de pedir está la virtud de no dar*», en el que también quedaba claramente reflejado cada uno de los participantes del mercado. No era esto lo que se predicaba, y eso que no era justo deflación lo que había en el decenio de entre siglos, sino —y a fe que así se hizo— el lanzar billetes «verdes» —por estos pagos euros o divisas, tales que yenes— desde un helicóptero. Algunos no entendieron la expresión, ni el contexto o escuela económica en que se produjo, y la llevaron a sus últimas consecuencias, y aquí estamos; eso sí, ahora con preocupación de que pueda haber deflación. Quizás no esté de más recordar que en el centro del Derecho Civil, también en el de Contratos —es en esta rama del saber donde cae la operación principal del préstamo o crédito hipotecario y la figura del consumidor—, siempre ha estado la persona natural, ahora más comúnmente conocida por *física* por contraposición a las *jurídicas*, y no las grandes cifras o los grandes negocios, o los abultados beneficios, aunque el ciudadano y consumidor final lo único que está viendo son operaciones de rescate en lo económico y, afortunadamente, todavía sin helicópteros en lo social.

En lo jurídico, y aunque se refiera prácticamente a todas las materias habituales del contrato de crédito, esta Directiva descansa en dos grandes pilares, como son la in-

formación precontractual (art. 14) y la fase de realización del derecho de garantía (art. 28), es decir, el contrato —sea de crédito, préstamo u otra forma de financiación— y la hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial. Aunque nada impide (Considerando 13) que los Estados Miembros hagan extensivas sus medidas para proteger a los consumidores en otros contratos de crédito, ni que «*regulen de otro modo dichos contratos*», parece que lo óptimo sería que en la información precontractual lo relevante fuese la presencia de un consumidor y no la finalidad del crédito; distinto, y así es ya, será cuando se trate de la realización, por impago, de inmuebles cuyo destino no sea el uso residencial, concepto más amplio que el de simple *vivienda habitual*, pues también incluye las segundas residencias. Y aunque sea la vivienda habitual lo que se hipoteca, por razón de la finalidad del préstamo o crédito, queda excluida su aplicación cuando se trata de las hipotecas inversas, productos de pensión hipotecaria u otros productos especializados equivalentes. Exclusión que no impide que se extienda también, cuando menos, la información precontractual como garantía de la adecuada y transparente información al consumidor.

En fase precontractual —e incluso, previamente, en la publicidad y en las posibles ofertas *ad offerendum*—, destaca la TAE, a la que dedica el Anexo I; desgraciadamente, no siempre le presta el consumidor la consideración que merece, centrándose más en el tipo nominal, el diferencial, las bonificaciones o las comisiones, no ya de apertura, sino de reembolso anticipado —a las que también se refiere la Directiva, art. 25—, cuando es, sin embargo, el elemento básico que permite claramente comparar las distintas posibles ofertas, no sea el caso que en la cuenta no esté el principal del crédito sino como mero apunte contable, consecuencia de que de inmediato se cargue la comisión de apertura y, por tanto, lo recibido sea un 1,5 % menos de lo que se presta, aunque el interés nominal se pagará sobre el importe principal. Junto con la TAE, aparece la FEIN, a la que se dedica el Anexo II, bastante más aligerada de sobreinformación que nuestras actuales FIRPE-FRIPE, y deviene en básica (art. 14.2 a 14.4), dado que los Estados Miembros podrán incluso exigir que incluso sea obligatoria antes de que se haga la oferta vinculante. Y, en todo caso, será obligatoria con la oferta vinculante si previamente no se ha recibido o difiere de la oferta.

En la fase de realización hay menos regulación, pero sí más enjundia (art. 28), sobre todo porque cabe esperar el más escrupuloso respeto a las pretensiones de la Directiva, dada la reiterada jurisprudencia del TJUE que ha dejado a la garantía hipotecaria en una verdadera nebulosa, junto con el hecho de que el control de la cláusulas abusivas no podrá ser obviado cualquiera que sea la vía jurisdiccional o no que se regule para el cobro de la deuda.

En esta fase derivada del impago destacan, al margen de los recargos o recargos adicionales que contempla, su apuesta por la *datio in solutum*, pero creo que antes que esta opción, que deja al prestatario sin vivienda y que, obviamente, no va a hacer sufrir al prestamista los riesgos de la caída de los precios, debería contemplarse ampliamente la novación y los supuestos de pérdida de rango y, sin duda, una regulación coherente y amplia —más allá de lo que parece un atisbo en la Ley 1/2013— del sobreendeudamiento del consumidor. No solo por razón de la deuda hipotecaria, sino cuando esta es la deuda principal.

Mucho es lo que queda a lo largo de este 2014 y el venidero 2015 por legislar y, a ser posible, por sistematizar, pero, a la vez, que también sea posible contar con algunos meses, siquiera sean los del 2016, para poder entender y asumir la nueva legislación.

Ángel Serrano de Nicolás
Director
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona



Editorial

- Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, y su transposición al Derecho interno español
Ángel Serrano de Nicolás 3



Tribuna

- El E-e-stado tecnológico
César Belda Casanova 6
- El nuevo Impuesto sobre Sucesiones en Cataluña
Concha Carballo Casado 10
- Recursos contra calificación negativa en materia de Derecho catalán
Jesús Fuentes Martínez 14
- Las enseñanzas de la cláusula suelo
Juan Gómez Martínez 19



Entrevista

- «Con los notarios y los registradores, tenemos un sistema de seguridad jurídica preventiva difícilmente mejorable»
José Manuel Sieira Míguez 21
- «Un Derecho que merece ser imitado, como el nuestro, es un Derecho que tiene un gran valor»
Joan Egea Fernández 29



Doctrina

- Dación en pago y novación de préstamo hipotecario: en busca de los herederos llamados
Esther Arroyo Amayuelas 34
- La necesaria reforma del contrato de préstamo
María Paz Sánchez Sánchez 43
- Perspectiva judicial de las cláusulas abusivas
Fernando Lacaba Sánchez 54
- Legislación continuada de protección de los deudores hipotecarios hasta la Ley 1/2013
Jesús M.ª Sánchez García 64
- Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios
Verónica Dávalos Alarcón 69



Práctica

- El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día
Antonio Ángel Longo Martínez 74
- Las inconsecuencias de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos
Daniel Loscertales Fuertes 85
- La cédula de habitabilidad en Cataluña: excepciones a su obligatoriedad
José-Javier Cuevas Castaño 87



Internacional

- Reseñas de normativa
Elisabeth García Cueto 92
- Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial
Ángel Serrano de Nicolás 93



Sentencias

- Sentencias del Tribunal Supremo 99



Resoluciones

- Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles
Fernando Agustín Bonaga 106



Vida Corporativa

- Noticias corporativas y del mundo del Derecho 123

El E-e-stado tecnológico



César Belda Casanova

Decano del Colegio Notarial de Valencia

Consejero Delegado de la Agencia Notarial de Certificación

Hace poco más de dos años y medio —en noviembre—, esta revista me permitió publicar un breve artículo sobre la Agencia Notarial de Certificación (Ancert), organismo que el Consejo General del Notariado había decidido que debía coordinar hacia apenas cuatro meses en aquel momento.

Obviamente, treinta meses no es un período demasiado largo, y menos en informática, pero si para algo tiene que ser suficiente un período así es para tomar perspectiva sobre lo que debe hacerse y lo que no. **El Consejo de Administración de Ancert, y en la misma medida el Consejo General del Notariado, hemos podido no solo tener conocimiento de cuáles eran los activos y la organización de Ancert, sino también, y creo que eso ha sido lo verdaderamente importante, de**

qué necesidades tenían el Notariado, la Administración y los ciudadanos, y hacia dónde debíamos dirigir nuestros esfuerzos. En suma, hemos podido **trazar una hoja de ruta que constituya nuestro plan de sistemas para los próximos tres años**, que oriente nuestro trabajo y nos permita rentabilizarlo en lo económico, en lo político y en lo social.

Esa hoja de ruta es lo que pretendo exponer en esta segunda ocasión en la que comparezco en esta revista.

La estructura de lo que van a constituir nuestras acciones inmediatas arranca del penúltimo párrafo, pero no necesariamente en el orden indicado. Más bien en el contrario: **el objetivo de nuestros desarrollos va a ir enfocado, principalmente, a afianzar socialmente la**

imagen del Notario y su papel como necesario colaborador de la sociedad de la información. Nuestra razón de ser es proporcionar un mejor servicio a los ciudadanos; sin esta premisa, nuestra función carece de sentido. La informática debe constituir la herramienta idónea que permita a nuestros clientes percibir que nuestro esfuerzo les ahorra tiempo y aumenta su competitividad.

El segundo de los roles de nuestra hoja de ruta debe consistir en **hacer sentir a la Administración**, que ya ha tenido tiempo de contrastarlo en todos estos años, que **nuestra función es de leal colaboración, por cuanto sus fines son los nuestros, pero que el esfuerzo económico recae enteramente en nosotros y que, por tanto, debemos venir dotados de las herramientas jurídicas que nos resulten necesarias pa-**



ra poder dar cumplimiento día a día a sus cada vez más perentorias demandas.

Por último, hemos dejado atrás la época —necesaria e inevitable— en que Ancert debía hacerse un hueco en el espacio de la sociedad de la información y debía, por tanto, concurrir a todo lo que pudiera surgir, fuera o no rentable. Luego hablaremos de las cifras que nos avalan. **Ha llegado el momento en que nuestro know-how debe hacerse valer**, y en que nuestros desarrollos deben obedecer —cuando su prioridad no venga determinada por alguno de los dos condicionantes anteriores— a **permitir una rentabilidad de lo que invirtamos**.

La informática debe constituir la herramienta idónea que permita a nuestros clientes percibir que nuestro esfuerzo les ahorra tiempo y aumenta su competitividad.

¿Y en qué va a plasmarse todo esto en los próximos años?

1.º En el plano social:

- a) **Expedientes de dominio.** Nuestra relación con el Catastro ha mejorado exponencialmente la seguridad jurídica en las transmisiones. La nueva Ley de Reforma Hipotecaria, que aborda la

coordinación Catastro-Registro, coloca en mitad del proceso a los notarios, convirtiéndolos en pieza esencial del expediente de dominio, de las actas de deslinde y de la subsanación de discrepancias. La creación de este auténtico procedimiento de seguridad jurídica preventiva, basado en las necesarias comunicaciones telemáticas, nos va a convertir no solo en creadores de los títulos jurídicos, sino también en integradores de las realidades físicas.

- b) **Validaciones de los documentos de identidad.** Es necesario dotar de mayor seguridad mecánica a los actos notariales. La posibilidad de excluir la falsedad o el error de los documentos de identidad con los que identificamos a los clientes empieza a constituir una prioridad. Esperamos en septiembre tener en pleno funcionamiento dicho validador que excluirá no pocos problemas y riesgos.

- c) **Ficha inmobiliaria.** Tanto en esta como en la siguiente aplicación, partimos del hecho de que cada cliente tiene derecho a conocer qué datos suyos se encuentran en nuestro poder. Vivimos en una sociedad de relaciones jurídicas complejas y en no pocos casos los mismos clientes ignoran o no recuerdan en qué negocios o qué títulos han otorgado y ante qué Notario. Esta nueva aplicación permitirá confeccionar en segundos y contra la base del Índice Único

Informatizado en qué actos ha intervenido cualquier compareciente que lo solicite desde el año 2004.

- d) **Ficha mercantil.** Lo mismo respecto de las relaciones mercantiles.
- e) **Remisión de copia a Catastro.** A partir de julio, entrará en funcionamiento el nuevo servicio de remisión de copia simple a Catastro. Cuando el particular lo solicite, en aquellas escrituras que no supongan el cambio de titularidad, sino solo la modificación física de las fincas, el Notario remitirá a la Administración Catastral una copia simple. Pretendemos con ello establecer el paso previo que permita, para estos casos, que a través de la Notaría se pueda instar la modificación gráfica en las bases de datos de Catastro.
- f) **Remisión de copia de los apoderamientos a las administraciones públicas.** El pasado día 23 de mayo se firmó, entre el Consejo General del Notariado y el Ministerio de Administraciones Públicas, un convenio que va a permitir que, siempre a solicitud de los clientes, los notarios remitamos a una dirección de correo de las administraciones públicas una copia simple de las escrituras de apoderamiento que nosotros autorizamos. Ello, aparte de permitir un ahorro en los trámites de la presentación, supondrá una mejor presencia de las empresas españolas ante la Administración, que de esa forma verá centralizadas e informatizadas las relaciones de representación que las personas físicas o jurídicas tengan que contratar o entrar en relación con ellas.

- g) **Titularidad real.** Vaya por delante que en la última visita del Grupo de Acción Financiera Internacional, organismo que evalúa las medidas contra el fraude de cada país, el Notariado ha superado con altísima calificación los test de evaluación y eficiencia, revelándose nuestra corporación como uno de los elementos indispensables en la lucha contra el blanqueo de capitales. Pues bien, ello ha sido posible gracias a la existencia del Órgano Centralizado de Prevención del Blanqueo de Capitales y a sus dos herramientas esenciales: el Índice Único y la Base de Datos de Titularidad Real, hoy en día las dos herramientas baluartes de nuestra función ante la Administración y el resto de agentes sociales.





Pues bien, parece necesario permitir que la propia base de datos de titularidad real sea verificada por los notarios antes de la autorización de las escrituras, ahorrando así a los clientes tener que aportar la correspondiente acta de titularidad real. Y, en su caso, rectificarla pasando paulatinamente de un titular manifestado a un titular acreditado.

2.º En nuestras relaciones con la Administración:

- a) Hemos dejado atrás el cumplimiento de la **encomienda de gestión**, para cuya ejecución informática dispusimos solo de un mes y cuyo grado de eficacia y efectividad por parte de los notarios ha dejado asombrada a la misma Administración, que no creía que fuera posible.
- b) **Subastas notariales.** Del resultado de ese proyecto ha sido posible que la Administración considere que el futuro de todas las subastas que en este país deban publicarse en el *Boletín Oficial del Estado* tengan que pasar a ser controladas por los notarios, con la consiguiente coordinación informática.
- c) **Liquidación de tributos.** Hace tres años, no podíamos pensar que antes de fin de este año la totalidad de las administraciones autonómicas vayan a estar recibiendo la liquidación telemática de los impuestos de Transmisiones, Operaciones Societarias y Actos Jurídicos Documentados. Sin embargo, estamos ya en condiciones de anunciar que ese horizonte de fin de año parece incluso demasiado lejano.
- d) **Obtención del NIE desde las notarías.** La necesidad de poder dar cumplimiento a las obligaciones del Índice han hecho ver —por fin— a la Administración que diferir la obtención del número de identificación fiscal de las personas no residentes a un momento posterior a la autorización de la escritura pública constituye, por una parte, un imperativo, por cuanto el negocio jurídico debe firmarse, y, por otro lado, un gravísimo error por parte de la Administración, que ve dificultado así el seguimiento en materia de blanqueo. Es, pues, una aplicación sobre la que ya estamos trabajando y de la

que esperamos obtener resultado en breve plazo.

- e) **Liquidación telemática del Impuesto de Sucesiones de no residentes.** Tributo especialmente complejo y de liquidación centralizada, cuya delegación en las notarías puede proporcionar una evidente mejora del servicio para los clientes y una presencia imprescindible para la Administración.

3.º Para nosotros:

- a) **AGN.** Todos sabemos que ha comenzado ya la distribución del programa de AGN —o de gestión integral de las notarías. Frente a las críticas recibidas por quien no quiere o no sabe ver la realidad, debe quedar claro que este programa ni pretende ser el único, ni va a ser gratis, ni les va a costar a los notarios que no quieran adquirirlo un solo céntimo.

Pero también debe quedar claro que lo que sí pretende es definir un marchamo de eficiencia y de seguridad que los notarios —todos los notarios— deberemos cumplir. Y que, a buen seguro, obligará a las restantes casas de informática a superarse y a mejorar sus productos, de forma que se pueda cumplir con las exigencias que nuestra función imponga.

Por el momento, ya hemos conseguido un doble efecto: las restantes casas de informática han moderado —cuando no bajado abiertamente— sus precios y han mejorado sus aplicaciones. El incremento en la calidad y la mejora en la competitividad parece que están servidas.

- b) **El know-how de Ancert no debe servir solo al Notariado español.** Nuestro esfuerzo debe servir también para que otros notariados, con menor esfuerzo y menos recursos, puedan beneficiarse de nuestros avances. En ese sentido, el Notariado y los registros guatemaltecos funcionan ya con la tecnología de firma digital de Ancert. Por su parte, el Notariado peruano va a implementar nuestros parámetros de Índice Único y se encuentra desarrollando nuestro centro de control de OCP.
- c) Por último, **el documento público español constituye ya el referente en todo el ámbito iberoamericano sobre el sistema del registro electrónico de apostillas.**

No van a ser estos los únicos retos que los notarios y Ancert vamos a tener que asumir en breve plazo. La nueva Ley de Navegación Marítima y el papel que a los notarios se nos quiera delegar para reforzar la seguridad jurídica en las transacciones de los buques, y especialmente en los medios de pago; el escenario que se va a abrir con la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria; la configuración definitiva de los registros civiles, o la incorporación de las planimetrías catastrales, todo serán novedades que poco o mucho habrá que tratar informáticamente y a todas habrá que dar respuesta.

El documento público español constituye ya el referente en todo el ámbito iberoamericano sobre el sistema del registro electrónico de apostillas

Y ¿dónde estamos ahora? Siempre he creído que debemos alejarnos de los triunfalismos. Y ese alejamiento quizá haya contribuido a permitir que se confunda la modestia como debilidad. También ese tiempo ha pasado. No es justo no reconocer que el esfuerzo realizado por un pequeño grupo de personas —nueve miembros del Consejo de Administración, un Director General, cuatro jefes de departamento y ochenta y dos personas, casi todas ellas ingenieros— ha permitido canalizar el esfuerzo de los tres mil notarios y diecisiete mil empleados hasta el punto de constituir la organización informática notarial más compleja y evolucionada del mundo, disponiendo, además, de la segunda base de datos de este país.

Veamos para eso **algunos números:**

- 1.º **Estados contables.** Tanto los presupuestos de 2014 cuanto las cuentas correspondientes a 2013 fueron aprobados por el Consejo en el Pleno de marzo. Es de destacar que las cuentas se encuentran auditadas por la Auditora Stemper, y que el examen contable ha recibido la calificación de excelente por parte de la auditora.

Destacar que, a partir del mes de abril, la cuota fija baja en 5 euros: de 50 a 45 euros.



2.º Algunos números del año pasado sobre las aplicaciones, algunos de ellos con particular éxito:

- a) Son ya **más de catorce mil las líneas de telefonía móvil utilizadas por los notarios, sus familiares o sus empleados**. Atendido el hecho de que el coste para Ancert, que luego se repercute a los notarios, ha ascendido ya a 3.522.000 euros, estimamos que el ahorro para la corporación en relación con lo que ordinariamente se hubiera satisfecho a compañías de telefonía a precio de mercado oscila entre los 10 y los 12 millones de euros.
- b) **Denominación social, con 305.778**, es uno de los servicios más solicitados por los notarios en las prácticas de nuestros despachos.

c) Igualmente, la **consulta de deudas, con 945.178 solicitudes**, es una de las aplicaciones de mayor desarrollo en el último año.

d) Las **solicitudes de certificados de últimas voluntades** ha llegado a este año a **414.293**, en tanto que las solicitudes del Registro de Seguros, aunque han descendido, siguen siendo de 571.197.

e) Y durante el 2013 el número de copias auténticas remitidas entre notarios y a las administraciones públicas ha alcanzado las 450.272.

f) Pero, sin duda alguna, la aplicación principal de nuestros desarrollos es la **presentación telemática en los registros**. El año pasado, en el que

la implantación en el Mercantil todavía no había acabado de arrancar, el número de copias presentadas en los registros, en lo peor de la crisis, fue de **algo más de un millón quinientas mil**.

Entiendo que una adecuada reflexión nos obliga a evaluar cuál ha sido la repercusión en nuestros ingresos de todos estos actos, y cuál la repercusión en la imagen de modernidad e innovación que Ancert ha sido capaz de transmitir al ejercicio de nuestra función.

En suma, Ancert es nuestro. Somos los notarios. Y es uno de los elementos que nos permite seguir diciendo que tenemos futuro. Futuro como notarios. Como agentes indispensables para la sociedad.

El nuevo Impuesto sobre Sucesiones en Cataluña



Concha Carballo Casado
Abogado y Economista

I. ANTECEDENTES

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, entre otros tributos, al amparo de la LOFCA de 1980, se cedió a las Comunidades Autónomas como herramienta de financiación; en un principio, esta cesión quedaba reducida a la obtención del producto de este tributo, que estaba establecido y regulado por el Estado, pero, en virtud de las leyes 14/1996 y 21/2001, se otorgaron a las Comunidades Autónomas amplias capacidades normativas. Esto ha traído múltiples problemas, entre los que sobresale la competencia fiscal que se ha generado entre los diferentes territorios, y todo ello porque no existe ningún criterio de armonización respecto al uso de estas competencias normativas, excepción hecha del obligado cumplimiento de la normativa comunitaria de armonización fiscal.

Y en este contexto se ha ido modificando en Cataluña el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Centrándonos en la modalidad *mortis causa*, que ha sido objeto de modificación recientemente, hagamos un breve resumen de la evolución que ha sufrido hasta nuestros días.

Hasta 2009, se aplicaba prácticamente la normativa estatal. Con la **Ley 26/2009**, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas, para 2010, y la **Ley 19/2010**, de 7 de junio, de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (**reforma de 2010**), se incorporan importantes modificaciones en la tributación con el objetivo de reducir las cuotas tributarias resultantes. En esta reforma se incorporan nuevos supuestos de reducción, se incrementan las cuantías de las ya existentes, se establece una nueva tarifa y se suprime el

coeficiente multiplicador por patrimonio preexistente. Estas medidas entraron en vigor en tres fases.

Posteriormente, con la **Ley 3/2011**, de 8 de junio, de modificación de la **Ley 19/2010 (reforma de 2011)**, culminando la reforma anterior, se incluye una bonificación en la cuota del **99 %** aplicable para los causahabientes de los grupos I y II, esto es, cónyuge, descendientes y adoptados, ascendientes y adoptantes. Con esta reforma, se pretendía poner **fin a la discriminación** de Cataluña con respecto a otros territorios, como la Comunidad Valenciana o Madrid, respondiendo también a la necesidad de **retener o recuperar** capitales que se habían ido a otros territorios por motivos puramente fiscales. Es la «**deslocalización**» objeto de tantos debates. El impuesto desaparecía prácticamente para los patrimonios bajos



y medios, y los mayores veían sustancialmente disminuida su carga fiscal, dejándola prácticamente residual para los grupos I y II al aplicarse una bonificación **del 99 %**.

Y, a partir del 31 de enero (1 de febrero de 2014 para el tema que nos ocupa), cambia el rumbo de las modificaciones nor-

mativas con la **Ley 2/2014**, de 27 de enero. Heredar en Cataluña es más caro.

Más allá de compromisos políticos, la razón de esta reforma, en nuestra opinión, es la necesidad de aumentar los ingresos tributarios de la Generalitat para proseguir con el proceso de consolidación fiscal.

II. MODIFICACIONES EN LA REFORMA

Veamos muy brevemente las variables modificadas:

1. Se **minoran las reducciones por parentesco** según la siguiente tabla:

	Ley 2/2014	Ley 19/2010
Grupo I (<i>descendientes menores de 21 años</i>)	100.000 euros + 12.000 euros por cada año menor de 21 * Límite: 196.000	275.000 euros + 33.000 euros por cada año menor de 21 * Límite: 539.000
Grupo II		
Cónyuge	100.000 euros	500.000 euros
Descendientes (+ 21 años)	100.000 euros	275.000 euros
Resto de descendientes	50.000 euros	150.000 euros
Ascendientes	30.000 euros	100.000 euros
Grupo III (<i>colaterales 2.º y 3.º grado</i>)	8.000 euros	50.000 euros
Grupo IV (<i>resto</i>)	0 euros	0 euros

2. Se **limita la reducción por tercera edad** a adquisiciones por personas del grupo II (antes se aplicaba cualquiera que sea el grupo al que perteneciera el heredero).

3. Se **elimina la reducción adicional** (que permitía reducir, con límites, el 50 % de la base imponible ya reducida en los con-

tribuyentes de los grupos I y II), derogando, en consecuencia, el derecho a la opción por la reducción por parentesco y la reducción adicional eliminada.

4. Se mantiene la bonificación del **99 %** de la cuota tributaria exclusivamente para el cónyuge, pero para el **resto de contribuyentes**

de los grupos I y II la bonificación se reduce en el porcentaje medio ponderado que resulte de la aplicación por tramos de base entre el **99 %**, para una base imponible inferior a **100.000** euros, hasta el **20 %**, para una base imponible superior a **3.000.000** de euros.

Tabla aplicable:

	Base imponible Hasta euros	Bonificación (porcentaje)	Resto base imponible Hasta euros	Bonificación marginal (porcentaje)
1	0,00	0,00	100.000,00	99,00
2	100.000,00	99,00	100.000,00	97,00
3	200.000,00	98,00	100.000,00	95,00
4	300.000,00	97,00	200.000,00	90,00
5	500.000,00	94,20	250.000,00	80,00
6	750.000,00	89,47	250.000,00	70,00
7	1.000.000,00	84,60	500.000,00	60,00
8	1.500.000,00	76,40	500.000,00	50,00
9	2.000.000,00	69,80	500.000,00	40,00
10	2.500.000,00	63,84	500.000,00	25,00
11	3.000.000,00	57,37	en adelante	20,00



5. La bonificación anterior se reducirá a la mitad cuando el contribuyente hubiera optado por aplicar alguno de los siguientes beneficios, que, en definitiva, son los resultantes de la sucesión de «em-

presa familiar», agraria y patrimonio cultural (que se mantienen como en la normativa anterior), excepto la correspondiente a la adquisición de vivienda habitual (que ya quedaba fuera del cómputo de la reducción

a la mitad por la elección de bonificaciones en la Ley anterior).

Nueva tabla aplicable:

	Base imponible Hasta euros	Bonificación (porcentaje)	Resto base imponible Hasta euros	Bonificación marginal (porcentaje)
1	0,00	0,00	100.000,00	49,50
2	100.000,00	49,50	100.000,00	48,50
3	200.000,00	49,00	100.000,00	47,50
4	300.000,00	48,50	200.000,00	45,00
5	500.000,00	47,10	250.000,00	40,00
6	750.000,00	44,73	250.000,00	35,00
7	1.000.000,00	42,30	500.000,00	30,00
8	1.500.000,00	38,20	500.000,00	25,00
9	2.000.000,00	34,90	500.000,00	20,00
10	2.500.000,00	31,92	500.000,00	12,50
11	3.000.000,00	28,68	en adelante	10,00

La opción es inamovible una vez presentada la autoliquidación en uno u otro sentido, pero, si se presentan varias autoliquidaciones dentro del período voluntario, la que se considera definitiva es la opción contenida en la última presentada en plazo.

6. Se prolonga hasta el 31 de diciembre de 2015 la posibilidad excepcional que permite la Ley de conceder un aplazamiento para el pago de la deuda de hasta dos años.

7. En las solicitudes de **pago de la deuda tributaria mediante la entrega de bienes inmuebles, será necesario un informe favorable** previo del órgano competente en función del uso final del inmueble entregado.

Un ejemplo ilustrativo: supongamos una herencia de 800.000,00 euros, otra de 1.000.000,00 de euros y otra de 1.200.000,00 euros, y que el heredero es el cónyuge, o un hijo, o un hermano:



— Herencia de 800.000,00 euros:

	Anterior a 2010	Reforma de 2010	Reforma de 2011	Reforma de 2014
Cónyuge	204.532,40	14.500,00	145,00	1.290,00
Hijo	204.532,40	57.000,00	570,00	14.847,30
Hermano	329.552,45	223.936,00	223.936,00	235.412,86



— Herencia de 1.000.000,00 euros:

	Anterior a 2010	Reforma de 2010	Reforma de 2011	Reforma de 2014
Cónyuge	254.052,40	48.500,000	485,00	1.850,00
Hijo	254.052,40	105.000,00	1.050,00	29.426,40
Hermano	408.200,12	319.228,00	319.228,00	334.140,41

— Herencia de 1.200.000,00 euros:

	Anterior a 2010	Reforma de 2010	Reforma de 2011	Reforma de 2014
Cónyuge	320.012,40	93.000,00	930,00	2.490,00
Hijo	320.012,40	153.000,00	1.530,00	49.343,00
Hermano	512.957,79	420.873,00	420.873,00	433.865,21

Sobran las conclusiones tras los números anteriores.

III. COMENTARIOS FINALES

Tanto estas reformas emprendidas en Cataluña a partir de 2010 como las que se han llevado a cabo en otras Comunidades Autónomas han respondido a lo que, me van a permitir, podríamos denominar *subasta tributaria* entre Comunidades Autónomas, que se han impulsado para ofrecer mejores condiciones a sus ciudadanos en aras a desincentivar la deslocalización o atraer rentas altas, pero han acabado por ignorar la finalidad de este tributo, que no es otro que contribuir a una mejor redistribución de la riqueza: dos personas con la misma capacidad económica deberían contribuir lo mismo, y dos personas con distinta capacidad económica deberían contribuir distinto, en virtud del principio de progresividad. Sin embargo, esto no sucede en el impuesto que aquí estamos analizando. Se producen situaciones de clara desigualdad que derivan de la forma en que se ha cedido este impuesto a las Comunidades Autónomas, y de cómo estas han ejercitado sus competencias normativas.

Pongamos dos ejemplos que en la actualidad se están estudiando por tribunales de Justicia.

Por un lado, la posible desigualdad generada cuando algunas Comunidades Autónomas han establecido reducciones

en base o bonificaciones en cuota de las que se pueden beneficiar, solamente, los residentes en esa Comunidad Autónoma. Es el caso de Valencia, cuya normativa establece que los herederos de una persona fallecida que sea residente en Valencia gozarán de una bonificación en la cuota del 99 %, siempre y cuando estos tuvieran su residencia habitual también en dicha Comunidad. Se consagra, por tanto, una situación de desigualdad entre los herederos residentes en esa Comunidad y los que no residen en ella; a misma capacidad económica, tributación distinta. El Tribunal Supremo ha elevado una cuestión de inconstitucionalidad, estando en la actualidad pendiente de resolución.

Se consagra, por tanto, una situación de desigualdad entre los herederos residentes en esa Comunidad y los que no residen en ella

El otro gran frente abierto está pendiente de resolución por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y deriva de una denuncia de la Comisión Europea contra España por discriminar a no residentes en este impuesto: aquellos que sean residentes en el extranjero deberán soportar el impuesto conforme a la normativa estatal del impuesto, mientras que aquellos que sean residentes en España lo harán conforme a la normativa autonómica correspondiente a la región donde

fuera residente el causante en el momento del fallecimiento (en mayor o menor medida, menos gravosas que la estatal). La Comisión Europea considera que esto discrimina a contribuyentes con situaciones objetivamente comparables, sin que concurran los requisitos de proporcionalidad y justificación.

Tras lo aquí señalado, cabe cuestionarnos si realmente estamos ante un impuesto progresivo, y si vulnera los principios constitucionales y comunitarios. Quizás la solución esté en establecer unos criterios de armonización similares a la Ley de Haciendas Locales, que, sin dejar de dotar a los ayuntamientos de competencias normativas, fije unos límites que estos no puedan traspasar. Pero siempre tendremos otros intereses paralelos a la propia igualdad, redistribución y progresividad, como ya la propia CEOE ha puesto de manifiesto en sus propuestas a la reforma fiscal que está siendo actualmente analizada, abogando por la necesidad de asegurar que la transmisión del patrimonio empresarial no sea gravado, alegando que se pondría en grave peligro la continuidad de las empresas familiares, que constituyen una gran parte del tejido empresarial español. Podemos presumir que son las grandes herencias las que contienen este tipo de bienes, por lo que su aplicación disminuye la capacidad redistributiva del impuesto. Y tras el informe de los expertos fiscales facilitado al Gobierno y las próximas novedades tributarias que nos esperan, estas notas se verán anticuadas... Pero eso ya es objeto de otros debates.

Recursos contra calificación negativa en materia de Derecho catalán

El estado de la cuestión tras la STC de 16 de enero de 2014



Jesús Fuentes Martínez
Notario de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN

El BOE de 10 de febrero de 2014 publicó la STC de 16 de enero del mismo año, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad que había sido presentado por el Abogado del Estado, en nombre del Presidente del Gobierno, contra los arts. 3.4 y 7.2 y, por conexión, contra los arts. 1 y 3.3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28 de abril (de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña), al entender que su contenido normativo excedía las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Cataluña en su Estatuto de Autonomía y vulneraba las competencias exclusivas del Estado en las materias de legislación civil y

de ordenación de los registros e instrumentos públicos, ex art. 149.1.8 CE.

Dados los límites materiales de esta colaboración, podemos resumir el fallo del Alto Tribunal destacando del mismo tres aspectos básicos:

1.º Inadmite el recurso de inconstitucionalidad en lo que respecta a los arts. 1 («*La presente ley regula el régimen de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o de sus cláusulas concretas que deben inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña, siempre y cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas del Derecho catalán o en su infracción*») y 3.3 («*Si la persona que presenta el recurso en el*

registro lo interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el Registrador o Registradora, manteniendo la calificación, entiende que, en aplicación del art. 1, es competente la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, debe formar expediente en los términos establecidos legalmente y debe elevarlo a esta última con la advertencia expresa de aquel hecho. La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas debe comunicarlo sin demora al Ministerio de Justicia para su conocimiento») de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009, de 28 de abril, al introducirse tal impugnación *ex novo* en el recurso y no poder de este modo beneficiarse de la ampliación del plazo para formularlo que deriva del art. 33.2 LOTC, con la consecuencia de que el reproche de inconstitucionalidad de tales normas deviene extemporáneo.



- 2.º Declara la inconstitucionalidad y nulidad del art. 3.4 («**Si varios interesados optan por interponer cada uno un recurso gubernativo y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas debe sustanciar todos los recursos, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán, en una sola pieza, y debe resolverlos acumuladamente**»), en los incisos «**y al menos uno se basa en normas del Derecho catalán o en su infracción**» e «**incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán**», toda vez que se establece una regla sobre la acumulación de recursos gubernativos dirigidos contra una misma calificación registral negativa que impone, por el solo hecho de que uno de ellos se base en normas de Derecho catalán o en su infracción, una *vis atractiva* a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, habilitándola para sustanciarlos todos en una sola pieza, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán, estimando que tal atribución excede de la competencia estatutariamente asumida por la Comunidad Autónoma de Cataluña para resolver estos recursos gubernativos, que se circunscribe estrictamente a la «*calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán*» (art. 147.2 EAC), siendo su finalidad la de preservar y proteger el Derecho catalán, por lo que esta habilitación estatutaria no incluye la preservación o protección de otros derechos forales o especiales, ni del Derecho Civil común.
- 3.º Desestima el recurso en cuanto a la impugnación del art. 7.2 («**Las respuestas a las consultas hechas de acuerdo con lo establecido por el apartado 1 son vinculantes para todos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, los cuales deben ajustar la interpretación y aplicación que hagan del Derecho catalán al contenido de dichas respuestas. La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas debe dar publicidad y la máxima difusión a estas respuestas por los medios que considere más adecuados**»), al considerarla una manifestación del ejercicio de una com-

petencia exclusiva de la Generalitat sobre su sistema privativo de Derecho Civil, fundada en la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil establecida por el art. 149.1.8 CE, que ni afecta a la relación jerárquica de notarios y registradores con la Dirección General de los Registros y del Notariado, ni condiciona, perturba, constriñe u obstruye el ejercicio de cualesquiera otras competencias estatales, como, por ejemplo, las disciplinarias, ya que la legislación estatal aplicable las circunscribe a la relación con la Dirección General de los Registros y del Notariado, en tanto que nota característica de la dependencia jerárquica.

II. ANTERIORES PRONUNCIAMIENTOS DE LA DGRN Y DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO EN SUPUESTOS DUDOSOS

Hasta aquí el resumen de la Sentencia, pero, para centrar adecuadamente la cuestión, es preciso **examinar algunos de los más recientes pronunciamientos de la DGRN** cuando ha tenido que defender su competencia para resolver un determinado recurso, siendo de destacar:

- a) En la **Resolución de 4 de junio de 2008** (vigente, por tanto, la Ley de 2005 del Parlamento de Cataluña), se trataba de una escritura de aceptación y adjudicación de un legado por el legatario de una finca radicada en otra Comunidad (en Fraga, Huesca), teniendo en cuenta que la sucesión se regía por la legislación foral catalana y que, con arreglo al **art. 271** del Código de Sucesiones, no era necesaria la intervención de los herederos. La DGRN resuelve que es competente para resolver sobre el recurso, pues, aunque verse sobre una sucesión sujeta a la legislación civil catalana, la finca y el Registro radican fuera de Cataluña.
- b) En el supuesto contemplado por la **Resolución de 14 de junio de 2011**, se afirma por el Centro Directivo que, cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, el Registrador deberá remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante la Dirección General de los Regis-

tros y del Notariado; por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten, además o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cumplimiento del art. 327 de la Ley Hipotecaria, ya que la materia objeto de debate incluía, en el caso examinado, cuestiones relativas a la ordenación de los registros e instrumentos públicos y a la interpretación de la eficacia de las condiciones suspensivas de los contratos en relación con su acceso al Registro de la Propiedad, que son cuestiones reservadas a la competencia exclusiva del Estado, conforme al art. 149.1.8.ª CE (cfr. Resolución de 18 de junio de 2004).

- c) La **Resolución de 10 de noviembre de 2011** versó sobre el caso de una causante, de vecindad civil catalana, que fallece intestada, sin hijos ni descendientes, pero con esposo, que fallece una semana después. Los hermanos de la causante consiguen obtener judicialmente la declaración de herederos a su favor y otorgar escritura de aceptación de herencia. El Registrador suspende la inscripción, señalando que, con arreglo al Derecho Sucesorio catalán, el heredero abintestato es el cónyuge supérstite y no los hermanos de la causante, por lo que tal escritura solo sería inscribible previa renuncia del heredero legal (el cónyuge sobreviviente) y, por su muerte, la de sus herederos («*ius transmissionis*»). La DGRN confirma la calificación y, previamente, se declara competente para conocer del recurso, porque la *ratio decidendi* del mismo no radica en el Derecho catalán, sino en el Derecho registral: el alcance de la calificación en los documentos judiciales.

Se establece una *vis atractiva* a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat

- d) La **Resolución de 26 de abril de 2012** versa sobre una escritura de venta



de una vivienda usada que se destinará a ser rehabilitada, acompañada de un «informe» no visado, si bien el Notario da fe expresa de que le consta el cargo, firma e identidad del Arquitecto que lo suscribe (por cotejo con otros de su protocolo); el Registrador califica negativamente por faltar el visado colegial, conforme al art. 31 del Real Decreto 327/2002, de 5 de abril, que justifique la identidad y habilitación profesional del autor del informe, e invoca también la analogía con lo dispuesto para las obras nuevas en los arts. 49 y 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Reitera el Centro Directivo que cuando las calificaciones impugnadas, o los recursos, se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción, los registradores deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y que, por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten, además o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, en cumplimiento del art. 327 de la Ley Hipotecaria. Llama además la atención al Registrador al formar el expediente del recurso, pues la materia objeto de debate (necesidad o no de visado de las certificaciones del técnico certificante) era ajena al Derecho catalán, al estar regulada por disposiciones de ámbito estatal.

- e) La **Resolución de 5 de marzo de 2014** gira en torno a un caso que, más que una impugnación de la calificación, pues no se impugnaba en cuanto al fondo, se trataba de una queja sobre la forma de proceder al ejercer la función calificadora, ya que se alegaba por el Notario que no se había producido una calificación global y unitaria, no juzgando la DGRN aceptable la pretensión del recurrente de conseguir la inscripción del título cuya condición de defectuoso no negaba el recurrente,

pues ni dirigía el recurso contra el fondo de la calificación, ni consta en este momento haber interpuesto recurso contra el defecto observado ante la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, que sería competente al versar sobre Derecho Civil catalán.

- f) Hay una línea constante seguida por el Centro Directivo en sus resoluciones a la hora de resolver los recursos contra calificaciones basadas en la posible infracción de normas urbanísticas (pensemos que el urbanismo, en su mayor parte, es de competencia autonómica), de la que es ejemplo, por citar una muy reciente, la **Resolución de 4 de marzo de 2014**, cuando señala que corresponde a las Comunidades Autónomas (en este caso, a la de Galicia) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que estas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por estas impuestos, así como la fijación de los plazos de prescripción de las acciones de disciplina urbanística o su imprescriptibilidad. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad) para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro (cfr. resoluciones de 22 de abril de 2005, de 4 de mayo de 2011 y de 8 de mayo de 2012), y la doctrina constitucional dice que en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.8.ª CE es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos.

No obstante, y en muchos casos, las resoluciones de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña se han basado en la aplicación de normas urbanísticas (citaríamos, por ejemplo, las de 24 de noviembre de 2010, 27 de diciembre de 2011 y 13 de abril de 2012) o en legislación especial (caso de la de 28

de febrero de 2014, respecto de la Ley de la Vivienda).

Quando las calificaciones impugnadas se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán, deberán remitir el expediente a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña

He reducido la reseña de resoluciones de la DGRN a las anteriores dadas las limitaciones de este trabajo, aunque no deja de ofrecer interés también el caso que examinó la Resolución de 27 de junio de 2006, relativa a la declaración de obra nueva de una vivienda «entre medianeras». El Registrador denegó la inscripción de la escritura y de dicha expresión, pues entendía que hace referencia a un derecho real de medianería regulado por la legislación catalana, que no se ha constituido debidamente y que, de practicar la inscripción tal y como se describe, sería una mención indebida de derecho real (como dato curioso, ofreció la posibilidad de inscribir siempre y cuando el interesado renuncie a que se transcriba dicha expresión). El Notario recurre ante la DGRN, entendiendo que no es una cuestión de Derecho catalán, sino una mera cuestión sobre cómo practicar la inscripción, y, en cuanto al fondo, que la expresión «entre medianeras» es un término empleado por el técnico que no hace referencia a ningún derecho real de medianería, sino solo a un hecho descriptivo de la edificación sin trascendencia jurídica.

El Registrador remitió el expediente a la DGRN y, simultáneamente, al organismo competente de la Generalitat de Cataluña para resolver los recursos. La DGRN acoge la posición jurídica del Notario, considerando que la interpretación de dicha expresión por el Registrador no es correcta, ya que es un término administrativo habitual que hace referencia a que la vivienda está rodeada de otras edificaciones, teniendo únicamente libre la fachada, cuestión que nada tiene que ver con la medianería, puesto que aquí no ha de discutirse sobre la aplicación de norma sustantiva alguna, sino, exclusivamente, sobre los datos descriptivos de las



fincas que pueden figurar en el Registro de la Propiedad, más concretamente, la referencia «entre medianeras», que aparece en el texto de licencia municipal y en la descripción de la finca que figura en el certificado del técnico, y que se traslada luego al texto de la escritura. Por ello, ordena la inscripción y reprocha al Registrador que haya remitido el expediente a los dos organismos a la vez por cuanto el Notario recurrió ante la DGRN, por lo que tenía que haberse limitado a elevar o trasladar el recurso ante dicho organismo y, en su caso, la DGRN se hubiera declarado incompetente y remitir el expediente a la Generalitat. En ningún caso compete al Registrador decidir la competencia entre organismos para el recurso y, por ello, debe limitarse a enviar el recurso al órgano ante el cual se recurre. Curiosamente, y como el recurso llegó también a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, esta, en **Resolución de 21 de agosto** del mismo año, falló igualmente en favor del recurrente revocando la nota, si bien afirma su competencia para resolver el caso (a la luz de la Ley de 2005), toda vez que el objeto debatido se centra en determinar si a la expresión «entre medianeras» contenida en la escritura de declaración de obra se le debe dar el significado preciso del entonces vigente art. 27 de la Ley de la Acción Negatoria, las Inmisiones, las Servidumbres y las Relaciones de Vecindad, o bien se trata de un dato meramente descriptivo, cuestión que —entendió— afectaba plenamente al Derecho catalán.

Como vemos, las piezas del puzle no encajaban y mucho me temo que, aún con la Sentencia del Tribunal Constitucional, tardaremos tiempo en lograr un encaje mínimamente razonable que permita dar solución al verdadero problema que sigue estando sobre la mesa: las dudas que siguen estando presentes para determinar la competencia para conocer del recurso en un buen número de casos.

III. CONCLUSIONES PRÁCTICAS A EXTRAER DE TODO LO ANTERIOR

1.—Sigue estando meridianamente claro que **la competencia de la Generalitat para conocer de un eventual recurso contra una calificación registral tiene, como presupuesto necesario, que dicha calificación emane de un registro demarcado en Cataluña, sea cual sea el**

Derecho o la normativa en que se base la calificación negativa que se recurra.

2.—**La Sentencia del Tribunal Constitucional** (cuya doctrina, sin duda, nos puede servir de guía para dar solución a otras cuestiones dudosas, como seguidamente veremos) **veda por completo la posible aplicación de la regla de acumulación que proclamaba el artículo en parte anulado**, pues la competencia estatutariamente asumida por la Comunidad Autónoma de Cataluña para resolver estos recursos gubernativos se circunscribe estrictamente a la «*calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de Derecho catalán*», expresión esta última que, a mi juicio, no es sin más traducible a Derecho Civil catalán, pues resulta evidente (para mí, al menos) que comprende otras materias tales como la legislación urbanística emanada del Parlamento, dentro del marco competencial, u otras leyes especiales, caso, por ejemplo, de la Ley de la Vivienda.

3.—Partiendo, pues, de que no existe *vis atractiva* en favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña y de que no cabe acumulación cuando hay varios recurrentes, pues excede la competencia autonómica para resolver recursos gubernativos, **lo que hay que plantear ahora es qué ocurre** (en suma, quién es competente para resolver) **cundo en la calificación se pongan de relieve defectos basados en la infracción de Derecho material (catalán, en este caso) y de Derecho registral**. Dando un paso más, hemos de plantearnos, dentro de las infracciones de derecho material, qué ocurrirá cuando la nota se base en la infracción de normas de Derecho catalán y de Derecho común y/o de legislaciones emanadas de Comunidades Autónomas con competencia legislativa en materia civil.

Pues bien, como la cuestión se torna aparentemente irresoluble, y pese a que el Tribunal Constitucional no pudo entrar a enjuiciar la constitucionalidad de los arts. 1 y 3.3 de la Ley, yo diría que, de alegarse en la nota a recurrir la infracción de diversos órdenes normativos, **la pista para intentar resolver el entuerto nos la da la DGRN en una de las resoluciones que citó al principio, de modo que, cuando la ratio decidendi del recurso radique exclusivamente en el Derecho catalán, la competencia será de la Generalitat, aun cuando pueda alegarse en la nota**

alguna infracción del Derecho registral que no alcance esa entidad de ratio decidendi; de tenerla (pensemos, por ejemplo, en obstáculos que surjan del Registro o cuestiones que afecten a la propia esencia de la función calificador, tales como su extensión o límites), **la competencia, a mi juicio, será de la DGRN, pues el defecto no se basaría exclusivamente en la infracción del Derecho catalán.**

Cuando la *ratio decidendi* del recurso radique exclusivamente en el Derecho catalán, la competencia será de la Generalitat

Por el contrario, **si la ratio decidendi del recurso se basa en el Derecho común o en el registral**, tal y como antes argumenté, **o bien concurre también infracción de preceptos de otros ordenamientos ajenos al Derecho catalán, la competencia**, por la misma razón de exclusividad antes expuesta, **la ostentaría la DGRN**, aunque hubiera algún precepto de Derecho catalán que también se estimara infringido en la calificación.

4.—Respecto de la proclamada adecuación a la Carta Magna del art. 7.2 de la Ley catalana, no me resisto a realizar unas consideraciones estrictamente personales. Comenzaré diciendo que **el antecedente del precepto puede encontrarse en el art. 103 de la Ley 24/2001**, el cual prevé que el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles podrán elevar consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de aquellos actos o negocios susceptibles de inscripción en cualquiera de los registros a su cargo, y que las consultas evacuadas de conformidad con lo dispuesto en este artículo serán vinculantes para todos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, quienes deberán ajustar la interpretación y aplicación que hagan del ordenamiento al contenido de las mismas. **El corolario de este precepto es que para los registradores constituye falta grave el incumplimiento y la falta de obediencia a las instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado**, así como la falta de respeto o menosprecio a dicho Centro Directivo. **Para los notarios también**



constituye falta grave el incumplimiento y la falta de obediencia a las instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la falta de respeto o menosprecio a dicho Centro Directivo.

La imposibilidad de que el incumplimiento de tales resoluciones emanadas de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña derive en consecuencias disciplinarias no pasa desapercibida para el Alto Tribunal, cuando nos dice que la legislación estatal aplicable circunscribe, por tanto, con toda nitidez, las consecuencias disciplinarias a la relación con la Dirección General de los Registros y del Notariado, nota característica de la dependencia jerárquica, y como el Derecho punitivo está sometido estrictamente a la exigencia de predeterminación normativa y, con ello, al principio de tipicidad, están vedadas la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (STC 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4, y las allí citadas). Y añade: **«Se podrá discutir si esta circunstancia priva a las respuestas de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de efectiva fuerza vinculante, o las reduce a una función eminentemente doctrinal, aunque tampoco cabe ignorar que todos los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), y que todos los órganos de la Administración Pública actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE). No es, pues, ocioso indicar que, en su condición de funcionarios públicos, los notarios y registradores**

forman parte de esta esfera de especial sujeción —desde luego, comprensiva de la legislación legítimamente dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias estatutarias— como consecuencia directa de principios constitucionales que trascienden su mero reflejo en el ejercicio de la potestad disciplinaria».

En suma, y para concluir, **aunque no se atisbe responsabilidad disciplinaria exigible, sí que debemos sentirnos obli-**

gados a cumplirlas activamente, esto es, y siendo fieles a nuestras mejores tradiciones, generando con nuestra práctica y con nuestras aportaciones doctrinales un estado de opinión que las inspire e informe, pues no olvidemos que muchas de las normas hoy plasmadas en el Código Civil de Cataluña surgieron de la práctica notarial y del estudio, por parte del Notario, de lo que alguien acertadamente llamó *Derecho vivo*.

Esa ha de ser nuestra norma de conducta y nuestro reto.



Las enseñanzas de la cláusula suelo



Juan Gómez Martínez
Notario de Sabadell

No es este el foro adecuado para realizar un análisis técnico de las **sorprendentes resoluciones y disposiciones que**, durante los últimos meses, **han tenido por objeto las llamadas cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios**. Baste hacer una mera enumeración de las mismas para poder comprender el **desconcierto** que ha recorrido nuestro cuerpo y concluir que **algo se ha hecho mal**.

Tras la sentencia sobre cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios que dictó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en marzo de 2013, esperábamos con cierta expectación la resolución de nuestro **Tribunal Supremo** sobre las cláusulas suelo. Y **la sentencia se dictó (9 de mayo de 2013)**. Una sentencia que podemos calificar de «florentina». **Tan compleja y alambicada que necesitó una aclaración inmediata del propio**

Tribunal al mes siguiente. En dicha sentencia (y su aclaración), se establecía la obligación de eliminar (y no seguir utilizando) determinadas cláusulas suelo por su forma y contenido engañosos para el consumidor.

Inmediatamente (y forzado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de marzo), el Gobierno publica la **Ley** (sarcástica y ampulosamente titulada «de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios...») **de 14 de mayo, en la que se declaraba la licitud de las cláusulas suelo**. Para «tranquilidad» de todo el mundo, se estableció la obligación de incluir el (cuando menos) pintoresco **manuscrito del deudor hipotecario**. El Banco de España publicó, en julio, el texto que debía contener el manuscrito, que, errores aparte, es **más opaco que las propias cláusulas que intenta hacer transparentes**.

Todo el proceso ha hecho patente que se trata de un problema que afecta muy directamente a los ciudadanos, en el que **ninguno de los poderes públicos ha estado a la altura de lo que se debe esperar de ellos**.

El Tribunal Supremo no se atreve a hacer una declaración genérica de abusividad de la cláusula (que en la mayoría de los casos lo es, por lo menos por falta de negociación individualizada), sino que **limita su resolución a determinadas cláusulas de tres entidades** y, además, se saca de la manga una **irretroactividad de los efectos de la nulidad que es, siendo benévolo, sorprendente**. Dicho sea de paso, ya hay varias resoluciones de tribunales inferiores que sacan los colores a su órgano superior, aplicando los efectos retroactivos a la nulidad con el sencillo argumento de que, don-



de hay una norma legal, no cabe aplicar una doctrina jurisdiccional contraria a la misma.

El Tribunal Supremo no se atreve a hacer una declaración genérica de abusividad de la cláusula, sino que limita su resolución a determinadas cláusulas de tres entidades

El Gobierno, por su parte, después de dar carta de naturaleza a la cláusula suelo, trata de salvar la cara con el **absurdo requisito del manuscrito**, solución que, amén de implicar una desconfianza injustificada en nuestra labor, es inútil, compleja y poco meditada.

El Banco de España se pliega a la corriente contemporizadora y redacta el texto del manuscrito con un error de parvulito respecto a lo que es *tipo de referencia*, y una complejidad en los términos que supera ampliamente la complejidad de la que la sentencia acusa a las cláusulas de las entidades de crédito.

¿Y el Notariado? Lo cierto es que **tanto la sentencia del Tribunal Supremo como la Ley del Gobierno ponen en entredicho nuestra actuación**, y parecen acusarnos de falta de rigor en el cumplimiento de nuestra obligación de informar a los otorgantes del alcance de las obligaciones que asumían al firmar sus hipotecas. No hace falta que insista en lo dolorosas que han sido para la infinita mayoría de nosotros estas



insinuaciones, cuando no acusaciones, y la desconfianza que implican estos pronunciamientos. Dolorosas para nosotros y dañinas para nuestra función.

No obstante, hemos podido comprobar cómo, a raíz del revuelo causado por la situación crítica de muchos deudores hipotecarios y por la sucesión de disposiciones y resoluciones, han aumentado el interés y la preocupación de los ciudadanos por el tema de cláusula suelo.

¿A qué es debido? ¿Cuál es el mecanismo que ha puesto en marcha la conciencia ciudadana del abuso? Desde luego, **ese incremento de la preocupación del deudor por conocer y reivindicar sus derechos** no viene motivado por las múltiples disposiciones legales sobre transparencia y protección de consumidores dictadas desde hace ya décadas por los diferentes órganos administrativos; tampoco lo podemos imputar a los extravagantes documentos que anteceden o siguen a la contratación de una hipoteca (ni ofertas vinculantes, ni FIPER, ni TAE, ni manuscritos han servido para nada).

Nada de todo lo hecho ha sido ni una mínima parte de lo relevante que sí ha sido la **luz pública sobre el problema** y su traslado a los medios de comunicación y opinión. De esto tenemos que extraer una lección.

Nuestra función encuentra su justificación en la utilidad que de la misma se pueda derivar para la sociedad. Dentro de esta utilidad está, por supuesto, la **seguridad jurídica**, pero, además (o, mejor dicho, como parte de la misma), la **protección de los derechos de los consumidores ante la posición dominante de los grandes operadores económicos**. Es lo que nuestras mejores plumas han llamado *imparcialidad cualificada*.

Esta protección de los derechos de quienes no disponen de los medios ni de la información precisa para llevarla a cabo **se debe hacer a través de instrumentos jurídicos eficaces y coherentes**. Pero está claro que, en nuestro tiempo, esa labor técnica se tiene que complementar con un eficiente traslado de la información a la ciudadanía.

Más allá de declaraciones de intención genéricas, querría aprovechar esta tribuna que se me brinda para hacer propuestas concretas.

Para ser útil a nuestros conciudadanos, **el Notariado**, y a la cabeza sus órganos directivos, **debe articular mecanismos para detectar cuáles son las disfunciones del sistema, qué temas afectan realmente a las personas, a las familias y también (¿por qué no?) a las empresas, y darles la publicidad suficiente** para que, quien corresponda, los aborde y los solvante. Si no es por nuestros argumentos manifestados a través de los medios tradicionales, que sea por la presión de la conciencia ciudadana. **La sociedad tiene que ver al Notariado como una institución que defiende a quien está menos protegido**, al que no puede acceder a la información, cada día más compleja, que se precisa para operar en el mundo económico dominado por los grandes operadores.

Sabemos que cada uno de nosotros, en nuestros despachos, estamos limitados en esta labor. Todos, por el ámbito restringido al que puede llegar nuestra influencia; muchos, por la dependencia que tenemos de algunas entidades poderosas, y algunos, por falta de ganas, de profesionalidad o de convicción.

La sociedad tiene que ver al Notariado como una institución que defiende a quien está menos protegido, al que no puede acceder a la información

Lo que propongo es que saltemos de este ámbito y **nos alineemos públicamente con el interés de la ciudadanía**. Si se nos percibe como un baluarte de defensa de los derechos de los ciudadanos, no tendremos que tener ese temor, que ahora parece atezarnos, a represalias de los poderes públicos, a cambios caprichosos y perjudiciales de las personas y de los criterios de quienes nos gobiernan. Los últimos tiempos nos han demostrado la dificultad de hacer entender a los poderes públicos lo esencial que es nuestra función, y han acreditado también la volubilidad de nuestros gobernantes. Creo que **el arma más poderosa de la que podemos disponer** para conservar las bondades de nuestra función **es la de la opinión pública**: que la «gente» perciba que somos un freno para los abusos (lo que sin duda somos). Si estos están de nuestro lado, aquellos no se atreverán a destruir, ni a dañar, ni a limitar nuestra función.



«Con los notarios y los registradores, tenemos un sistema de seguridad jurídica preventiva difícilmente mejorable»

José Manuel Sieira Míguez

Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo

AUTORA: Sandra Purroy
FOTOGRAFÍAS: Blanca Vielva Gómez

José Manuel Sieira Míguez (La Coruña, 1947) ingresó en la carrera judicial en 1972. Tras seis años de ejercicio como Juez, tuvo varios cargos en sucesivos gobiernos: primero, en el Ministerio de Trabajo; luego, como Gobernador Civil de Granada (1980-1982), y, a continuación, en el Ministerio de Justicia. En 1984 pasó a formar parte del Cuerpo de Abogados del Estado. En 1994 fue nombrado Magistrado del Tribunal Supremo, en donde presidió la Sección Sexta.

Desde junio de 2010, preside la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Alto Tribunal, la que cuenta con mayor número de magistrados y personal auxiliar a su servicio.



Entrevista

P: Es miembro del Tribunal Supremo desde 1994 y preside la Sala Tercera desde junio de 2010. ¿Qué balance hace de estos casi cuatro años como Presidente de la Sala?

R: La experiencia de estos últimos años es francamente muy buena. Cuando tomé posesión, en junio de 2010, la Sala había iniciado un plan de actualización, pero la situación no era excesivamente boyante. Teníamos alrededor de diez mil asuntos pendientes de sentencia, sin contar los que estaban pendientes de admisión. Hoy la cifra es de alrededor de cuatro mil, que es lo que aproximadamente el Tribunal puede resolver en un año. Somos unos treinta magistrados, seis de ellos eméritos, y, calculando una cifra de cien sentencias al año por Magistrado, son trescientas sesenta sentencias al año. Esto quiere decir que nos permite resolver cualquier asunto que entre en la Sala en un plazo de un año o un año y un mes. Yo creo que eso es estar al día. La situación se nos puede complicar, porque en los dos últimos meses hemos notado un incremento del número de recursos, no sé si a consecuencia de la evolución de la situación económica. Las cifras todavía no son indicativas, pero, si se mantiene la tendencia, al final tendríamos una cifra de alrededor de setecientos asuntos ingresados más, lo que haría necesario tener un poco más de apoyo del que tenemos ahora en el gabinete.

P: ¿Cuáles son los principales objetivos cumplidos y cuáles los retos actuales?

R: El principal objetivo cumplido es la actualización de la Sala, y ahora el reto es mantener la situación.

P: ¿La creación del gabinete técnico es lo que ha hecho posible la puesta al día?

R: Con el anterior Gobierno, se creó un gabinete muy potente para lograr la actualización de la Sala, en el que había veinticinco magistrados y cuarenta y cinco letrados. Eso nos permitió establecer un sistema de trabajo distinto y que los magistrados pudieran sacar un número de sentencias mayor. Se constituyeron grupos de trabajo de un Magistrado con dos letrados, que estudiaban los asuntos, los preparaban y le daban cuenta al Magistrado, lo que

permitía agilizar el sistema de trabajo. Ese gabinete se redujo, en junio de 2013, a una cifra hoy muy escasa, de cinco magistrados y dieciocho letrados, muy justos y casi insuficientes. Yo le he pedido al nuevo Presidente un pequeño incremento de hasta nueve magistrados y veintisiete letrados, que es la cifra que nosotros calculamos necesaria para mantener la Sala en la situación actual. Pero, en definitiva, el resultado hasta ahora es positivo. No hay por qué ser pesimistas y creo que podremos mantener esta situación en el futuro.

P: ¿El plan de actualización tendrá continuidad?

R: El plan tiene continuidad con un gabinete, como decía, mucho más reducido y que necesitaría de un pequeño incremento. Pero, además, el sistema de trabajo también hay que modernizarlo. Cuando yo llegué al Tribunal, era un sistema muy tradicional, del siglo pasado: los magistrados cogían sus asuntos, se los llevaban a casa, los estudiaban, venían el día de deliberación, se daba cuenta, el Magistrado redactaba la sentencia de puño y letra... Hay que actualizar el sistema de trabajo con equipos que ayuden al Magistrado a trabajar, preparando documentación, antecedentes, bibliografía, que sepan establecer cuál es el tema objeto de debate en el recurso de casación, etcétera. Todo ello para que el Magistrado, con esos datos, pueda señalar a los letrados las directrices, por dónde hay que ir profundizando, y elaborar así un proyecto de sentencia que luego el Magistrado revisará. Y con dicho proyecto elaborado, se da cuenta en la Sala, se discute, se aprueba o no, se hacen modificaciones... Todo ello ha de permitir agilizar el trabajo de los magistrados. Y eso solo se consigue con un gabinete de apoyo, que es como trabajan hoy día los grandes despachos jurídicos y los grandes tribunales.

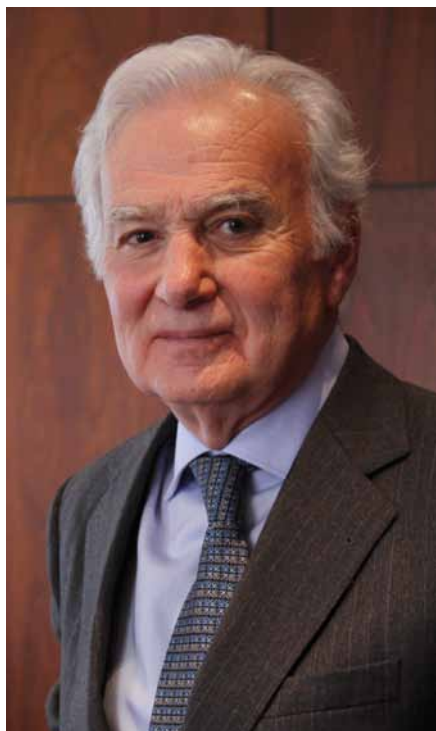
P: ¿Cómo se debe reforzar el gabinete, como pide, en el actual contexto de crisis en que todo son ajustes y recortes?

R: Cuando yo hablé con el Ministro Caamaño de la necesidad de crear un gabinete que permitiera cambiar el sistema de trabajo y poner al día la Sala, utilicé un argumento que al Ministro le convenció en su día y que creo que es

absolutamente cierto: el permitir que el Tribunal Supremo y la Justicia en general funcionen con esa rapidez y con esa inmediatez de que hablábamos antes, para dar respuesta a los problemas del ciudadano de una manera relativamente rápida, no es algo costoso para el Gobierno, sino absolutamente rentable. Es rentable y los hechos lo han demostrado. Cuando nosotros pusimos al día la Sala, la rentabilidad económica se pudo ver desde varias perspectivas: una, directamente desde el ingreso en el Tesoro. Hasta entonces, estábamos resolviendo recursos en temas fiscales con cuatro o cinco años de retraso, y hoy estamos resolviendo recursos del año 2012. Eso supuso unos ingresos en el Tesoro cercanos a los 400 o 500 millones de euros en muy poquito tiempo. No querría que se me interpretara mal, es decir, ni el Tribunal Supremo ni ningún tribunal de lo contencioso debe funcionar, en temas fiscales, como un órgano recaudador. Pero lo que sí es cierto es que la pronta resolución de los temas en materia fiscal supone, por una parte, unos ingresos para el Tesoro y, por otra, liberar una cantidad importante de caudales para el ciudadano particular y para las empresas. La empresa que tiene pendiente un litigio con el Estado en materia fiscal tiene unas cantidades bloqueadas o semibloqueadas de las que no puede disponer. Si se resuelven sus recursos en materia fiscal de manera rápida, uno gana y otro pierde, pero ello libera una cantidad de recursos tanto en el sector privado como en el público. Y eso hace que la financiación de los tribunales, la dotación de medios para que puedan resolver con rapidez, al final sea rentable para toda la sociedad.

El principal objetivo cumplido es la actualización de la Sala Tercera. El reto es mantenerla

Por otra parte, la rentabilidad se mide también en términos de seguridad jurídica. Hoy estamos hablando de la necesidad de acudir al arbitraje privado, por ejemplo. Si eso se consigue desde la Administración, la inversión que hay que realizar es muy pequeña en relación con los beneficios que se obtienen. Si haces las cuentas de más o menos el coste mensual de veinticinco magistrados y cuarenta y cinco letrados, a una media de 3.000 o 4.000 euros por Ma-



gistrado y 3.000 euros por Letrado, a final de año estaremos hablando de cantidades mínimas en relación con la rentabilidad obtenida. Por eso, como ya he dicho alguna vez, el gasto en Justicia no es un gasto, sino una inversión, y estoy firmemente convencido de que es así.

P: ¿Una Justicia lenta no es Justicia?

R: Es verdad que si la Justicia es lenta, no es Justicia. Lo que pasa es que no se puede pedir una Justicia con garantías que sea excesivamente rápida. Si uno quiere las garantías necesarias, la posibilidad de que exista recurso durante la tramitación, la Justicia no puede ser muy rápida, porque los plazos mínimos de tramitación que señala la ley son de cinco o seis meses, y eso no se puede acortar. La Justicia tiene que ser rápida, pero tiene que tener garantías. Por otra parte, hay que distinguir que, cuando hablamos de Justicia rápida, estamos hablando de la jurisdicción, y una cosa es la instancia y otra, la casación. Hay que entender que un tribunal de casación es un tribunal muy especial. Es un tribunal donde lo que se revisa es la correcta aplicación del ordenamiento jurídico; no tanto el caso concreto, sino la correcta interpretación de los preceptos que la parte considera que son infringidos. De tal modo que si hubiera

otras razones para casar una sentencia distintas de las citadas por la parte, nosotros no podemos entrar. Tenemos que limitarnos al precepto que considera infringido la parte que recurre en casación, y ello hace que el Tribunal Supremo sea un tribunal muy distinto. Por otra parte, la tutela está otorgada una vez que hay una sentencia de instancia, y mucho más cuando hay una sentencia de apelación (aunque no es el caso de lo contencioso, porque las sentencias de apelación no llegan al Tribunal Supremo). Con ello quiero decir que, cuando se acude al Tribunal Supremo, no se debe exigir la misma urgencia que se puede exigir en un tribunal de instancia, porque la garantía de la tutela judicial ya está otorgada. La labor del Tribunal Supremo, como depurador del ordenamiento jurídico, tiene que ser una labor reposada, de mucho estudio, muy delicada, donde si se corre demasiado o si se tiene el riesgo que tenemos actualmente de un exceso de asuntos por Magistrado, dicha labor de depuración detallada y minuciosa es mucho más complicada de hacer.

P: ¿Cuántas sentencias se dictan al año actualmente?

R: Un Magistrado de la Sala de lo Contencioso dicta cien sentencias al año, pero hemos llegado a dictar incluso más. Hoy día hacemos dos sentencias por Magistrado a la semana (cuando yo llegué, se hacían cuatro), y eso no permite un estudio reposado. Hay que tener en cuenta que en una sección, como mínimo, somos cinco, y en algunas secciones, como la fiscal o la de expropiaciones, son siete u ocho magistrados. Si se deliberan cuatro asuntos por siete magistrados, son veintiocho asuntos por deliberar. Deliberar veintiocho asuntos de una manera reposada exige mucho tiempo, y después hay que estudiarlos y hay que redactar la sentencia. Cualquier tribunal europeo de casación dicta un número de sentencias muy inferior al nuestro; podemos hablar de treinta o cuarenta sentencias al año. El propio Tribunal Constitucional, por ejemplo, dicta muchísimas menos sentencias que nosotros. Por tanto, creo que un plazo de respuesta de un año es más que razonable y, probablemente, lo que habría que estudiar es una reforma de la casación que permitiese que al Tribunal Supremo llegaran asuntos verdaderamente importantes y que la labor del Tribunal Supremo de depuración del ordenamiento se pudiera hacer de forma inmediata, en el sentido de

que se pueda hacer sobre las leyes nuevas, sobre la normativa nueva, sobre los problemas jurídicos que no han sido resueltos todavía por el Tribunal, evitando que nos vengan asuntos reiterativos y que se nos planteen debates jurídicos que ya han sido resueltos en otros estamentos, porque eso desvirtúa la función del Tribunal.

P: ¿Las vías alternativas de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, son una buena salida al colapso judicial?

R: Yo creo que es bueno que los conflictos se resuelvan sin la necesidad de acudir a los tribunales. Por tanto, el arbitraje y la mediación son una buena solución. No todo se puede judicializar. A los tribunales tienen que acudir aquellos asuntos en que no exista otra forma pacífica de resolverlos entre los ciudadanos, y tanto la mediación como el arbitraje son vías efectivas y complementarias eficaces. Sin embargo, tenemos que evitar un riesgo, que es una cierta privatización de la Justicia, es decir, establecer una doble Justicia, una para ricos y otra para pobres, en el sentido de que el arbitraje y la mediación, al final, son procedimientos más costosos para las partes que el poder judicial.

El gasto en Justicia no es un gasto,
sino una inversión

P: Recientemente, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional han acordado estrechar su colaboración en determinados ámbitos. ¿En qué consistirá esta colaboración y cómo valora la actual relación entre ambos tribunales?

R: Tuvimos una reunión con el Tribunal Constitucional a iniciativa del nuevo Presidente del Tribunal Supremo. Yo creo que el Constitucional y el Supremo tienen sus territorios perfectamente marcados y diferenciados. El Tribunal Supremo es el órgano superior en todos los órganos jurisdiccionales, salvo en materia constitucional, y el Tribunal Constitucional tiene su campo en el ámbito de la Constitución. Los roces son inevitables, porque, efectivamente, al Tribunal Constitucional se le puede plantear la dificultad de resolver conflictos constitucionales sin, a veces, entrar en la legalidad



Entrevista

ordinaria. Pero lo cierto es que la legalidad ordinaria es una competencia exclusiva de los tribunales ordinarios. Es decir, el Tribunal Constitucional tiene que esforzarse en respetar la interpretación que de la legalidad ordinaria hacen los tribunales ordinarios y, sobre esa interpretación, decidir si la norma es o no constitucional. A su vez, los tribunales ordinarios tienen que respetar la doctrina del Tribunal Constitucional no solo en cuestiones de inconstitucionalidad, lo que es evidente, sino, sobre todo, en materia de interpretación de los derechos fundamentales, que es donde reside fundamentalmente el conflicto (es decir, en los recursos de amparo).

P: En este sentido, ¿cómo valora la flexibilización de la vía del amparo?

R: Es verdad que la vía del amparo se ha flexibilizado, se ha suavizado, puesto que se ha creado la posibilidad de revisión o de reconsideración sobre la posible lesión de un derecho fundamental en los tribunales ordinarios previo al Tribunal Constitucional. Y es verdad que el Tribunal Constitucional también ha limitado o ha reducido la posibilidad de acceder a él, puesto que en aquellas cuestiones que ya han sido interpretadas y resueltas por el Tribunal es muy difícil que este admita el amparo. En la reunión, precisamente, se habló de defender alguna vía nueva, porque la de la posibilidad de reconsideración que comento, en verdad, no ha sido demasiado práctica: ha generado un incremento de trabajo en los tribunales ordinarios y, sin embargo, no ha reducido el número de recursos de amparo que se presentan ante el Constitucional, aunque luego el Constitucional admita menos de los que admitía. Y también se habló de una posibilidad sobre la que hay que profundizar y que hay que estudiar, que es la de que el recurso de amparo se pueda plantear ante el Tribunal Supremo o ante el Constitucional. Evidentemente, no es el mismo amparo, es decir, que el recurso de amparo vaya al Tribunal Constitucional en asuntos que tienen relevancia constitucional y siempre y cuando todavía no se haya pronunciado acerca de esos temas, y que cuando se trate de amparo sobre cuestiones ya resueltas (lo que llamamos *amparo subjetivo*) se quede en el Supremo. Pero con la condición de que sean vías alternativas, es decir, que si se opta por el amparo ante el Tribunal Supremo, no se pueda acudir después al

Constitucional y viceversa, porque, si no, lo que estaríamos haciendo es duplicar la instancia y el resultado sería todavía peor de lo que ahora tenemos.

La Justicia tiene que ser rápida, pero tiene que tener garantías. Un plazo de respuesta de un año es más que razonable. Lo que hay que estudiar es una reforma de la casación

En definitiva, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional estamos en esta vía de colaboración, con la predisposición de unos y otros de colaborar y encontrar vías de acercamiento, y yo espero que salga adelante. Se ha creado una comisión

para seguir los incidentes que puedan surgir entre uno y otro tribunal, que estará encabezada por los vicepresidentes de los dos tribunales, y existe un compromiso serio de que estas reuniones de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo con el Pleno del Tribunal Constitucional se reproduzcan periódicamente para ir trazando las líneas maestras e ir acercando posiciones. Si la relación personal entre quienes componemos los dos tribunales se hace más fluida, sin duda ayudará a resolver los pequeños roces e incidentes que puedan surgir entre uno y otro tribunal.

P: Su Sala, en su momento, manifestó malestar por algunos de los cambios previstos en el Proyecto de Reforma del Consejo General del Poder Judicial.





¿Cómo valora finalmente la Ley 4/2013, de 28 de junio, de reforma del CGPJ?

R: Este es un tema muy delicado para el que creo que hay que dar tiempo al tiempo. He de confesar que a mí, inicialmente, la reforma no me acaba de satisfacer. Yo siempre fui partidario de que la labor de los vocales del Consejo fuese compatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, de la fórmula de una comisión permanente con dedicación exclusiva y el resto de los vocales compatibles. Defendí siempre esa posición, desde mucho tiempo atrás. Lo que ocurre es que no estoy seguro de que las cosas se hayan hecho demasiado bien, y no voy a entrar en detalles. Creo que hay que intentar que en el Consejo General del Poder Judicial haya de verdad primeras figuras entre los vocales no judiciales (y no estoy entrando en una valoración personal de los miembros actuales en absoluto). Si se quiere que el Consejo General del Poder Judicial sea una institución relevante, tal y como está llamado a ser en la Constitución, creo que habría que entender que los vocales no judiciales han de ser primeras figuras en el campo del Derecho, de tal manera que su participación como vocales del Consejo sea

incluso algo que premie una trayectoria jurídica y permita, además, la garantía de una total independencia y una total libertad de criterio y de actuación. Porque la compatibilidad de los vocales no judiciales con el ejercicio de profesiones jurídicas privadas tiene un problema. Ese problema creo que se matizaría mucho si acudiéramos a este tipo de profesionales a los que me refiero. Y no tienen por qué ser exclusivamente profesionales de la abogacía, que también pueden serlo (figuras como el Decano del Colegio de Abogados, el Presidente del Consejo General de la Abogacía, el Decano del Colegio Notarial de Cataluña o el Presidente del Consejo General del Notariado o de los Registradores, por ejemplo). Deberían ser figuras de este perfil, rectores de universidades, decanos de facultades de Derecho... Primeras figuras verdaderamente relevantes. Ello permitiría que el sistema de compatibilidad funcionase con más facilidad de lo que parece que está funcionando. Es decir, los problemas que ahora están surgiendo, de los que la prensa da noticia en relación con los vocales que no forman parte de la Permanente, creo que no surgirían si acudiéramos a ese tipo de figuras, sobre todo en cuanto a los vocales no judiciales. Y en cuanto a los judiciales,

lo que dice la ley es que tiene que haber vocales (y, además, es así) razonablemente en las distintas categorías, y el problema se plantea en términos distintos.

Un poder judicial que económicamente depende de otro poder del Estado no puede ser independiente

En definitiva, en cuanto a la bondad o no de la reforma, yo creo que hay que dar tiempo al tiempo. Hay un riesgo efectivo, de alguna manera, al limitar las competencias del Consejo y limitar también su autonomía, pero hay que intentar ser optimistas y dependerá mucho de las personas y del valor de las personas. Yo quiero darle mi voto de confianza al Presidente, y así se lo he dicho, porque me consta que tiene buenas intenciones y lo que hemos de intentar todos es desearle el mayor éxito posible no por intereses o razones personales, sino por el bien de la institución y del sistema del poder judicial, que yo creo que está por encima de todo.

P: Precisamente, una de sus máximas es la defensa de la independencia del poder judicial, tanto en términos económicos como organizativos. ¿Es realmente factible?

R: Ahí me ha dado en la herida por la que yo sangro de verdad. Yo creo que la independencia del poder judicial tiene que ser mucho más que la independencia de cada Juez a la hora de dictar sus sentencias. Es evidente que este segundo aspecto es absolutamente esencial, no puede ser discutido y es el núcleo de la independencia. Pero yo creo que para que el poder judicial sea independiente (y lo he dicho por escrito y en alguna intervención pública) no basta con eso. La situación que tenemos actualmente no es la óptima. Es decir, un poder judicial que económicamente depende de otro poder del Estado no puede ser independiente. Lo que hablábamos antes de las necesidades de medios materiales, de unos gabinetes que ayuden a trabajar de una forma más moderna, más ágil y más eficaz a los tribunales, no puede estar condicionado por la voluntad del Gobierno de turno ni por el hecho de que las relaciones personales sean más o menos buenas o que la ac-



Entrevista

tuación del poder judicial sea más o menos del agrado de quien sea el responsable del poder ejecutivo o del Ministerio de Justicia en un momento determinado.

Por otra parte, la actual organización del sistema no es buena. En lo que se llama «administración de la Administración de Justicia», que es una terminología que no me gusta demasiado, pero que fue iniciada por el Tribunal Constitucional, hay demasiados gobernantes. Gobiernan el Ministerio de Justicia, las autonomías, el Consejo General del Poder Judicial... El personal de la Administración de Justicia (los secretarios y el resto de personal de la Oficina Judicial) es un cuerpo que depende del Ministerio de Justicia. Y la dependencia orgánica y funcional del Ministerio de Justicia creo que no es buena, con independencia de la bondad del trabajo que realizan, que no pongo en cuestión en modo alguno. Lo que creo que no se puede transmitir a la opinión pública es que quienes trabajan dentro del sistema judicial dependen del poder ejecutivo. Y más que en ningún otro, en el supuesto de la jurisdicción contenciosa, que es donde nosotros nos movemos. El poder ejecutivo es parte en todos los litigios de la Administración, de una u otra manera, ya sea la Administración central, la autonómica o la local. Yo no creo que exista ninguna organización que admita, ni en el sector público ni en el privado, ni aquí en España ni fuera, que las personas que trabajan en esa organización no dependan de quienes son los responsables de la misma dirección. Nadie entendería una empresa en la que los trabajadores no dependieran de sus directivos, sino de otra empresa que, además, fuese la competencia. En mi opinión, esto es lo que está pasando en el sistema judicial. Y eso no es bueno y hay que cambiarlo.

Hay una lucha de poder entre el poder judicial y el poder ejecutivo

P: ¿Y se conseguirá cambiarlo?

R: Yo me atrevería a decir que aquí, en el fondo, hay una lucha de poder entre el poder judicial y el poder ejecutivo. El poder no se regala ni se cede voluntariamente. Hay que conquistarlo, y probablemente hay

que conquistarlo a consecuencia de una lucha, entendiendo la palabra *lucha* en el término que debe entenderse, es decir, no como un «enfrentamiento», sino como una labor de recuperación de unos ámbitos que quien los tiene en este momento no parece muy propicio a cederlos. Pero a mí me parece que eso es indispensable para poder hablar de un poder judicial verdaderamente independiente. Y no solo lo digo yo. Recientemente, le he entregado a nuestro Presidente un discurso del profesor Castán, de 1951, donde ya decía estas cosas sobre la independencia del poder judicial, que se puede suscribir de la A a la Z. En aquel momento, la situación era distinta social y políticamente, por supuesto. Estamos en mundos completamente distintos, pero por entonces ya hablaba de que las sociedades democráticamente desarrolladas (lo que era muy difícil de decir en el año 1951) tendían a la independencia económica del poder judicial como garantía de independencia de la Justicia.

Hay que dotar de una mayor fuerza a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

P: ¿El principal problema de la Justicia es, entonces, la organización? ¿La falta de recursos? ¿La lentitud? ¿La modernización?

R: Yo creo que son, básicamente, dos cosas: una falta de recursos importante y un problema organizativo. En cuanto a los recursos, se habla mucho de los sistemas informáticos, que es verdad que no son los más modernos. Por ejemplo, en el Tribunal Supremo, el sistema informático depende del Ministerio de Justicia: el servidor está en el Ministerio, lo que tampoco parece excesivamente razonable. Yo no digo que pase, pero si el servidor está en el Ministerio de Justicia, desde ese servidor se puede controlar lo que se está trabajando. Existe el riesgo de que eso pase. Por tanto, sí hay una falta de medios. También en el sentido de que las retribuciones de los funcionarios que trabajan en el sistema judicial (de los secretarios y del personal de la Oficina Judicial) no son, en mi opinión, suficientes para garantizar una dedicación plena y absoluta a la función judicial, con la tranquilidad necesaria para no tener pre-

ocupaciones ajenas. Si uno analiza las retribuciones del personal judicial, verá que no son comparables con las de personal equivalente, con una formación análoga, en otros sectores de la Administración pública. Si las retribuciones del personal fueran más satisfactorias, sin duda, su formación sería mejor y podríamos atraer a las funciones de lo que antes eran los cuerpos de oficiales y auxiliares (que son cuerpos de gestión y tramitación de la Administración) y al secretariado a personas con una formación jurídica y una titulación previa que facilitarían el desarrollo del trabajo de la Oficina Judicial. Por tanto, creo que ahí hay otro problema. Y, finalmente, hay un problema organizativo de trabajo. Tenemos una organización judicial que es la misma de cuando yo ingresé en la carrera en 1972 y la misma que existía hace cincuenta años. El sistema de trabajo, teóricamente, sigue siendo el mismo. Como explicaba antes, al Magistrado, al Juez, le llegan los papeles, los coge, se los lleva, se los estudia en una labor solitaria, él mismo busca los antecedentes, la jurisprudencia, si hay trabajos doctrinales, Derecho Comparado... Eso ralentiza mucho la forma de trabajo. Si hubiera unos equipos de trabajo que facilitarían la labor de los jueces, estos podrían resolver con mayor celeridad y eficacia. Por tanto, creo que hay un defecto de organización. Y estoy convencido de ello porque, cuando en la Sala Tercera intentamos cambiar un poco el sistema de trabajo con el plan de actualización que decíamos antes, en el que muy poca gente creía, el sistema funcionó. Ello quiere decir que si a los jueces se les apoya con los medios suficientes, pueden dar un mayor rendimiento del que actualmente dan. Tenemos una organización y un sistema muy atrasados.

P: ¿Qué puede aportar la Nueva Oficina Judicial?

R: La Nueva Oficina Judicial pretende reestructurar el sistema estableciendo unas secretarías comunes para los distintos órganos judiciales. Eso es algo que puede ser bueno, pero siempre y cuando la Oficina tenga medios. Además, necesita que exista también cierto control o una posibilidad de control por parte de los titulares del poder judicial, de los jueces y magistrados, sobre dicha Oficina, y ahí existe un déficit en estos momentos. Me refiero a lo que hablábamos antes de la dependencia del poder ejecutivo y del Ministerio de



Justicia, y no del poder judicial *stricto sensu*. Y también hay que cambiar los hábitos de trabajo, para lo que hay que acudir a unos sistemas que ya están inventados, como los que tienen los tribunales de nuestro entorno. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional tiene un *modus operandi* con unos cuerpos de letrados. Es verdad que se corre un riesgo, que es que hay quien puede pensar: «Si esto se hace así, al final las sentencias las harán los gabinetes y no los tribunales». Ahí es donde hay que dar un punto de confianza a los tribunales. Nosotros lo hicimos y las sentencias las hacían los magistrados. Otra cosa es que alguien prepare y te ayude en el trabajo previo que comentaba, lo que supone muchas horas de trabajo que se pueden dedicar a otra cosa. Por tanto, faltan medios y hay una deficiente organización.

P: ¿Cómo valora el nivel de seguridad jurídica preventiva de nuestro país?

R: En referencia a la seguridad jurídica preventiva, con los notarios y los registradores, tenemos un sistema difícilmente mejorable. La organización notarial y registral en nuestro país es algo de lo que podemos estar verdaderamente orgullosos, y no solo por la capacidad y la

competencia profesional de quienes integran el Notariado y el Cuerpo de Registradores de la Propiedad, sino también por la garantía que ello supone. Es muy difícil encontrar un recurso o un pleito que venga motivado por la actuación de un Notario o un Registrador. Es verdad que hay recursos a consecuencia de las discrepancias entre notarios y registradores por lo que respecta a su función, pero son los menos. Habría que buscar con lupa problemas generados al ciudadano a consecuencia de la actuación de notarios o registradores, y eso dice mucho en función del sistema. Por lo tanto, yo creo que en ese aspecto podemos estar francamente satisfechos. La seguridad jurídica en la segunda fase, que es cuando surgen conflictos entre ciudadanos o entre el ciudadano y la Administración (en el caso de la jurisdicción contenciosa), yo creo que, siendo honestos, puede ser mejorable. No se puede pedir unanimidad de criterios, lo que es absolutamente imposible, porque las normas son interpretables y, por tanto, los jueces, a la hora de interpretar la norma, pueden tener posiciones distintas y criterios de interpretación variables. Lo que sí creo que sería mejorable dándole a la jurisprudencia del Tribunal Supremo más fuerza de la que ahora tiene. No digo que la jurisprudencia tenga que ser vinculante en absoluto, pero hay que dotarla de mayor fuerza, así como se dotó en su día a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello no quiere decir que el Juez, a la hora de examinar el caso concreto, conociendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo pero conociendo también las prioridades del asunto que tiene entre manos, no pueda, en su caso, decidir que la doctrina establecida por el Supremo en otro caso parecido no es trasladable a ese caso concreto, pero siempre de forma razonada y motivada. Es decir, a lo que sí hay que tender es a que el ciudadano pueda tener una cierta seguridad en cuanto a la previsibilidad de la resolución que se va a dictar. Y ello solo se logrará mediante coordinación y un flujo de información entre los distintos tribunales. A fin de cuentas, no es otra cosa que algo que exige la Constitución: el principio de igualdad.

P: En cuanto a la relación entre jueces y notarios, ¿qué creen que se aportan mutuamente?

R: Jueces y notarios, en lo profesional, son mundos paralelos y, por tanto,

no se entrecruzan. Lo que sí es cierto es que la doctrina que genera la Dirección General de los Registros y del Notariado, jurídicamente, es relevante. Hasta no hace demasiado, la doctrina de la Dirección General tenía una relevancia similar a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, e incluso los opositores estudiábamos y citábamos sus resoluciones del mismo modo que se citaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es verdad que hoy eso ha venido a menos, quizás a consecuencia del incremento del número de resoluciones que tiene que generar la Dirección General, como también ha pasado un poco con la jurisprudencia a consecuencia del incremento de asuntos que se resuelven en el Tribunal Supremo. Pero creo que la labor jurídica y científica, desde el punto de vista doctrinal, que realizan notarios y registradores en el mundo del Derecho, tanto a través de las organizaciones colegiales como a través de la Dirección General, es realmente importante para el mundo jurídico a nivel nacional.

Las condenas no tienen que ser ejemplares, sino justas

P: ¿Cómo se debería combatir la desafección entre la ciudadanía y la Justicia y la Administración?

R: Yo creo que hay una crisis de las instituciones. Esa crisis viene provocada, en mi opinión, por varios factores. Uno: porque las propias instituciones tienen entre sí mismas una competencia que no ayuda a que la opinión pública sea favorable en muchos casos. Dos: es verdad que hay problemas de funcionamiento, pero también existe un gran desconocimiento. No creo que el mundo judicial sea un mundo conocido en profundidad por la opinión pública. Los ciudadanos juzgamos por cómo nos van las cosas: si tengo una discrepancia con Hacienda y no me va bien, hablaré muy mal de Hacienda, mientras que si me va bien, diré que yo tenía la razón. En el mundo judicial, pasa algo parecido: cuando hay dos partes en litigio, las dos no pueden ganar, y en la mayoría de los casos no gana ninguna, porque a quien le dan la razón no le dan la razón del todo. Y eso influye de alguna manera en la opinión pública. Por otra parte, creo que en un mundo como el de hoy, en el que la





Entrevista

comunicación es algo fundamental y trascendental, en el mundo judicial no podemos vivir encerrados en nosotros mismos. Tenemos que acercarnos a la ciudadanía, y la ventana son los medios de comunicación. Los jueces tenemos una gran desconfianza en los medios, y probablemente es así porque no sabemos comunicar: nadie nos ha enseñado a hacerlo. Los jueces hablan a través de sus sentencias, y les resulta mucho más fácil escribir que hablar, en términos generales. Necesitamos una labor de formación y de educación. En el programa que presenté en el Consejo para optar a la Presidencia de la Sala, ya hablaba de estos temas. Yo creo que no sería malo que tanto desde el poder judicial (en este caso, el Consejo General del Poder Judicial) como desde los medios de comunicación se organizaran jornadas como sistema de acercamiento. Ahí nosotros podríamos conocer de verdad qué es lo que hacen los periodistas, cómo y por qué lo hacen, cuál es su forma de pensar, cómo hacen sus valoraciones... Y, a su vez, los medios y sus profesionales conocerían cómo se trabaja dentro del sistema judicial. Eso sí es algo importante. Campañas de comunicación como la que en su día hizo la Agencia Tributaria, con aquello de «Hacienda somos todos», o la del Ministerio del Interior en relación con las fuerzas de seguridad del Estado, nunca se han hecho en el ámbito judicial. Nadie se ha preocupado de transmitirle al ciudadano cómo funciona el sistema judicial, cuáles son las consecuencias de nuestro modo de funcionar, qué es lo que pretende el poder judicial, cómo se protegen los derechos de los ciudadanos desde la Justicia... y hay que hacerlo.

Lo que sale a la luz pública pertenece, fundamentalmente, al campo del Derecho Penal. Apenas sale nada en materia civil (quizás algo sobre hipotecas) y alguna cosa sale en materia contenciosa y en materia laboral, si tiene trascendencia política. Y en cuanto a lo que sale (la jurisdicción penal), existe una reacción muy humana, que es que, cuando uno se ve afectado en sus derechos fundamentales, cuando se le lesiona el derecho a la vida de un familiar o la integridad física, hay cierta reacción de venganza. La primera reacción es pedir una condena ejemplar. Pero las condenas no tienen que ser ejemplares, sino justas. Lo que no se puede hacer es intentar dar ejemplo a los demás imponiéndole a un señor una sentencia excesiva o una pena desproporcionada. Eso también requiere una labor

de educación y hay que hacerla desde las instituciones.

La Justicia del siglo XXI debe ser verdaderamente independiente, con medios económicos suficientes y con una organización y una metodología de trabajo completamente distintas

P: ¿Y desde dónde debería realizarse esa labor informativa para con el ciudadano?

R: Aquí le achaco un déficit al Consejo General del Poder Judicial. Llevamos desde el año 1978 con la Constitución, vamos por el quinto Consejo, y si hoy salimos a la calle y le preguntamos al ciudadano qué entiende él por Justicia, no la identifica con el poder judicial. Mezcla el Tribunal Constitucional (que está fuera del poder judicial) con la Policía, las fuerzas de seguridad del Estado en general... Hay que precisar lo que es el poder judicial, lo que es la Administración de Justicia y lo que son los alrededores de ambos. No podemos meterlo todo en el mismo saco. Y creo que esa labor de educación está llamado a hacerla el Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio de que los jueces intentemos fomentar las relaciones con el mundo de la comunicación y vencer un poco ese reparo que nos da sentarnos ante los medios. No estamos acostumbrados a hablar ni a salir frente a la opinión pública, y tenemos que hacerlo, pero tienen que enseñarnos a salir, a movernos con facilidad ante los medios de comunicación, a no verles como enemigos y a transmitirles información. Y, a su vez, los medios de comunicación tienen que entender que la información que se les da desde los tribunales no tiene por qué ser sesgada, sino que pretende ser una información objetiva. Es muy difícil entender las resoluciones judiciales, porque reconozco que a veces usamos un lenguaje excesivamente crítico, ya que chocamos, por un lado, con la necesidad de utilizar un lenguaje más sencillo para que pueda ser entendido por todos los ciudadanos y, por otra parte, con la necesidad de fundamentar en conceptos jurídicos que son difíciles de vulgarizar. Y luego hay una cierta labor pedagógica en el ámbito jurídico de las resoluciones judi-

ciales (más desde el Tribunal Supremo), en que hay la valoración, el comentario, la crítica... y una tendencia a utilizar un lenguaje más técnico que dificulta su comprensión. Todo ello requiere una labor de educación, de acercamiento, que necesita su tiempo, pero en eso estamos.

P: Finalmente, ¿cómo cree que debe ser la Justicia del siglo XXI?

R: Mi Catedrático de Derecho Penal decía que el Código Penal siempre va por detrás del delincuente. Es decir, las leyes siempre van por detrás de la sociedad, porque es muy difícil prever lo que va a pasar y tratar de regular para el futuro lo que pueda pasar. Por lo tanto, siempre existe un cierto desfase. Pero, resumiendo, creo que la Justicia del siglo XXI tiene que ser una Justicia verdaderamente independiente, con medios económicos suficientes y con una organización y una metodología de trabajo completamente distintas. Desde que ingresé en la carrera judicial, oigo que hacen falta más jueces, que hay que crear más juzgados... Y el Ministerio de Justicia ha creado treinta juzgados más, que conllevan treinta secretarios, un mínimo de sesenta de lo que antes llamábamos *oficiales*, ciento veinte auxiliares y los agentes correspondientes. Pero si uno coge el Tribunal Supremo, que debería ser el paradigma del sistema, donde deberían estar teóricamente los mejores (desde los jueces hasta el último agente judicial), nos encontramos con que está lleno de funcionarios interinos en las secretarías, y eso es algo difícil de entender. Pero pasa porque el nivel retributivo del Tribunal Supremo resulta que es menor, por ejemplo, que en la plaza de Castilla, donde hay guardias (y aquí no). Por lo tanto, hay que cambiar la organización desde abajo, cambiar los sistemas de trabajo adecuándolos a lo que exigen los tiempos modernos, siguiendo el modelo de los grandes despachos jurídicos, en donde los socios directores no se ocupan de redactar a mano, sino que tienen unos equipos que trabajan, estudian, desglosan los asuntos, detectan los problemas y se lo someten al asociado principal para que dé el visto bueno y ponga el matiz correspondiente. Para que haya una Justicia rápida, eficaz y que pueda actuar con una inmediatez razonable (no excesiva para no ir en detrimento de las garantías), hay que cambiar la organización y los medios.



«Un Derecho que merece ser imitado, como el nuestro, es un Derecho que tiene un gran valor»

Joan Egea Fernández

Presidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña

Joan Egea Fernández (Olesa de Montserrat, 1951) es Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona con Premio Extraordinario, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra desde el año 1991, académico de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y miembro numerario del Institut d'Estudis Catalans.

Además de autor de un centenar de publicaciones científicas, investigador principal en distintos proyectos y miembro de varios consejos editores, ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (1994-2000), Vocal de la Junta Electoral Central (2000-2004) y miembro de la comisión que asesora a la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña (2005-2009). Como Vocal del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, ha participado en la elaboración de diversos anteproyectos en materia de Derecho Civil catalán. Entre los premios que ha recibido destacan la Medalla de Honor de la Generalitat de Cataluña por los excepcionales servicios a la Justicia (2010) y el Premio Francesc Vives del Institut d'Estudis Catalans (1982), entre otros.

Ha sido Vicepresidente del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña desde 2009 hasta 2013, año en el que asumió la Presidencia de la institución.



Entrevista

P: Hace justo un año que preside el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. ¿Qué balance hace de este primer año en la Presidencia?

R: El balance tiene que ser positivo necesariamente, aunque es un periodo muy breve para hacer balance, incluso si nos remontamos al inicio del Consejo de Garantías Estatutarias, hace cuatro años. Este último año, y también los tres anteriores, bajo la Presidencia del doctor Aja, ha estado marcado por algo que considero fundamental en un órgano colegiado, que es el espíritu de colaboración, la puesta en común. Esto da sus frutos en unos dictámenes que creo que tienen la calidad suficiente, no solo por el grado de unanimidad y de mayorías que se consigue, sino en sí mismos, desde el punto de vista del producto jurídico. Y este balance positivo no lo es solo en relación con los consejeros, sino que lo haría extensivo al personal, desde los letrados hasta los auxiliares. Porque, en una época de ajustes presupuestarios, en el que las bajas no se cubren y el trabajo se sigue haciendo igual, sin ellos esto tampoco funcionaría del mismo modo.

Los dictámenes hablan por nosotros

P: ¿Tiene alguna lectura jurídica el hecho de que la Presidencia haya pasado de un Catedrático en Derecho Constitucional como Eliseo Aja a un Catedrático en Derecho Civil como usted?

R: Creo que, en clave interna, no tiene ninguna trascendencia. De hecho, uno de los elementos que ayudan a que este organismo funcione es la ausencia de personalismos, y no solo de personalismos en cuanto a nombres, sino también en cuanto a la especialidad. De hecho, a pesar de la formación especialista del Presidente, sea constitucional o civil, este tiene poca capacidad de incidencia para dirigir un dictamen concreto hacia su vertiente específica. De lo que se trata es de unir conocimientos (los propios del área), aportar diferentes puntos de vista y sumar.

P: ¿Cuáles son los principales objetivos cumplidos y los retos de futuro?

R: El objetivo cumplido, no solo este último año, sino de todo el periodo de

cuatro años, es un objetivo muy modesto que yo centraría en el hecho de trabajar con discreción. Haber conseguido no aparecer en los medios si no es por los dictámenes, partiendo de la idea que hemos marcado de no hablar ni interpretando, ni leyendo, ni valorando los dictámenes, sino que los dictámenes hablen por nosotros. Este es el objetivo que nos propusimos y que hemos alcanzado en estos años. Y en el futuro, es lo que tenemos que intentar mantener.

Hacemos un control preventivo en relación con el control de estatutividad y de constitucionalidad de los proyectos y proposiciones de ley del Parlamento de Cataluña

P: ¿Podemos decir que el Consejo hace política preventiva?

R: Más que política preventiva (porque hablar de *política* en un órgano que es estrictamente técnico-jurídico quizás no sería adecuado), se acerca mucho a la idea de control preventivo. El Consejo realiza un control preventivo al menos en uno de los ámbitos que tiene asignados, que es el control de estatutividad y constitucionalidad de los proyectos y proposiciones de ley que son sometidos a nuestro dictamen procedentes del Parlamento de Cataluña. A nosotros nos toca valorarlos previamente a la aprobación, ver si tienen vicios o defectos de estatutividad o de constitucionalidad. Evidentemente, esto evita que en el futuro haya posibles invalidaciones constitucionales y, en este sentido, sí que podemos decir que cumplimos una función preventiva. En la otra vertiente, que es la del dictamen que se nos pide con carácter preceptivo, previamente al hecho de que el Gobierno de la Generalitat o el Parlamento de Cataluña interpongan un conflicto de competencia o un recurso de inconstitucionalidad, el aspecto preventivo no está tan presente porque hablamos de leyes que están en vigor. Aquí, lo que nosotros hacemos es, a partir de lo que los solicitantes creen que es inconstitucional, valorar si lo es o no. Pero esto no es estrictamente una función preventiva. La función preventiva se centraría más en las proposiciones y los proyectos de ley del Parlamento de Cataluña.

P: De los dictámenes emitidos hasta el momento bajo su Presidencia, ¿hay alguno que destacaría especialmente?

R: Es fácil destacar un dictamen por la repercusión mediática que tiene. Por ejemplo, los dictámenes referidos a la LOMQE, la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa, o el referido a la Ley de presupuestos catalana, que supuso que se retrasara su aprobación durante un mes. Sin embargo, también hay otros que, sin tener tanta repercusión mediática, desde dentro ves que el dictamen en sí y la ley que estás dictaminando tienen una repercusión práctica y operativa dentro del sistema autonómico mucho más importante. Me refiero, por ejemplo, a la Ley de garantía de unidad de mercado. Aunque no ha tenido repercusión mediática, ves que aquí hay una norma jurídica que altera o pretende modificar el sistema de distribución de competencias, y esto es importante. Y aún hay otros dictámenes que no tienen ni esta pretensión mediática ni son como la Ley de unidad de mercado, pero que presentan una gran complejidad técnica, como p. ej. uno en el que estamos trabajando en relación con la revalorización de las pensiones, una fórmula complicadísima que hay que averiguar para poder dar una solución adecuada. Es difícil, en conclusión, porque unos destacan desde la perspectiva mediática y otros, desde la jurídica.

Creo que la apreciación de nulidad del dictamen vinculante por parte del Tribunal Constitucional ha sido un error

P: En 2009, fruto de la reforma del Estatuto, el hasta entonces Consejo Consultivo (1981-2009) pasa a ser el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. La Sentencia del Tribunal Constitucional consideró inconstitucional y nulo el artículo 76.4, con referencia al hasta entonces carácter vinculante de los dictámenes. ¿Qué efectos reales ha tenido esta decisión?

R: Primero quisiera aclarar que el dictamen vinculante, que era el elemento más diferenciador respecto a las funciones que tenía antes el Consejo Consultivo, solo afectaba a un aspecto concre-



to del Estatuto: los derechos estatutarios. Y en el tiempo que estuvo en vigor el artículo del Estatuto que luego fue declarado nulo por el Tribunal Constitucional, no se resolvió ninguno que tuviese este carácter vinculante ni que se tramitara como vinculante. Hubo dos o tres alusiones al carácter vinculante del dictamen, pero no se resolvió ninguna con vulneración. Es decir, se pedía con carácter vinculante, pero se entendió que no tenían este carácter. A pesar de todo, creo que la apreciación de nulidad de este precepto estatutario por parte del Tribunal Constitucional, por el hecho de entender que nosotros estábamos asumiendo una función pseudojurisdiccional que se acercaba mucho a la del propio Tribunal Constitucional, ha sido un error. No obstante, debemos aceptar esta decisión, a pesar de que personalmente discrepo de ella. De hecho, lo único que hizo el Tribunal Constitucional fue anular el carácter vinculante del dictamen, pero no que pudiésemos dictaminar sobre la posible vulneración de derechos estatutarios. Y tampoco ha llegado ningún dictamen ni solicitud aplicados solo a derechos estatutarios. Por otro lado, parece lógico pensar que esto será excepcional, porque

cabe suponer que las leyes del Parlamento de Cataluña no se hicieron para vulnerar derechos estatutarios. Una cosa es que a una persona le vulneren un derecho estatutario y otra que, en sí misma, la ley ya vulnere derechos estatutarios. En el caso de que esto sucediera, debe entenderse que sería una excepción, sea por error o por mala técnica legislativa.

P: Los datos publicados anualmente por el Consejo reflejan que la gran mayoría de los dictámenes se aprueban por unanimidad y que, a pesar de no ser vinculantes, se respetan. ¿Qué lectura hace de estos datos?

R: Creo que, en sí misma, la unanimidad no es ni un valor ni una virtud, pero, por lo que he vivido dentro del Consejo y por la forma en que se han elaborado estas unanimidades, es indicativo de lo que decía al principio: el espíritu de colaboración y la puesta en común. Sobre todo, demuestra que el Consejo es un órgano colegiado en el que se trata de llegar a una posición común fruto de diversas aportaciones. Unas aportaciones que pro-

porcionan una perspectiva enriquecedora desde distintas áreas del Derecho, así como desde distintas profesiones jurídicas, desde el mundo universitario, el funcionariado, la Abogacía... Y todo esto también ayuda, desde estas distintas ópticas, a llegar a un punto común. A pesar de ello, como es lógico, siempre hay discrepancias, ya que en el ámbito del Derecho a menudo encontramos interpretaciones y puntos de vista diferentes, todos legítimos.

P: Como Catedrático en Derecho Civil, ¿cómo ve el proceso de codificación y armonización del Código Civil de Cataluña que se prevé finalizar este año?

R: Yo he formado parte, en una primera fase y hasta el año 2009, y debo decir que lo disfruté mucho y que ahora echo de menos no participar en estas tareas prelegislativas. Creo que en todo este tiempo se ha trabajado intensamente: desde el principio, con la recuperación de la autonomía, la reforma de la Compilación, luego las leyes especiales, los códigos sectoriales, el Código Civil único de Cataluña... hasta llegar al punto en que lo único que queda pendiente es el Libro VI, que se presentará y se aprobará en breve en el Parlamento de Cataluña. Así, no solo tendremos un Código homologable a los que hay en nuestro entorno, sino que diría que tendremos una normativa de la cual podríamos pedir incluso el *copyright*. Muchas otras autonomías, incluso otros países, se inspiran en nuestro Derecho Civil, lo que significa que es un Derecho bien hecho. Un Derecho que merece ser imitado es un Derecho que tiene un gran valor.

La aportación que hacen los notarios al Derecho Civil, con su visión práctica y aplicativa del Derecho y de la seguridad preventiva, es fundamental

P: ¿Y cómo valora la aportación del Notariado a esta codificación y a lo largo de la historia?

R: El Derecho Civil catalán no se entendería como es ahora sin la aportación del Notariado. Para no remontarme muy lejos, a la época de Falguera, e ir a la historia



Entrevista

más reciente, solo hay que decir que con la Compilación, Roca-Sastre, Ramón Faus y Figa Faura mantuvieron vivo todo aquel Derecho histórico, con forma articulada, y de ello hemos podido beber los civilistas. Y en la actualidad, evidentemente, la aportación que hacen los notarios (que he tenido como compañeros en varias comisiones), con su visión práctica y aplicativa del Derecho y de la seguridad preventiva, es fundamental. Recuerdo el papel que se reserva al Notario en las capitulaciones matrimoniales, en los pactos en previsión de ruptura matrimonial, en los poderes preventivos... Todo ello ha ido enriqueciendo y dando un nivel altísimo al que es nuestro Derecho en todas sus vertientes: el sucesorio, los derechos reales, el de la persona, el de familia... Y lo han hecho los profesionales, los notarios, pero también la institución, el Colegio, que ha sido una corporación fundamental en el ámbito del Derecho Civil de Cataluña.

P: En relación con el nivel de la seguridad jurídica, ¿cómo lo valora en nuestro país?

R: En lo relativo a la seguridad jurídica preventiva, la función notarial es esencial, eso no se puede cuestionar. De hecho, como decía antes, en el Derecho ca-

talán, el Notario está muy presente. Sin embargo, desde un punto de vista más general de la seguridad jurídica y basándome en la perspectiva vivencial, en lo que veo desde el Consejo con las leyes que nos llegan, me doy cuenta de que hay un cierto descenso en el nivel de la calidad democrática de las leyes. Y hago una reflexión en dos sentidos: por un lado, por el hecho de que en los últimos dos años las formas se han perdido. En el año 2012 tuvimos veintinueve decretos ley y, en 2013, hemos tenido diecisiete, y esto es una forma legislativa al margen de lo que es la representación política. Es cierto que ocurre al amparo de una innegable crisis económica y social, pero refleja una cierta improvisación, no saber por dónde se va y creer que con un decreto ley se arreglarán las cosas. Y, en otro sentido, también he observado, desde la pequeña atalaya que es el Consejo para ver las leyes estatales, que, paralelamente, hay una cierta inseguridad jurídica, ya que se aprovechan normas para modificar otras sin anunciarlo. En una norma sobre una cuestión determinada, aparece una disposición que no tiene nada que ver. Es cierto que se respeta el principio de jerarquía normativa, pero seguridad no da mucha. En este punto, también tenemos que mejorar. Porque esto de la seguridad jurídica no nos lo hemos inventado los ju-

ristas porque sí, sino que es algo económicamente medible. En este sentido, el Banco Mundial mide los países por su seguridad jurídica, y nosotros estamos hacia la posición noventa, en la mitad, en el ranking de cómo ven los inversores nuestro país en materia de seguridad jurídica. En definitiva, todavía se puede avanzar mucho en seguridad jurídica constitucional, la que depende del legislador. Y en cuanto a la preventiva, como decía, los notarios cumplen muy bien su función.

Hay un cierto descenso en el nivel de la calidad democrática de las leyes

P: También es miembro de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. En este sentido, ¿cuál cree que debe ser el papel de las principales instituciones jurídicas en el actual marco socioeconómico?

R: Las instituciones como la Academia, e incluso los colegios profesionales y la Universidad, lo que deben hacer es ser visibles. En la Academia, por





ejemplo, se hacen trabajos muy interesantes, pero a menudo no tienen trascendencia social y no llegan a la ciudadanía. Cuando hay profesionales que se dedican a estudiar, trabajar y discutir cuestiones a fondo, lo interesante sería que las propuestas que surgen llegaran al ciudadano (para conocerlas y tener más información) y a quienes tienen poder decisorio (para valorar si conviene o no adaptar una determinada normativa). No siempre surgen soluciones, pero se intenta aportar algunas a esta crisis económica, social y de valores. En la Academia nos hemos planteado hacerlo realizando sesiones abiertas, y me consta que desde los colegios y el mundo universitario también se comparte esta inquietud. Ahora el problema es que faltan medios para desarrollar actividades con trascendencia, como congresos y jornadas, que se intentan suplir con el ámbito digital e Internet, lo que facilita dar a conocer papeles y estudios. En este sentido, estamos avanzando, pero todavía debemos avanzar más.

La Justicia debe ser eficaz, prioritaria, no depender de coyunturas, informatizada y cercana al ciudadano

P: Para terminar, ¿cómo cree que debe ser la Justicia del siglo XXI?

R: Creo que nos podríamos conformar con una premisa muy básica, que es la eficacia: que la Justicia sea eficaz. Una



Justicia que te da una respuesta al cabo de siete u ocho años, como en el caso de la Justicia constitucional, o cuando hay una norma que quizás es anulada después de ocho o nueve años de tener vigencia y tiene efectos durante todo ese tiempo, ¿qué tipo de Justicia es? O cuando ves que las tasas de congestión de los juzgados no se reducen, sino que, aunque poco, se incrementan; cuando ves que nuestra tasa de jueces por cada cien mil habitantes aún es baja (no llega a once, cuando en otros países es mucho más alta) y el criterio es reducir y no contratar a jueces sustitutos; cuando ves cuáles son los medios econó-

micos... Por todo ello, en el futuro, imagino una Justicia eficaz, que sea prioritaria y no dependa de coyunturas, informatizada y cercana al ciudadano. Creo que es bueno plantearse objetivos modestos, no grandes objetivos, porque esto redundará en la eficacia: se requieren medios personales y materiales. Evidentemente, estamos en una época en la que esto es complicado, pero no debemos olvidar que la Justicia no solo resuelve problemas de ciudadanos concretos, sino que su buen funcionamiento repercute también en la economía del país y en la seguridad jurídica, y esto es básico y fundamental.

Dación en pago y novación de préstamo hipotecario: en busca de los herederos llamados

Problemas prácticos en una consulta a ClinHab y otros supuestos imaginables. Un excursus en la *interrogatio in iure*

Esther Arroyo Amayuelas

Doctora en Derecho y Profesora titular de Derecho Civil. Universidad de Barcelona
ClinHab. Clínica Jurídica en Derecho Inmobiliario y Mediación Residencial

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CLINHAB: EL APRENDIZAJE-SERVICIO
- III. UN CASO REAL: A LA BÚSQUEDA DEL HEREDERO...
- IV. REFLEXIONES FINALES

I. INTRODUCCIÓN

Solo en Barcelona, el número de hipotecas sobre fincas urbanas (viviendas, solares y otras fincas) otorgadas en el periodo 2008-2012 asciende a 97.162. El importe medio del préstamo garantizado equivale a 219.061 euros. La cifra desciende si solo tenemos en cuenta el número de hipotecas sobre viviendas (12.244) y también es sensiblemente menor su importe, que, de media, sería de 162.358 euros.⁽¹⁾ Las estadísticas no proporcionan indicaciones sobre la duración de los préstamos, pero si consideramos normal la hipótesis de devolución a treinta años, y sin la necesidad de entrar a analizar cuál es la media de edad de los deudores hipotecarios (y, por lo tanto, también su expectativa de vida a partir del momento en que contraen la deuda), podríamos con-

siderar, si no absolutamente normal, como mínimo sí verosímil, que el deudor acabe sus días sin haber podido honrar su compromiso con el acreedor (por regla general, una entidad bancaria).

Si este deudor no tiene un seguro que cubra la devolución del préstamo, son los herederos los que lo adquirirán, junto con el inmueble gravado. Es necesario, naturalmente, que estos herederos acepten la herencia. Sin embargo, puede suceder que o bien no se sepa quiénes son los herederos, o bien que sí que se sepa, pero no acepten ni repudien la herencia, o que solo la acepten algunos, sin que los otros hagan ninguna manifestación de aceptación o de repudiación. Esto nos lleva a hablar de la función y la finalidad de la *interrogatio in iure*, movidos por la voluntad de dar a conocer algunas de las consultas que se evacuan desde ClinHab y con el ánimo de plantear ulteriores hipótesis que se pueden dar en la práctica. Pero antes conviene explicar qué es ClinHab y cuál es su actividad.

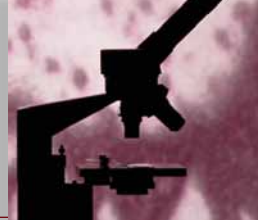
II. CLINHAB: EL APRENDIZAJE-SERVICIO

ClinHab es el acrónimo de Clínica Jurídica en Derecho Inmobiliario y Mediación

Residencial (<http://www.clinicajuridicainmobiliaria.org>), que, desde el mes de junio de 2012, ofrece información y orientación gratuitas en materia de vivienda a todos los ciudadanos que lo soliciten. En particular, se evacuan consultas relacionadas con los contratos de arrendamiento, de préstamo o crédito hipotecario, los desahucios o las ejecuciones de hipoteca, y se ofrecen servicios gratuitos de mediación residencial. La Clínica pretende alcanzar cuatro grandes objetivos:

—En primer lugar, transferir directamente a la sociedad una parte de los servicios en formación, investigación y docencia que actualmente se llevan a cabo en la Universidad, mediante la difusión de conocimientos jurídicos en materia de vivienda, con la finalidad de mejorar la cultura jurídica financiera de la población y fomentar la prevención a la hora de firmar contratos sobre la vivienda, así como revalorizar (*empower*) a las personas que padecen grandes problemas en este ámbito.

—En segundo lugar, se trata de introducir a los estudiantes de los últimos cursos del grado en Derecho en la resolución de casos reales para fomentar las compe-



tencias y habilidades que no adquieren en las aulas y, además, desarrollar su vocación de servicio a la sociedad.

—En tercer lugar, se trata de mejorar la capacidad de gestión y conocimiento de la realidad social por parte del personal investigador. La pretensión es orientar la investigación hacia las necesidades reales del país y hacer un análisis de los problemas que actualmente inciden en su economía a fin de incidir en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

—En cuarto lugar, se pretende aligerar la carga que actualmente soportan tanto las administraciones como las entidades sociales, gracias a la orientación gratuita desde la propia Universidad.

ClinHab se integra dentro del Proyecto «De dret al Dret» (derecho al Derecho), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, liderado por el Profesor Antonio Madrid. Desde su creación en 2009, la Clínica está codirigida por las doctoras Miriam Anderson e Isabel Viola y cuenta con la colaboración permanente de la Doctora Esther Arroyo y del Doctor Jorge Alegre de Miguel. Las tres primeras son profesoras titulares con dedicación exclusiva al Departamento de Derecho Civil, mientras que el último es Profesor asociado y Abogado. Asimismo, se cuenta con la valiosa colaboración de personal voluntario permanente con una larga experiencia en el sector bancario (Jaume Molera y Jaume Casas) y en el de la vivienda (Guillem Fernández).

Si consideramos la hipótesis de devolución a treinta años y que el deudor acabe sus días sin haber podido honrar su compromiso con el acreedor, obviamente, serán los herederos los que adquirirán, junto con el inmueble gravado la obligación de devolución del préstamo

La Clínica cuenta con el respaldo y la colaboración tanto de la Generalitat de Cataluña (Agencia de la Vivienda) como de otras instituciones públicas y privadas (Prohabitatge, el Colegio Notarial de Cataluña, el Decanato de los Registradores de la Propiedad, Provima y Alter-Serveis de Mediació), y tiene firmados convenios y protocolos con

FICHA TÉCNICA

Resumen: Con el presente trabajo se ofrece un modelo de dictamen para resolver algunas de las consultas que llegan a ClinHab. En este caso, el dictamen combina realidad y ficción, con la voluntad de mostrar otros problemas prácticos en los que podría haber derivado la consulta. La voluntad es dar a conocer a los estudiantes, por una parte, la identificación del problema; por otra, los pasos que deben seguirse para resolverlo y, finalmente, las posibles soluciones. A su vez, la exposición debía servir a los técnicos de la Generalitat que asistieron a las sesiones de formación para tener herramientas al alcance ante problemas idénticos o parecidos. A los autores del dictamen nos ha servido para constatar algo que ya sabíamos: “que la realidad siempre es más complicada de lo que la fría letra de la ley da a entender”.

Palabras clave: Préstamo hipotecario, dación en pago, herencia, *interrogatio in iure*.

Abstract: This work offers a model ruling with which to resolve some of the queries received at ClinHab. In this case, the ruling combines truth and fiction, with the aim of highlighting other practical problems which the query could have led to. The aim is to show students, on the one hand, the identification of the problem, and on the other, the steps that need to be followed in order to resolve it, and finally, the possible solutions. Meanwhile, the work would be useful for the officials at the Generalitat who attended the training sessions so as to provide them with tools with which to tackle identical or similar problems. For us as the authors of the ruling it has served to confirm something that we already knew: “that reality is always more complicated than the cold letter of the law would have you believe”.

Keywords: Mortgage lending, surrender of collateral in settlement of debt, inheritance, *interrogatio in iure*.

Cáritas, ADICAE, el Casal dels Infants de Barcelona y otras instituciones.

El proyecto es un servicio a la ciudadanía, ofrecido desde la propia Universidad, que tiene resultados visibles en cuatro ámbitos:

—Por una parte, la satisfacción de necesidades de las personas que han solicitado orientación legal y financiera en temas relacionados con su vivienda. Desde el mes de junio de 2012, se han atendido más de doscientas consultas.

—Por otro lado, ClinHab es un proyecto que pretende mejorar la calidad docente y son los estudiantes los que, debidamente autorizados, se forman para ayudar a otras personas. Se trata de poner en práctica un método de enseñanza basado en la experiencia.

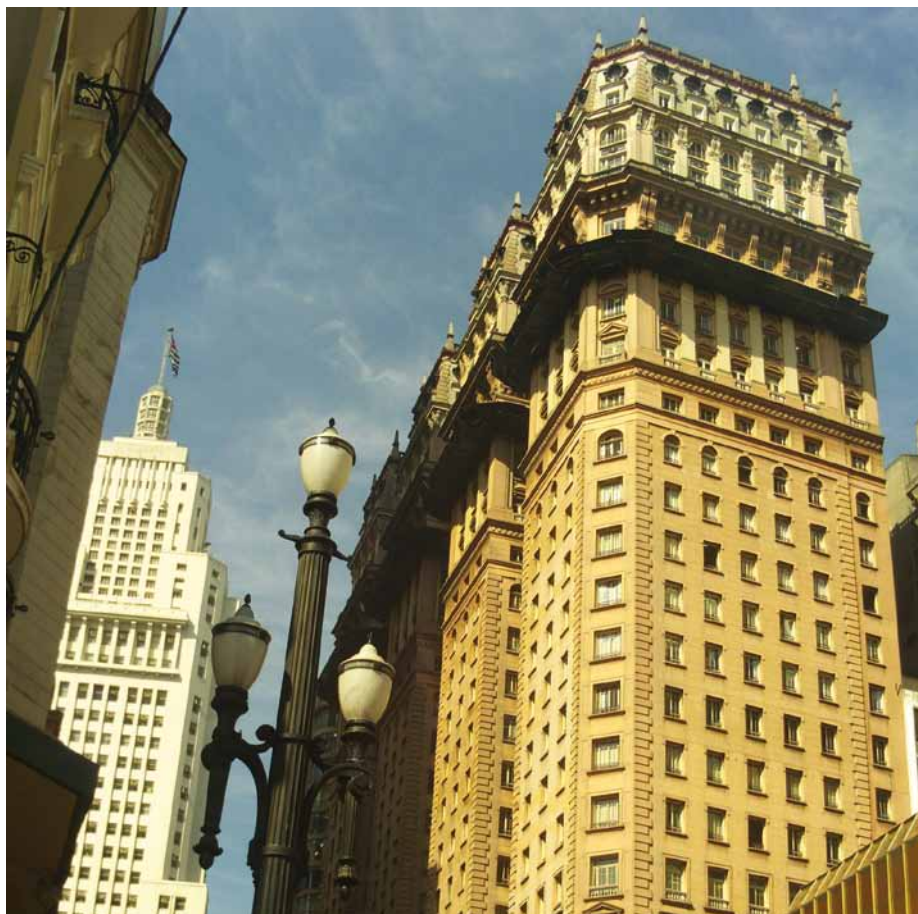
—Además, ClinHab coadyuva en la formación especializada de técnicos o profesionales encargados de tramitar o solucionar los problemas de los usuarios que utilizan sus servicios, que a menudo son personas en riesgo de exclusión social. Los cursos de formación a trabajadores de otras entidades públicas y privadas pretenden dar respuesta a la demanda creciente de tutela por parte de los ciudadanos, a menudo inmersos en una crisis sobrevenida de la cual no saben cómo salir.

—Finalmente, aunque no menos importante, la experiencia de ClinHab ha contribuido a delimitar mejor los objetivos de investigación del profesorado implicado. Esto se traduce también en la tutorización de trabajos de final de grado que, lejos de consistir en meras aproximaciones teóricas a cuestiones jurídicas, plantean alternativas innovadoras en materias como el acceso a la vivienda (v. gr. la masovería urbana), las leyes de segunda oportunidad y los argumentos a favor y en contra de la dación en pago, o que analizan detalladamente casos especialmente complejos que se han trabajado en ClinHab.

La experiencia del trabajo de la Clínica, de naturaleza eminentemente colaborativa, hace que participen en las actividades y en el servicio alumnos que no están matriculados, pero que entienden que esta es la mejor alternativa para realizar unas prácticas realmente tutorizadas, y que, en general, se establezcan lazos de contacto que se mantienen más allá de la finalización de los estudios en la Facultad.

III. UN CASO REAL: A LA BÚSQUEDA DEL HEREDERO...

Los problemas relacionados con la vivienda también pueden originarse *post mortem*, de forma que ClinHab no solo debe



resolver los típicamente vinculados a la titularidad de un inmueble, sino que, además, debe tratar de dar respuesta a los que se originan a consecuencia de la muerte de quien era el propietario. El pasado mes de octubre de 2012, se planteó una consulta⁽²⁾ el supuesto de hecho de la cual era el siguiente: según el Registro de la Propiedad, tres personas eran titulares de una finca urbana gravada con una hipoteca. Creyendo que uno de los cotitulares era solo fiador, la deuda solo la pagaban dos de estos tres cotitulares. Ante problemas de liquidez sobrevenidos que impedían continuar haciendo frente al pago de las cuotas hipotecarias, los deudores que se consideraban titulares únicos de la finca y de la hipoteca pidieron negociar con la entidad bancaria una moratoria (alargamiento de los plazos). Naturalmente, después de consultar al Registro de la Propiedad, donde constaba la triple titularidad del inmueble, la entidad bancaria exigió el consentimiento de los tres propietarios. El problema era que uno de ellos había muerto y, aunque aparentemente sea un dato circunstancial, el difunto era aquel a quien todos consideraban fiador. *De facto*, podría haber sido así (porque las

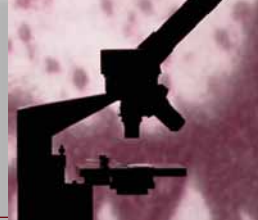
cuotas solo las pagaban dos de los titulares y porque los seguros que garantizaban el pago en caso de muerte solo habían sido requeridos a estos que, efectivamente, pagaban la deuda), pero el caso es que esto no era lo que constaba en el Registro de la Propiedad, como se acaba de comentar hace un momento. En consecuencia, sin el consentimiento de este propietario o, por subrogación en la titularidad, sin el de sus herederos, no se podían inscribir las nuevas condiciones de la hipoteca (art. 12 LH).

Después de hablar con ClinHab, no fue una moratoria lo que se terminó solicitando, sino la dación en pago, a la cual la entidad bancaria accedió. Pero esto no cambiaba las cosas. El problema seguía siendo el mismo: en el Registro constaba un titular que había fallecido y era necesario que fuera su heredero quien otorgara el consentimiento para la dación (junto con el resto de los cotitulares), ya que, de lo contrario, el prestamista no podía inscribir su titularidad cuando se le hiciera dación de la finca. Hay que añadir que la cuestión se complicaba, en este caso, por

que el cotitular muerto era una señora de nacionalidad armenia y, en consecuencia, intervenía un problema de Derecho Internacional Privado. Por lo tanto, de entrada, había que saber cuál era la ley que regía la sucesión del causante. Puesto que murió en España, las normas de conflicto españolas determinan la aplicación de la ley personal del causante (art. 9.2 y 9.8 CC): en este caso, el Derecho armenio. Fue, por lo tanto, de acuerdo con el Derecho armenio que se tuvo que determinar cuáles eran los parientes llamados a la sucesión, que eran los que tenían que aceptar o repudiar la herencia en la cual, entre otros bienes, había la cuota de propiedad del piso hipotecado. En el caso concreto, se trataba de una única hija de nacionalidad irlandesa y que vivía en Irlanda.

ClinHab ofrece información y orientación gratuitas en materia de vivienda a todos los ciudadanos que lo soliciten y se integra dentro del Proyecto «De dret al Dret» (derecho al Derecho), de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona

La particularidad del supuesto de hecho al cual nos acabamos de referir conllevó una serie de pesquisas que detallaremos a continuación y que, lo avanzamos ya, concluyeron con final feliz y, gracias a la ayuda de los notarios que colaboraron en la resolución del caso,⁽³⁾ podríamos decir que de forma relativamente sencilla, aunque no exenta de largos trámites burocráticos, especialmente para la heredera. Sin embargo, con independencia del desenlace real de nuestra historia, conviene alinear un poco el supuesto de hecho imaginando qué habría ocurrido si no hubiese sido evidente quién era el heredero designado y/o si éste todavía no hubiera aceptado la herencia, como ha ocurrido en otros casos tratados en la Clínica. Para facilitar la explicación, también imaginaremos que el problema se desarrolla en una órbita puramente nacional. Ahora trataremos una hipótesis de laboratorio, porque una de las finalidades de ClinHab también es, como se ha comentado antes, orientar la investigación de los profesores implicados en la resolución de problemas prácticos. Y lo que ocurre en la práctica es, por una parte, que a menudo no se conocen los herederos llamados y, por



otra, que, cuando se conocen, no siempre se muestran colaborativos a la hora de aceptar o repudiar. Esto nos dará paso para explicar el funcionamiento real de la *interrogatio in iure*, que, como se verá, genera una cantidad nada desdeñable de resoluciones (y no siempre orientadas en el mismo sentido).

La mayor parte de la explicación que sigue tiene una finalidad propedéutica y, seguramente, no reportará ningún beneficio sustancial a los lectores naturales de las páginas de esta revista, que es el colectivo de notarios. No obstante, no desistimos en el intento de hacerla para llamar la atención sobre algunas cuestiones que, vistas desde una perspectiva académica, no dejan de generar una cierta perplejidad.

1. La herencia es yacente hasta que el heredero la acepta

Cuando una persona muere, se puede producir una situación en la cual no sabemos ni cuántos ni quiénes son los herederos mientras nadie haya aceptado la herencia. Entonces se dice que la herencia es yacente. Puede permanecer así indefinidamente, hasta un máximo de treinta años desde la muerte del causante (art. 461-12.1 CCCat).⁽⁴⁾ El primer problema que plantea la situación de herencia yacente es determinar quiénes son los herederos llamados a la sucesión. Y para eso tenemos que saber, en primer lugar, si la herencia es testada o intestada. Si el causante ha hecho testamento, los herederos son los designados por el testador. Si el causante no lo ha hecho, la sucesión es intestada y los herederos llamados son las personas determinadas legalmente, según un Orden que es distinto en el Código Civil catalán y en el español, fundamentalmente a consecuencia de la diferente posición del cónyuge viudo.

2. Cómo podemos saber si la sucesión es testada o intestada y quién puede conocer el contenido del testamento

En general, el hecho de saber si el causante ha otorgado testamento es relativamente fácil, tanto si el testador tiene una copia en casa como si se conoce el Notario ante el cual se ha otorgado. En España, esto se puede saber a partir de la información que proporciona el Registro de Últimas Voluntades, dependiente del Ministerio de Justicia, que es donde se archivan las comunicaciones que los notarios envían al Colegio de Notarios sobre los testamentos auto-

rizados por ellos y que el Colegio comunica al citado Registro.

La solicitud al Registro de Últimas Voluntades no se podrá hacer hasta que hayan transcurrido quince días (hábiles) desde la fecha de la muerte y debe aportarse el certificado de defunción.⁽⁵⁾ Cuando el certificado de actos de última voluntad deba tener efectos en el extranjero, habrá que legalizarlo (mediante la apostilla, si el país ha firmado el Convenio de La Haya, por el Ministerio de Asuntos Exteriores).

¿Quién puede hacer la solicitud para obtener el certificado que nos informa de si el difunto ha muerto dejando testamento? La legitimación es de cualquier interesado que lo acredite. En el caso que se planteó en Clin-Hab, no tendría que haber habido ningún problema porque tanto la entidad bancaria, en calidad de acreedor, como los cotitulares de la finca hubieran podido obtener el certificado, si la testadora hubiese otorgado testamento en España. Sin embargo, el hecho de obtener la noticia de que hay un testamento no nos informa de su contenido. Eso solo nos lo puede decir el Notario, que deberá facilitarnos una copia. La pregunta, entonces, es: ¿quién puede obtener esta copia? En principio, los posibles herederos instituidos y todas las personas que acrediten un interés legítimo (art. 226 RN). Sin embargo, entre éstas no se considera a los acreedores, a pesar de que, paradójicamente, estas personas hayan obtenido un certificado de últimas voluntades. Parece que si los acreedores quieren saber quiénes son los herederos, tienen que esparilarse por su cuenta realizando gestiones, como ir al Registro Civil para saber quiénes son los familiares, ir al Registro de la Propiedad para saber si los herederos ya han aceptado e inscrito los inmuebles a su nombre o, quizás, solo para saber la dirección del causante y, a partir de aquí, poder continuar con ulteriores indagaciones. Los copropietarios de la finca tampoco habrían podido obtener una copia del testamento, de acuerdo con la doctrina fijada por la DGRN (Sistema Notarial) de 4 de mayo de 2009, que, precisamente, la deniega en un caso de petición de un cotitular inscrito a su nombre y al de la testadora.

A) Las particularidades de nuestro caso

Afortunadamente, en nuestro caso conocíamos el testamento y los herederos. La heredera era una hija que vivía en Irlanda y que, además, había aceptado la herencia en España antes de irse a aquel país, como

constaba en el documento que nos hizo llegar. El problema era que en la aceptación de esta herencia no constaba la tercera parte de la finca en cuestión, por lo que pareció recomendable hacer una escritura de adición de inventario en la que constara expresamente esta cuota. Efectivamente, puesto que la aceptación no puede ser parcial (art. 461-2.1 CCCat), el inventario ha de reflejar todos los bienes que integran la herencia.

Hay que tener en cuenta que en la práctica es muy frecuente que no se conozcan los herederos llamados y aún éstos conocidos, que no siempre se muestran colaborativos a la hora de aceptar o repudiar la herencia

Un problema ulterior era que, como se acaba de comentar, la hija heredera vivía en Irlanda y, naturalmente, no tenía ningún interés en desplazarse a Barcelona, ni para ir al Notario, ni para negociar con la entidad bancaria la dación en pago. La solución pasó por otorgar un apoderamiento a los otros cotitulares para poder hacer tanto una cosa como la otra. Los poderes tenían que otorgarse desde Irlanda ante un Notario irlandés. Y esto es un poco complicado, porque exige traducción jurada y apostilla (legalización) del Ministerio de Asuntos Exteriores irlandés. Al final, el documento lo hicimos nosotros y, una vez tramitado, los copropietarios pudieron ir a la Notaría, aceptar la herencia y liquidar el impuesto de sucesiones para este tercio de la finca. Esto permitió inscribir la titularidad de la heredera en el Registro de la Propiedad y, a partir de ese momento, la dación en pago ya no presentaba ningún problema.

B) ¿Qué habría pasado si la heredera testamentaria no hubiera querido aceptar voluntariamente? La *interrogatio in iure*

Tanto en España como en Cataluña, el mecanismo para conminar al heredero a aceptar o repudiar una herencia es la interpelación judicial (o *interrogatio in iure*). Este recurso solo tiene sentido cuando se sabe quién es el heredero instituido y éste no dice nada sobre la aceptación o la repudiación. El deudor difunto de nuestro caso tenía domicilio en Barcelona, de modo que debería haberse solicitado al Juez de pri-



mera instancia de su último domicilio (art. 52.1.4a LEC, art. 411-2 CCCat) que instara al heredero instituido a aceptar o repudiar (art. 461-12.2 CCCat). Debe tenerse en cuenta que, en Cataluña, este requerimiento no se puede hacer antes de un mes a contar desde la delación a los herederos designados, y que la delación no tiene por qué coincidir con la muerte del causante.⁽⁶⁾ Por el contrario, en el Código Civil español, la *interrogatio* no se puede hacer antes del transcurso de nueve días a contar desde la muerte del causante (art. 1004 CC). En realidad, si se tiene en cuenta que el certificado de últimas voluntades no se puede obtener hasta pasados quince días, en la práctica a menudo será este plazo el que se observe.

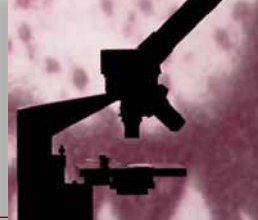
Se deberá requerir personalmente al heredero si se conoce su dirección; si se desconoce, el Juez tendrá que investigar por todos los mecanismos que prevé la LEC cuando regula las notificaciones (art. 156 LEC). Si se desconoce el domicilio, se tendrá que hacer una comunicación por edictos (art. 156.4 y 164 LEC). Esto último puede conllevar problemas de indefensión. Por eso, el AAP Barcelona (Sección 19.ª) de 15 de mayo de 2006 deja sin efecto la resolución que daba validez al silencio del demandado, teniendo en cuenta que, en el Derecho catalán, el silencio tiene un efecto drástico, que equivale a la repudiación de la herencia.⁽⁷⁾

En el presente caso, cierto resulta que se ha tratado de obtener por los medios ordinarios del Juzgado de instancia la efectiva notificación personal al llamado Salvador a fin de poder manifestar si aceptaba o repudiaba la herencia indicada. Así constan en las actuaciones las averiguaciones policiales, todas ellas con resultado negativo. Atendida la especialidad que consigna tanto el art. 28 del Codi de Successions como el art. 257 de la Compilación de Derecho Civil, así como los efectos y consecuencias relevantes para el heredero llamado, pues transcurrido el plazo otorgado por el Juzgado sin que acepte la herencia se considerará que la repudia, entendemos a la vista de las circunstancias del caso, tal y como destaca la propia resolución recurrida, que existen dudas razonables y poderosas en orden a tener por acreditado que el llamado ha tenido real conocimiento del llamamiento, y en atención a la trascendencia y virtualidad de ese real conocimiento, con las consecuencias tan trascendentes que conlleva, entendemos que no es posible acudir al extraordinario sistema de la citación edictal a estos efectos, ratificándose de este modo la resolución de instancia.

La *interrogatio* es un procedimiento de jurisdicción voluntaria que únicamente permite preguntar si el llamado acepta o repudia y en el cual no son posibles otros pronunciamientos, como «*acepto la herencia, pero no acepto el inventario por ser incompleto*», o «*acepto la herencia siempre*

que el dinero de caudal relicto se impute al pago del préstamo hipotecario del causante». Aparte de que la aceptación condicional no es posible (art. 461-2.1 CCCat), determinadas cuestiones deben quedar para un juicio declarativo posterior, según el AAP Gerona (Sección 2.ª) de 16 de octubre de 2000.⁽⁸⁾ Por lo tanto, no es posible que estos argumentos sean reputados como causas de oposición y que, en consecuencia, el procedimiento se vuelva contencioso. Son numerosas las resoluciones de las audiencias que entienden que el art. 1817 LEC solo permite convertir en contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria cuando la oposición hace inviable la resolución del Juez. No obstante, según el AAP Gerona (Sección 1.ª) de 24 de enero de 2012,⁽⁹⁾ quien insta el expediente no ejerce ninguna acción declarativa o de condena, sino que únicamente persigue una declaración de voluntad prevista en la ley. Por ello, en la misma línea, el AAP Barcelona (Sección 13.ª) de 18 de abril de 2012⁽¹⁰⁾ añade que la oposición solo es procedente cuando el demandado ejerce un derecho subjetivo ante quien promueve el expediente. Según las resoluciones citadas, este no es nunca el caso en la *interrogatio*, que tiene una naturaleza puramente coercitiva y en la que la oposición contradiría la propia naturaleza del acto. También resuelve las cosas en el mismo sentido el AAP Barcelona (Sección 17.ª) de 19 de julio de 2012,⁽¹¹⁾ que cita otras resoluciones que se pronuncian en sentidos diversos —así, AAP Barcelona (Sección 17.ª) de 30 de septiembre de 2009⁽¹²⁾ y AAP Barcelona (Sección 14.ª) de 13 de enero de 2006.⁽¹³⁾ Por otro lado, por más que se afirme que se escapa del ámbito de cognición del procedimiento de *interrogatio* la dilucidación sobre la posible aceptación tácita o presunta que el requerido hubiese hecho durante la litispendencia y que la voluntad del llamado se deduce exclusivamente de su actuación procesal —AAP Barcelona (Sección 11.ª) de 7 de septiembre de 2011—⁽¹⁴⁾ (debe aceptar ante el Juez o aportar escritura pública de aceptación ante Notario), a veces, la aportación de documentos que pueden ser indicio de aceptación tácita (v. gr. la aportación de una escritura de venta de un piso de la herencia, otorgada en calidad de heredero) ha permitido concluir que el procedimiento se vuelve contencioso —SAP Barcelona (Sección 14.ª) de 13 de enero de 2006.⁽¹⁵⁾

Desde el punto de vista procesal, el Juzgado debe realizar un requerimiento: acto de comunicación judicial que implica



ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad (art. 149.4 LEC). En este caso, el Juez requiere al delado para que emita un pronunciamiento sobre su voluntad de convertirse en heredero, lo informa del plazo que tiene para ello y de cuáles son las consecuencias si no dice nada. En el Derecho catalán, el llamado tiene dos meses para manifiesta si acepta o repudia, y la jurisprudencia admite que es necesario que comparezca personalmente, porque puede hacerlo a través de un representante —SAP Barcelona (Sección 1.ª) de 19 de mayo de 2009.⁽¹⁶⁾ Si solo se cita al delado para «escuchar» su opinión (ex art. 1813 LEC) y se le da un plazo «de tres días» para comparecer, la tramitación se considera anómala e incorrecta —AAP Barcelona (Sección 16.ª) de 25 de noviembre de 2004.⁽¹⁷⁾

Según la jurisprudencia, el plazo de dos meses es un plazo procesal de preclusión (art. 136 LEC y AAP Barcelona de 22 de abril de 2009)⁽¹⁸⁾ que, en consecuencia, no admite interrupción, suspensión o prórroga (así, para los plazos procesales establecidos por la LEC, art. 134 LEC). Sin embargo, en algún caso se ha admitido la suspensión; en concreto, en un supuesto en el cual el llamado había solicitado el nombramiento de Abogado y Procurador por el turno de oficio.⁽¹⁹⁾ Por otro lado, hay resoluciones que, una vez denegados los motivos de oposición del demandado al requerimiento, vuelven a fijar un nuevo plazo al delado, como si se hubiera interrumpido a consecuencia del recurso del requerido.⁽²⁰⁾

Tanto en España como en Cataluña, el mecanismo para conminar al heredero a aceptar o repudiar una herencia es la interpelación judicial (o *interrogatio in iure*) que solo tiene sentido cuando se sabe quién es el heredero instituido y éste no dice nada sobre la aceptación o la repudiación

En la Compilación, el plazo que tenía el delado para manifiesta su voluntad de aceptar o repudiar la herencia era de treinta días (prorrogables judicialmente por justa causa), y la *interrogatio* no se podía ejercer hasta pasados nueve días desde la muerte del causante (art. 257 CDCC). Asimismo, el interrogado podía comparecer

y solicitar derecho para deliberar (art. 259 CDCC). El Código de Sucesiones suprimió la posibilidad de que el delado solicitara acogerse al derecho a deliberar (una posibilidad que todavía admite el art. 1015 CC), que ya se podía considerar obsoleto en el momento de la promulgación de la Compilación,⁽²¹⁾ pero amplió el plazo de deliberación impuesto judicialmente a sesenta días y el *dies a quo* para instar la *interrogatio* se iniciaba a partir de los treinta días desde que el delado hubiese tenido conocimiento de la delación (art. 28.2 CS). Tanto en la Compilación como en el Código de Sucesiones, eran días naturales. El Código Civil catalán no varía este planteamiento, pero ya no se pronuncia en días, sino en meses (art. 461-12 CCCat). Los plazos de nueve días y (máximo de) treinta días son igualmente adoptados en los art. 1004 y 1005 CC, sin especificar su naturaleza. Ahora bien, tanto si el plazo viene fijado por días como por meses, el sistema de cómputo es procesal. Los plazos para las actuaciones juicio deben computarse de acuerdo con lo que prevé la LEC. La regla general es que, en el cómputo de los plazos señalados por días, deben excluirse los inhábiles (art. 133.2 LEC), y si el plazo se indica por meses, el cómputo debería realizarse de fecha a fecha (art. 133.3 LEC), teniendo en cuenta que si en el mes de

vencimiento no hay un día equivalente al inicial del cómputo, el plazo expira el último día del mes y que, en cualquier caso, los plazos que acaben en domingo o día inhábil se entienden prorrogados hasta el día hábil siguiente (art. 133.4 LEC). De todos modos, la *interrogatio* es un procedimiento de jurisdicción voluntaria y, en esta materia, debe prevalecer lo que todavía dispone la LEC 1881. Entonces son hábiles todos los días y todas las horas (art. 1812 LEC) —AAP Barcelona (Sección 13.ª) de 22 de abril de 2009.⁽²²⁾

Puesto que, como se ha dicho, el plazo para aceptar o repudiar es preclusivo, una vez transcurrido, cualquier acto posterior del interrogado manifestando de forma expresa o tácita la aceptación (v. gr. presentación de copia simple de otorgamiento de la escritura de legado, de fecha muy posterior al transcurso del plazo) no sirve para enervar los efectos ya producidos —AAP Barcelona (Sección 11.ª) de 29 de junio de 2007.⁽²³⁾

Los que pueden promover el expediente son los «interesados» en la sucesión. Naturalmente, entre estos «interesados» deben contarse los coherederos, legatarios, sustitutos, legitimarios o cualquier vocado que recibiría la delación en ausencia del ac-





tual titular del *ius delationis*. También son interesados los acreedores del heredero y del causante, aunque para estos últimos la cuestión es menos relevante, si resulta que ya pueden dirigir sus pretensiones contra la herencia yacente (art. 6.1.4 LEC) y obtener contra ella (y los herederos desconocidos) una sentencia de condena.⁽²⁴⁾ El AAP Barcelona (Sección 16.ª) de 28 de julio de 2006⁽²⁵⁾ resuelve un caso en el que el acreedor demandó la herencia yacente y, solo después de conocer el contenido del testamento, demandaba también a los instituidos, pero con la precisión de que previamente se les requiriese para que manifestaran si aceptaban o repudiaban, con la finalidad de saber exactamente cuál era la parte demandada. Puesto que el Juzgado condenaba en rebeldía tanto la herencia yacente como a los llamados como herederos, estos recurrieron la decisión argumentando en contra de la incorrecta constitución de la demanda en relación con su calidad de herederos, un argumento que la Audiencia aceptó, alegando, *de paso*, que no sería así, aunque esta forma de actuar fuera considerada un caso anómalo de *interrogatio in iure* (porque el efecto sería la repudiación). Posteriormente, el AAP Barcelona (Sección 14.ª) de 31 de enero de 2013 ya le deja claro a un legitimario que este expediente no es apto para que el heredero comparezca y diga si ha aceptado o no la herencia, si resulta que su única pretensión es saber contra quién debe dirigir la demanda para impugnar el desheredamiento realizado por el causante. Al efecto, se indica que se debe recurrir a las diligencias preliminares del art. 256.1.1 LEC.⁽²⁶⁾

Entre los legitimados para instar la *interrogatio*, el art. 1005 CC hace referencia a «*terceros interesados*». Según el dictamen del Abogado del Estado de 15 de febrero de 2005,⁽²⁷⁾ la expresión, literalmente interpretada, excluiría a quien no es tercero, es decir, a los llamados a la sucesión, como los coherederos u otras personas que deberían suceder en ausencia del llamado. Contra esta interpretación literal y de acuerdo con la jurisprudencia de las audiencias y la doctrina,⁽²⁸⁾ el Abogado del Estado concluye que *tercero interesado* es todo aquel «*que pueda alegar y justificar su interés legítimo en que se llegue a la determinación de la persona que tenga que asumir las titularidades del difunto*». Entre los legitimados, incluye al albacea y también a los acreedores del heredero (en el caso concreto, la Agencia Estatal de la Adminis-

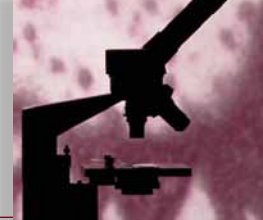
tración Tributaria). En pro de lo anterior (la legitimación de los acreedores del heredero), aporta argumentos sistemáticos sobre la relación entre los art. 1001 y 1005 CC que demostrarían la incongruencia que supondría permitir al acreedor personal oponerse a la renuncia realizada en perjuicio suyo pero no, en cambio, evitar la pendencia de este pronunciamiento, mediante la *interrogatio*, durante el largo tiempo que tiene el llamado para aceptar o repudiar. El Abogado del Estado alega, como argumento de refuerzo, la posible prescripción de los créditos en el ínterin. Este es un extremo que en Cataluña no plantea dudas, toda vez que el art. 461-12.2 CCCat deja claro que entre las personas interesadas en la sucesión se encuentran los acreedores del heredero.

El plazo para aceptar o repudiar es preclusivo, de tal forma que una vez transcurrido, cualquier acto posterior del interrogado manifestando de forma expresa o tácita la aceptación no sirve para enervar los efectos ya producidos

Ya se ha dicho que en el Derecho Civil catalán, los efectos de la *interrogatio* cuando el llamado no comparece o comparece, pero no responde a lo que se le pide, equivalen a la repudiación de la herencia. Es así aunque el heredero haya aceptado previamente en escritura pública, si resulta que no lo comunica al Juzgado o, incluso, aunque haya aceptado tácitamente, si después no reitera esta aceptación verbalmente o mediante un documento privado ante el Juez. Puesto que el juicio de jurisdicción voluntaria no conlleva cosa juzgada, se abre la posibilidad de un juicio ulterior (en su caso, por conversión en contencioso del de jurisdicción voluntaria, según la especial percepción del Juez en cada caso) en el cual se tenga que dirimir quién es, en realidad, el heredero real y quién el heredero aparente. El Código Civil español no impone el condicionamiento relativo a la escritura pública, e incluso la doctrina admite que no es preciso que la aceptación se realice ante el Juez, a pesar de reconocer que sería lo más operativo;⁽²⁹⁾ en cualquier caso, la discusión sobre este extremo pierde gran parte de sus sentidos si se tiene en cuenta que en el Código Civil el silencio equivale a acepta-

ción (art. 1005 CC), una aceptación que, en cualquier caso, no priva al heredero de acogerse posteriormente al beneficio de inventario (art. 1016 CC). En Cataluña, la aceptación como efecto solo se produce cuando el llamado es menor de edad o incapacitado; entonces, la aceptación es a beneficio de inventario por disposición legal (art. 461-12.3 y 461-16 CCCat). Se ha justificado esta solución por el hecho de considerar que se presupone que este es el interés contrario al del representante legal, que es el directamente interpelado.⁽³⁰⁾ Efectivamente, el menor o el incapacitado no deben sufrir las consecuencias negativas derivadas de la pasividad de sus representantes. Por ello, si la *interrogatio* se realiza cuando el delado todavía es menor, pero, por el hecho de no pronunciarse el representante, los efectos deben producirse una vez transcurrido el tiempo establecido judicialmente y resulta que aquel menor ya es mayor de edad, se impondría igualmente la aceptación a beneficio de inventario y no la repudiación.

La repudiación como efecto legal del silencio es la regla general, tanto si el delado comparece y calla como si se mantiene en rebeldía. Los efectos son únicos e iguales para todos los interesados que instan la *interrogatio*. La repudiación es tratada como una sanción al comportamiento del delado,⁽³¹⁾ sea quien sea, y prescinde de los intereses enfrentados de las personas que instan el requerimiento. De acuerdo con la tradición jurídica catalana mayoritaria,⁽³²⁾ quizás habría sido mejor especificar que «*uno entiende repudiada la herencia*» solo en relación con los sustitutos vulgares o fideicomisarios (art. 425-1.1, 425-3, 426-7 y 426-8 CCCat) o con los coherederos, en una situación de comunidad, a los cuales sí que interesa que, transcurrido el plazo de aceptación o repudiación, la herencia se tenga por repudiada (como valor de silencio). A los acreedores del heredero, los efectos de su silencio no les reporta ninguna utilidad. Ante la repudiación, deberán procurarse la satisfacción por otros mecanismos, entre ellos, el que proporciona el art. 461-7 CCCat (repudiación en perjuicio de los acreedores). También a los legatarios, a los legitimarios y a los acreedores de la herencia les reportaría más beneficio que esta se reputara como aceptada: por una parte, para evitar los problemas que puede conllevar el hecho de averiguar quién es el heredero llamado siguiente y, por otra, para evitar una situación de yacencia que puede acarrear un retraso considerable



en la satisfacción de las obligaciones del causante, las legítimas y los legados, que no se extinguirían, sino que subsistirían a cargo del siguiente delado (art. 411-1, 461-11, 427-8.3 y 441-2.1 CCCat), si no es que, tocando los legados, este hubiera sido impuesto a un gravado determinado con carácter personalísimo (art. 427-8.3 CCCat). Si fuera así, es evidente que el legatario tendría un motivo adicional para defender que el silencio no debería sancionarse con la repudiación del heredero.

La *interrogatio in iure* al legatario también conlleva la repudiación del legado ante su silencio (art. 427-16.7 CCCat). Este es el único efecto posible, si se tiene en cuenta que la aceptación del legatario solo consolida su adquisición (art. 427-16.1 CCCat) y, por lo tanto, la delación solo comporta, en realidad, un *ius repudiandi*. Precisamente por esto (a diferencia de lo que ocurre con la *interrogatio* al llamado a título de heredero), solo pueden ejercer la *interrogatio* los interesados en la repudiación, como son el sustituto vulgar en el legado, colegatarios con derecho de acrecer, acreedores del heredero o el propio heredero gravado. Lo único que hacen estas personas es imponer un plazo de ejercicio a este *ius repudiandi*. La solución legal de tener el legado por repudiado no es ilógica, a pesar de las críticas doctrinales que entienden que habría sido preferible que la *interrogatio* tuviera el efecto de consolidar la adquisición del legatario.⁽³³⁾

Si por la repudiación del heredero interrogado, la herencia tiene que deferirse abintestato, previamente será necesario que los herederos abintestato estén declarados.⁽³⁴⁾

C) ¿Cómo poder saber quiénes son los herederos abintestato?

Tanto en el caso de que la herencia se tenga que considerar repudiada y, a falta de otros llamados en el testamento, proceda la apertura de la sucesión intestada, como si, de entrada, resulta que en el Registro General de Actos de Última Voluntad consta que el difunto no había otorgado testamento, ¿qué hay que hacer? Como regla general, habrá que hacer una declaración de herederos abintestato como paso previo a la *interrogatio*, en el caso de que los herederos así declarados no acepten voluntariamente la herencia. Esta declaración será judicial o notarial, según el grado de parentesco:

descendientes, ascendentes y cónyuge pueden ser declarados herederos por el Notario (art. 979 LEC); más allá (hermanos, tíos y primos), por el Juez (art. 980 LEC). El Notario es competente para hacer un acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato de un causante extranjero domiciliado en España.⁽³⁵⁾

El dictamen combina realidad y ficción, con la voluntad de mostrar problemas prácticos y sus soluciones. A los autores del dictamen nos ha servido fundamentalmente para constatar algo que ya sabíamos: "que la realidad siempre es más complicada de lo que la fría letra de la ley da a entender"

La pregunta concreta es: ¿los cotitulares de la finca hipotecada podrían haber solicitado la declaración de herederos abintestato? Si la declaración debe hacerla el Notario, parece que no, porque el Notario, a diferencia del Juez, no puede hacer investigaciones a propósito de quiénes son los herederos, ni conminar a nadie a ir a la Notaría. Por lo tanto, los cotitulares tendrían que haberse espabilado para encontrar a los herederos y convencerlos de que fueran voluntariamente para que el Notario los pudiera declarar herederos. Podían saberlo, por ejemplo, yendo al Registro Civil y comprobando si tenía hijos, si estaba casado, etc. De todos modos, sería verosímil pensar que si los cotitulares saben quién es el heredero y llevan al Notario un testimonio de la relación de parentesco, este sí que podría citarlo en la Notaría para proceder a hacer la declaración.

Para que el Notario pueda declarar la calidad de heredero llamado a la sucesión intestada, hay que aportar: el certificado de la muerte del causante; el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del causante; el libro de familia del causante o los certificados del Registro Civil que acrediten la existencia del matrimonio o de hijos, y la declaración de dos testigos que afirmen que son ciertos los hechos que constan en el acta de declaración de herederos. Estos testigos podrían ser parientes del difunto (por consanguinidad o por afinidad), siempre que no ten-

gan interés directo en la declaración (art. 209 bis, 4 y 5 RN).

En caso contrario, habrá que recurrir al Juez. El Juez que tenga conocimiento de que una persona ha muerto sin testamento y sin parientes debe iniciar las indagaciones necesarias para averiguar quiénes son los herederos (art. 791 LEC), a base de interrogar a amigos y vecinos o a cualquier persona que pudiera ser pariente. En última instancia, la citación se hará por edictos. Puede realizar estas indagaciones de oficio, pero también a instancia del Ministerio Fiscal (sí, al fin y al cabo, los bienes pueden ir a parar al Estado o a la Generalitat, el Ministerio Fiscal tiene interés en averiguar si el causante deja herederos) o de cualquier interesado, y entendemos que perfectamente también podrían serlo, en nuestro caso, los cotitulares de la finca (art. 978 LEC).

Si los herederos se presentan y son descendientes, ascendentes o cónyuge, probablemente el Juez les dirá que pasen por la Notaría; en otro caso, declarará herederos a aquellos que se presenten. Si no se presenta nadie o los presentados no son reconocidos por el Juez, la herencia se declarará vacante.

IV. REFLEXIONES FINALES

En las páginas precedentes, se ha expuesto un modelo de dictamen que permite ver algunas de las consultas que llegan a ClinHab. En este caso, el dictamen combina realidad y ficción, con la voluntad de mostrar otros problemas prácticos en los que podría haber derivado la consulta. La voluntad es dar a conocer a los estudiantes, por una parte, la identificación del problema; por otra, los pasos que deben seguirse para resolverlo y, finalmente, las posibles soluciones. A su vez, la exposición debía servir a los técnicos de la Generalitat que asistieron a las sesiones de formación para tener herramientas al alcance ante problemas idénticos o parecidos. A los autores del dictamen nos ha servido para constatar algo que ya sabíamos: que la realidad siempre es más complicada de lo que la fría letra de la ley da a entender.

(1) Para los datos concretos, véase el Departamento de Estadística del Ayuntamiento de Barcelona (<http://www.bcn.cat/estadistica/castella/dades/economia/renda/hp/t21.htm>), que, desde 2008 y hasta 2013, desglosa para cada año el número



de hipotecas, el importe global mensual y anual y el importe medio por mes y año. Los datos se refieren tanto al total de las fincas urbanas como, separadamente, al total de viviendas, solares y otras fincas urbanas. Aquí se ha extraído el importe medio del total de hipotecas constituidas sobre viviendas a base de calcular los importes medios anuales en el periodo 2008-2013.

- (2) Discutida colectivamente, la interlocutora principal fue la Doctora Miriam Anderson.
- (3) Reiteramos el agradecimiento al Doctor Ángel Serrano y al señor Antonio Longo, ambos notarios de Barcelona.
- (4) El plazo quedará suprimido si se aprueba la propuesta de modificación del párrafo 1.º del art. 461-12: «El derecho del llamado a aceptar o repudiar la herencia no está sometido a plazo». Vid. BOPC n.º 190, de 18 de noviembre de 2013, pág. 24.
- (5) Art. 5.2.3, Anexo II, RN.
- (6) Conviene mencionar la incorrecta redacción del art. 461-12.2 CCCat, en el que el pronombre *llur* (que se refiere a los interesados en la sucesión) debe ser sustituido por la expresión *al seu favor* (a su favor), es decir, «a favor del llamado». Lo señalan acertadamente Joan Egea Fernández y Josep Ferrer Riba, *Codi Civil de Catalunya i legislació complementària amb notes de concordança i jurisprudència*, 14.ª ed., Ed. EUB, Barcelona, 2011, pág. 472 (nota de concordancia al art. 461-12 CCCat).
- (7) AC 2006/1902. Ponente: Miguel Julián Collado Nuño.
- (8) Ponente: Juan Manuel Abril Campoy (JUR 2011/43544).
- (9) Ponente: Fernando Ferrero Hidalgo (Repertorio Cendoj).
- (10) Ponente: Juan Bautista Cremades Morant (Repertorio Cendoj).
- (11) Ponente: María Sanahuja Buenaventura (JUR 2012/394882).
- (12) Ponente: José Antonio Ballester Llopis (Repertorio Cendoj).
- (13) Ponente: Francisco Javier Pereda Gámez (Repertorio Cendoj).
- (14) Ponente: Antonio Gómez Canal (JUR 2011/362175).
- (15) Ponente: María del Carmen Vidal Martínez (Repertorio Cendoj).
- (16) Ponente: Enrique Alavedra Farrando (Repertorio Cendoj).
- (17) Ponente: Jordi Seguí Puntas (JUR 2005/21565).
- (18) Ponente: Fernando Utrillas Carbonell (JUR 383882).
- (19) Crítico con el Juzgado de instancia, *vid.* AAP Barcelona de 7 de septiembre de 2011. Ponente: Antonio Gómez Canal (JUR 362175): «[...] sucesivos avatares, que

han interrumpido ese plazo de manera inusitada [...]».

- (20) *Vid.* los relatos de los hechos que dan lugar al AAP Barcelona (Sección 13.ª) de 18 de abril de 2012. Ponente: Juan Bautista Cremades Morant (Repertorio Cendoj). También el AAP Gerona (Sección 1.ª) de 24 de enero de 2012. Ponente: Fernando Ferrero Hidalgo (Repertorio Cendoj).
- (21) Ramon Faus Esteve y Francisco Condomines Valls, *Derecho Civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1960, pág. 268: «Excede de lo anecdótico, y por consiguiente es importante tenerlo en cuenta, que durante las deliberaciones de la Comisión de Ponentes, estos estuvieron de acuerdo en no haber presenciado durante la larga experiencia profesional de todos y cada uno, ni un solo caso de ejercicio del derecho a deliberar, aunque sí bastantes del beneficio de inventario».
- (22) Ponente: Fernando Utrillas Carbonell (JUR 383882).
- (23) Ponente: José Antonio Ballester Llopis (JUR 2007/276934).
- (24) STJC de 3 de octubre de 2005 (RJ 2006/1008). Ponente: María Eugenia Alegret Burgués.
- (25) Ponente: Jordi Seguí Puntas (JUR 2007/70853).
- (26) Ponente: Enrique Alavedra Farrando (Repertorio Cendoj).
- (27) JUR 2007/351440.
- (28) *Vid.* la amplia relación detallada por Esteve Bosch Capdevila, «Comentario al art. 1005 CC», en Ana Cañizares Laso (et al.) (dir.), *Código Civil comentado*, II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1524-1525.
- (29) Esteve Bosch Capdevila, «Comentario al art. 1005 CC», en Ana Cañizares Laso (et al.) (dir.), *Código Civil comentado*, II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1526-1527.
- (30) Anna Casanovas Mussons, «Comentari a l'art. 461-13 CCCat», en Joan Egea Fernández y Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, II, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 1492-1493.
- (31) Esteve Bosch Capdevila, «Comentario al art. 1005 CC», en Ana Cañizares Laso (et al.) (dir.), *Código Civil comentado*, II, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 1527, entendiéndose preferible esta solución (la repudiación) a la del Código Civil español (la aceptación), porque considera que el art. 1005 CC no concuerda con la idea de que la aceptación de la herencia requiere un acto expreso. Ahora bien, lo mismo puede decirse de la repudiación (art. 1008 CC). Si la ley prevé unos de-

terminados efectos, sean cuales sean, es precisamente para suplir la inactividad del delado o como sanción a su comportamiento (art. 1002 CC). Seguramente, la opinión del autor está condicionada por el hecho de que la Compilación navarra impone la aceptación como efecto del silencio en un sistema en el que la herencia ya se entiende adquirida *ipso iure* desde el momento de la muerte del causante (Ley 315 FNN). En contra se podría alegar que el Derecho catalán prevé exactamente el efecto contrario para el caso de que el destinatario de la *interrogatio in iure* sea el legatario (que también adquiere *ipso iure* desde la muerte del causante y, en cambio, su silencio se sanciona con la repudiación). En realidad, la solución tendría que depender de los intereses de las personas que insten la *interrogatio*, como se argumenta en el texto.

- (32) Sobre el particular, *vid.* Esther Arroyo Amayuelas, *L'Estatut jurídic del curador en el Codi de Successions*, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2001, pág. 38 (para la doctrina del *ius commune*) y pág. 273 (para la doctrina catalana del siglo XIX).
- (33) Así, Antoni Mirambell Abancó, «Els lilegats. La nova regulació segons la Llei 49/1191, de 30 de desembre: Codi de Successions per causa de mort en el Dret Civil de Catalunya», en Àrea de Dret Civil UdG (coord.), *El nou Dret Successori de Catalunya*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pág. 120. También Antoni Mirambell Abancó, «Comentari a l'art. 427-17 CCCat», en Joan Egea Fernández y Josep Ferrer Riba (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les successions*, I, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pág. 802. En cambio, favorable a la interpretación que aquí se da es Ángel Serrano de Nicolás, «Els lilegats», en Adolfo Lucas Esteve (dir.), *Dret Civil català, III: Derecho de sucesiones*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 2010, pág. 270.
- (34) A pesar de ello, en un caso evidente en el que un hijo del causante repudió la herencia testada y fue llamado igualmente como heredero en la intestada, el AAP Barcelona (Sección 1.ª) de 27 de diciembre de 2010 (Ponente: María Dolors Portella Lluch) admitió la legitimación de dicho hijo para recibir la *interrogatio*, a pesar de que no se había hecho la declaración de herederos intestados: «[...] condicionar la viabilidad de la interrogatio a la pretendida declaración de herederos abintestato podría perjudicar el derecho del acreedor a defender su crédito».
- (35) RDGRN de 18 de enero de 2005 (reproducida en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 46, 2006, pág. 139 y s., con nota de Isidoro Antonio Campo Vidal).

La necesaria reforma del contrato de préstamo

María Paz Sánchez Sánchez
Notario de Madrid

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA TRANSPARENCIA: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. «THE MARKET FOR LEMONS»
- III. EL INTERÉS
- IV. REFORMAS PROPUESTAS
- V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Un clamor popular, consecuencia de la crisis económica que padecemos, pide la reforma del contrato de préstamo. Analizaremos los contratos que representan operaciones de activo, aquellas en las que el banco presta al cliente. Es decir, en las que el cliente resulta deudor. Las normas sobre transparencia debieran aplicarse a todos los contratos de financiación, ya denominen al prestatario *consumidor, emprendedor, empresario, deudor hipotecario* o, como dice la propuesta de Código Mercantil siguiendo la expresión de Alberto BERCOVITZ⁽¹⁾, *operador económico u operador del mercado*. Todos ellos tienen derecho a una información veraz y uniforme que les permita comparar antes de decidir.

El estudio que realizamos se refiere a los contratos denominados en la propuesta de



Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, contratos financieros, «*todos los contratos que tienen como objeto el dinero no como medio de pago o cumplimiento de la obligación, sino como "objeto directo" del contrato*». Y los define en el art. 571-1 diciendo que: «*Son contratos financieros aquellos por los que, teniendo por objeto una cantidad o suma de dinero de curso legal, una o ambas partes conceden o facilitan a la*

otra, directa o indirectamente, financiación monetaria en la forma, plazo o términos que estipulen, a cambio de un precio».

II. LA TRANSPARENCIA: CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. «THE MARKET FOR LEMONS»

La transparencia del mercado de crédito es el corolario económico del derecho de información de los que intervienen en él. Un



FICHA TÉCNICA

Resumen: El estudio que realizamos se refiere a los contratos denominados en la propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, contratos financieros, «*todos los contratos que tienen como objeto el dinero no como medio de pago o cumplimiento de la obligación, sino como "objeto directo" del contrato*». Analizaremos los contratos que representan operaciones de activo, aquellas en las que el banco presta al cliente. Es decir, en las que el cliente resulta deudor. Las normas sobre transparencia debieran aplicarse a todos los contratos de financiación, ya denominen al prestatario *consumidor, emprendedor, empresario o deudor hipotecario*.

Palabras clave: Contrato de préstamo, consumidores, bancos, deudores hipotecarios, transparencia.

Abstract: This study concerns the contracts defined as being financial contracts in the draft Commercial Code drawn up by the Commercial Law Section of the General Codification Commission: 'all contracts for which the subject-matter is money, not as a method of payment or performance of the duty, but rather as the "specific subject-matter" of the contract'. We shall examine contracts which represent asset transactions, in which the bank lends to the client resulting in the client becoming a debtor. The rules on transparency ought to apply to all finance contracts, irrespective of whether the borrower is referred to as the consumer, entrepreneur, business proprietor or mortgagor.

Keywords: Loan contracts, consumers, banks, mortgagors, transparency.

mercado transparente es aquel en el que todos los participantes tienen información exacta y sin coste alguno. Es decir, en el que oferentes y demandantes conocen el precio y las características del producto que se ofrece en el mercado, que en este caso es el crédito. Debería resultar sencillo calcular el precio del préstamo, pues el objeto del contrato es una cantidad de dinero, el precio o interés se paga en dinero, y este es fungible. Sin embargo, en la práctica no es así. La retribución del prestamista (denominada en los contratos *intereses, comisiones, compensación por desistimiento, gastos de estudio* y un largo etcétera, fruto de un gran esfuerzo creativo) puede calcularse de muchas formas. Por esta razón, al no existir una manera uniforme de determinar la prestación a favor del acreedor, no resulta fácil para el deudor elegir el préstamo que mejor satisfaga sus legítimos intereses. El consumidor suele confundir interés nominal y coste real del crédito. De ahí la necesidad de un precio único, y ese precio único calculado de la misma forma en toda la Unión Europea es la TAE.

Lejos de ser transparente, el mercado de crédito presenta información asimétrica. Oferentes y demandantes no tienen el mismo grado de conocimiento. En 1970, George A. AKERLOF describió los efectos producidos como consecuencia de los diferentes grados de información que poseen las dos partes que negocian un contrato. Lo hizo en un artículo de trece páginas, «The Market for "Lemons"»⁽²⁾. En este contexto, *lemon*

no significa 'limón', sino 'cacharro', 'chatarra'. En dicho trabajo, analiza la influencia de la información asimétrica en los mercados. Para su estudio, eligió el mercado de coches usados, no por su importancia, sino por lo sencillo que resulta para comprender la información asimétrica, dice el autor.

En el mercado de vehículos de segunda mano, hay coches buenos y malos. Estos son conocidos como «*lemons*». El vendedor de un coche usado conoce datos que el comprador ignora. Por eso se dice que la información que poseen las partes no es simétrica. De ahí que los mercados no sean perfectos. A consecuencia de este artículo, se aprobaron en muchos estados de los Estados Unidos leyes «*lemons*» para proteger al consumidor. También en el mercado de crédito, el vendedor (prestamista) conoce datos que el comprador (prestatario) ignora.

Una de las consecuencias de la información asimétrica, pone de manifiesto AKERLOF⁽³⁾, aunque en otro contexto, es que puede darse la ley de Gresham (la moneda mala expulsa a la buena). También en el mercado de crédito, si no se elimina la información asimétrica, el crédito malo (el engañoso) expulsa al bueno (el que consta en un contrato con cláusulas claras, redactadas con arreglo a la buena fe). Aunque la información asimétrica ha sido objeto de estudio por muchos autores, algunos galardonados con el Premio Nobel⁽⁴⁾, el trabajo de AKERLOF, que en 2001 obtuvo el Nobel de Economía, cons-

tituye un referente por su brevedad y fácil comprensión.

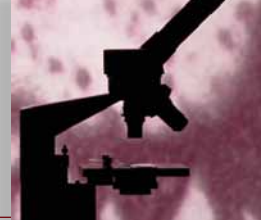
Señala AKERLOF que la información asimétrica es consecuencia de la falta de honradez de los vendedores y que tiene un coste no solo para el comprador, que paga un sobreprecio, sino también para la sociedad, porque los vendedores más honrados son expulsados del mercado. Así es: si el mercado no es transparente, es probable que la parte más débil elija el préstamo que aparentemente, pero solo aparentemente, resulte más barato. El legislador tiene que evitar que esa elección sea consecuencia de una información engañosa.

Contemplan las asimetrías informativas las memorias anuales del Servicio de Reclamaciones del Banco de España de los últimos años, cuya lectura puede ilustrar sobre la existencia de «*lemons*» en el mercado del crédito concedido por entidades sujetas a su supervisión.

En el ordenamiento jurídico español, muchas disposiciones llevan la transparencia en el título. Todas hablan de ella en los preámbulos y en las exposiciones de motivos. Pero no encontramos la definición de *transparencia* en ningún precepto. No se dice qué requisitos ha de cumplir un contrato para ser transparente.

Las normas sobre transparencia debieran aplicarse a todos los contratos de financiación, ya denominen al prestatario consumidor, emprendedor, empresario, deudor hipotecario o, como dice la propuesta de Código Mercantil, operador económico u operador del mercado

El origen de la normativa sobre transparencia se halla en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (modificado por la Ley 41/2007), que contiene una delegación a favor del Ministro de Economía y Hacienda. El primer desarrollo reglamentario sobre transparencia fue la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes



y publicidad de las entidades de crédito. Después, fueron publicadas la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. Normas derogadas y sustituidas por las hoy en vigor. En su redacción inicial, estas normas contenían fórmulas más sencillas para el cálculo de la TAE.

En el ordenamiento jurídico español, muchas disposiciones llevan la transparencia en el título. Todas hablan de ella en los preámbulos y en las exposiciones de motivos. Pero no encontramos la definición de transparencia en ningún precepto. No se dice qué requisitos ha de cumplir un contrato para ser transparente

Actualmente, la información que ha de suministrarse al usuario y las fórmulas aplicables se encuentran en una serie de normas dispersas: Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, dedicada a este servicio bancario específico; 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, que extiende el régimen de transparencia a otros intermediarios financieros diferentes de las entidades de crédito, y Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Se ha discutido la naturaleza jurídica de la normativa sobre transparencia. Como dice PETIT LAVALL⁽⁵⁾, «no puede ser pasado por alto el debate existente al respecto, dado que, en función de cuál sea su consideración (como normas de Derecho Privado o de Derecho Público), serán distintas las consecuencias derivadas del incumplimiento de las circulares del Banco de España. Tal discusión se ha planteado a raíz del tenor literal del art. 48.2 LDIEC».

La transparencia es un concepto jurídico indeterminado. No aparece definida en nuestras leyes, ni en las directivas comunitarias. Como concepto jurídico indeterminado, su valoración entra en las facultades propias de la función jurisdiccional. Como dice Rodrigo BERCOVITZ⁽⁶⁾, el recurso a estos conceptos «es siempre un método peligroso, por el grado de inseguridad que introducen, que solo se debe sufrir cuando venga impuesto por la naturaleza del problema o por la inexistencia de otros criterios jurídicos».

Analiza la transparencia la famosa sentencia de las cláusulas suelo (STS de 9 de mayo de 2013). Distingue entre el «filtro de incorporación» y el «control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”». Y dice: «La cláusula suelo está enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro [...]».

Veamos qué dice esa cláusula (uno de los casos de la Sentencia) de «tan difícil comprensión» y «enmascarada», que, por cierto, como reconoce la Sentencia, sigue la Orden de Transparencia entonces vigente (la de 5 de mayo de 1994): «3. bis. 3. Límites a la variación del tipo de interés. El tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podrá

ser, en ningún caso, superior al 12,00 % ni inferior al 2,50 % nominal anual». «Diferencial sobre tipo de referencia: El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará sumándole 0,500 PUNTOS al tipo de referencia».

Interés = Euribor + 0,50

Interés ≤ 2,5

Si Euribor ≥ 2, se aplica la fórmula Euribor + diferencial

Si Euribor ≤ 2, el banco cobra 2,5 % de interés

En fin, tan complicada cláusula financiera se resuelve con una sencilla operación aritmética: una sustracción. Los menos avezados pueden resolverla por tanteo, por el método de la prueba y error. Ahora bien, para que el prestatario pueda prestar un consentimiento informado, es preciso que tenga a su disposición el proyecto de escritura para su examen tres días antes del otorgamiento, como prevé la norma vigente (art 30.2 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios). Dada la extensión de las escrituras de préstamo hipotecario, el deudor necesita analizar el contrato que





va a suscribir, por lo menos, en ese período de reflexión de tres días. Sin ese examen previo, es dudoso que entienda las obligaciones que contrae.

Y si la transparencia es un parámetro, veamos el significado del término. El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define *parámetro* como: «1. m. *Dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación*. Es difícil entender esta situación basándonos en los parámetros habituales. // 2. m. *Mat. Variable que, en una familia de elementos, sirve para identificar cada uno de ellos mediante su valor numérico*».

No acierto a entender la transparencia como *parámetro* en su acepción vulgar. Siguiendo el ejemplo de la RAE, tendríamos que decir: «Es difícil entender este préstamo basándonos en la transparencia del contrato». Pero ¿no será más lógico y hasta más transparente decir: «Es difícil entender este préstamo basándonos en los parámetros habituales señalados en el Informe PISA»? El parámetro no es la transparencia de los préstamos (cualidad del préstamo), sino las circunstancias señaladas en el Informe PISA (cualidad del sujeto): que los españoles destacamos por nuestra escasa formación matemática.

Tampoco alcanzo a ver la transparencia como *parámetro* en su acepción matemática en el contrato de préstamo. *Parámetro* es un valor que ya está incluido en una función. Ejemplo: una función que calcula la altura de un árbol (h) establece que la altura es función de la edad. Tendremos h (años) = $20 \times \text{años}$. Por tanto, «años» es una variable y «20», un parámetro. Con el parámetro fijado, un árbol de 10 años tendrá una altura de 200 (20×10). Se podría establecer una expresión matemática que midiera la transparencia de los contratos financieros en función de la exactitud en el cálculo del coste efectivo, de que se cumpliera el período de reflexión y de una serie de variables que se ponderarían. En este caso, el parámetro no sería la transparencia, sino los coeficientes de las variables que se ponderan en la función.

Por aplicación de los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece (art. 6) que en la contratación de préstamos hipotecarios, cuando el prestatario sea persona física

y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Es exigible en préstamos con suelo y techo en los que el límite a la baja sea menor que el límite al alza o que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien que se concedan en una o varias divisas.

Cuando el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato

La expresión manuscrita figura regulada bajo la rúbrica de «Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios». La DGRN (Resolución de 5 de febrero de 2014) señala que «se trata de una medida de protección especialmente reforzada, como se indica en la propia rúbrica del precepto». Ahora bien, si la expresión manuscrita es una medida de «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario» (sic), constituye un derecho del deudor. ¿Puede el deudor renunciar a esta protección fortalecida? En principio, sí. La ley que lo regula no prohíbe la renuncia. Se trata de la renuncia de un derecho que no es contraria a ninguna norma imperativa, ni prohibitiva (art. 6.3 CC). Tampoco es contraria al interés, ni al orden público, ni perjudica a terceros (art. 6.2 CC).

III. EL INTERÉS

1. Concepto

El interés es el precio por el uso del dinero. Su justificación resulta clara con base en que el ser humano prefiere el consumo presente a consumir en el futuro. Tiene en cuenta el interés la inflación, así como el riesgo de que el acreedor no cobre lo que

se le debe por la insolvencia del deudor (riesgo de crédito). Como dice HUERTA DE SOTO⁽⁷⁾, «el ser humano, en su escala valorativa, valora siempre más, a igualdad de circunstancias, los bienes presentes que los bienes futuros». El interés suele expresarse como un porcentaje anual. Llama la atención que en los estudios jurídicos sobre el contrato de préstamo no se realice ni un solo cálculo.

Nuestro Código de Comercio define el interés con una frase de elegante simplicidad: «Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor» (art. 315-2 CCom.). Esta definición permite integrar fórmulas creadas para proteger a la parte más débil del contrato (TAE) y para permitir al acreedor la percepción de intereses de forma que no resulta totalmente clara (comisiones, gastos de estudio, seguros, compensación por desistimiento, etc.).

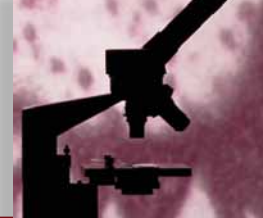
Muchos elogios ha recibido el art. 315-2 CCom. Como dice SÁNCHEZ CALERO⁽⁸⁾, «el Código parte, con acierto, de una noción amplia de interés al considerar como tal “toda prestación pactada a favor del acreedor” (art. 315.2), lo que permite incluir, además de los intereses declarados como tales, las formas indirectas de fijar los mismos, como puede ser elevar la cantidad que ha de devolverse respecto a la recibida». Señala CORTÉS⁽⁹⁾ que «el Código, con acierto, reputa interés “toda prestación pactada a favor del acreedor”, “pudiendo así distinguirse el interés nominal o teórico que se asigna en estrictos términos financieros a la financiación, y el real o efectivo que, de hecho, se satisface tras la adición de comisiones”».

2. Interés proporcional y no proporcional al tiempo

El art. 315-2 CCom. permite distinguir dos clases de interés: el proporcional al tiempo y el que no lo es.

a) Un **interés o rédito que es proporcional al tiempo**. También llamado *interés nominal anual* o *tipo deudor*.

Es el concepto tradicional de *interés*. Se habla del interés en tanto por ciento (el interés nominal anual que figura en los contratos) y del interés en términos absolutos (el que se calcula con base en el interés nominal anual, aplicando la fórmula del *carrete*).



Ejemplo 1. Préstamo francés. Capital del préstamo de 1.000 euros, que devenga el 9 % nominal anual, pagadero mensualmente. Ha de devolverse en 3 cuotas mensuales iguales, que comprenden capital e intereses. La cuota mensual comprensiva de capital e intereses asciende a 338,35 euros:

En el cuadro, puede observarse que los intereses se cobran en función del capital pendiente de amortizar. Los intereses devengados se calculan aplicando la fórmula denominada *del carrete*, acrónimo de *capital por rédito por tiempo*. Cuando el tiempo se mide en días:

$$\text{Interés} = \text{capital} \times \text{rédito} \times \text{tiempo} / 36.500.$$

Como se pagan al final de cada mes, el interés mensual es 9/12.

Por eso en el primer mes se paga: $1.000 \times 9 / 1.200 = 7,50$ euros.

El segundo mes solo se deben 669,15 euros de capital ($1.000 - 330,85$ amortizados el mes anterior). Luego, el interés es:

$$\text{Interés} = 669,15 \text{ euros} \times 9 / 1.200 = 5,02 \text{ euros}.$$

El tercer mes, el capital pendiente de amortizar es 335,81 euros. Luego, el interés es:

$$\text{Interés} = 335,81 \text{ euros} \times 9 / 1.200 = 2,52 \text{ euros}.$$

Vemos la diferencia entre el interés nominal anual, que se expresa en tanto por ciento, y el importe absoluto de los intereses devengados en un período, que se expresa en moneda de curso legal. En este ejemplo, el interés nominal anual es del 9 %. El interés mensual es 0,75 % (9/12). El importe absoluto de los intereses devengados asciende a 7,50 euros, el primer mes; a 5,02 euros, el segundo, y a 2,52 euros, el tercero.

Este sencillo ejemplo permite comprender un error muy frecuente. Se dice que en el préstamo francés los intereses se pagan al principio, que eso no es justo y que, al final, cuando ya no se pagan intereses, no compensa amortizar anticipadamente. Eso no es cierto. El interés es proporcional al capital y al tiempo. A más tiempo y más capital, más interés.

N.º mes	Interés	Cuota	Amortización	Intereses	Capital pendiente
0	0,00 %	0,00 €	0,00 €	0,00 €	1.000,00 €
1	9,00 %	338,35 €	330,85 €	7,50 €	669,15 €
2	9,00 %	338,35 €	333,33 €	5,02 €	335,81 €
3	9,00 %	338,33 €	335,81 €	2,52 €	0,00 €

Los resultados anteriores pueden obtenerse visitando la web del Banco de España: http://www.bde.es/clientebanca/simuladores/simulador_hipotecario.htm.

Ejemplo 2. Interés flat. La práctica más abusiva para calcular los intereses devengados es el denominado *interés flat*. En este sistema, se calculan los intereses mensuales no en función del capital no amortizado, sino en función del capital prestado. La cuota de interés será siempre igual. En el ejemplo anterior (préstamo de 1.000 euros al 9 % nominal anual, pagadero mensualmente con cuotas iguales comprensivas de capital e intereses), tenemos el siguiente cuadro:

$$\text{Interés} = 1.000 \times 9 / 1.200 = 7,50 \text{ euros}.$$

$$\text{Capital} = 1.000 / 3 = 333,33 \text{ euros}.$$

$$\text{Cuota mensual} = 333,33 + 7,50 = 340,83 \text{ euros}.$$

Puede observarse que la cuota, en este caso, es mayor, y sería aún mayor si mayor fuera el plazo de amortización, porque el deudor paga intereses sobre capital no utilizado. Es ciertamente abusiva. Ha caído en desuso. Pero nunca tuvo tanta publicidad como la cláusula suelo. Esta fórmula sí está enmascarada. En las memorias más recientes del Servicio de Reclamaciones del Banco de España no se menciona, lo cual significa que no ha habido quejas de clientes de entidades de crédito sobre esta materia. La fórmula del *interés flat* fue calificada por el organismo supervisor como «*mala práctica bancaria*».

Actualmente, aunque no prohibido expresamente, constituye un uso de comercio, ya incorporado a nuestras fuentes escritas, que los intereses se calculan en proporción al capital pendiente de restituir (art. 6-f de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y art. 573-6 de la Propuesta de Código Mercantil).

Aplicar la fórmula del *interés flat* es abusivo y probablemente produce préstamos usurarios, que no son calificados como tales por los tribunales de Justicia sencillamente porque atienden solo al interés nominal. Un préstamo *flat* tiene muchas probabilidades de cumplir el supuesto de hecho contemplado en el art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios («*un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*»). Sin embargo, no conozco ninguna resolución judicial que contemple el *interés flat*.

b) Un interés que no es proporcional al tiempo.

Los intereses no proporcionales al tiempo se denominaron *comisiones*. Nacieron para aparentar que el coste del crédito era menor. Creaban una especie de «ilusión monetaria» en el consumidor, incapaz de calcular el coste real del crédito. GARRIGUES⁽¹⁰⁾, en *Contratos bancarios*, no contempla el cobro de comisiones por los bancos. En la

N.º mes	Interés	Cuota	Amortización	Intereses	Capital pendiente
0	0,00 %	0,00 €	0,00 €	0,00 €	1.000,00 €
1	9,00 %	340,83 €	333,33 €	7,50 €	666,67 €
2	9,00 %	340,83 €	333,33 €	7,50 €	333,34 €
3	9,00 %	340,84 €	333,84 €	7,50 €	0,00 €

retribución de los préstamos concedidos por entidades financieras, las comisiones han cobrado relevancia paulatinamente. En algunas ocasiones, se denominan *gastos* (gastos de estudio), *compensación*, etc. Así, el consumidor no piensa que son intereses.

Aplicar la fórmula del interés *flat* es abusivo y probablemente produce préstamos usurarios, que no son calificados como tales por los tribunales de Justicia sencillamente porque atienden solo al interés nominal

El art. 315-2 CCom. autoriza a considerar intereses no solo los que son proporcionales al tiempo y las comisiones, sino también las primas de seguros pagadas por el consumidor y tomador del seguro al prestamista o entidad aseguradora del mismo grupo. También son intereses las prestaciones que el deudor realiza para obtener un tipo de interés menor, por ejemplo, cuando compra un producto financiero. ¿Acaso no son prestaciones pactadas a favor del acreedor? Vemos que el concepto de *coste total del crédito* ya figuraba en el Código de Comercio, aunque sin denominarlo así. Todo lo que cobra el acreedor son intereses. Esta es, sin duda, la mejor fórmula para informar al consumidor.

3. Coste total del crédito en términos absolutos y en tanto por ciento (TAE)

Con base en el concepto amplio de *interés* que incluye todo lo que cobra el acreedor, podemos distinguir el coste total del crédito en términos absolutos, que se expresa en moneda de curso legal, y el coste total del crédito en términos relativos, expresado en tanto por ciento. El primero se denomina *coste total del crédito* (CTC) y el segundo, *coste efectivo anual* o *tasa anual equivalente* (TAE)⁽¹⁾.

Si en el ejemplo 1 anterior tenemos en cuenta las comisiones, hallamos el coste total del crédito. Para una comisión de apertura del 1 % del capital prestado, tendremos:

Comisión apertura = $1.000 \times 1 / 100 = 10$ euros.

Esta comisión es satisfecha por el deudor cuando recibe el capital. De hecho, en la cuenta del deudor, se abona el capital y se carga la comisión de apertura el mismo día.

Suponiendo que el acreedor no percibe ninguna otra prestación, el coste total del crédito está constituido por los intereses del ejemplo 1 más los 10 euros de comisión de apertura. En el siguiente cuadro, vemos los pagos que realiza el deudor:

La suma de intereses y comisiones es precisamente el coste total del crédito, que en el ejemplo asciende a 25,04 euros.

El coste total del crédito ofrece la ventaja de que resulta muy sencillo de calcular. Presenta, sin embargo, el inconveniente de que no tiene en cuenta ni el tiempo ni el capital. Un euro hoy vale más que un euro dentro de un año. Y tampoco tiene en cuenta que cuanto mayor es el capital, mayor es el coste total del crédito. El coste total del crédito no nos permite comparar. Para que el mercado sea transparente, necesitamos un precio único y una forma uniforme de calcularlo. Y eso es la TAE, siglas de *tasa anual equivalente*: el precio del crédito calculado de manera uniforme. Elemento imprescindible para hacer del mercado de crédito un mercado transparente, la TAE permite que el mercado de crédito, con información asimétrica, con muchos «lemons», se vuelva transparente.

Para expresar el coste total del crédito en términos relativos, en tanto por ciento, necesitamos una fórmula. Dos son las

fórmulas que se pueden aplicar: la europea de la TAE, prevista en las directivas comunitarias y en la normativa española, y la americana del APR (*annual percentage rate*), aplicada en los Estados Unidos y regulada en la TILA (Truth in Lending Act – Ley sobre la Verdad en los Préstamos). En ambos casos, se utiliza interés compuesto para períodos superiores al año.

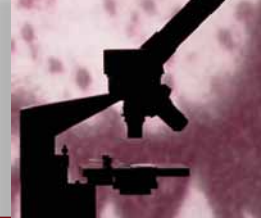
Un ejemplo numérico puede aclarar la diferencia entre TAE y APR. Supongamos un préstamo al 12 % anual, sin comisiones. En este sencillo ejemplo, el banco presta 100 euros y el cliente paga 12 euros de intereses en un plazo, en dos, en cuatro o en doce, y al final del año restituye el capital prestado.

En el caso anterior, un préstamo al 12 % de interés nominal anual sin comisiones, vemos que la TAE varía al hacerlo la frecuencia de pago de intereses, mientras que el APR es siempre el mismo: 12 %. Es más, la TAE es mayor cuanto menor es el período capitalización. Es mayor si se paga mensualmente, que trimestralmente.

¿Qué magnitud informa mejor sobre el coste del crédito: la TAE o el APR? El interés compuesto descansa en la hipótesis de que el acreedor reinvierte los intereses obtenidos al mismo tipo de rendimiento. En el interés simple, sin embargo, los cobros efectuados durante el año no producen rendimiento alguno. Una entidad financiera puede reinvertir los frutos al mismo tipo de interés, mientras que los ingresos intermedios de un particular permanecen inactivos en su cuenta corriente, sin producir rentabi-

N.º mes	Interés	Cuota	Amortización	Intereses y comisiones	Capital pendiente
0	0,00 %	0,00 €	0,00 €	10,00 €	1.000,00 €
1	9,00 %	338,35 €	330,85 €	7,50 €	669,15 €
2	9,00 %	338,35 €	333,33 €	5,02 €	335,82 €
3	9,00 %	338,33 €	335,82 €	2,52 €	0,00 €
Total				25,04 €	

Interés nominal	Plazos	TAE	APR
12	Año	12,00 %	12,00 %
12	Semestre	12,36 %	12,00 %
12	Trimestre	12,5508 %	12,00 %
12	Mes	12,68250 %	12,00 %



lidad alguna. En las operaciones bancarias activas, aplicando interés compuesto, obtenemos el tanto prestamista: la rentabilidad de la operación para la entidad financiera. Mientras que a interés simple hallamos el coste de la operación para el deudor. De ahí que TAE y APR presenten distinto significado financiero. La TAE es el tanto prestamista, representa la rentabilidad del acreedor. El APR, sin embargo, es el coste de la operación para el deudor.

Veamos el cálculo de la TAE de los ejemplos 1 y 2.

En el ejemplo 1, hemos de tener en cuenta lo que recibe el deudor y lo que paga y el momento en que lo hace. Para calcular la TAE, no tenemos en cuenta que el interés nominal anual es 9 %, sino que recibe 1.000 euros, pero paga 10 en el mes 0. Y paga cada mes 338,35 euros.

N.º mes	Paga	Recibe
0	10,00 euros	1.000,00 euros
1	338,35 euros	
2	338,35 euros	
3	338,34 euros	

La ecuación para calcular la TAE se plantea valorando todos los pagos en el momento inicial. Como los pagos se realizan mensualmente, hallamos el interés efectivo mensual, en función de lo que paga y recibe el deudor. Vemos que se introduce el pago de 10 euros en concepto de comisión de apertura.

$$1.000 = 10 + 338,35 (1+i_{12})^{-1} + 338,35 (1+i_{12})^{-2} + 338,34 (1+i_{12})^{-3}.$$

$$i_{12} = 1,25939897 \%$$

A partir del interés efectivo mensual, podemos calcular el interés efectivo anual o TAE:

$$\text{TAE} = 16,2048 \%$$

En vez de realizar los cálculos anteriores, puede consultarse la web del Banco de España: http://www.bde.es/clientebanca/simuladores/simulador_tae.htm.

En la web anterior, el Banco de España calcula la TAE con un decimal: 16,2 %. Desde la transposición de la Directiva de 1990, está permitido, aunque no debería ser así, porque sustrae información al consumidor y resulta sencillo calcular con dos o tres decimales.

Esto significa que es equivalente un préstamo simple de 1.000 euros, con comisión de apertura de 10 euros y devolución del capital prestado y pago de intereses mediante tres cuotas mensuales de 338,34 euros, a un mutuo cuyo capital es 1.000 euros y el deudor cumple las obligaciones de restituir el capital prestado y pago de intereses satisfaciendo al final del año (el TAE es anual) la cantidad de 1.162,04 euros (suma de capital de 1.000 euros más los intereses de un año calculados a tipo TAE).

Para calcular i_{12} , hemos planteado una ecuación de grado n que se resuelve por tanteo, por el método de la prueba y error. Así lo hacen las calculadoras. Cuantas más iteraciones se realizan, más precisos son los resultados obtenidos.

Si observamos tanto la tabla como la ecuación que calcula i_{12} , vemos que podemos restar 1.000 de 10 y escribirlo en la parte derecha de la ecuación. Tan agudo comentario aparece, en las observaciones, en todas las directivas y normas vigentes que regulan la TAE, solo que expresado de la siguiente forma:

Se puede reformular la ecuación utilizando solamente un sumatorio y empleando la noción de flujos (A_k), que serán positivos o negativos, es decir, respectivamente pagados o percibidos en los periodos 1 a n , expresados en años, a saber:

$$S = \sum_{k=1}^n A_k (1+X)^{-tk}$$

donde S es el saldo de los flujos actualizados, cuyo valor será nulo si se quiere conservar la equivalencia de los flujos.

¿Ayuda esta observación al consumidor o a quien quiera estudiar la TAE? Evidentemente, no.

Las observaciones que figuran junto a la fórmula, repetidas en todas las normas, se presume que están para ayudar al lector a comprender el concepto. La mejor es la que figura en primer lugar, la de la letra a), que dice: «Las sumas abonadas por cada una de las partes en diferentes momentos no son necesariamente iguales ni se abonan necesariamente a intervalos iguales».

Tan sutil observación fue introducida por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, que modificó la Directiva del Con-

sejo de las Comunidades Europeas 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo. Desde entonces, no hay Directiva ni disposición protectora de los derechos de los consumidores o buscadora de la transparencia que no la incluya. La primera vez que leí la observación, pensé que había un error de traducción y busqué el texto en inglés. Pero no había error de traducción. Sencillamente, la frase pretende poner en conocimiento del consumidor que las sumas que paga y las que recibe no son «necesariamente iguales». Naturalmente, y la diferencia está constituida por la retribución del acreedor: son los intereses que percibe. A consecuencia de la Directiva, se modificaron la Ley 7/1995, de crédito al consumo, y las normas reglamentarias sobre transparencia.

Entre las modificaciones introducidas que suponen un retroceso en la información que se suministra a la parte más débil, destacan: la obligación de expresar la TAE con «una precisión» (sic) de un decimal, la supresión del margen de error permitido en el cálculo y expresar la fórmula con exponentes decimales

La Directiva de 1990, además de las observaciones, modificó la fórmula de la TAE, haciéndola más difícil de comprender y de resolver. Menos mal, eso sí: el resultado final es el mismo. Podemos seguir utilizando la fórmula antigua. Entre las modificaciones introducidas por esta Directiva que han supuesto un retroceso en la información que se suministra a la parte más débil, destacan: la obligación de expresar la TAE con «una precisión» (sic) de un decimal, la supresión del margen de error permitido en el cálculo y expresar la fórmula con exponentes decimales.

IV. REFORMAS PROPUESTAS

Tres reformas resultan imprescindibles en la regulación de los contratos financieros: definir la transparencia, modificar la regulación de la TAE y regular los denominados por el Banco de España *requisitos adicionales* (RA).



1. Definir la transparencia

La transparencia no debe ser un concepto jurídico indeterminado, porque produce inseguridad jurídica.

Puede decirse que un contrato financiero se reputa transparente si concurren las circunstancias siguientes:

- Si el deudor ha examinado el contrato (proyecto de escritura o póliza).
- Si ha dispuesto de dicha información en el período de reflexión previsto en la ley y no ha renunciado a este derecho.
- Si los datos contenidos en el contrato son correctos. Entendiendo por tal que el coste total del crédito y la TAE consideren *interés* toda prestación pactada a favor del acreedor. La TAE ha de calcularse con un margen de error inferior al que la ley establezca y expresarse con tres decimales, como mínimo. Han de constar expresamente las variables que no se incluyen en el cálculo de la TAE (comisión de amortización anticipada, de disponibilidad, intereses de demora, etc.) y explicar cómo se determina el interés variable, en su caso.

La transparencia, así definida, se basa en elementos objetivos. No precisa que el Notario examine al deudor, como prevé la Ley 1/2013 (art. 6). El prestatario puede analizar el documento e informarse durante el período de reflexión. Ahora bien, si no lo hace, habrá error inexcusable, que *«pudo ser evitado, empleando una diligencia media o regular»*. *«Se excluye la apreciación del error cuando quien lo invoca no ha puesto la diligencia debida en evitarlo: pudo conocer con exactitud los hechos a que el mismo se refiere, empleando la diligencia que le era exigible (STS 7-VII-81, 15-11-77, 27-V-82, 11-XII-67)»*. Si una norma con rango de ley define la transparencia, no resultará aplicable *«el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta»*, como dice la Sentencia de la cláusula suelo.

En cuanto a la información precontractual, no veo la necesidad de entregar una ficha-resumen: el deudor se informa mejor si analiza el mismo instrumento que va a firmar. Aunque al legislador le gusta entregar un documento (dice que resumen, precon-

tractual). Estos resúmenes se caracterizan porque en cada norma adoptan una denominación diferente y en ninguna resultan claros (FIRPE, FIPRE, oferta vinculante, información normalizada europea... Lo último es el FEIN, o Ficha Europea de Información Normalizada, como lo denomina la Directiva de 4 de febrero de 2014).

Unas normas copian de otras y repiten literalmente lo mismo. A modo de ejemplo (OM de 28 de octubre de 2011), aunque en todas se dice:

«La TAE aplicable a su préstamo es [TAE].

Comprende:

- *Tipo de interés.*
- *Otros componentes de la TAE.*
- *Coste total del préstamo en términos absolutos».*

Lo peor es que el futuro no es esperanzador, porque en la **Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo**, que será transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico, probablemente mediante transcripción literal, se dice lo mismo:

«La TAE aplicable a su préstamo es [TAE].

Comprende:

El tipo de interés [valor en porcentaje o, si ha lugar, indicación de un tipo de referencia y del valor porcentual del margen del prestamista].

[Otros componentes de la TAE]».

No sabía yo que la TAE tuviera componentes. Siempre pensé que la TAE era función, o dependía del interés nominal, las comisiones y las demás prestaciones pactadas a favor del acreedor. Así que si el prestatario quiere entender el significado de la TAE y qué variables se tienen en cuenta para su cálculo, ya lo sabe: depende del tipo de interés y de otros componentes de la TAE.

He ahí otro ejemplo de por qué el consumidor tiene que leer el contrato y no esa información precontractual resumida. La FEIN, la de la Directiva de 4 de febrero de 2014, la última y más exigente, dice literalmente⁽¹²⁾:

«9. Reembolso anticipado

Este préstamo puede reembolsarse anticipadamente, íntegra o parcialmente.

(Si ha lugar) [Condiciones].

(Si ha lugar) Comisión de reembolso anticipado: [insértese el importe o, si no es posible, el método de cálculo].

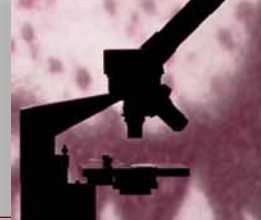
(Si ha lugar) Si decide reembolsar el préstamo anticipadamente, consúltenos a fin de determinar el nivel exacto de la comisión de reembolso anticipado en ese momento (sic)».

¿Significa que vulnera el art. 1.256 CC y deja la determinación de esa comisión al prestamista? ¿Acaso no puede el consumidor leer el contrato y calcular el coste del reembolso anticipado?

2. Modificar la TAE

La TAE es el coste del crédito en términos relativos, expresada en tanto por ciento. Como hemos visto, en nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo las directivas comunitarias, aplicamos la fórmula europea, que consiste en capitalizar los intereses de períodos superiores al año y también los inferiores al año. En la fórmula americana (regulada en la TILA), no se capitalizan los intereses generados en períodos inferiores al año. Son necesarias algunas reformas que hagan del coste efectivo una magnitud más eficaz para el cumplimiento de sus fines, que no son otros que hacer del mercado de crédito un mercado transparente mediante el establecimiento de un precio único que permita al prestatario contratar el préstamo que mejor satisfaga sus intereses. Actualmente, la fórmula de cálculo se encuentra dispersa (Ley 22/2009, para préstamos no concedidos por entidades de crédito; Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo; Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, etc.). Sería preferible que una sola norma estableciera la fórmula, las variables a incluir en su cálculo, el margen de error, etc.

Y esta única norma que regule el cálculo de la TAE debería:



a) *Modificar la fórmula y establecer la anterior a la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.* De este modo, no habría exponentes decimales en la fórmula que dificultan inútilmente la resolución del problema. Plantear la ecuación con exponentes decimales es como contar las patas de las ovejas de un redil y dividir por cuatro para determinar cuántas ovejas hay. ¿No resulta más sencillo contar las cabezas de ganado? Eso es lo que hace la nueva fórmula de la TAE y su extraña determinación de los plazos. Pero en el cálculo de la TAE no se trata de dividir por 4, sino que es necesario dividir por 365 y el cociente es el exponente. En fin, para hallar la TAE, las normas vigentes, sin añadir nada y sin ninguna necesidad, escriben fórmulas más difíciles de comprender y de resolver que las que derogaron.

b) *Establecer un margen de error permitido.* La TAE se obtiene resolviendo una ecuación de grado n , lo que se hace por tanteo. Siempre habrá un margen de error. Las normas anteriores a la transposición de la Directiva de 1990 lo contemplaban. A raíz de la transposición de dicha Directiva, se suprimió el límite del margen de error.

c) *Que se incluyan en el cálculo de la TAE todo lo que el prestatario paga al prestamista y a las empresas vinculadas a este* (gestoría, tasadora, aseguradora, etc.). Si el prestamista impone la tasadora, la gestoría, la aseguradora, etc., lo que estas perciben debe incluirse en el cálculo del interés. También el coste de las garantías que aumentan el beneficio del acreedor (plazo fijo, por ejemplo). Puede verse la incidencia en la TAE de contratar un plazo fijo con capital prestado en el ejemplo 3.

d) *Suprimir lo superfluo.* Toda expresión que no sirva para explicar la TAE ha de ser suprimida. Hemos visto algunas, como que las sumas de lo que pagan las partes no son necesariamente iguales.

3. Regular los RA

En la era de las siglas y de los acrónimos, RA son las siglas de lo que el Banco de España denomina, en sus memorias del Servicio de Reclamaciones, *requisitos adicionales*. Jurídicamente, son condiciones generales

de la contratación que en muchos casos no forman parte del clausulado escrito del contrato. Estos requisitos tienen en común que son exigidos por la entidad acreedora para contratar o para que el deudor logre un tipo de interés menor. Consisten en domiciliar la nómina, contratar un seguro de vida, comprar acciones de la entidad prestamista, contratar un plan de pensiones, etc.

Señala la Memoria de 2012 (última publicada): «En el caso particular de los préstamos hipotecarios, no existe, en principio, limitación alguna a las condiciones [salvo la limitación sobre intereses de demora de préstamos hipotecarios, establecida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social] y cláusulas que se pueden incluir en un contrato de préstamo, siempre que tales cláusulas no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público, según dispone el art. 1255 del Código Civil. Por tanto, nada impide que una entidad, para conceder un préstamo, exija del prestatario el cumplimiento de uno o varios requisitos adicionales, como pueden ser, por ejemplo, domiciliar una nómina, contratar un plan de pensiones, un producto de inversión o un seguro de unas determinadas características, aportar uno o varios fiadores o que sean varios los prestatarios responsables del pago de las cuotas del préstamo».

Algunos requisitos adicionales son servicios accesorios y están contemplados en la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (arts. 12.10, 27.4 y 28.3); en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (disp. adic. 1.ª 23), y en el RDLeg. 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 (art. 89.5).

La normativa aplicable prevé, en algunos casos, que el precio pagado por los servicios accesorios sea un elemento del coste del crédito. Así, la prima del seguro se incluye asimismo en este concepto si la obtención del crédito en las condiciones ofrecidas está condicionada a la celebración del contrato de servicios, excepto «si el coste de ese servicio no pudiera determinarse de antemano» (sic). Si los costes no son conocidos, no se incluyen en la TAE (Ley 16/2011, Orden de octubre de 2011, etc.). Sin embargo, en la práctica, las entidades parecen ignorar el importe de la prima y no la incluyen en el coste del crédito.

Ejemplo 3. Préstamo con garantía prendaria de imposición a plazo fijo. Existen requisitos adicionales que incrementan considerablemente el interés real del crédito. El precio satisfecho debiera incluirse en el coste del crédito. En caso contrario, se proporciona al prestatario información engañosa. Es el caso del que contrata un crédito y en la misma fecha una imposición a plazo fijo con el mismo vencimiento. A cualquiera se le ocurre que ninguna persona en su cabal juicio contrata de la siguiente manera. Supongamos que solicita un crédito de 40.000 euros. La entidad le concede 50.000 euros, pero ha de constituir una garantía pignoratícia sobre una imposición a plazo fijo de 10.000 euros. La imposición devenga intereses a favor del pignorante del 1 % (pagadero mensualmente). Deberá calcularse el coste del crédito como si el capital prestado fuera 40.000 euros, porque este es el capital utilizado. Pero, para hallar el coste del crédito, se sumarán los intereses satisfechos por el deudor y se deducirán los percibidos. Veamos el ejemplo numérico. Supongamos que el interés del préstamo es del 8 % y que se paga trimestralmente. Para simplificar, todos los trimestres son iguales y el interés de cada período es un cuarto del nominal anual.

Trimestre	Paga banco	Paga cliente	Diferencia
0	50.000,00 €	500,00 €	-49.500,00 €
1		1.000,00 €	1.000,00 €
2		1.000,00 €	1.000,00 €
3		1.000,00 €	1.000,00 €
4		51.000,00 €	51.000,00 €
Total	50.000,00 €	54.500,00 €	
Coste total del crédito	4.500,00 €		
TAE = 9,3695 %			

Ejemplo 3. Préstamo incluyendo garantía prendaria.

Trimestre	Paga banco	Paga cliente	Diferencia
0	50.000,00 €	10.500,00 €	-39.500,00 €
1	25,00 €	1.000,00 €	975,00 €
2	25,00 €	1.000,00 €	975,00 €
3	25,00 €	1.000,00 €	975,00 €
4	10.025,00 €	51.000,00 €	40.975,00 €
Total	60.100,00 €	64.500,00 €	
Coste total del crédito	4.400,00 €		
TAE = 11,5574 %			

Como podemos observar, este caso es un verdadero «lemon». La información suministrada es engañosa. Este tipo de préstamos suelen documentarse en póliza, que contiene los cálculos del primer cuadro (ejemplo 3). Pero el prestatario contrata un préstamo mutuo con un capital mayor del que utiliza. Paga intereses y comisión de apertura de 50.000 euros y dispone de 40.000 euros. Vemos que el coste total del crédito es menor si incluimos los intereses del plazo fijo. Pero esta información es engañosa, porque el capital utilizado es 40.000 euros. La TAE suministra una información precisa. El coste de la operación, incluyendo la IPF, es del 11,5574 %, mientras que si solo se valora el préstamo, la TAE es 9,3695 %.

Aunque no es un crédito al consumo, puede decirse que este préstamo mutuo supera el filtro de incorporación (la constitución de la garantía prendaria consta en el contrato), pero no supera el control de transparencia (la TAE está mal calculada). En las pólizas bancarias, suele incluirse el primer valor de la TAE (el menor). La legislación aplicable permite calcular la TAE según el primer ejemplo, sin incluir el depósito a plazo fijo. ¿Por qué el legislador ofrece mayor protección al consumidor que al empresario, al emprendedor o al comerciante?

La Directiva de 2014 contempla las prácticas de venta vinculada («toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito no se ofrezca al consumidor por separado») y las prácticas de venta combinada («toda oferta o venta de un paquete constituido por un con-

trato de crédito y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de crédito se ofrezca también al consumidor por separado, aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinado con otros servicios auxiliares»). Distingue si el crédito se ofrece al consumidor junto con el producto financiero (venta vinculada) o si el consumidor puede contratar el crédito sin el producto, aunque en otras condiciones (venta combinada). Señala que «los Estados Miembros autorizarán las prácticas de ventas combinadas, pero prohibirán las prácticas de ventas vinculadas» (art. 12). Sin embargo, continúa, se permitirán las ventas vinculadas que «acarrear un claro beneficio (sic) a los consumidores». ¿Qué significa un claro beneficio? Otro concepto jurídico indeterminado. El coste de las ventas vinculadas debe incluirse en el coste total del crédito y en la TAE. Y, una vez conocido el coste real de su crédito, el consumidor decidirá si con la venta vinculada obtiene «un claro beneficio».

Prevé la Directiva que se incluyan en el cálculo de la TAE el coste y los servicios de pago de la cuenta corriente vinculada, pero guarda silencio en cuanto al coste de la venta vinculada y de la combinada

Prevé la Directiva que se incluyan en el cálculo de la TAE el coste y los servicios de pago de la cuenta corriente vinculada, pero guarda silencio en cuanto al coste de la venta vinculada y de la combinada.

En síntesis, el legislador liberal del siglo XIX define el interés con una expresión de elegante simplicidad («toda prestación pactada a favor del acreedor», art. 315-2 CCom.); el del siglo XX desarrolla fórmulas (TAE) para informar al prestatario, y el del siglo XXI, buscando una transparencia que no encuentra, hace de ella un concepto jurídico indeterminado e, ignorando la dignidad de la persona reconocida en nuestra Constitución, humilla a los consumidores sometiendo a un examen que denomina *expresión manuscrita*.

V. BIBLIOGRAFÍA

AKERLOF, George A., «The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism», en *Quarterly Journal of Economics*, n.º 84(3), 1970, págs. 488-500.

BANCO DE ESPAÑA, *Memoria del Servicio de Reclamaciones*, Ed. Banco de España, Madrid, 2010, 2011 y 2012.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «El nuevo Código Mercantil», conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 25 de octubre de 2012, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIII, Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2012-2013.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2013.

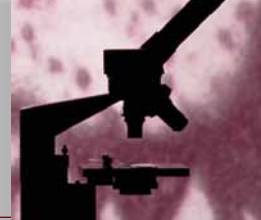
GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.

HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Ed. Unión Editorial, 4.ª edición, Madrid, 2009.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 5, 2013, págs. 64-95.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO FERNÁNDEZ DEL RIO, Ángel, *Lecciones*



de *Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor.

SÁNCHEZ SÁNCHEZ, María Paz, «Operaciones bancarias activas: El cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 11, Sept. 1993, VIII, págs. 275-299.

Truth in Lending Act: Regulation Z. USA.

- (1) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, «El nuevo Código Mercantil», conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Madrid el 25 de octubre de 2012, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. LIII, Ed. Colegio

Notarial de Madrid, Madrid, 2012-2013, pág. 25.

- (2) AKERLOF, George A., «The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism», en *Quarterly Journal of Economics*, n.º 84(3), 1970, págs. 488-500.
- (3) AKERLOF, obra cit., pág. 489.
- (4) En 1996, la Academia sueca galardonó a James A. Mirrlees y William Vickrey con el Premio Nobel de Economía por su aportación a la teoría económica del comportamiento con información asimétrica.
- (5) PETIT LAVALL, M.ª Victoria, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), *Tratado de contratos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2.ª edición, Valencia, 2013, pág. 5835.
- (6) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, en SARMIENTO RAMOS, Juan; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo; DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis; SALVADOR CODERCH, Pablo (coord.), *Comentarios al Código Civil español. Ministerio de Justicia. Publicado con motivo del centenario del*

CC, 1889-1989, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 171.

- (7) HUERTA DE SOTO, Jesús, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, Ed. Unión Editorial, 4.ª edición, Madrid, 2009, pág. 227.
- (8) SÁNCHEZ CALERO, Fernando; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, pág. 356.
- (9) CORTÉS, Luis Javier, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; ROJO FERNÁNDEZ DEL RIO, Ángel, *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, pág. 234.
- (10) GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, pág. 229.
- (11) Analizado con más detalle en MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (coord.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014. Comentarios al art. 32 y al Anexo I (SÁNCHEZ SÁNCHEZ).
- (12) Texto literal, pero la negrita es de la autora.

Perspectiva judicial de las cláusulas abusivas

Fernando Lacaba Sánchez

Presidente de la Audiencia Provincial de Girona

Conferencia pronunciada en la Jornada “Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios”, celebrada en el Colegio el pasado 2 de abril

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA LEY 1/2013, DE REFORMA HIPOTECARIA Y DISPARIDAD DE CRITERIOS DE JUNTAS DE JUECES
- III. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

I. INTRODUCCIÓN

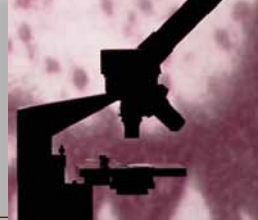
La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013 (*caso Aziz*), siguiendo el criterio sentado en la anterior Sentencia del mismo Tribunal de 26 de abril de 2012 (*caso Invitel*), no pone en entredicho, en general, el procedimiento de ejecución directa derivado de las hipotecas, pero ha considerado que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajusta a la normativa de protección de los consumidores derivada de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en cuanto no permitía alegar la nulidad de las condiciones generales nulas por abusivas dentro del procedimiento de ejecución. No se discute la validez del procedimiento ni la posibilidad de títulos ejecutivos que disminuyan las causas de



oposición, pero sí que no se puedan alegar que existan cláusulas nulas por abusivas en el préstamo en el proceso de ejecución.

El proclamado carácter innovador de esta Sentencia queda en entredicho si se recuerda el siguiente pasaje de la STJUE de 27 de junio de 2000: «La protección que la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en

los contratos celebrados con consumidores, otorga a estos implica que el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales». Ya desde el año 2000, el Tribunal europeo venía consagrando la facultad del Juez, desde el momento del examen de admisibilidad de



la demanda, para apreciar, de oficio y en cualquier procedimiento (sin exclusión del de ejecución hipotecaria) la abusividad de una estipulación contractual.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de protección de los deudores hipotecarios, aplicando la citada STJUE de 14 de marzo de 2013, ha modificado la LEC para permitir que se califiquen las cláusulas abusivas, bien de oficio por el Juez, bien por oposición del deudor a la ejecución.

Se añade así, al tratar de la posible denegación del despacho de la ejecución:

- a) Que el Tribunal dará audiencia por quince días a las partes y decidirá en otros cinco días, cuando apreciar que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo no judicial ni arbitral pueda ser calificada como abusiva (**art. 552**, reformado por la disposición final 4.ª de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. *BOE* de 27 de junio; vigencia: 28 de junio de 2013).
- b) Se introduce como nueva causa de oposición, en el procedimiento ejecutivo, que el título contenga cláusulas abusivas (**art. 557.1.7.º**).
- c) De manera que en el auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo, cuando el Juez apreciase el carácter abusivo de algunas cláusulas, determinará que no procede la ejecución o que se ejecuta sin esas cláusulas (**art. 561**).
- d) Y también se incluye, entre las reglas especiales del procedimiento de ejecución directa como causa de oposición, «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible», acordando el sobreseimiento de la ejecución cuando el auto estime que la cláusula contractual fundamenta la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva (**art. 695**)⁽¹⁾.

El art. 12 LH ya autorizaba a los registradores de la propiedad para rechazar las cláusulas financieras contrarias a norma imperativa o prohibitiva. Y el art. 84 TRLGDCU establece que los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas

FICHA TÉCNICA

Resumen: La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, siguiendo el criterio sentado en la anterior Sentencia del mismo Tribunal de 26 de abril de 2012, no pone en entredicho, en general, el procedimiento de ejecución directa derivado de las hipotecas, pero ha considerado que nuestro sistema de ejecución hipotecaria no se ajusta a la normativa de protección de los consumidores derivada de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, en cuanto no permitía alegar la nulidad de las condiciones generales nulas por abusivas dentro del procedimiento de ejecución.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, reforma hipotecaria, juntas de jueces, prejudicialidad, cuestiones de inconstitucionalidad.

Abstract: The Judgement of the European Court of Justice of 14 March 2013, which follows the reasoning established in the earlier Judgement of the said Court of 26 April 2012, does not, in general terms, question the legitimacy of the direct foreclosure procedure deriving from mortgages, but it has found that our system of mortgage foreclosure is not in accordance with the regulations governing consumer protection deriving from Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, in so far as it does not allow the general conditions to be challenged on the grounds that they are unfair within the foreclosure process.

Keywords: Unfair terms, mortgage reform, boards of judges, pre-trial matters, questions of unconstitutionality.

declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

II. LA LEY 1/2013, DE REFORMA HIPOTECARIA Y DISPARIDAD DE CRITERIOS DE JUNTAS DE JUECES

La STJUE de 14 de marzo de 2013, que declara que la normativa española de ejecuciones hipotecarias se opone a la Directiva 93/33/CE, ha dado lugar a diferentes juntas de jueces a fin de adoptar criterios uniformes⁽²⁾.

a) *Junta de Jueces de 1.ª Instancia de Barcelona de 4 de abril de 2013.*

No se acuerda nada en cuanto a la posibilidad de que el Juez de un procedimiento declarativo suspenda la ejecución como medida cautelar.

Se considerará abusivo el interés de demora que sea superior a 2,5 veces el interés legal del dinero, lo que se contrapone al art. 114.3.º LH, que establece que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago» (Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *BOE* de 15 de mayo de 2013).

Además, se acuerda que, si los intereses remuneratorios eran ya superiores al límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, sean considerados abusivos los intereses de demora que superen en dos puntos a los intereses remuneratorios.

b) *Junta Sectorial de Jueces de 1.ª Instancia de Santiago de Compostela de 5 de abril de 2013.*

Se acuerda llevar a cabo el control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas antes del despacho de la ejecución, dando audiencia a la parte personada, sin expresión de plazo para el cumplimiento de este trámite. Una vez despachada la ejecución, no admitirán como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas, por no haber sido prevista aún por el legislador.

Admiten la suspensión del procedimiento ejecutivo por prejudicialidad civil (art. 43 LEC), si la parte acredita la interposición de una demanda en el correspondiente procedimiento declarativo alegando la existencia de cláusulas abusivas. **Sin embargo, el art. 697 LEC solo admite la prejudicialidad penal en los procesos de ejecución hipotecaria.**

En relación con los intereses de demora, acuerdan que serán considerados abusivos aquellos que superen tres veces el interés legal del dinero del momento en que se perfeccionó el contrato.

c) *Junta de Jueces de 1.ª Instancia de Valencia de 13 de abril de 2013.*

Se consideran abusivos los intereses de demora de préstamos personales o garan-



tizados con una hipoteca que superen tres veces el interés legal del dinero, realizando siempre una valoración conjunta de las circunstancias del caso concreto. Es llamativo que, en este caso, el criterio del triplo del interés legal del dinero sirva como referente también para los préstamos personales, sin garantía hipotecaria.

Se prevé el control de oficio y a instancia de parte de las cláusulas abusivas, y se garantiza en todo caso la audiencia de las partes, sin mención expresa al plazo de dicho trámite de audiencia ni a ninguno de los restantes mecanismos de control de las cláusulas abusivas.

d) Los jueces de Santander acordaron que se considerará *abusivo* y, por tanto, nulo de pleno derecho que el interés de demora fijado en un préstamo supere tres veces el interés legal establecido en el momento del contrato. Con esta disposición, los jueces de Santander van más allá de la Sentencia europea, que habla de lo abusivo de algunas de estas cláusulas pero no establece unos límites.

e) Los jueces de 1.ª Instancia de Sevilla acordaron en junta convocada para unificar criterios en torno a los procedimientos por desahucio que, a partir de ahora, analizarán «caso por caso» si hay cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecuciones hipotecarias relacionados con la vivienda habitual.

f) Las juntas de jueces de 1.ª Instancia de Toledo, Córdoba y Bilbao acordaron suspender cautelarmente los procedimientos de ejecución hipotecaria hasta la aprobación de la modificación legislativa que está en tramitación, con el objeto de evitar la inseguridad jurídica a nivel suprademarcación y pretendiendo evitar sentencias contradictorias entre los juzgados de las distintas demarcaciones.

III. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

1) Cláusula de interés variable. Cláusula suelo: transparencia, irretroactividad y afectación al objeto principal del contrato. Tsunami jurídico

La RDGRN de 7 de septiembre de 1988 ya tenía dicho que «la entidad crediticia no puede libremente y arbitrariamente modificar el tipo de interés».

Dentro de este tipo de cláusulas, la **cláusula suelo** opera a favor de las entidades financieras garantizando siempre unos ingresos mínimos, en perjuicio del consumidor, pues establece un tipo de interés a pagar por el cliente independientemente de la evolución del tipo de referencia.

— La **STS de 9 de mayo de 2013** (LA LEY, 34973/2013), resolviendo una acción de cesación entablada por una asociación de consumidores contra distintas entidades financieras por la inclusión en sus contratos de préstamo hipotecario de límites mínimos a las variaciones del tipo de interés (cláusulas suelo), ha considerado que estas cláusulas son abusivas por un defecto de transparencia y no por un desequilibrio excesivo entre la cláusula suelo y el límite máximo a la variación del tipo de interés (cláusula techo), fijado normalmente en unos umbrales irracionales.

Lo realmente importante de la Sentencia es la definición que hace sobre la «falta de transparencia», de tal modo que, habiendo analizado las cláusulas de las entidades demandadas (BBVA, Cajamar y Novagalicia Banco), su confusa redacción ha determinado que las cláusulas analizadas no son transparentes, básicamente, porque no se informó adecuadamente al cliente, y así determina el Supremo que su redacción es confusa en algunos casos (subraya el Tribunal Supremo la redactada por el BBVA), no definen claramente que son parte integrante del objeto del contrato hipotecario y no incluyen análisis comparativos o simulaciones de los efectos que habrían de producir tales cláusulas.

El perjuicio para el consumidor derivado de la inclusión de una cláusula de este tipo tiene que ver, por lo tanto, con su carácter sorpresivo, por cuanto que el cliente no se percató de su existencia hasta que, ya iniciada la relación crediticia, comprueba que no se beneficia en su cuota periódica de las sucesivas bajadas del euríbor.

— Otra novedad de esta Sentencia es la **declaración de irretroactividad**. En efecto, declarada la nulidad del contrato, se debería devolver el dinero al prestatario, aplicando el Código Civil español, que determina que la declaración de nulidad de una obligación (léase *cláusula* en este punto) supondrá la recíproca restitución de «las cosas que hubiesen sido materia del contrato». Pero ello no es así al declarar la irretroactividad de la Sentencia. Dicho de

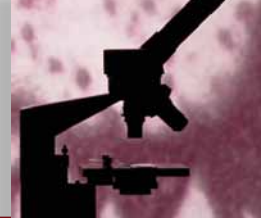
otro modo, la nulidad de la cláusula no comporta la devolución de las cantidades que se han abonado de más. La excusa es «el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico».

El Código Civil español determina que la declaración de nulidad de una obligación supondrá la recíproca restitución de «las cosas que hubiesen sido materia del contrato»

A pesar de ello, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013 establece la **obligación de restituir** las prestaciones cobradas indebidamente, con el criterio de que «como consecuencia de la nulidad declarada, deben restituirse las prestaciones derivadas de la nulidad de la cláusula (art. 1303 CC), consecuencia lógica de la declaración de nulidad, sin que sean de aplicación en este punto y al presente caso las conclusiones que se alcanzan en la Sentencia del Tribunal Supremo citada de 9 de mayo de 2013, que declara la irretroactividad de la sentencia, invocando el principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 CE, por el riesgo que para el sistema económico español pudiera suponer esa declaración de la obligación de restituir las prestaciones, teniendo los jueces y tribunales el deber inexcusable de resolver los asuntos conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 CC), que establece la primacía de la ley (art. 1303 CC) sobre la jurisprudencia (art. 1 CC)».

La jurisprudencia previa a la Sentencia del Supremo se había decantado por condenar a la entidad financiera a la restitución de las prestaciones cobradas por aplicación de cláusulas suelo en sus contratos de préstamo hipotecario, tal y como ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao de 7 de marzo de 2013, que condenó al demandado a reintegrar «al actor todas las cantidades cobradas en aplicación del tipo mínimo por encima del interés variable más el diferencial fijado, con sus intereses legales desde la fecha de cobro»⁽³⁾.

— Finalmente, la Sentencia analizada controla el objeto del contrato. La SAP Sevilla de 7.10.2 consideró que la cláusula suelo es válida, con el argumento de que el precio y su relación con el objeto no se



controlan, esto es, quedan extramuros del control de contenido de las cláusulas abusivas del art. 82 TRLGDCU, que solamente sujeta a control el contenido normativo del contrato «los derechos y obligaciones de las partes».

La Sentencia del Supremo concluye que las cláusulas suelo son parte inescindible del interés nominal del préstamo, por lo que forman parte del objeto principal del contrato, y, además, que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato son condiciones generales de la contratación.

Como bien ha entendido la STS de 9 de mayo de 2013, mediante el control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, no se trata de enjuiciar si por mor de una cláusula concreta el precio es caro o barato, sino si a consecuencia de la misma se ha producido una alteración del precio, tal y como pudo legítimamente haber sido percibido por el consumidor.

El control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato ha de ser, por lo tanto, un control de transparencia, si bien poca importancia a estos efectos tiene que la redacción de una cláusula concreta sea clara y comprensible, como exigía el art. 4.2 de la Directiva 13/1993. La claridad y la comprensibilidad de una cláusula que incida sobre el precio no elimina el efecto sorpresivo que la misma pueda provocar al consumidor, puesto que dicha sorpresa no deriva de una falta de claridad en la redacción de la cláusula, sino de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario. Una cláusula puede ser absolutamente clara y comprensible y, pese a ello, provocar una defraudación en la expectativa del consumidor sobre la oferta. Por eso, la redacción del art. 4.2 de la Directiva 13/1993 es deficiente, al sujetar el estándar de transparencia de las cláusulas relativas al precio a una mera obligación de redacción clara y comprensible⁽⁴⁾.

Tsunami jurídico

En la actualidad, se están produciendo tres escenarios distintos: por un lado, el de las sentencias que declaran abusiva la cláusula suelo y obligan al banco a devolver, con efecto retroactivo, las cantidades cobradas de más; en segundo lugar, los casos en que, aun declarándose nula la cláusula, solo condenan a su retirada,

y, por último, los fallos que confirman su validez.

- a) Las sentencias que se están dictando **en contra de la devolución del dinero** por parte de las entidades financieras se amparan en lo dictado por el Tribunal Supremo y se oponen a la devolución de cantidades en caso de acción individual de nulidad, teniendo en cuenta que el Alto Tribunal se posicionó sobre un caso de acción colectiva. Consideran aplicable lo acordado en la Sentencia de mayo de 2013 en lo que respecta a la transcendencia que pudiera tener sobre el orden socioeconómico la posibilidad de acumular las miles de acciones individuales condenando a la devolución.

Esta corriente, defendida por algunos tribunales de Madrid o Vizcaya, se ampara también en el principio de seguridad jurídica como excusa para evitar los posibles efectos retroactivos. Además, citan otra STS de 13 de marzo de 2012, que sostiene que la restitución de las cantidades pagadas no opera automáticamente, sino que se liga a un enriquecimiento injusto. Recientemente, se suman a este criterio la Audiencia Provincial de Cáceres, en Sentencia de 24 de febrero de 2014 (rec. 51/2014), y la de Vizcaya,

en Sentencia de 10 de febrero de 2014 (rec. 549/2013).

- b) En el otro lado de la balanza están las audiencias de Álava, Alicante o Barcelona, y la mayoría de los juzgados, que abogan por **acordar la devolución** de las cantidades cobradas de más como efecto inherente a la nulidad de la cláusula, y a no aplicar, en estos casos, la irretroactividad que se declara en la Sentencia del Supremo. Los defensores de esta tesis argumentan que se ha producido un enriquecimiento injusto por parte de la entidad financiera, que ha cobrado un plus de intereses a los que no tenía derecho con una cláusula desequilibrada y contraria a la buena fe contractual. Recientemente, se suman a esta tesis los juzgados de 1.ª Instancia n.º 8 de Barcelona, en Sentencia de 17 de febrero de 2014 (proceso 859/13-6), y n.º 3 de Madrid, en Sentencia de 27 de febrero de 2014 (proceso 319/2013).

Además, rechazan las tesis de que la acumulación de acciones individuales podría entrañar un peligro o efecto trascendente para el orden socioeconómico. En este sentido, censuran que el criterio varíe en función de si se trata de una única acción individual, en cuyo caso se ordenaría la





devolución de la cantidad correspondiente, o si se produce una multitud de acciones individuales (como está sucediendo), en cuyo caso supondría un peligro para el mencionado orden socioeconómico.

Algunos expertos advierten que si las entidades financieras saben que la declaración de nulidad de cláusulas abusivas no implica devolver el dinero, lejos de abstenerse, las seguirán poniendo en uso, e incluso de manera masiva, para lograr precisamente este resultado.

Ante la falta de unanimidad de los tribunales en torno a la devolución de lo pagado de más como establece el art. 1303 del Código Civil, la última palabra la tendrá de nuevo el Tribunal Supremo, que podría pronunciarse sobre las acciones individuales el próximo mes de junio en casación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de julio de 2013.

Mientras, tal y como señala el Magistrado del Tribunal Supremo Francisco Javier Arroyo en el prólogo del libro *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, la Sentencia dictada el año pasado por el Alto Tribunal «ha generado un “tsunami” jurídico y económico, hasta el punto de que consolidadas entidades bancarias las han retirado de su oferta, por el riesgo de inseguridad que conllevan en este momento».

2) **Cláusula de interés remuneratorio y moratorio. Consecuencias de la nulidad. Cuestión prejudicial del Juzgado n.º 2 de Marchena**

— Los intereses de demora constituyen la indemnización de los daños y perjuicios causados por la mora del deudor en el cumplimiento de su obligación (art. 1108 CC). En principio, no cabe fijar de antemano una cuantía tope por encima de la cual los intereses puedan considerarse abusivos.

En este apartado, la Audiencia Provincial de Girona, desde el año 2005, venía entendiendo que debía aplicarse por analogía el límite del art. 19.4 de la entonces vigente Ley 7/95, de 23 marzo, de contratos crédito al consumo, que fija en 2,5 veces el interés legal del dinero.

Esta postura es criticada por quienes entienden que ese precepto está previsto para los intereses remuneratorios de los descubiertos en cuenta corriente (son hipótesis distintas, que obedecen a supuestos

distintos, por lo que no hay razón de analogía). Este sector entiende que tampoco puede acudirse al límite del art. 7.2 de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales⁽⁵⁾.

En cuanto a las consecuencias, hay posturas diversas. Hay juzgados que declaran la nulidad de los intereses moratorios y, como tal, del préstamo hipotecario, declarando su archivo, y otros que permiten la ejecución por el resto (interés remuneratorio e interés legal del art. 1108 CC, si es solicitado).

Hay juzgados que declaran la nulidad de los intereses moratorios y, como tal, del préstamo hipotecario, declarando su archivo, y otros que permiten la ejecución por el resto

Si la cláusula que fija los intereses de demora es abusiva, no producirá efecto. Algunas audiencias provinciales han admitido que el Juez integre el contrato, ya sea fijando los intereses de demora en una cifra que considere no abusiva, ya sea limitando su cuantía a 2,5 veces el interés legal del dinero (así, por ejemplo, la SAP Murcia de 28 de junio de 2012).

Esta posibilidad de reintegración no es posible, puesto que la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10) ha establecido la siguiente doctrina: una vez declarada abusiva la cláusula de fijación de intereses moratorios, los jueces solo pueden dejarla sin efecto, por lo que no están facultados para modificar su contenido ni integrarla. La cláusula es nula, se elimina y se tiene por no puesta.

Declarada la nulidad del interés de demora, hay quien entiende que debe aplicarse el interés legal del art. 1108 CC, por ser norma legal aplicable en ausencia de pacto de intereses moratorios, y otros sostienen que, en tal caso, no se aplicará ningún tipo de interés de demora (interés del 0 %), como sostenemos en la Audiencia Provincial de Girona. También se ha sostenido que el prestatario deberá seguir abonando un interés similar al interés remuneratorio que estuviera pagando, pues si el prestatario, por disfrutar de dinero ajeno, debe abonar, por ejemplo, un interés remuneratorio del 8 %, si incumple y no paga, lo justo es que siga obligado a pagar un interés del 8 %

(su incumplimiento no puede beneficiarle, reduciéndose el interés al interés legal del dinero, esto es, del 8 % al 4 %).

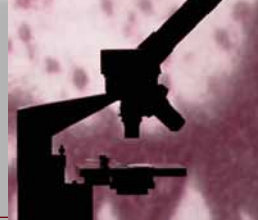
Resulta criticable que el art. 3.2 de la Ley 1/2013 modifique el art. 114 LH para introducir un tercer párrafo con el siguiente texto: «*Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el art. 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*». Habría sido preferible que esa regulación se contemplase en la LEC o en la legislación de consumidores.

Respecto de los intereses remuneratorios, solo pueden ser declarados abusivos por falta de transparencia⁽⁶⁾.

Según el art. 4.2 de la Directiva 93/13, «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*».

Es de sobra conocido que el legislador español no transpuso esta importante excepción de la Directiva por un desliz en la tramitación parlamentaria, de manera que el respeto a cierto margen de autonomía de la voluntad a la hora de configurar los elementos esenciales del contrato pese a los nuevos límites introducidos por el régimen de cláusulas abusivas quedaba en entredicho por silencio legislativo. Esas dudas hermenéuticas llevaron al Tribunal Supremo a plantear la cuestión prejudicial y la STJUE de 3 de junio de 2010 hace la siguiente afirmación sobre la Directiva 93/13: «*Las cláusulas contempladas en el art. 4.2 están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva y, por tanto, como la armonización que persigue esta es de mínimos, el art. 8 también se le aplica (§ 35): los Estados Miembros pueden autorizar un control judicial completo del carácter abusivo de estas cláusulas esenciales, pues ello supondrá una protección efectiva más elevada que la de la Directiva (§ 43)*».

La Sentencia literalmente señala: «*En el ordenamiento jurídico español, como señala*



el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera, en particular, al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible» (§ 42) y «debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el art. 4, apartado 2, de la Directiva [...] la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al art. 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por esta» (§ 43).

De hecho, la STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013 adopta una importante y novedosa solución para el Derecho español vigente, que cambia el *status quo* y se inclina por el carácter genuino del control de transparencia de los elementos esenciales. El Alto Tribunal considera que existe un doble control o filtro de transparencia en los contratos celebrados con consumidores:

- a) Por una parte, un primer control de incorporación establecido por los requisitos de transparencia propios de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación («que es insuficiente para eludir [sic] el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente»).
- b) Por otra parte, un específico control de transparencia propio de los contratos de consumo y derivado del TRLGDCU para las cláusulas no negociadas, que «incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

Dicho en otros términos, la Sentencia del Supremo viene a entender que existe un primer control de transparencia documental para todas las condiciones generales que, superado, permite su incorporación, y un segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la «carga económica» del contrato como la «carga jurídica», en el sentido de

definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él. De no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva.

Es posible distinguir cuatro grupos de sentencias del Tribunal Supremo posteriores a Caja Madrid relacionadas con la cuestión de si el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y contraprestación pueden ser objeto de sanción como cláusulas abusivas⁽⁷⁾:

- i) En primer lugar, sentencias sobre cláusulas de redondeo al alza en los intereses de los préstamos hipotecarios en las que la STJUE se usa solo como refuerzo argumental para declarar en todo caso su carácter abusivo, pero dejando en la ambigüedad si se considera que tales cláusulas son elementos esenciales o accesorios del contrato, aunque el Tribunal Supremo parece dejar entrever que no las considera esenciales (SSTS de 4 de noviembre de 2010, de 29 de diciembre de 2010 y de 2 de marzo de 2011); en este grupo, puede incluirse también la STS de 12 de diciembre de 2011, sobre los cargos de emisión de billete por parte de las compañías de transporte aéreo, que expresamente se niega que supongan el precio del servicio principal y se consideran abusivas.
- ii) En segundo lugar, sentencias que eluden entrar a enjuiciar si las cláusulas litigiosas versan sobre elementos esenciales del contrato (en casos en que, a diferencia de los anteriores, quizás podrían serlo), eluden la cita del art. 4.2 de la Directiva y de la STJUE, y concluyen su ineficacia bien por vía del requisito de la transparencia (SSTS de 22 de diciembre de 2009 y de 17 de junio de 2010, sobre productos financieros), bien por aplicación de la lista (negra/gris, en España) de cláusulas abusivas (STS de 13 de marzo de 2012, sobre el alquiler de un aparato necesario para ver los programas de televisión contratados).
- iii) En tercer lugar, una sentencia que clara y contundentemente declara que pueden enjuiciarse los elementos esenciales mediante el control de contenido de las cláusulas abusivas con base en la sentencia *Caja Madrid* y en la falta de transposición: STS de 1 de julio de 2010, sobre las cláusulas que definen o delimitan el riesgo cubierto en el contrato de seguro (cláusula que claramente ver-

sa sobre el objeto principal del contrato ex Considerando 19 de la Directiva). En cuarto lugar, d) una sentencia diametralmente opuesta a la anterior que entiende que debe aplicarse en España el art. 4.2 de la Directiva y que no pueden controlarse elementos esenciales por esta vía, como claramente lo son los intereses remuneratorios de los préstamos (que constituyen su precio): STS de 18 de junio de 2012.

- iv) Finalmente, en este último grupo, se apoya y refrenda sin ambages la solución de esta última sentencia, la STS (Pleno) de 9 de mayo de 2013, que considera las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a interés variable como cláusulas definitorias del objeto principal del contrato (precio) y declara, de conformidad con el art. 4.2 de la Directiva, desmarcándose de la aplicación de la sentencia *Caja Madrid* al ordenamiento español (que había preconizado en fallos anteriores), que no cabe un control material de dichas cláusulas como abusivas, sino tan solo un control de transparencia.

Los intereses remuneratorios en contratos de préstamo al consumo⁽⁸⁾

La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a), en Sentencia n.º 79/2013, de 17 de septiembre de 2013, sostiene que los intereses remuneratorios o retributivos son desproporcionadamente elevados, y por ello los considera nulos. Se trataba de un interés remuneratorio pactado del 1,84 % mensual (un 22,08 % anual).

La Sentencia, aun admitiendo que los intereses retributivos son distintos de los moratorios, entiende que aquellos (los retributivos) no pueden ser desproporcionadamente altos, pues, de lo contrario, la cláusula que los establece es abusiva. Para constatar esa desproporción, atiende a dos criterios: i) el interés legal en el año de concesión del crédito, que era del 5,5 % anual, y ii) el art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, que para los descubiertos en cuenta corriente impide que se aplique un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero. La Sentencia admite que este art. 19.4 LCC no es directamente aplicable al caso, pero que puede servir como pauta orientativa para analizar la proporcionalidad que pue-



de existir en los intereses remuneratorios en otro tipo de relaciones.

El art. 19.4 LCC no es directamente aplicable al caso, pero puede servir como pauta orientativa para analizar la proporcionalidad entre los intereses remuneratorios en otro tipo de relaciones

A la vista de lo expuesto, la Sentencia concluye que la cláusula que fija los intereses remuneratorios es nula por abusiva, por superar en exceso el índice de referencia señalado en el año de celebración del contrato (año 2008) y por ser desproporcionada. Como una vez declarada nula una cláusula el Juez no puede integrar el contrato ni moderar los intereses abusivos, de conformidad con la STJUE de 12 de junio de 2012, el prestamista solo tiene derecho a cobrar el interés legal del dinero desde la fecha de reclamación judicial del capital.

Según esta misma tesis respecto de la aplicación analógica del art 19.4 de la derogada Ley 7/95, de crédito al consumo, y actualmente en el art. 20.4 de la Ley 16/2011, ha sido planteada, también, su aplicación analógica a operaciones de financiación distintas de las contempladas en el ámbito de aplicación de la norma por la SAP Barcelona de 7 de octubre de 2008; la SAP Murcia de 18 de abril de 2007 (LA LEY, 159494/2007); la SAP Alicante, Sección 9.ª, de 25 de mayo de 2010 (LA LEY, 105006/2010); el AAP Santa Cruz de Tenerife de 24 de mayo de 2010 (LA LEY, 223507/2010); la SAP Tarragona de 7 de junio de 2010; el AJPI nº. 7 de Valladolid de 10 de febrero de 2011; la SAP Álava de 13 de abril de 2011 (LA LEY, 51659/2011); el AAP Tarragona de 17 de mayo de 2011; el AAP Girona de 1 de noviembre de 2011; el AAP Tarragona de 10 de enero de 2012; la SAP Murcia de 28 de junio de 2012; el AAP Cádiz de 25 de mayo de 2012, y, en el mismo sentido, la STS de 23 de septiembre de 2010.

La cuestión es si cabe el control del contenido sobre el precio, sobre los intereses remuneratorios pactados en un préstamo. La STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08) entendió que sí, deduciendo del silencio de la ley española la admisión implícita del control de contenido sobre los elementos esenciales. Esta solución, a mi modo de ver (y coincido en este extremo

con la dogmática civil), es inadecuada, pues de los principios de nuestro Derecho Constitucional y Civil (arts. 10.1 y 38 CE; arts. 1255, 1291 y 1293 CC, etc.) se deduce que no cabe control de contenido sobre el precio. A pesar de una primera opinión contraria —SSTS de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY, 203282/2010), de 29 de diciembre de 2010 (LA LEY, 244468/2010) y de 12 de diciembre de 2011—, así lo ha entendido también el Tribunal Supremo —SSTS de 18 de junio de 2012 (LA LEY, 144032/2012) y de 9 de mayo de 2013 (LA LEY, 34973/2013).

En consecuencia, no cabe control de contenido (y, por tanto, no es posible analizar si es o no abusiva) sobre la cláusula que fija el interés retributivo en un préstamo.

Sin embargo, ¿cabe el control de transparencia en este tipo de contratos de préstamo, a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, que considera la existencia de un doble filtro de transparencia en contratos con consumidores? Personalmente, pienso que sí, y así lo aplicamos en la Audiencia de Girona.

Sin embargo, no podemos olvidar que en nuestro sistema privado no pueden pactarse intereses elevados, pues la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, prohíbe los préstamos usurarios, y el analizado por la Audiencia de Madrid (un 22,08 % anual), lo era. Entonces, ¿por qué no se aplica la Ley de Usura? Porque las consecuencias de la consideración del interés como usurario son insatisfactorias para el consumidor, pues se declarará la nulidad del préstamo usurario con las consiguientes obligaciones liquidatorias, entre ellas, la obligación del prestatario de restituir el capital prestado. Frente a ello, el TRLGDCU tan solo declara la nulidad de la cláusula abusiva, pero el contrato permanece válido.

La cuestión consiste en determinar si pueden los tribunales crear reglas alternativas guiados por el principio *pro consumatore*.

3) *Cláusula de compensación de saldos de deudas con los depósitos del deudor en la misma entidad bancaria*

En la práctica bancaria habitual, es común encontrar cláusulas de compensación de este tipo: «La entidad podrá compensar el saldo existente en la cuenta para amortizar

cualquier crédito u oposición acreedora que ostente frente al titular».

La Sentencia de 11 de mayo de 2005, emitida por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, al resolver en apelación acerca de la licitud o nulidad de diecisiete cláusulas generales típicas de la contratación bancaria, declara que las relativas al «derecho de la entidad a disponer del dinero de clientes que no han contraído ninguna deuda con ella» no pueden ser «genéricamente anuladas», en tanto nuestro ordenamiento permite a un tercero, debidamente informado, asumir voluntariamente la responsabilidad del cotitular deudor.

No obstante, excepciona los casos en los que:

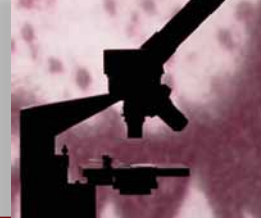
- La deuda correspondiese solo a parte de los cotitulares, no a los demás, en cuyo caso coincidiría en ellos la doble condición de deudor y responsable.
- No se hayan comprometido todos los titulares, bien directamente en virtud del contrato de cuenta corriente o de depósito, bien mediante otra cuenta asociada, a responder solidariamente o a autorizar la compensación de las deudas pertenecientes a cualquiera de ellos entre los activos de los demás. Y siempre y cuando dicha autorización sea conocida y expresamente aceptada por los usuarios.

En la misma línea, el Tribunal Supremo viene entendiendo que será válida dicha cláusula cuando estuviere redactada de forma transparente, clara, concreta y sencilla. En tal sentido, STS de 16 de diciembre de 2009 (LA LEY, 273170/2009).

En mi opinión, dicha cláusula podría ser declarada nula, en su caso, por aplicación del art. 88.1 TRLGDCU, que establece la nulidad de las cláusulas abusivas que imponen al consumidor «la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido».

4) *Cláusula de redondeo al alza*⁽⁹⁾

El Tribunal Supremo, en Sentencia 75/2011, de 2 de marzo, ha confirmado el carácter abusivo de la cláusula que redondeaba al alza el tipo de interés variable de las hipotecas de Banco Popular, SA, por lo que la entidad financiera debe devolver a sus clientes los importes que les haya cobrado en exceso. En concreto, la citada



cláusula de los contratos hipotecarios permitía a la citada caja el redondeo «al cuarto de punto superior», en referencia al tipo de interés que se toma como base para las revisiones anuales del interés aplicable al préstamo hipotecario y a cualquier otra análoga.

La cláusula de redondeo del tipo inicial, contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre la entidad bancaria y el cliente, está redactada literalmente de la siguiente forma: «Si la suma del tipo básico de referencia y el margen o diferencial no fuera múltiplo exacto de un cuarto de punto porcentual, el tipo de interés resultante se redondeará al múltiplo superior de dicho cuarto de plazo».

El Tribunal Supremo solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial

La STS de 4 de noviembre de 2010 (LA LEY, 203282/2010) declaró, de un lado, abusivas para los consumidores las «fórmulas de redondeo al alza de las fracciones de punto», con base en los arts. 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, y 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, al tratarse, como en el presente caso, de estipulaciones no negociadas individualmente, que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Por otro lado, la misma Sentencia mantuvo que resulta indiferente si se trata o no de fijación del precio, porque la STJUE de 3 de junio de 2010 (TJUE 2010, 162) —asunto C-484/08— ha resuelto, en interpretación del art. 4 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril (LCEur 1993, 1071), que el mismo no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio o retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Los órganos jurisdiccionales nacionales, dice esta Sentencia, pueden «apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato

celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera, en particular, al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible».

En el mismo sentido se pronunciaron las SSTs n.º 861/2010, de 29 diciembre (LA LEY, 244468/2010) y n.º 651/2010, de 2 noviembre.

5) Cláusula de vencimiento anticipado

La STJUE de 14 de marzo de 2013 establece, respecto de la cláusula de vencimiento anticipado, en el apartado 73, que:

En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimiento del deudor en un período limitado, corresponde al Juez remitente comprobar especialmente, como señaló el Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Partiendo de lo estipulado en el apartado 73 de la STJUE, son dos los requisitos que han de cumplirse para que la cláusula de vencimiento anticipado sea considerada abusiva:

1. El incumplimiento por el consumidor de una obligación que tenga la consideración de esencial en el contrato.
2. Que el incumplimiento sea lo suficientemente grave, teniendo en cuenta la duración y la cuantía del préstamo.

Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, debe ponerse de manifiesto su total validez, amparadas por el Tribunal Supremo (Sala 1.ª) en su Sentencia de 4 de junio de 2008 (LA LEY, 61759/2008), cuando declaró que solo se entenderán nulas aquellas cláusulas de vencimiento anticipado en relación con el ejercicio abusivo de la entidad acreedora, tales como: incumplimientos irrelevantes, concurrencia de circunstancias dejadas al libre albedrío de la entidad financiera y causar perjuicio de manera desproporcionada y no equitativa.

La STS de 16 de diciembre de 2009, al analizar la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola de las cuotas, dice al respecto que la doctrina jurisprudencial es clara en el sentido de admitir su validez: «La doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado, con base en el art. 1255 CC, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa —verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. En esta línea se manifiestan las sentencias de 7 de febrero de 2000 (LA LEY, 5727/2000) (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2001; 4 de julio de 2008, y 12 de diciembre de 2008 (LA LEY, 5727/2000)».

En definitiva, el Tribunal Supremo solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y mani-





fiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes. Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio (STS de 16 de diciembre de 2009).

6) Cláusula de liquidación unilateral del importe de la deuda impagada

La Sentencia n.º 792/2009 del Tribunal Supremo ya marcó las líneas generales en materia de cláusulas abusivas:

El denominado pacto de liquidez —o de liquidación— es válido porque es un pacto procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma —SS de 30 de abril y 2 de noviembre de 2002, 7 de mayo de 2003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2005; arts. 520.1, 550.1.4.º, 572.2 y 573.1.3.º LEC. Esta es la finalidad del pacto —despacho de ejecución— y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto, y así lo vienen entendiendo los tribunales, por lo que no se infringen los arts. 2.1.d) y 10.1.a) LGDCU, ni su DA 1.ª, apartado 14.º

En el mismo sentido de dar como válida la cláusula, la STC de 10 de febrero de 1992 y las SSTs de 7 de mayo de 2003 y de 3 de febrero de 2005.

El AAP Barcelona (Sección 14.ª) de 29 de noviembre de 2010 recoge la doctrina fijada por la anterior Sentencia.

El problema no es la cláusula en sí misma, sino que, en caso de error en el cálculo, el ejecutado no puede oponerse dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria. El art. 695.1.2.ª se refiere como causa de oposición al «error en la determinación de la cantidad exigible», pero dicha posibilidad solo va referida a los casos en que «la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado». De lege

ferenda parece aconsejable ampliar la causa de oposición al error en la determinación de la cantidad exigible en todo caso, y no solo en los supuestos regulados en el art. 153 LH, de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito⁽¹⁰⁾.

Cuestiones prejudiciales

- 1) *El Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 2 de Marchena* ha planteado una cuestión prejudicial, con fecha de 16 de agosto de 2013, que versa precisamente sobre esta cuestión, en estos términos:

Si un Juez aprecia la existencia de una cláusula abusiva relativa a interés moratorio en préstamos hipotecarios, debe proceder a declarar la nulidad de la misma y su carácter no vinculante o, por el contrario, debe proceder a moderar la cláusula de intereses dando traslado al ejecutante para que recalcule el interés.

- 2) *El Juzgado de Instancia de Miranda de Ebro (Burgos)* plantea tres cuestiones en un Auto de 17 de febrero de 2014. El Juez plantea esta cuestión a partir del proceso que está enjuiciando, en el que un banco reclama a una mujer un importe de 78.025,21 euros por las tres cuotas de la hipoteca que no pudo pagar tras la muerte de su marido.

— La primera consiste en preguntar al TJUE si la norma española que establece que los intereses moratorios no pueden exceder de tres veces el interés legal del dinero es conforme al Derecho de la Unión, y si se entiende que la misma impide al Juez controlar si tales intereses, aun siendo inferiores a dicho límite, son abusivos en función de las circunstancias concretas del caso.

— En la segunda cuestión, se pregunta al TJUE si la norma española que permite en todo caso que el banco pueda reclamar todo el préstamo pendiente de pago y sus intereses, si el consumidor ha impagado tres meses, es conforme con el Derecho de la Unión e impide al Juez nacional controlar el carácter abusivo de dicha cláusula, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso.

- 3) *El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Santander*, en Auto de 19 de noviembre de 2013, ha planteado una cuestión preju-

dicial: si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y, en particular, de sus arts. 6.1 y 7.1, cuando un Juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado, debe deducir tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.

La cláusula 6.ª bis, de vencimiento anticipado, decía: «El banco podrá declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses.»

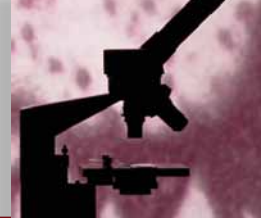
Lo que hizo el banco fue esperar al impago de cuatro meses.

La pregunta es si esta estrategia unilateral del banco no constituye una integración prohibida por el TJUE en las sentencias de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013, si el efecto disuasorio no se compadece con que el banco que ha forzado un pacto abusivo salve su nulidad con el sencillo expediente de esperar a que pase tiempo.

Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago

En sí misma, la cláusula de vencimiento anticipado no puede ser considerada como abusiva, pues dicha posibilidad viene reconocida legalmente en el art. 693.2 LEC: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro».

La pregunta es, entonces, la siguiente: si es suficiente cualquier impago o hace falta desatender un mínimo de mensua-



lidades para que se pueda considerar abusivo el vencimiento anticipado. La cuestión merece un expreso pronunciamiento legislativo para establecer cuántas mensualidades impagadas pueden justificar un vencimiento anticipado o, al menos, determinar unos criterios objetivos y claros en relación con la duración del préstamo hipotecario.

En definitiva, la cláusula de vencimiento anticipado por impago, en sí misma, no es abusiva (está reconocida expresamente en el art. 693 LEC), pero sí puede serlo su aplicación en cada caso, por ejemplo, porque el número de cuotas impagadas que puede desencadenar el vencimiento anticipado se considere muy reducido con relación a la duración del préstamo.

- 4) La reciente STJUE (Sala 1.^a) de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/12. Constructora Principado, SA, y José Ignacio Menéndez Álvarez. Directiva 93/13/CEE), en respuesta a una cuestión prejudicial interpuesta por la Audiencia Provincial de Oviedo en el año 2012, en un proceso sobre compraventa de vivienda donde se discutía la obligación del comprador de atender el impuesto de plusvalía y los derechos de alta en los diversos suministros de la vivienda, fundándose la demanda en que la estipulación 13.^a del contrato, en ejecución de la cual el adquirente había tenido que pagar las referidas cantidades, debía considerarse abusiva en virtud del art. 10 bis de la Ley 26/1984, según su modificación por la Ley 7/1998, toda vez que no había sido negociada y originaba un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, el Tribunal de Justicia declara:

El art. 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que:

— La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

— Incumbe al Tribunal remitente, para apreciar la posible existencia de un desequilibrio importante, tener en cuenta la naturaleza del bien o del servicio que sea objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de este.

Cuestiones de inconstitucionalidad

- 1) El Juzgado n.º 7 de Avilés ha planteado una cuestión de inconstitucionalidad para determinar si la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, respecto al ca-

pítulo III, art. 7, punto 14, que da una redacción nueva al art. 695 LEC y que da la posibilidad de que el ejecutado hipotecario pueda alegar como motivo de oposición el carácter abusivo de las cláusulas en su punto 1.4.º, en relación con el punto 4, párrafo 2.º, ha vulnerado en cuanto a la regulación del sistema de recursos contra la resolución que resuelva los motivos de oposición expuestos reconocidos legalmente.

- 2) El Grupo Socialista del Congreso de los Diputados tiene planteada una cuestión de inconstitucionalidad sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en fecha de 24 de septiembre de 2013.

- (1) Javier Gómez Gallico, Registrador de la Propiedad de la DGRN.
- (2) Alicia Agüero Ortiz, Centro Estudios Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).
- (3) Lourdes García Montoro, Centro Estudios Consumo, UCLM.
- (4) Francisco Pertíñez Vílchez, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, julio de 2013.
- (5) Manuel J. Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM, CECO, octubre de 2013.
- (6) Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, CECO.
- (7) Sergio Cámara Lapuente, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, CECO.
- (8) Manuel J. Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la UCLM, CECO, enero de 2014.
- (9) Pascual Martínez Espín, Profesor de Teoría del Derecho Civil en la UCLM, CECO.
- (10) Andrés Domínguez Luelmo, Catedrático de Derecho Civil en la UV, CECO, n.º 5/2013.

Legislación continuada de protección de los deudores hipotecarios hasta la Ley 1/2013

Jesús M.^a Sánchez García
Abogado

Conferencia pronunciada en la Jornada “Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios”, celebrada en el Colegio el pasado 2 de abril

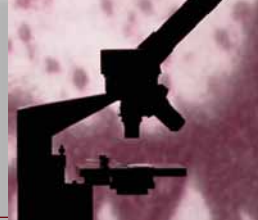
SUMARIO

- a) RDL 8/2011, DE 7 DE JULIO, DE MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS
- b) LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL
- c) RDL 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS
- d) LEY 5/2012, DE 20 DE MARZO, DE MEDIDAS FISCALES, FINANCIERAS Y ADMINISTRATIVAS Y DE CREACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LAS ESTANCIAS EN ESTABLECIMIENTOS TURÍSTICOS DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA
- e) LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES
- f) RDL 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS
- g) LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS
- h) ANÁLISIS DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS OPERADAS DESDE EL RDL 8/2011 HASTA LA LEY 1/2013



La ponencia que me han asignado permite analizar la situación con carácter retrospectivo y comprobar que nos encontramos ante lo que podríamos denominar «legislación del parche», con pasos adelante y atrás, legislándose, en muchas ocasiones, de forma improvisada y que poco o nada ha servido para resolver la verdadera problemática de todos aque-

llos ciudadanos que se encuentran en el umbral de la exclusión social, salvo provocar una innecesaria litigiosidad, sobrecargando el trabajo de los tribunales, que han tenido que realizar un titánico esfuerzo supliendo las carencias del legislador mediante interpretaciones, en muchos casos forzadas, de una deficiente técnica legislativa.



Hagamos un repaso a las reformas operadas en estos últimos años desde el RDL 8/2011 hasta la reforma de la LEC a través de la Ley 1/2013.

a) RDL 8/2011, de 7 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios

A través del RDL 8/2011, se modificó el art. 671 LEC, dirigido a favorecer a los ejecutados hipotecarios, estableciendo un límite mínimo para la adquisición del bien hipotecado por el ejecutante, pasando del 50 % al 60 % del valor de tasación el importe por el que el ejecutante podía adquirir el bien subastado.

Otra novedad fue la modificación del art. 671, suprimiendo la posibilidad de adquirir el bien «por todos los conceptos», por lo que el ejecutante únicamente podía adquirir el bien por el 60 % o por más del 60 % del valor que sirvió de tipo a la subasta.

No obstante, hemos de tener presente que esta reforma tuvo un efecto limitado en el tiempo, ya que, a través del art. 37 de la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal, se añadió una nueva disposición adicional 6.ª a la LEC, limitando los supuestos de adjudicación del 60 % del valor de tasación solo a las ejecuciones hipotecarias de la vivienda habitual del deudor y volviendo al 50 % del valor de tasación para el resto de inmuebles, así como la posibilidad de poderse adjudicar el acreedor ejecutante por la cantidad que se le debiese por todos los conceptos en estos supuestos.

Otra de las novedades del RDL 8/2011 fue el aumento del umbral de la inembargabilidad de ingresos mínimos familiares una vez producida la transformación de la ejecución hipotecaria en definitiva, incrementándose la cantidad inembargable establecida en el art. 607.1 LEC en un 50 % y, además, en otro 30 % 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.

b) Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal

Dio una nueva redacción al art. 579 LEC, permitiendo al deudor hipotecario oponerse, tanto por cuestiones de forma como de fondo, al despacho de ejecución cuando se produce la conversión de la ejecución hipotecaria en definitiva.

FICHA TÉCNICA



Resumen: La ponencia permite comprobar que nos encontramos ante lo que podríamos denominar «legislación del parche», con pasos adelante y atrás, legislándose, en muchas ocasiones, de forma improvisada y que poco o nada ha servido para resolver la verdadera problemática de todos aquellos ciudadanos que se encuentran en el umbral de la exclusión social, salvo provocar una innecesaria litigiosidad, sobrecargando el trabajo de los tribunales, que han tenido que realizar un titánico esfuerzo supliendo las carencias del legislador mediante interpretaciones, en muchos casos forzadas, de una deficiente técnica legislativa.

Palabras clave: Protección de deudores hipotecarios, agilización procesal, mediación.

Abstract: This paper demonstrates that we are confronting what we could call «patch legislation», with steps forward and backwards, which are often legislated in an improvised way, which has been of little or no service in resolving the real problems of all citizens who are on the verge of social exclusion; it has served only to provoke an unnecessary litigiousness, which in turn produces an excessive burden of work on the courts, who have had to make a tremendous effort to fill the gaps of the legislation with interpretations, which are often forced and demonstrate a deficient legislative technique.

Keywords: Protection of mortgage debtors, procedural facilitation, mediation.

Igualmente, la Ley 37/2011 modificó el art. 651 LEC y añadió una nueva disposición adicional 6.ª, sobre la adjudicación de bienes inmuebles, estableciendo que:

En el caso de las adjudicaciones solicitadas por el acreedor ejecutante en los términos previstos en la sección VI del capítulo IV del título IV del Libro III y siempre que las subastas en las que no hubiere ningún postor se realicen sobre bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación de los bienes por cantidad igual o superior al 50 por ciento de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

Asimismo, en los términos previstos en la mencionada sección y para los citados bienes inmuebles diferentes de la vivienda habitual del deudor, cuando la mejor postura ofrecida sea inferior al 70 por ciento del valor por el que el bien hubiere salido a subasta y el ejecutado no hubiere presentado postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por ciento o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

c) RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos

El RDL 6/2012, si bien de escasa aplicación práctica, supuso una transformación esencial en el Derecho de Obligaciones en general —

arts. 1255, 1256 y 1911 CC— y en el Derecho Hipotecario en especial —art. 105 LH.

El RDL 6/2012 fue modificado a través del art. 8 de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Hace unos años, era materialmente impensable que el legislador pudiera abordar una reforma legal en la que se regulase la dación en pago, fuera de la previsión del art. 140 LH.

Si el acreedor ejecutante opta por acudir al proceso de ejecución hipotecaria, la LEC reforzó su posición. Esta Ley permite que, cuando el importe obtenido por la realización del bien hipotecado no satisfaga la totalidad del crédito reclamado, se siga el procedimiento por los trámites de la ejecución ordinaria.

No obstante, el marco legal del RDL 6/2012 es muy restrictivo; ello hace que sea inaplicable en la práctica y, aunque abrió una puerta que hacía vislumbrar en un futuro no muy lejano otras importantes reformas que extendieran la previsión legal regulada en este RDL a otros muchos supuestos, lo cierto es que las reformas posteriores cercenaron esas esperanzas.

El RDL 6/2012 intentó paliar los efectos de la crisis económica que padece nuestro país y que ha provocado que muchas familias, a consecuencia de la situación de desempleo en la que se han visto abocadas, no



hayan podido cumplir con las obligaciones crediticias asumidas, especialmente las derivadas de los préstamos y créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual, provocando una avalancha de procedimientos hipotecarios, con la pérdida de la vivienda habitual para las mismas y la subsistencia de una deuda, al no cubrir el valor del inmueble el importe total adeudado.

El RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, regula diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria a quienes se encuentren en el umbral de la exclusión, estableciendo unos criterios muy rígidos para poder acogerse al mismo.

Las personas que se encuentran en dicha situación podrán solicitar y obtener de la entidad financiera acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria, siempre que la entidad acreedora se haya adherido al Código de Buenas Prácticas que regula el propio RDL.

El RDL también regula la dación en pago en los supuestos de vivienda habitual, para el supuesto de que no sean viables ni el plan de reestructuración ni las medidas complementarias.

La dación en pago podrá solicitarla el deudor en el plazo de dos meses desde la solicitud de reestructuración, teniendo la entidad financiera la obligación de aceptar la entrega del bien hipotecado por el deudor a la propia entidad o tercera persona que esta designe, quedando definitivamente canceladas la deuda garantizada con hipoteca y las responsabilidades personales del deudor y de terceros.

Las personas que se encuentran en el umbral de la exclusión podrán solicitar y obtener de la entidad financiera acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria

El deudor podrá solicitar al acreedor permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, con los requisitos previstos en el mismo.

Por último, el RDL 6/2012 regulaba, también, el procedimiento de ejecución extrajudicial de la vivienda habitual del deudor.

d) Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos del Parlamento de Cataluña

En noviembre de 2011, se creó un grupo de trabajo en el seno del Síndico de Cataluña para hacer propuestas de enmienda en relación con la ejecución hipotecaria y con el sobreendeudamiento de las personas físicas, así como para favorecer el acceso a la vivienda social.

Fruto de esos trabajos y propuestas de enmienda, nació la regulación, a través del art. 63 de la Ley 5/2012, de una bonificación del 100 % en la cuota tributaria del impuesto sobre el ITP y AJD, con un límite de 500.000 euros de la base la novación de los créditos hipotecarios.

e) Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Modifica el ordinal 3.º del apartado 1 del art. 559, dando la siguiente redacción al mismo:

3.º Nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el art. 520.

Como es sabido, la regulación anterior establecía «nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia o el laudo arbitral pronunciamiento de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el art. 520».

Con la actual regulación, parece desprenderse que solo podrá alegarse la nulidad del título por no cumplir los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución cuando se trate de un laudo o un acuerdo de mediación, lo que, evidentemente, no es comprensible, y debe entenderse que la

denuncia de los defectos por no cumplir los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución podrá invocarse, igualmente, respecto de cualquiera de los documentos a que hace referencia el art. 517 LEC.

f) RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios

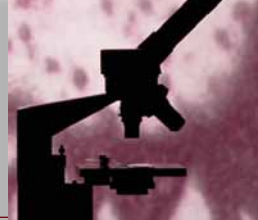
El RDL 27/2012 pretende regular la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables y de un ámbito muy restrictivo por los requisitos exigidos en los arts. 3 y 4 del RDL.

Conforme a la disposición transitoria 4.ª, el RDL 27/2012 es de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor del RDL en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento.

Dos son las medidas que prevé este RDL: la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentran en situación especial de riesgo de exclusión, y un mandato al Gobierno para que emprenda medidas necesarias para impulsar, junto con el sector financiero, la constitución de un fondo social de viviendas destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago del préstamo hipotecario y que, por su situación económica, no puedan acceder a una vivienda.

g) Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios

Esta reforma procesal pretende adecuar nuestra ley procedimental a la STJUE de 14 de marzo de 2013, encontrándonos con la desagradable situación que el Tribunal europeo tuvo que recordar al legislador español que nuestro sistema procesal se oponía a la legislación europea, situación que, desgraciadamente, no supo apreciar el Tribunal Constitucional, rechazando *in limine litis* la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Magistrado Sr. Guillem Soler del procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en la LEC, a través del tristemente recordado auto dictado por el Pleno del Tribunal Constitucional 113/2011, de 19 de



julio de 2011, con el voto particular en contra del Magistrado Sr. Eugeni Gay.

No obstante, esta reforma procesal ha provocado una clara inseguridad jurídica y desconcierto, y prueba de ello son las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE y las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas ante el Tribunal Constitucional.

Así, a nivel comunitario, nos encontramos con las decisiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Santander, por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Marchena —asunto 548/2013 TJUE— y por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Miranda de Ebro y, dentro de nuestro país, están las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por el Partido Socialista —providencia de admisión del Tribunal Constitucional de 24 de septiembre de 2013, n.º de asunto 4985-2013— y por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Avilés.

La Ley 1/2013 no solo ha reformado el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, sino también el procedimiento ordinario de ejecución dineraria, cuya normativa reguladora es de aplicación supletoria al primero, en virtud de lo dispuesto en el art. 681.1 LEC.

Entre las reformas procesales de la Ley 1/2013, cabe destacar:

- 1) Se permite la denuncia de posibles cláusulas abusivas en el título ejecutivo, reformando para tal fin el art. 557.1.7 LEC para la ejecución no judicial en general y el art. 695.1.4 LEC, en sede de ejecución hipotecaria, y se regula un control judicial de oficio de estas cláusulas, que recoge un nuevo segundo apartado del art. 552.1 LEC, sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones transitorias 2.ª y 4.ª de la Ley, en cuanto al recálculo de intereses y al incidente de oposición, respectivamente.
- 2) A través del art. 575.1.bis, se establece una limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de su vivienda habitual, al no poder superar el 5 % de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva.
- 3) Se reforma, igualmente, el art. 579 LEC en cuanto a las posibilidades de condonación parcial del remanente en el supuesto de adjudicación de la vivienda por la entidad ejecutante.

- 4) Se reforma el art. 671.1 para el supuesto de que la subasta del bien inmueble concluya sin ningún postor. Cuando no se trate de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 % del valor por el que el bien haya salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se trata de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 % del valor por el que el bien haya salido a subasta o, si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 %.

Se establece una limitación del importe de las costas exigibles al deudor ejecutado en el supuesto de ejecución de su vivienda habitual, al no poder superar el 5 % de la cantidad reclamada

- 5) Por último, reforma el procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado, a través del art. 3, que a mi entender sigue siendo inconstitucional, pese a los esfuerzos del legislador de utilizar eufemismos, pretendiendo dar cobertura legal a un procedimiento de ejecución extrajudicial que es manifiestamente inconstitucional.

La primera pregunta que debemos hacernos es si a pesar de los esfuerzos del legislador por mantener la validez legal de esta forma de ejecución a través del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria, mediante el eufemismo *venta extrajudicial* —disposición final 9.ª de la LEC 1/2000, el RDL 6/2012 y la Ley 1/2013—, nos encontramos ante un procedimiento que vulnera nuestra Carta Magna, como ha resuelto la Sala 1.ª del Tribunal Supremo en varias de sus sentencias⁽¹⁾, declarando la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 129.2 LH. Si bien todas ellas resolviendo procedimientos anteriores a la LEC 1/2000, como expresamente se resalta en el último inciso del fundamento de derecho 3.º de la STS de 25 de mayo de 2009⁽²⁾.

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo, a consecuencia de sendos recursos interpuestos contra el RD 290/92, de 27 de marzo, por el CGAE y la Unión de Consumidores de la Comunidad de Madrid, por inconstitucionalidad sobrevenida, no preceptividad de

asistencia letrada e indefensión del procedimiento notarial, desestimó los recursos en sus sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995⁽³⁾, por entender que el procedimiento ejecutivo extrajudicial no vulnera del art. 117 CE, resolviendo que el procedimiento extrajudicial para la ejecución de hipotecas no vulnera el monopolio jurisdiccional de los jueces y tribunales, ni el derecho a la asistencia letrada.

Y la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado a favor de la legalidad y constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria en diversas resoluciones⁽⁴⁾, como ha tenido ocasión de recordar en sus recientes resoluciones de 28 de noviembre de 2012⁽⁵⁾ y de 10 de enero de 2013⁽⁶⁾.

Pero la realidad es que, pese al cambio de denominación operado por la disposición final 9.ª de la LEC, cuando hablamos del procedimiento de venta extrajudicial, nos encontramos ante un verdadero procedimiento de ejecución del bien inmueble hipotecado, paralelo al procedimiento de ejecución hipotecaria regulado en la LEC y, por tanto, ante un acto de coerción, cuyo monopolio, conforme al texto





constitucional, ostentan solo los jueces y tribunales.

Partiendo de esas premisas, el procedimiento notarial de venta extrajudicial conforme a la regulación vigente vulnera el derecho de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, y esa vulneración no se ha subsanado con la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

h) Análisis de las reformas legislativas operadas desde el RDL 8/2011 hasta la Ley 1/2013

Lo cierto es que, con la reforma procesal operada a través de la Ley 1/2013, se han limitado notablemente las posibilidades de defensa en muchos de los supuestos que hasta ese momento cabía.

Así, se limita a un mínimo de tres las cuotas impagadas para dar por vencida la obligación total, sin que ello pueda dar cobertura a un posible desequilibrio contractual en contratos de larga duración, y se limitan los intereses moratorios a tres veces el interés legal del dinero para la vivienda

habitual, modificando el art. 114 LH y permitiendo el recálculo de los intereses moratorios a través de la disposición transitoria 2.ª, en clara contradicción con la STJUE de 14 de junio de 2012.

Igualmente, se modifica el art. 579 LEC, no permitiendo la interpretación flexible del concepto *producto* para los supuestos de adjudicación del bien subastado por la entidad financiera ejecutante.

Y, por último, se modifican los arts. 671 y 682.2.1 LEC. Con la promulgación de la LEC del año 2000, coincidían en las ejecuciones hipotecarias de inmuebles el valor de tasación con el tipo de subasta.

Con la reforma de la Ley 1/2013, se modifica el término *valor salida en subasta* por el anterior de *valor de tasación*, estableciendo, además, el reformado art. 682.2.1 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 ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*».

Por otra parte, no se ha modificado con la Ley 1/2013 la disposición adicional 6.ª de la LEC, que sigue fijando el «*valor de tasación*».

Por tanto, el deudor hipotecario de la vivienda habitual, a mi entender, queda en peor posición, pese a haberse elevado el porcentaje de adjudicación desde un 60 % al 70 %, respecto del valor de salida a subasta, no del valor de tasación, sin que el tipo pueda ser inferior al 75 % del valor señalado en la tasación realizada.

- (1) STS de 4 de mayo de 1998 (LA LEY, 4465/1998); STS de 13 de diciembre de 2005; STS de 10 de octubre de 2007 (LA LEY, 154035/2007); STS de 14 de julio de 2008 (LA LEY, 96235/2008); STS de 25 de mayo de 2009 (LA LEY, 92040/2009).
- (2) STS, Sala 3.ª, de 23 de octubre de 1995 (LA LEY, 885/1996).
- (3) STS, Sala 3.ª, de 16 de octubre de 1995.
- (4) RDGRN de 28 de mayo de 2001 (BOE 154/2001, de 28 de junio de 2001) (LA LEY, 4483/2001) y RDGRN de 13 de febrero de 2004 (BOE 72/2004, de 24 de marzo de 2004) (LA LEY, 38265/2004).
- (5) RDGRN de 28 de noviembre de 2012 (BOE 304/2012, de 19 de diciembre de 2012).
- (6) RDGRN de 10 de enero de 2013 (BOE 39/2013, de 14 de febrero de 2013).

Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios

Verónica Dávalos Alarcón
Abogada

Conferencia pronunciada en la Jornada “Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios”, celebrada en el Colegio el pasado 2 de abril

SUMARIO

- I. OFERTA VINCULANTE E INFORMACIÓN PREVIA A LA AUTORIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO
- II. OFERTA VINCULANTE EN LA ORDEN EHA 2899/2011

I. OFERTA VINCULANTE E INFORMACIÓN PREVIA A LA AUTORIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Como bien sabemos, la oferta vinculante (OV) es un documento en el que se especifican las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras del préstamo hipotecario, una vez realizada la tasación del bien inmueble, la situación registral de la finca y la capacidad económica del prestatario.

Las entidades bancarias devienen obligadas a entregar la OV al futuro consumidor prestatario, teniendo un plazo de validez (hoy día) no inferior a catorce días desde su fecha de entrega.





FICHA TÉCNICA

Resumen: Como bien sabemos, la oferta vinculante es un documento en el que se especifican las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras del préstamo hipotecario, una vez realizada la tasación del bien inmueble, la situación registral de la finca y la capacidad económica del prestatario. El artículo también define otros conceptos, como el FIPRE y la FIPER.

Palabras clave: Préstamo hipotecario, cláusulas, oferta vinculante.

Abstract: As we are well aware, a binding offer is a document specifying the financial conditions corresponding to the financial clauses of a mortgage-backed loan, once the valuation of the property, the registry situation of the land, and the economic capacity of the borrower have all been carried out and verified. The article also defines other concepts such as the FIPRE (Precontractual information sheet) and the FIPER (Customized information sheet).

Keywords: mortgage loan, clauses, binding offer.

1) *Obligatoriedad de la oferta vinculante*

Préstamos hipotecarios (hasta el 29 de abril de 2012).

Según dispone el art. 5 de la **Orden de 5 de mayo de 1994, sobre la transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios** (derogada por la Orden EHA 2899/11), la entidad bancaria vendrá **obligada** a efectuar una OV de préstamo al potencial prestatario (o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo).

Este artículo nos describe la forma de realizar la OV, por escrito, especificando las condiciones financieras que vienen recogidas en el Anexo II, que, brevemente, deben detallarse: a) capital del préstamo (importe de préstamo; forma de entrega del importe de préstamo; n.º de c/c especial); b) amortización (fechas de primer y último pago de amortización; número, periodicidad y cuantía de las cuotas; condiciones para reembolso anticipado; facultades para alterar el calendario de amortización); c) intereses ordinarios (interés nominal, si fijo o variable; fecha de inicio de devengo de intereses; periodicidad y forma de liquidación; número de días que se considerara que tiene el año para el cálculo de los intereses devengados); d) interés variable (definición del tipo de interés aplicable; identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia; límites a la variación del tipo de interés aplicable, máximos y mínimos; umbral mínimo de fluctuación y redondeos del tipo de interés aplicable; comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable); e) comisiones (apertura, otras), tabla de pagos y tipo de in-

terés anual equivalente, y f) gastos a cargos del prestatario.

Destacar que ese mismo precepto nos indica, en su apartado 2.º, que en la OV se hará constar el derecho del prestatario a examinar el proyecto de documento contractual al menos los tres días hábiles al otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario, en el despacho del Notario autorizante.

La Orden de 5 de mayo de 1994, como decíamos, fue derogada por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre de 2011, de transparencia y de protección del cliente de servicios bancarios, entrando en vigor el 29 de abril de 2012.

Respecto a la OV, decir que la gran diferencia es que no deviene obligatoria para la entidad bancaria. Es decir, el art. 23 de la Orden EHA 2899/2011 expresamente indica que *«el cliente podrá solicitar a la entidad la entrega de una OV»*.

Lo que sí es obligatorio es el FIPRE y el FIPER.

La ficha de información precontractual (FIPRE), recogida expresamente en el art. 21 de la Orden EHA 2899/2011, nos indica que las entidades, mediante esta ficha, deben proporcionar información *«clara y suficiente»* sobre los préstamos que ofertan, teniendo un carácter orientativo. En el Anexo I se recogen los criterios que debe recoger la FIPRE, remitiéndome a ellos.

Pero especial atención merece la FIPER, que es la ficha de información personalizada. El art. 22 de la Orden EHA 2899/2011 nos la define como la información personalizada que resulte para dar respuesta a la de-

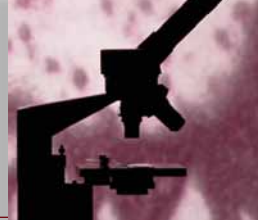
manda de crédito del cliente, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. El modelo de la FIPER lo encontramos en el Anexo II de la Orden EHA 2899/2011.

La FIPER se define como la información personalizada que resulte para dar respuesta a la demanda de crédito del cliente, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado

Debe hacerse entrega de la FIPER a todos los clientes, de forma gratuita, con la debida antelación y antes de que el prestatario quede vinculado por cualquier contrato u oferta.

La FIPER, como mínimo, debe contener:

0. Un **texto introductorio** dando respuesta a la solicitud solicitada por el cliente, especificando claramente la fecha de validez.
1. La identificación de la entidad de crédito.
2. **Las características del préstamo:** importe y moneda del préstamo, si no se expresa en moneda nacional; duración del préstamo; tipo de préstamo; clase de tipo de interés aplicable; importe total a reembolsar; importe máximo de préstamo disponible en relación con el valor del bien inmueble, en su caso, garantía.
3. **Tipo de interés.** La TAE (coste total del préstamo expresado en forma de porcentaje anual). Advirtiendo que sirve para ayudar al prestatario a comparar las diferentes ofertas. Dejando aquí establecido el valor en porcentaje o el tipo de referencia más diferencia, si se tratase de un tipo variable o variable limitado.
4. **Periodicidad y número de pagos.** Si el reembolso es mensual, y el número total de cuotas de la vigencia del préstamo compuestas de capital e intereses.
5. **Importe de cada cuota hipotecaria.** Indicando el importe, cómo ha sido calculado y un escenario simulado de la



evolución del tipo de interés a los meros efectos informativos.

6. **Tabla de amortizaciones.** En esta tabla se realiza una muestra del importe que ha de pagarse según la periodicidad, tipo de interés, cuotas, capital pendiente, importe y moneda del préstamo, duración del préstamo, tipo de interés y ejemplo de la tabla de amortización. Con especial advertencia de la variabilidad de las cuotas, si es el caso.
7. **Vinculaciones y otros costes:** obligaciones del prestatario y, si procede, advertencia de que las condiciones de préstamo descritas, incluido el tipo de interés aplicable, pueden variar en caso de incumplimiento de las citadas obligaciones. En cuanto a los costes, además de los incluidos, señalar los costes que se abonan de una sola vez, como, por ejemplo, tasación, verificación registral, impuestos, aranceles de gestoría y OV de subrogación. Y los costes que deben abonarse mensualmente, como el seguro de riesgos de daños e incendio de la vivienda.
8. **Amortización anticipada:** advirtiendo de la posibilidad, si se da el caso, de poder amortizar anticipadamente el préstamo, especificando las condiciones de dicha amortización y el procedimiento a seguir, por internet, teléfono, etc.
9. **Derecho de subrogación.** Si procede, puede el cliente subrogar el préstamo en otra entidad sin el consentimiento del banco con el que suscribe el préstamo.
10. **Departamento de Atención al Cliente:** todos los datos del Departamento de Atención al Cliente de la entidad bancaria, así como los del Defensor del Cliente, si procede.
11. **Servicios de reclamaciones al Banco de España:** pasos a seguir para efectuar la reclamación al Banco de España (los propios datos del Banco de España), si no ha respondido el Departamento de Atención al Cliente de la entidad o si el cliente no está de acuerdo con la respuesta de la entidad.
12. **Incumplimiento de los compromisos vinculados al préstamo: consecuencias para el cliente.** Se detallan los tipos de incumplimiento, como, por

ejemplo, no cumplir con las condiciones de vinculación establecidas en la OV y en la escritura pública. Y, sobre todo, no cumplir con las obligaciones esenciales: falta de pago de al menos tres cuotas mensuales o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a tres meses.

Consecuencias financieras y/o jurídicas (por ejemplo, la consecuencia del VA del préstamo).

13. **Si procede, información adicional,** en el caso de ventas a distancia: la legislación escogida por la entidad de crédito como base para el establecimiento de las relaciones con el cliente con anterioridad a la celebración del contrato de crédito es... [la española, por ejemplo]. Detalle del idioma en que se facilitará la información y documentación contractual.
14. **Riesgos y advertencias.** Detalle de los riesgos que conlleva un préstamo hipotecario:
 - a) Si se reducen ingresos, que se pueda hacer frente a la cuota hipotecaria.
 - b) Examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del Notario tres días antes previo a la formalización.
 - c) Se puede perder la vivienda si no se efectúan los pagos puntualmente.
 - d) Responde el prestatario ante la entidad del pago del préstamo no solo con su vivienda, sino con todos sus ingresos presentes y futuros.
 - e) Si es el caso, tener en cuenta el hecho que el tipo de interés del préstamo no es fijo durante todo el período de vigencia.
 - f) Si hay una cláusula suelo-techo, describir claramente que el prestatario no se beneficiará de las bajadas de interés de referencia por debajo del límite.
 - g) Advertir de otros tributos y gastos que deberá pagar el prestatario (por ejemplo, gastos notariales).

II. OFERTA VINCULANTE EN LA ORDEN EHA 2899/2011

Si bien decíamos que la OV no era obligatoria desde que entró en vigor la Orden EHA 2899/2011 (el 29 de abril de 2012), sí que procede a la entidad bancaria entregarla **si el cliente la solicita**.

Esta OV se facilitará a través de una FIPER, en la que se especificará que se trata de una OV y el plazo de vigencia de dicha oferta. La información adicional que la entidad facilite al cliente en la OV figurará en un documento separado, que se adjuntará con la FIPER. Si coinciden en tiempo la FIPER y la OV, puede realizarse en un único documento y tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega.

El art. 30 de la Orden EHA 2899/2011 nos detalla el acto de otorgamiento:

1. En materia de elección de Notario, se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, y demás disposiciones aplicables.

2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario, en el despacho del Notario, al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo, siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría.

El cliente podrá renunciar expresamente, ante el Notario autorizante, al señalado plazo, siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia Notaría

3. En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de **control de legalidad de los actos y negocios que autorizan**, los notarios denegarán la autorización del préstamo cuando el mismo no cumpla lo previsto en la Orden EHA 2899/2011 y la legalidad vigente. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán:



a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la FIPER y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la OV y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la FIPER como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la OV dentro del plazo de su vigencia.

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los arts. 24 (información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés), 25 (información adicional de cláusulas suelo y techo) y 26 (tipo de interés variable), y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el art. 27.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el Notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiendo expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.

ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas a consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular, deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de períodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales períodos; asimismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.

d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los arts. 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada norma tributaria.

e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implica para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

g) En el caso de hipoteca inversa, deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.

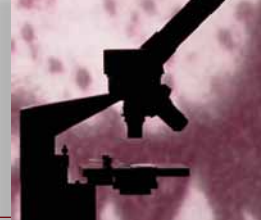
h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

Conviene apuntar breve recordatorio del Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, aclaratorio de la STS de 9 de mayo de 2013, relativa a la abusividad de las cláusulas techo-suelo, en cuyo fundamento jurídico 1.º, apartado 2.2, señala:

2.2. No existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado.

13. También se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento





de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y, hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas.

Esto supone analizar el papel de los profesionales con funciones públicas que intervienen en el otorgamiento e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria: Notario y Registrador.

Como recogen numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre ellas, la Resolución de 14 de noviembre de 2007 (BOE 303/2007, de 19 de diciembre de 2007):

El Notario autorizante de la escritura —y con independencia de quien lo elija— tiene el deber ex lege de controlar la legalidad del negocio formalizado. Mediante este control, realizado por un funcionario público en el momento de formación del negocio documentado o en el de adquisición de su fijeza, se elimina toda incertidumbre sobre la comprobación de la suficiencia de las facultades representativas acreditadas.

La autorización del instrumento público por el Notario cumple una función múltiple. Al imponerse al Notario la obligación de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales; de velar para que el otorgamiento se adecue a la legalidad, así como por la regularidad formal y material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, se tutelan, a la vez, numerosos intereses. Dicha autorización notarial protege, en primer lugar, a las partes contratantes y, en particular —tratándose de transmisión del dominio o derechos reales—, al adquirente, controlando la titularidad y el poder de disposición del transmitente, así como —entre otros extremos— advirtiéndolo a las partes de las consecuencias legales y fiscales del acto, con especial asistencia a los consumidores o parte débil en la contratación in-

mobiliaria. Se trata, así, de procurar una información cabal que permita prestar, en suma, un consentimiento suficientemente asesorado, todo ello con simultaneidad al momento de la transacción económica, para instar seguidamente del Registro, por vía telemática, con carácter inmediato posterior al otorgamiento, sin solución de continuidad, la extensión, en su caso, del correspondiente asiento de presentación.

En este sentido, resulta destacable lo dispuesto en la Resolución de 1 de octubre de 2010 (BOE 270/2010, de 8 de noviembre de 2010) respecto del sometimiento y control de las cláusulas abusivas por el Notario autorizante. A este respecto, dicha Resolución destaca:

En segundo lugar, no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la UE ha ampliado a la aplicación de las directivas. Según la Sentencia Von Colson y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados Miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados Miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores.

La Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores —transpuesta al ordenamiento español mediante 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—

es clara al respecto, tal y como ha puesto de manifiesto recientemente la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, al exigir expresamente de los Estados Miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. Coherentemente con estos imperativos, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009, reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo). Así, para la protección del consumidor, en el acto de otorgamiento, además de controlar que se ha recibido y entendido la FIPER y la OV, y de la información prevista y relativa a las cláusulas esenciales del contrato, no puedo dejar de pronunciarme acerca del deber del Notario autorizante de informar adecuadamente acerca del real alcance del art. 140 LH en relación con el 105 y el 1911 CC. Recordemos que el art. 105 LH dicta: «La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el art. 1911 del Código Civil», existiendo el art. 140, que reza: «No obstante lo dispuesto en el art. 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente sobre los bienes hipotecados». Se está renunciando expresamente a que la obligación garantizada recaiga únicamente sobre la finca hipotecada, debiendo el consumidor responder, además, con todos sus bienes presentes y futuros.

Y hago esta reflexión en especial atención al suicidio de un consumidor afectado en Denia (Alicante), con su procedimiento de ejecución hipotecaria en marcha, exhortando así a la responsabilidad social de todos y de todas para conseguir esa mayor protección a la parte débil del contrato de adhesión del préstamo hipotecario.

El control notarial de las cláusulas abusivas: contenido y fases. Un intento de puesta al día

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. CLÁUSULAS ABUSIVAS: DETERMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA
- III. APRECIACIÓN DE LA «ABUSIVIDAD»
- IV. CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Si hay un tema de actualidad en el ámbito de la contratación bancaria, es el relativo al control de las cláusulas abusivas, sobre todo a raíz de la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre cuyas sentencias más recientes destacan la de 14 de junio de 2012 y la de 21 de febrero de 2013 —en las que ya se avanza el menoscabo que para los derechos del consumidor representa la necesidad de oposición del mismo para que el Tribunal pueda apreciar la existencia de una cláusula abusiva— y, sobre todo, la de 14 de marzo de 2013 —*caso Aziz*—, que resuelve, ya en el ámbito hipotecario, que si el deudor ha planteado en juicio declarativo la posible abusividad de alguna cláusula, el Juez que entienda del mismo debe poder adoptar las medidas necesarias para para-



lizar la ejecución que se siguiere en otro juzgado hasta que se resuelva sobre dicha eventual abusividad.

La doctrina del TJUE provocó la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica los procedimientos de ejecución hipotecaria ordinario, judicial directo y extrajudicial. Casi simultáneamente, el Tribunal Supremo dictaba la Sentencia de 9

de mayo de 2013, sobre la llamada *cláusula suelo*. La repercusión de todo ello en la esfera judicial ha sido inmediata, con abundancia de demandas y sentencias de distinta índole. Finalmente, la cuestión ha acabado por plantearse en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, donde la Dirección General de los Registros y del Notariado ya ha dictado algunas resoluciones que es necesario analizar en orden a perfilar el ade-



cuado proceder de notarios y registradores. Antes, sin embargo, parece necesario hacer una somera puesta al día de los antecedentes legislativos y jurisprudenciales.

II. CLÁUSULAS ABUSIVAS: DETERMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA

La determinación de cuándo una cláusula es abusiva exige distinguir distintos supuestos. Así, podemos encontrar:

- 1) La cláusula que encaja en la regla general del art. 82.1 TRLGDCU, cuya abusividad resulta de ser contraria a las exigencias de la buena fe y causar, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones.
- 2) La cláusula subsumible en algunos de los supuestos específicos regulados en los arts. 85 a 90 TRLGDCU, que recogen una lista de cláusulas abusivas «*en todo caso*», esto es, sin necesidad de esa concreta apreciación de ausencia de buena fe o de desequilibrio en las contraprestaciones a que se refiere la regla general del art. 82.1.

Ahora bien, dichos artículos contienen unos supuestos más claramente definidos que otros, y por eso es habitual hablar de «lista negra» y «lista gris» de cláusulas abusivas: un ejemplo de cláusula encuadrable en la lista negra es el del art. 90.3: «*La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario*», mientras que se incluiría en la lista gris, entre otros muchos, el supuesto del art. 87.6, que habla de las estipulaciones que impongan al consumidor «*obstáculos onerosos o desproporcionados*» para el ejercicio de sus derechos, como por ejemplo «*plazos de duración excesiva*».

- 3) Por otro lado, una cláusula puede ser abusiva porque así lo ha decretado el Juez en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Es el caso de aquellas a que se refiere la STS de 16 de diciembre de 2009; por ejemplo, la que en relación con la compensación de la deuda con el saldo de cuentas o depósitos del deudor se incluía en las escrituras de Banco Santander, frente a las que sobre dicha

FICHA TÉCNICA



Resumen: Si hay un tema de actualidad en el ámbito de la contratación bancaria, es el relativo al control de las cláusulas abusivas, sobre todo a raíz de la jurisprudencia de los últimos años del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuyas sentencias de 14 de junio de 2012 y de 21 de febrero de 2013 ya se avanza el menoscabo que para los derechos del consumidor representa la necesidad de oposición del mismo para que el Tribunal pueda apreciar la existencia de una cláusula abusiva, mientras que la de 14 de marzo de 2013 resuelve que si el deudor ha planteado en juicio declarativo la posible abusividad de alguna cláusula, el Juez que entienda del mismo debe poder adoptar las medidas necesarias para paralizar la ejecución que se siguiere en otro juzgado hasta que se resuelva sobre dicha eventual abusividad.

Palabras clave: Cláusulas abusivas, contratación bancaria.

Abstract: If there is a subject of current interest in the field of banking contracts it is the control of unfair terms, especially in light of the case law from recent years from the Court of Justice of the European Union, in whose rulings dating from June 14, 2012 and February 21, 2013, progress is being made on the detriment to consumers' rights represented by the need for the consumers' opposition for the Court to recognize the existence of unfair terms, while in the ruling of March 14, 2013, the Court resolves that if the debtor has put forward in declaratory trial the possible unfairness of some provision, the judge trying this case must be able to adopt the measures necessary to paralyze the execution that would be in process in another court until a ruling is issued about said possible unfairness.

Keywords: Unfair terms, banking contracts.

misma materia se incluían en las minutas de Bankinter y BBVA, que el Tribunal estimó ajustadas a derecho.

- 4) Ahora, además, y a la vista de lo resuelto por el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, podemos hablar de una abusividad por falta de transparencia que tendría como base el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, cuyo contenido no fue objeto de transposición por el legislador español —al parecer, a causa de un desliz parlamentario. Según dicho artículo, no cabe la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato siempre que las mismas se redacten de manera clara y comprensible; por tanto, y a sensu contrario, entiende el TS que tales cláusulas deben someterse al control de abusividad si no reúnen esos requisitos de claridad y comprensibilidad en su redacción. En el caso, se trata de las famosas «cláusulas suelo»⁽¹⁾.

El razonamiento esgrimido en la Sentencia parecería haber de desembocar en la posibilidad de control de abusividad de la cláusula no transparente, aun cuando se refiera al objeto principal del contrato. El TS da el primer paso, que es declarar no transparente la cláusula suelo en cuestión y, por tanto, susceptible de ser sometida a dicho control, pero no parece llevar a cabo el mismo, sino que convierte de modo automáti-

co la falta de transparencia en un supuesto de abusividad, que parece en último término basar en que, en los términos en que se incluye en el contrato, no permite una **comprensibilidad real de su importancia** en el desarrollo razonable del mismo.

Con base en este planteamiento general, el TS hace una apreciación previa en la que entiende que **las cláusulas suelo son lícitas**, incluso no coexistiendo con cláusulas techo, siempre que cumplan esos requisitos de transparencia, que exigen —y aquí es donde empieza a aparecer la concreta abusividad del supuesto— destruir cualquier apariencia de variabilidad de los tipos cuando la misma es previsiblemente inexistente, de tal manera que «*cuando el suelo estipulado lo haga previsible*, [el deudor] esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo».

Esa apariencia de una inexistente variabilidad es la primera de las seis circunstancias⁽²⁾ que el TS entiende que convierten la cláusula en abusiva. Por lo demás, en el auto aclaratorio de 12 de junio de 2013, señala que la incluida en la Sentencia no constituye «*una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra (no están todas las que son)*. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente



abusivo (tampoco lo son, aisladamente consideradas, todas las que están)». Sin embargo, insiste de nuevo el auto en que «uno de los diferentes supuestos de **falta de transparencia y de cláusula abusiva, sin necesidad de que concurra ningún otro requisito**», vendría constituido por «la creación de la **apariciencia de un contrato de préstamo a interés variable**, cuando el índice de referencia o su evolución, previsible para el profesional, a corto o medio plazo, **lo convertirán en interés mínimo fijo, variable nada más al alza**». Con lo cual vuelve a la primera de las circunstancias relacionadas, como base del sentido de la Sentencia, apareciendo las demás, en realidad, como apoyo de aquella⁽³⁾.

Cabe decir que no se encuentra en la Sentencia un apoyo normativo expreso que permita asociar esa falta de transparencia con un supuesto de abusividad, para atribuirle los efectos de la misma. Para PERTIÑEZ VÍLCHEZ⁽⁴⁾, ese apoyo estaría en la propia regla general del art. 82 TRLGDCU: por un lado, la actuación contraria a la buena fe derivaría del ocultamiento por el banco de la posibilidad de un real entendimiento de la cláusula; por otro lado, el desequilibrio derivaría de la alteración de la carga económica del contrato respecto de la que el consumidor podía esperar con base en la información suministrada.

Tenemos, por tanto, unos supuestos en los que la abusividad viene determinada por la ley de modo directo y otros en los que viene determinada de modo indirecto.

De los cuatro bloques de supuestos antes señalados, habrá una **determinación directa** en dos casos:

1. El primero y más claro sería el de aquellas cláusulas incluidas en la llamada *lista negra* de los arts. 85 a 90 TRLGDCU, es decir, cuando el supuesto de hecho encaje claramente en el previsto en alguno de dichos artículos; poníamos como ejemplo el del art. 90.3: «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario».
2. El segundo sería el de las que han sido declaradas abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Aquí, sin embargo, la claridad puede verse disminuida por dos elementos, objetivo y subjetivo:

- Objetivo, porque únicamente será abusiva la cláusula que coincida exactamente con la utilizada en el supuesto de hecho resuelto por la sentencia.
- Subjetivo, porque queda por resolver la eficacia *erga omnes* de dicha sentencia, esto es, el alcance de sus efectos a terceros predisponentes distintos del demandado, cuestión sobre la que había venido siendo mayoritaria la interpretación negativa (a salvo los efectos meramente procesales, que no sustantivos).

Por el contrario, habrá una **determinación indirecta** en todos los demás supuestos, es decir, aquellos previstos por el TRLGDCU, bien en la regla general del art. 82.1 —que exige ausencia de buena fe y desequilibrio en las contraprestaciones—, bien en la «lista gris», es decir, las cláusulas que, incluidas en la relación de los arts. 85 a 90, requieren la apreciación de conceptos jurídicos indeterminados, como en el ejemplo del art. 87.6 al hablar de «obstáculos onerosos o desproporcionados» o de «plazos de duración excesiva».

El caso de la **falta de transparencia** apreciada por el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, relativa a las cláusulas suelo, constituye, como veíamos, un supuesto aparentemente nuevo en el que la nulidad de la cláusula deriva de su falta de transparencia, la cual provoca una apariencia de variabilidad de intereses inexistente. Y ello —siguiendo con las circunstancias del caso— por omisión de una información suficiente, de una simulación de escenarios diversos de evolución del interés y de una advertencia sobre el coste comparativo con otros productos, ubicando además la cláusula —en algún caso— «entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor» y aparentando «que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo».

III. APRECIACIÓN DE LA «ABUSIVIDAD»

Centrándonos ahora en cuál debe ser la actuación del Notario en esta materia, podemos decir que la misma se desarrolla en tres momentos o aspectos diferentes: el del control de incorporación, el del control de

contenido y el que podríamos ahora llamar control de ejecución.

1. El control de inclusión o incorporación

Se trata de una actuación que el Notario debe realizar cuando autoriza o interviene una operación con inclusión de condiciones generales de contratación, actuación que resulta previa a cualquier otra relacionada con la abusividad propiamente dicha y al otorgamiento en sí del documento notarial, el cual debe reunir las condiciones de claridad, sencillez, legibilidad, concreción, etc., a que se refieren los arts. 5.5 LCGC y 80.1a y 80.1b TRLCU.

En su Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS incardina en esta fase, en relación con los préstamos hipotecarios y como primer filtro o control de transparencia, la regulación contenida en la OM de 5 de mayo de 1994, hoy sustituida por la OM de 28 de octubre de 2011, entendiendo que «la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor». Similares previsiones a las contenidas en la citada OM se contienen en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, en relación con empresas que no tienen la condición de entidades financieras.

Habría que plantearse, en cualquier caso, si un eventual defecto en el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual previstas en la citada normativa puede provocar lo que con carácter general supone el incumplimiento de los requisitos de incorporación, es decir, que la cláusula sencillamente no pase a formar parte del contrato, considerándose este formado sin la misma. La STS de 9 de mayo de 2013 no resuelve la cuestión, puesto que, de una parte, se refiere únicamente a las cláusulas «de determinación de los intereses y sus oscilaciones en función de las variaciones del Euribor» y, por otra —y con independencia de lo que podría haber dicho de ser el caso—, el TS no está diciendo que la omisión de los pasos regulados en la OM suponga incumplir los requisitos exigidos por la LCGC —recordemos: claridad, sencillez, legibilidad, concreción...—, sino que el seguirlos sí garantiza razonablemente la observancia



de los mismos. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, en su artículo antes citado, señala que *«la Orden 5 mayo 1994 es una mera norma administrativa, de disciplina del mercado bancario, cuya contravención conlleva una mera sanción administrativa, pero en modo alguno puede fijar el umbral de la validez contractual de las cláusulas financieras en los contratos de préstamo con consumidores»*.

Habría que plantearse si un eventual defecto en el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual previstas puede provocar el incumplimiento de los requisitos de incorporación

Pues bien, en relación con esta materia, ya encontramos una idea de lo que puede ser la interpretación de la DGRN, deslizada en su **Resolución de 13 de septiembre de 2013**, cuando señala que sería discutible si ha sido debidamente cumplida la correspondiente normativa —Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre—, cuestión sobre la que no se pronuncia por no haber sido observado defecto alguno al respecto por el Registrador, dando así a entender que la falta de cumplimiento de dicha normativa podría ser controlada por el Registrador, cuestión más que discutible si atendemos a lo expuesto anteriormente.

En la posterior **RDGRN de 31 de octubre de 2013**, se dice a su vez: *«Al no haber alegado el Registrador nada en relación con el previo control de transparencia, no procede entrar a verificar un control de abusividad respecto de una cláusula (intereses variables) que por referirse al objeto principal del contrato de préstamo hipotecario solo procede cuando previamente se ha constatado su falta de transparencia en los términos indicados (vid. Resolución de 13 de septiembre de 2013)»*. Al hablar de ese «previo control de transparencia» y remitir a la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, parece efectivamente estar refiriéndose al «control de incorporación», es decir —en el caso de préstamos hipotecarios—, al cumplimiento de los requisitos previstos en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.

Y esta idea parece confirmarse en la **RDGRN de 5 de febrero de 2014**, en cuyo supuesto de hecho la Registradora aprecia

el defecto, que la DGRN confirma como tal, de la no inclusión en la escritura de la expresión manuscrita exigida por el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, para aquellos préstamos hipotecarios con personas físicas que reúnan determinadas circunstancias⁽⁵⁾. Dice la Resolución que esa omisión es puesta en relación por la Registradora calificante con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el TS en la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013. Pero —añade— *«es que, además, al citado control de transparencia debe preceder un previo control de inclusión o incorporación al contrato de la cláusula que revista caracteres de condición general de la contratación [...]»*. Es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo».

Al margen de todo lo dicho sobre este control de incorporación, en las resoluciones parece insinuarse que de «superarse» el mismo podría valorarse una eventual falta de «transparencia de contenido», única «variante» de abusividad que de acuerdo con la Sentencia del TS puede controlarse en relación con una cláusula que el mismo TS ha considerado como parte del objeto principal del contrato. Ello nos introduce ya en el siguiente de los apartados enunciados al referirnos a la actuación notarial.

2. El control de contenido

a) Abusividad directamente determinada

En relación con los diferentes posibles supuestos señalados anteriormente, el



Notario deberá entender abusiva, en todo caso, la cláusula que, como decíamos, así venga determinada directamente, bien por aparecer como tal en la repetida «lista negra», bien por resultar idéntica a la que ha sido declarada nula mediante sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y pretender ser utilizada por el mismo predisponente condenado en el supuesto enjuiciado.

Respecto de las primeras, ya dijo la Circular 1/98 CGN que, tratándose de «cláusulas que, directamente y sin necesidad de una valoración previa, resulten contrarias a una norma concreta (**algunas de las recogidas en la “lista” tienen ese carácter**), el Notario debe rechazar su incorporación por aplicación del art. 145 del Reglamento Notarial».

Respecto de las segundas, y aunque el supuesto no será muy probable, ¿qué ocurre si un predisponente distinto —en el caso, una entidad de crédito diferente— pretende incluir una cláusula idéntica a la anulada? Según determinó en su día el Consejo de Estado al informar del proyecto de LCGC, resulta inconstitucional la eficacia *erga omnes* que el proyecto de ley atribuía a las sentencias inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, y así lo ha entendido posteriormente la mayor parte de la doctrina. El propio Ministerio Fiscal emitió, en el año 2010, una circular en el mismo sentido. En todo caso, parece que hay que entender que, cuando se ha admitido dicha eficacia *ultra partes*, ha sido, como dice el art. 221 LEC, a efectos procesales.

Sin embargo, frente a esta postura, la jurisprudencia del TJUE insiste en que el llamado *principio de efectividad* implica que, si bien la adopción de las medidas concretas para cumplir con una determinada directiva corresponde a los distintos Estados Miembros, tales medidas deben dictarse, interpretarse y aplicarse de modo que sea efectivo el resultado previsto por la directiva; en el caso que tratamos —y en relación con las normas contenidas en la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, de protección de los consumidores—, «el cese en el uso de cláusulas abusivas». Desde este punto de vista —y sin entrar ahora en el alcance del eventual conflicto entre el citado principio de efectividad y el derecho a la tutela judicial efectiva, base de la polémica sobre la inconstitucionalidad de la pretensión de eficacia *ultra partes* de la sentencia—, habría que concluir que, declarada nula por

abusiva una determinada cláusula e inscrita la correspondiente sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, es razonable que dicha nulidad sea tenida en cuenta por el Notario en todo caso, sea cual sea la entidad, condenada o no, que pretendiera incluirla posteriormente en un contrato. Teniendo en cuenta, en todo caso, que debe tratarse de una cláusula idéntica, lo que, como señalábamos, reduce enormemente la probabilidad del supuesto de hecho.

b) Abusividad indirectamente determinada

En cambio, en los que hemos llamado *supuestos de determinación indirecta*, no puede pretenderse que ni el Notario ni el Registrador rechacen por abusiva una determinada cláusula cuando para ello es necesaria la apreciación de criterios como ausencia de buena fe o desequilibrio entre las contraprestaciones —caso de la regla general del art. 82.1 TRLDCU— o, en general, de conceptos jurídicos indeterminados —como ocurre con los supuestos de los arts. 85 a 90, calificables como «lista gris». Ese es un control que corresponde en exclusiva a los jueces, tal y como proclama la Exposición de Motivos de la LCGC y señaló en su día la Circular 1/1998 CGN.

No lo entendió así, sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 1 de abril de 2011, que, desbordando el límite de la calificación registral en esta materia, llegó a decir que «*pueden claramente los registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando esta sea alguna de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU, que son las que no requieren juicio de ponderación alguno*». Esta es una declaración claramente desafortunada, porque, como veíamos, entre las cláusulas contenidas en los arts. 85 a 90 TRLCU, existen muchas que sí requieren ese juicio de ponderación al que la misma Sentencia alude.

Hay quien ha entendido que la doctrina de la DGRN, contenida en las recientes resoluciones citadas, acaba por hacer suyos los argumentos de esta Sentencia, que es objeto de cita en aquellas. Entiendo que no es así, pero, antes de intentar explicarlo, conviene avanzar que la citada SAP Tarragona fue casada en virtud de la dictada por el TS el día 13 de septiembre de 2013; curiosamente, el mismo día en que se dicta la primera de las resoluciones comentadas.

La consecuencia es que queda vigente la sentencia de instancia que confirmó la RD-GRN de 24 de julio de 2008, de tenor radicalmente opuesto. Es necesario advertir, no obstante, que, por un lado, esta Resolución ya había sido contradicha, como veremos, por otras posteriores del Centro Directivo y, por otro, que el motivo de casación de la SAP Tarragona es la apreciación de la falta de legitimación de la Registradora para recurrir la sentencia de primera instancia, y que, en su Sentencia, el TS hace unas apreciaciones sobre esta materia que no deben ser obviadas —y a las que haremos referencia más adelante.

En todo caso, la doctrina de la DGRN en este punto concreto es, a mi entender, menos «revolucionaria» de lo que parece. El núcleo de la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 se contiene en una frase —repetida, sin aparente necesidad, en la RDGRN de 5 de febrero de 2014—, un tanto confusa, que conviene leer en dos partes para alcanzar el sentido del conjunto.

La frase empieza sentando lo que, aisladamente considerada, parecería una regla general de contenido extremadamente amplio. Dice así que «*la nulidad que declara el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 la declara directamente la misma ley, y el mandato legal de “tenerlas por no puestas” dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial*». Hasta aquí, podría entenderse que, para la DGRN, el Registrador puede apreciar cualquier tipo de cláusula abusiva en el contrato, sobre la base de que, tal y como señala el artículo citado en su n.º 1: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*».

Esta conclusión queda matizada —eso sí, con insuficiente claridad— al seguir leyendo: «*especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente “lista negra”, bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los arts. 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados*».

No es lo mismo decir, como hacía la ya anulada SAP Tarragona, que el Registrador



puede «apreciar como abusiva una cláusula cuando esta sea **alguna** de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU» —porque *alguna*, en singular, parece equivaler a *cualquiera* y, en definitiva, a *todas*— que decir, como hace la Resolución, que esa apreciación de abusividad es posible cuando se trata de **algunas** de las cláusulas de la lista negra —porque *algunas*, en plural, deja claramente fuera a las demás: las que sí requieren «una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados», esto es, las que, simplificando, se enmarcan en la «lista gris».

Obviamente, lo primero para poder apreciar la nulidad en estos casos es confirmar que la cláusula es abusiva, y eso, una de dos: o lo dice la ley, o lo dice el Juez. Y la ley (art. 82.4) solo lo dice directamente en relación con esa «lista negra»: esta es la que debe tener en cuenta el Notario o el Registrador, pero no «especialmente», como se dice en estas resoluciones de modo inapropiado, sino «únicamente». Y, además, entendida estrictamente, es decir, con exclusión de los llamados *supuestos de la «lista gris»*, pues estos sí requieren esa «valoración de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración de contrato» (art. 82.3), ese «juicio de ponderación» que está reservado a los tribunales⁽⁶⁾, como lo está también la apreciación de cualquier otro caso de posible abusividad vinculado, ex art. 82.1, a una actuación contraria a las exigencias de la buena fe y a un desequilibrio importante de las prestaciones en perjuicio del consumidor.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula

El fundamento en que basa su extraña afirmación inicial la DGRN parece ser la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, en la que se declara que «el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula». Pero sor-

prende que, a partir de la misma, concluya ahora la DGRN que «esta jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el art. 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial». Y sorprende, de una parte, porque el hecho de que, como dice la Sentencia, no sea necesaria la previa impugnación de la cláusula por el consumidor solamente determina la posibilidad de que la abusividad sea apreciada de oficio por quien está legitimado para ello, que es únicamente el Juez, al menos cuando para dicha apreciación se requiera una valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes, que, desde luego, el Registrador no está en condiciones de hacer, como la misma Resolución —un tanto a escondidas— acaba por decir; de otra, porque se trata de una Sentencia que ya había sido utilizada como fundamento en otras resoluciones anteriores sin que hubiera llevado a la DGRN a una conclusión similar.

Pues bien, este entendimiento de la doctrina del Centro Directivo debe trasladarse al análisis de la subsiguiente declaración contenida en las resoluciones de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2014: «En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el Registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación». Ciertamente, así es: en relación con las cláusulas abusivas incluidas en la repetida «lista negra», su nulidad deriva de la ley, y no se requiere sentencia —ni, por lo tanto, inscripción de tal sentencia en registro alguno— para que sean rechazadas tanto por el Notario como por el Registrador —como, por lo demás, ocurre con cualquier convención contraria a la ley. Pero para ello es necesario que la cláusula sea objetiva e indubitadamente alguna de las de dicha lista; de lo contrario, no solamente es necesaria la sentencia que declare su nulidad, sino también la inscripción de aquella en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación —sin insistir ya más en la discutida eficacia *erga omnes* de dicha inscripción.

Resumiendo, creo que no cabe deducir que las RRDGRN de 13 de septiembre de 2013 y de 5 de febrero de 2014 supon-

gan en este ámbito, cuando menos por sí mismas, otra cosa que una continuidad en la doctrina del Centro Directivo que tiene como primer antecedente la RDGRN de 1 de octubre de 2010, doctrina que se reitera en resoluciones posteriores (4 de noviembre y 21 de diciembre del mismo año, y 11 de enero y 16 de agosto de 2011)⁽⁷⁾, en lo que supuso un intento de reconducción de la calificación registral en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la drástica reforma introducida en el vigente art. 12 LH en virtud de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y la interpretación de la misma por la propia DGRN a partir de la citada Resolución de 24 de julio de 2008. De hecho, la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 no contiene, respecto de los fundamentos contenidos en la RDGRN de 1 de octubre de 2010, otra novedad que la referencia a la necesidad de interpretar las normas —en el caso, el citado art. 12 LH— con arreglo «a la realidad social en que ha de ser aplicada (art. 3.1 del Código), que ha experimentado notables cambios en relación con la situación que se vivía cuando se promulgó». Así, se dice en la Resolución: «No parece en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos, y por tanto la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca —y por tanto del crédito garantizado— susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo».

La consolidación de esta doctrina es, por lo demás, lo acertado, según el TS, que en la antes citada Sentencia de 13 de septiembre de 2013, pese a casar la SAP Tarragona de 1 de abril de 2011, citada por la DGRN como fundamento en sus resoluciones, declara que «la doctrina seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado claramente en resoluciones posteriores a la que motivó el recurso de casación, como la de 16 de agosto de 2011, trata la cuestión en sus términos adecuados, a los que, en lo menester, nos remitimos».

Dicha doctrina podría sintetizarse:

— En cuanto a su contenido: las cláusulas financieras del préstamo o crédito hipotecario se inscribirán en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, pero el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora que rechace aquellas cuya nulidad hubiera sido declarada mediante

sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

Es decir, quedan fuera de la calificación registral aquellas cláusulas que «tratan de conceptos jurídicos indeterminados» o cuyo carácter abusivo «puede ser incluido en el ámbito de la incertidumbre», las cuales «solo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial».

— En cuanto a sus fundamentos:

- 1) El papel activo del Registrador, supestandamente reiterado por el TS en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009, al diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo)⁽⁸⁾.
- 2) La inaceptabilidad de que, dado el tenor del art. 130 LH, pudiera promoverse una ejecución hipotecaria con base en cláusulas que, siendo

abusivas, estuvieran contenidas en el asiento de inscripción.

- 3) El origen comunitario de gran parte de la normativa española en el ámbito de las cláusulas abusivas y la reiterada jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, que consagra el ya comentado principio de efectividad.

Creo que es de interés detenerse en este último fundamento, al que la DGRN vuelve a aludir en la Resolución de 13 de septiembre de 2013, al defender la no exigencia de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación de la sentencia de nulidad por abusividad: «Tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las directivas europeas en materia de consumidores». Esta referencia al principio de efectividad ya se hacía, como veíamos, en la RDGRN de 1 de octubre de 2010, cuyas conclusiones —más claras que las que ahora comentamos— acabamos de sintetizar.

Y me detengo en este punto porque en el mismo se sitúa, a mi juicio, el elemento más importante de cualquier discurso sobre

esta materia: tenemos, en un extremo, una determinada directiva cuyo objetivo, según repetidamente se ha señalado, es el cese en el uso de cláusulas abusivas y, a su lado, tirando de la misma cuerda, una sociedad que demanda lo mismo, espoleada por el drama de quienes han perdido o pueden perder su vivienda, al no poder atender los pagos de la hipoteca. Pero también tenemos, anclada en el otro extremo, una legislación nacional cuyo objetivo, siendo coherente con lo previsto en la directiva, trasciende, sin embargo, a una determinada coyuntura económica que debemos considerar excepcional, y que al transponer dicha directiva —e incluso más recientemente, al modificar la normativa procesal— ha señalado con suficiente claridad los límites en la actuación de cada una de las autoridades intervinientes. Siendo así que, en la observancia de dichos límites, ese objetivo no siempre se cumple con la agilidad y el resultado demandados en la actual situación por los agentes sociales, ¿basta la referencia a ese principio de efectividad para legitimar una actuación que no respete aquellos?

En mi opinión, no, dicho sea sin perjuicio de cuantos matices quieran hacerse al hablar de la autoridad judicial, puesto que los límites de su actuación son distintos, empezando por la posibilidad —y el deber— de interpretar el caso concreto atendiendo a las circunstancias concurrentes. Pero incluso la autoridad judicial ha tenido que seguir caminos un tanto complicados, y ahí están las cuestiones prejudiciales, alguna de las cuales ha dado lugar a posteriores modificaciones legales en esta materia. El Notario y el Registrador ni pueden apreciar de la misma forma las circunstancias concurrentes, ni disponen del instrumento de la cuestión prejudicial. El camino más directo para sentar criterios es la doctrina de la DGRN, pero para cumplir ese papel son necesarios posicionamientos adecuados y un esfuerzo de clarificación de conceptos que a menudo se echa en falta⁽⁹⁾.

c) Los supuestos de falta de transparencia

Y eso es lo que ocurre en el caso de la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, cuando se adentra en el terreno todavía movido de la falta de transparencia.

Hay que advertir que el supuesto de hecho que se resuelve es atípico, ya que el





Registrador parece equivocarse al remitir la nota de calificación inicial, de modo que los hechos con base en los que califica no coinciden en absoluto con los reales, contenidos en la escritura. Al subsanar dicha nota, sin embargo, advierte que ello se hace «sin alterar el vigor de los fundamentos jurídicos esgrimidos para denegar la inscripción de la cláusula suelo», cuando, siendo los hechos distintos, parte de los fundamentos quedaban claramente invalidados. Pero entre dichos fundamentos figura uno de enorme importancia, que es la supuesta falta de transparencia, que el Registrador aprecia conforme a la STS de 9 de mayo de 2013, y por motivos muy similares a los que en la misma argumenta el TS, como la ubicación de la cláusula «entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas», efectuando así una valoración que sobrepasa, sin lugar a dudas, los límites de su función⁽¹⁰⁾.

Este supuesto defecto es combatido por el recurrente, pero desgraciadamente no es analizado por la DGRN, sin que quede claro el porqué. Lo cierto es que la DGRN revoca la calificación siguiendo la misma Sentencia del TS, y así señala:

- Que la cláusula suelo *in genere* es, en principio, válida, incluso aunque no venga acompañada de una cláusula techo.
- Que se refiere al objeto principal (aunque no esencial) del contrato, como parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario, y que, como tal objeto principal, no cabe control de su equilibrio (Sentencia 406/2012, de 18 de junio).
- Que ello no impide el doble control de transparencia, y que, en cuanto al primer control, sería discutible si ha sido debidamente cumplida la correspondiente normativa (Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre), cuestión sobre la que no se pronuncia, por no haber sido observado defecto alguno por el Registrador... y ahí acaba, dejándonos con la miel en los labios respecto de cuál sería el criterio respecto de la presunta «falta de transparencia de contenido».

Y lo mismo sucede con la **RDGRN de 31 de octubre de 2013**, en la que el Registrador rechaza la cláusula de revisión de intereses, que estima que deja dicha revisión al único criterio de la entidad acreedora, lo que entiende un supuesto de nulidad por

abusividad conforme al art. 85.3 LGDCU, que declara nulas «las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». La DGRN, al resolver, confirma la calificación, pero no con base en el supuesto carácter abusivo de la cláusula, sino por contravenir lo dispuesto en el art. 1256 CC.

Recordemos que, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el TS reitera que la apreciación de las circunstancias que pueden conllevar una falta de transparencia implica un *juicio de valor*, dirigido en último término —según resulta del auto aclaratorio— a confirmar «el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato», teniendo en cuenta que este es un resultado insustituible, pero «susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios».

Las entidades condenadas solicitaron al TS que aclarara si no se debe entender suficiente información la que «verbalmente o por escrito se hubiere facilitado al consumidor al acudir a la entidad a solicitar el préstamo; la previa entrega y devolución firmada de la oferta vinculante; la existencia de otras declaraciones recogidas en el contrato, y las advertencias específicas sobre dicha cláusula por parte del propio Notario autorizante, o fuera de aquel». A lo cual contesta literalmente el TS que «el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato [...] no puede anudarse [para el futuro] de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real». Ante dicha «aclaración», se puede decir:

El Tribunal Supremo reitera que la apreciación de las circunstancias que pueden conllevar una falta de transparencia implica un juicio de valor

- De una parte, que solo se explica por razones de pragmatismo, finalistas o, por utilizar el término al parecer adecuado, de «efectividad» (la expulsión de la contratación bancaria de la práctica cuestionada).

- De otra, que, refiriéndose la consulta a un conjunto de distintos posibles medios de información, resumir la respuesta en los términos en que lo hizo la nota de prensa del Consejo General del Poder Judicial, hablando literalmente del «cumplimiento de formalismos carentes de eficacia en tal sentido —lectura por el Notario, etc.—», resulta, a mi entender, lamentablemente inadecuado e injustificado.

En todo caso, es obvio que entre esa pluralidad de medios que según el TS cabe para hacer desaparecer la falta de transparencia debe incluirse, y con carácter privilegiado, el ineludible asesoramiento notarial. Como dice el catedrático de Derecho Mercantil Jesús Alfaro Águila-Real comentando el auto en su blog, «incluso aunque la redacción de la cláusula sea ambigua, oscura, contradictoria, engañosa, la consecuencia no sería la nulidad del “pacto” si la ambigüedad, oscuridad, contradicción o engaño se deshizo a la vista de las circunstancias en que se celebró el contrato». Y no cabe duda de que la intervención notarial puede y debe disipar cualquier falta de transparencia al respecto. Reconocerlo así, sin embargo, obligaba al TS a dejar en agua de borrajas todo el argumentario de la Sentencia, y con ello, al parecer, la necesaria «efectividad» buscada.

Lo que en ningún caso resulta posible defender, a mi juicio, es que el Registrador efectúe un control genérico de transparencia de contenido. Si ese control supone, como dice la STS de 13 de mayo de 2013, el de «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato», el mismo solo puede ser llevado a cabo por el Notario: si este autoriza la escritura porque considera que ese concreto consumidor, en esa concreta situación y al abrigo del debido asesoramiento suministrado, ha alcanzado la «comprensión real» de la importancia de la cláusula, solo un Juez tiene atribuidas facultades para decidir, en su caso, lo contrario.

Sin perjuicio de lo anterior, la STS de 9 de mayo de 2013 acaba conteniendo una declaración que, con independencia de las circunstancias adicionales en que se fundamenta, considera abusivo, como veíamos, el supuesto particular en que se cree la apariencia de un contrato a interés variable, cuando, a consecuencia de la cláusula suelo, su efecto real es el de un interés fijo mínimo. Buscando un ejemplo,

una cláusula suelo que fijara este en el 3 %, con un sistema de revisión de intereses con base en el euríbor más 3 puntos, solo daría sentido real a dicha cláusula bajo la hipótesis de un euríbor negativo, hoy por hoy poco previsible, y puede constituir una apariencia de variabilidad a la baja que el TS considera abusiva por ser realmente inexistente. Normalmente, tal cláusula daría lugar actualmente a la necesidad de incluir en la escritura la famosa «*expresión manuscrita*» a que se refiere la Ley 1/2013, pero, por una parte, no siempre tiene por qué ser así (tal expresión está prevista en hipotecas sobre vivienda, cuando «*el límite de variabilidad a la baja es inferior al límite de variabilidad al alza*») y, por otra, no resulta de recibo que el Notario fundamente únicamente en la misma la transparencia que el TS reclama.

3. El control de ejecución

Como decíamos al principio, la doctrina del TJUE acabó por provocar la modificación de la normativa procesal española relativa a las ejecuciones hipotecarias, a través de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que introdujo en la regulación de los procedimientos de ejecución, tanto ordinario como judicial directo y extrajudicial, determinadas reglas destinadas a amparar la posibilidad de suspensión de los mismos en caso de existencia de cláusulas abusivas. Pero dicha posibilidad encuentra importantes diferencias según se trate de uno u otro tipo de procedimiento:

- Así, en el procedimiento de ejecución ordinaria, la modificación de los arts. 552, 557 y 561 LEC permite la apreciación **de oficio** por el Juez, y la oposición por las partes, por existencia de **cualesquiera** cláusulas abusivas.
- Por el contrario, cuando la ejecución se siga mediante el procedimiento judicial directo de ejecución hipotecaria o mediante el procedimiento extrajudicial, de las modificaciones introducidas en los arts. 695 LEC y 129 LH resulta:
 - Que **solamente** se tomará en consideración la posible abusividad de aquellas cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubiesen determinado la cantidad exigible.
 - Que, en todo caso, es necesaria la **oposición** del deudor; ahora bien,

tratándose del procedimiento extrajudicial el art. 129.2.f, señala que, cuando el Notario considerase que alguna de dichas cláusulas *pudiera tener carácter abusivo*, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En relación con el procedimiento extrajudicial, hay que decir que no serán cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución cualesquiera referentes a otros eventuales supuestos de vencimiento anticipado distintos de la falta de pago del capital o de los intereses, puesto que solo para estos puede utilizarse dicho procedimiento conforme a la previa modificación introducida por la Ley 1/2013 en el mismo art. 129.1.b LH. No procedería, por tanto, atender a la eventual abusividad de una cláusula como la que, por ejemplo, determinara el vencimiento anticipado por cualquier embargo o disminución de la solvencia patrimonial del deudor, aunque la misma pudiera ser efectivamente abusiva conforme a la STS de 16 de diciembre de 2009, y menos aún aquellas que no suponen el vencimiento anticipado, como, por ejemplo, la renuncia a la notificación de la cesión de crédito —a la que se refiere la misma Sentencia.

Más delicada es la apreciación de abusividad de las cláusulas que hubiesen determinado la cantidad exigible, puesto que aquí entran en juego muchos de los casos que han sido objeto recientemente de contienda judicial, como las cláusulas de redondeo al alza o las cláusulas suelo, e incluso alguna otra que aparentemente —y en el caso concreto— pudiera aparecer como beneficiosa para el deudor por reducir la deuda reclamada, como la cláusula de compensación con cuentas indistintas a que se refiere también la STS de 16 de diciembre de 2009.

En cualquier caso, la obligación del Notario se perfila en términos suficientemente claros por la norma y consiste en poner esa posible abusividad en conocimiento de deudor, acreedor y, en su caso, avalista e hipotecante no deudor, «a los efectos oportunos», es decir, a fin de que puedan plantear la cuestión ante el Juez competente, acreditado lo cual al Notario este deberá suspender el procedimiento.

A diferencia, por tanto, de lo que ocurre en relación con el «control de contenido», la actuación del Notario al tiempo de la

ejecución está mucho más limitada, y ello es lógico, porque ya no está en su *ámbito natural*, que es el preventivo. El legislador —que, no lo olvidemos, ha sido suficientemente «advertido» de las disfunciones de los procedimientos de ejecución— ha encargado al Notario el ejercicio de una misión de control que por la propia naturaleza de su función no puede ir más allá de lo que dice la norma.

La actuación del Notario al tiempo de la ejecución está mucho más limitada, y ello es lógico, porque ya no está en su ámbito natural, que es el preventivo

Es cierto que la posible no reacción de los afectados, sometiendo la cuestión al criterio judicial, puede dar lugar —y así lo ha puesto de manifiesto algún compañero, como José Ignacio NAVAS OLÓRIZ, en un artículo publicado en la web <http://notariosyregistradores.com>— a que se continúe con un procedimiento en el que el Notario sea consciente de que hay alguna cláusula abusiva. Pero también es cierto que el documento que la contiene ha pasado todos los filtros que el sistema de seguridad jurídica preventiva impone, y que, llegada esta fase, no es misión del Notario, sino del Juez, el ejercer la tutela de una de las partes, si ello implica la privación a la otra de unos derechos reconocidos en un documento legalmente apto a tal efecto.

Creo que incluso la jurisprudencia del TJUE avala esta posición. Recordemos que la Sentencia de 21 de febrero de 2013, si bien permite al Juez, para determinar los efectos de la abusividad, no esperar a que el consumidor solicite la declaración de nulidad de la cláusula, también señala que «*sin embargo, el principio de contradicción obliga, con carácter general, al Juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual a informar de ello a las partes procesales y ofrecerles la posibilidad de debatir de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales*». Si ofrecer la posibilidad de debatir en forma contradictoria es la regla general en el ámbito judicial, menos aún puede el Notario actuar de forma diferente.



IV. CONCLUSIÓN

Cuando las circunstancias en que se ha de aplicar un determinado sistema son excepcionales, acertar en la valoración del mismo resulta difícil. Hasta hace no mucho, el ejercicio de las acciones colectivas de cesación por las organizaciones de consumidores, con la consiguiente puesta en marcha del mecanismo legalmente diseñado para acabar por declarar la nulidad o validez de las cláusulas controvertidas, parecía haber empezado a producir los efectos pretendidos: la expulsión de las primeras de la contratación. Pero las tremendas consecuencias sociales de la crisis económica que atravesamos han puesto en entredicho esa «efectividad». Pues bien, si el sistema se revela insuficiente o inadecuado, lo que procede es promover su reforma por el legislador, pero cumpliendo mientras tanto cada autoridad con su papel, que no es otro que el de aplicar la ley vigente.

En la mejora de la normativa aplicable, puede jugar un papel importante la transposición de la reciente Directiva de 16 de enero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE —por más que quizá la misma haya levantado demasiadas expectativas. Entre las posibilidades que la Directiva ofrece, el legislador deberá plantearse la de utilizar en los préstamos y créditos hipotecarios una medida ya existente en la Ley de Crédito al Consumo que permite el desistimiento durante un determinado plazo a contar desde la suscripción del contrato. De este modo, si la información precontractual no ha sido suficientemente asumida por el consumidor, este podría tener la oportunidad de profundizar en la misma *a posteriori*, seguramente de modo más reposado. No debería ser obstáculo para la utilización del derecho de desistimiento el hecho de que habitualmente la hipoteca financie una operación que suele instrumentarse con carácter simultáneo, por cuanto el depósito notarial de las cantidades que en su caso se hubiera de reintegrar al banco, o entregar definitivamente al vendedor, garantizaría los derechos de todos los implicados, que, entre tanto, deberían tener el reflejo registral correspondiente.

Todo ello no impide, desde luego, actuaciones dirigidas tanto a facilitar la apli-

cación de la normativa vigente como a divulgar el conocimiento de la misma. En esta línea se enmarca la creación del Observatorio de Control de Cláusulas Abusivas en el Consejo General del Notariado, de próxima entrada en funcionamiento⁽¹¹⁾.

- (1) Queda por resolver, por lo demás, cuál es, en su caso, la diferencia entre una cláusula que afecta al *objeto principal* del contrato y una cláusula relativa a un *elemento esencial* del mismo. Y ello por cuanto el art. 9 LCGC señala que la sentencia «declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de esta afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del art. 1261 del Código Civil».
- (2) a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero.
b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.
c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.
d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor, en el caso de las utilizadas por el BBVA.
e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.
f) La inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la misma entidad.
- (3) En el supuesto de la Sentencia, las cláusulas que el TS analiza se refieren a escrituras autorizadas en los años 2008 (con revisión con base en el euríbor a seis meses + 1,25, y «suelo» del 2,5), 2007 (con euríbor a un año + 1, y «suelo» del 2,5) y 2008 (con euríbor a un año + 1,5, y «suelo» del 2,5). Como referencia, cabe decir que la media mensual del euríbor diario fluctuó, entre enero del 2007 y diciembre del 2008, entre el 4,064 y el 3,452. ¿Era realmente previsible para el profesional que en mayo del 2013, cuando dicta Sentencia el TS, estuviera en el 0,484? Hasta el momento en que empezó a aplicarse la cláusula suelo, ¿cuántas revisiones de interés provocaron una efectiva —y transparente— reducción del mismo?
- (4) PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, «Falta de transparencia y carácter abusivo de la

cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *InDret*, n.º 3/2013.

- (5) Señala dicha norma que:

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente, se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza.

b) Que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés.

O bien

c) Que se concedan en una o varias divisas.

- (6) El mismo art. 83 citado por la DGRN continúa diciendo, en su n.º 2:

La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia, en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

- (7) De hecho, esta misma doctrina —y la jurisprudencia con ella coincidente— es citada por el recurrente en la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 como argumentación para defender la extralimitación del Registrador en su función calificadora.

- (8) No deja de sorprender, en todo caso, la interpretación que se hace de la STS de diciembre de 2009, que, según la RDGRN de 1 de octubre de 2010, «reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de



la judicial y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo)», puesto que, según se insiste ahora en la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, en dicha Sentencia «se consideraron no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado y, por tanto, se confirmó la necesidad de proceder a su calificación, pues únicamente es posible excluir la inscripción de unas y no otras si previamente se examinan todas». Todo ello resulta, al parecer, de esta escueta frase de la Sentencia: «la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible, sino que no es válida», pues —salvo error u omisión— es la única que hace una cierta aproximación al tema de la inscripción, en el citado fundamento duodécimo.

- (9) Que la doctrina sobre esta materia, aquí resumida, no debe entenderse modificada por el contenido de las recientes reso-

luciones comentadas parece ser asumido por la misma Dirección General cuando la Resolución de 5 de febrero de 2014 alude a que la misma «ha quedado ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 13 de septiembre de 2013», que la Resolución transcribe en la parte en que se remite, como hemos visto, a la Resolución de 16 de agosto de 2011. ¿No habría resultado entonces mucho más claro reiterar sin más esa doctrina?

- (10) No puede obviarse que la posibilidad misma de un control de contenido ha sido discutida por muchos juristas, y que para algunos lo que el TS señala como falta de transparencia no es más que suministro de información deficiente al consumidor, en el sentido de los arts. 60 LGDCU o 7.1 de la Ley de Competencia Desleal, supuesto que no se puede gestionar con una norma de control de contenido de la cláusula, sino a través de los mecanismos ordina-

rios —no susceptibles de un control abstracto de abusividad— de las acciones de nulidad por defectos de consentimiento (CARRASCO PERERA, Ángel, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, Jul. 2013).

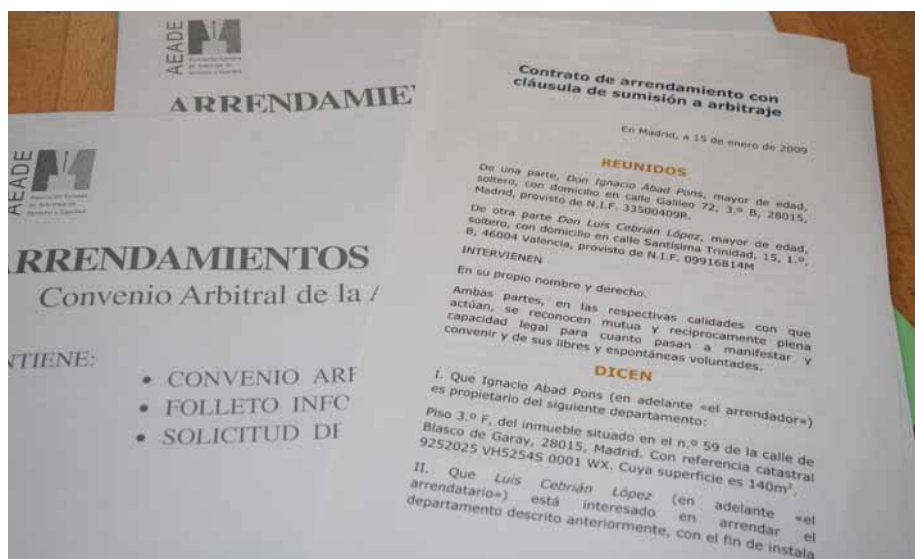
- (11) En el mismo sentido, resulta interesante la idea expuesta por José Ignacio NAVAS OLORIZ en el artículo comentado *ut supra*: «Debería de crearse un órgano consultivo de consumidores financieros que tuviese entre sus cometidos el extender un visado, una especie de nihil obstat respecto de las minutas que la entidades de crédito utilizan en todas sus operaciones financieras, sean o no hipotecarias. Esta precaución moralizaría el sector y evitaría, preventivamente, conflictividad, al menos en cuanto a la abusividad de ciertas cláusulas. Ese órgano consultivo debería de estar constituido por representantes del Notariado, del cuerpo registral y del Consejo General de Consumidores».

Las inconsecuencias de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos

Daniel Loscertales Fuertes
Abogado

He leído el último número de *La Notaria* y allí aparece un trabajo largo y bien fundamentado del Notario de Barcelona Antoni Bosch i Carreras sobre «Arrendamientos y Registro de la Propiedad». Pues bien, como vengo publicando en medios de comunicación generales (especialmente, *El País*) y también en revistas de colegios como *El Notario del Siglo XXI*, *Consejo General de la Abogacía*, etc., y en mis muchas intervenciones en congresos y ponencias, sobre todo en colegios de abogados, tengo que manifestar mi postura contraria al resultado de inscribir los arrendamientos urbanos en el Registro de la Propiedad.

La verdad es que, como miembro de la Comisión de «expertos» que nos reunimos en el Ministerio de Fomento para tratar de la reforma de la LAU que ha tenido lugar en la Ley 4/2013, no tuvimos la oportunidad de discutir nada del Registro, ya que de la Dirección General de los Registros y del Notariado aportaron las normas específicas a última hora y no dispusimos de tiempo para esa necesaria confrontación jurídica, aunque se les hiciera constar en el momento nuestra disconformidad. Luego, por mi parte, de forma reiterada, he puesto de manifiesto a responsables de Justicia que eran unas disposiciones carentes de sentido social y, además, muy endeble jurídicamente. Lo cierto es que nadie de ese Ministerio ha tenido la valentía de discutir los temas, aunque, eso sí, recibían mis críticas con educación y buena



cara, incluso dándome la razón altos cargos, pero sin efectividad alguna.

Bien, y para concretar, se puede preguntar el lector: ¿cuáles son mis propuestas y, sobre todo, divergencias? Aunque sea una hipótesis casi milagrosa políticamente, insisto constantemente en que hay que retirar y anular todo lo legislado en la Ley 4/2013 sobre el Registro de la Propiedad, teniendo en cuenta que desde la LAU 29/94, conforme a la disposición adicional 2.ª, se dictó el Real Decreto 297/1996, que instrumentó la inscripción registral de los arrendamientos ur-

banos y ha permitido a quienes lo han querido inscribir a su contrato, naturalmente, sin las consecuencias nefastas para unos y otros de lo que se dispone en la citada Ley 4/2013 y se supone que en el futuro Reglamento, previsto en la disposición final 2.ª

¿Y en qué me baso para este posicionamiento jurídico negativo? Pues en los puntos que a continuación haré constar, que, por cierto, comparten casi todos mis compañeros abogados y también catedráticos de Derecho Civil, indicando que uno de ellos, precisamente de la Universidad de Barcelo-

na, participó en la Comisión e hizo constar también su plena negativa a convertir la Ley de Arrendamientos Urbanos en un complemento de la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario, como de hecho y de derecho supone lo que dispone el art. 7.2 LAU 4/2013. Mi disconformidad se basa en lo siguiente:

En primer lugar, hacer constar que la actual legislación arrendaticia, la citada Ley 4/2013, afortunadamente solo se aplica para los contratos que se hayan hecho o se hagan a partir del 6 de junio de 2013. Así, la resolución del arrendamiento por «*retracto convencional*», «*sustitución fideicomisaria*», «*enajenación forzosa por ejecución hipotecaria*» o «*sentencia judicial*» y el ejercicio del derecho de «*opción de compra*», en contratos anteriores, no supone la resolución del arrendamiento de forma radical e inmediata.

Pero, a partir de la citada fecha, sobre todo las ejecuciones hipotecarias, conforme al art. 13 LAU, supone la resolución del arrendamiento, ni siquiera se consiente que se siga ocupando la vivienda hasta que termine el plazo legal, que ahora es solo de tres años, cuando en los arrendamientos anteriores al 6 de junio de 2013, como antes se apuntaba, sí que había y hay obligación de respetar los cinco que fijaba dicho precepto. La cuestión que hay que plantearse, desde un punto de vista social y jurídico, es: ¿dónde está el incumplimiento del arrendatario, que paga correctamente la renta, para ser castigado por hechos que no afectan a su compromiso contractual?

Se están anteponiendo los intereses, sobre todo, de las entidades financieras a la seguridad de quien seguramente es la parte más débil

Entonces, ¿qué hay que aconsejar al arrendatario? Pues, según determinadas personas de los ministerios que han promulgado la Ley 4/2013, que compruebe previamente el Registro y, cuando vea la existencia de cualquiera de esos derechos preferentes, no arriende. ¡Vaya solución! Desde luego, esa no es la manera de incrementar la seguridad y el parque de viviendas en arrendamiento, que es la finalidad que se busca, cuando, según el Banco de España, hay cerca de seis millones de viviendas con hipoteca. Se están anteponiendo los intereses, sobre todo, de las entidades financieras (y ahora también de los fondos

de inversión «buitres») a la seguridad de quien seguramente es la parte más débil, aunque realmente no creo que este tipo de propiedad se tenga o se adquiera con ánimo de arrendar, sino más bien para venta rápida con la suficiente ganancia.

Desde luego, esa no es la forma de responder socialmente, ni legalmente, al problema del arrendamiento de vivienda, pues si hay alguien que siempre ha estado exigiendo más seguridad para el arrendador y, sobre todo, rapidez procesal, es el autor de estas líneas, pero no es impedimento para pedir también un mínimo de seguridad para el arrendatario que cumple con sus obligaciones y que no puede ser el gran perjudicado por problemas del arrendador, cuando menos, en el plazo mínimo legal, que, repetimos, es ahora solo de tres años.

Luego tenemos el art. 14, sobre la compraventa, que cuando no hay inscripción preferente del arrendamiento, el nuevo titular puede resolver igualmente, aunque con determinada indemnización (?) por parte del arrendador (el vendedor), que, naturalmente, habrá que exigir judicialmente y probando los daños y perjuicios. «Claro —dicen los defensores de la inscripción—, por eso es conveniente inscribir». Sí, es verdad en estos, pero ¿lo admitirá el propietario? No se le puede aconsejar favorablemente pensando en el futuro, pues es evidente que si el arrendador necesita una hipoteca o cualquier crédito con garantía del piso, o bien proceder a su venta, está claro que no lo podrá conseguir fácilmente. La prueba es que, salvo determinadas y escasas empresas que tienen su negocio en el arrendamiento, no hay banco, ni siquiera el «malo», que esté dispuesto a esta inscripción. Y no digamos nada de los antes señalados fondos «buitres», que están comprando muchos inmuebles.

Finalmente, está el art. 27.4, que es un precepto realmente lastimoso desde el punto de vista legal, porque casi nada de lo que se dice se puede realizar. Así:

¿Me puede decir alguien cómo se hace un requerimiento judicial?

¿Y qué hará el Registrador si el arrendatario contesta al requerimiento (por supuesto, notarial) y dice que no debe nada?

¿Y qué pasa si el requerimiento notarial no se recibe? En el supuesto caso de que el Registrador decida la cancelación de la inscripción en el Registro, el precepto indica también que el contrato quedará «resuelto». Pues bien, ¿quién y cómo lanza al arrendatario?

Desde luego, lo que no puede ser es que el Registrador se convierta en Juez, oiga a las partes, decida finalmente quién tiene razón y ordene el lanzamiento. Absurdo. Desde luego, la Ley de Enjuiciamiento Civil no tiene previsión alguna al respecto. En fin, para terminar este comentario sobre el incomprensible art. 27.4, dos consejos: al arrendador, que se olvide de este precepto y, cuando haya falta de pago, que acuda directamente al juicio de desahucio, y al arrendatario, que no inscriba, porque de esta manera no tendrá problemas con la posible resolución por parte del Registrador. Desde luego, ¿es una buena manera de animar a inscribir!

Por lo tanto, hay que rectificar, pero es algo difícil en el actual Ministerio de Justicia y, sobre todo, en la Dirección General de los Registros y del Notariado, pues han hecho de esta reforma un banderín en contra de gran parte de los juristas (desde luego, de los abogados y de todos los miembros de la Comisión que participó en la reforma de la LAU), pues estamos ante un claro y grave error que reconocen muchos registradores de forma privada. Aunque lo cierto es que no están por la labor de rectificar, deben saber (ya lo saben) que es una necesidad jurídica y social absolutamente imprescindible para que los arrendamientos tengan su cauce personal y social seguro para ambas partes, especialmente para el arrendatario.

En definitiva, como Jurista que conozco un poco el tema de los arrendamientos, respetando otras opiniones, hago constar que, salvo casos especiales (sobre todo, de grandes locales), creo que no resulta conveniente registrar los arrendamientos urbanos de viviendas, ni al arrendador y tampoco al arrendatario. Aparte de que se obliga a estos últimos a acudir previamente al Registro, pedir una copia simple y así poder decidir. Este no es el sistema normal de actuación, pues la mayor parte de los arrendamientos se hacen por personas corrientes y confiadas. Ahora, para seguridad de decidir, tendrán que gastar dinero y tiempo en estas gestiones, salvo que lo encarguen a terceros que les puedan asesorar (sobre todo, si en su localidad no está el Registro). La verdad es que no deberían necesitar de tanto trámite si realmente, como ocurría hasta el 6 de junio de 2013, sabían que tenían seguros los cinco años de duración del arrendamiento, que ahora solo son tres y sin garantías de que se cumplan, aunque sean unos inquilinos perfectos. Desde luego, termino, es una inseguridad jurídica tremenda.

La cédula de habitabilidad en Cataluña: excepciones a su obligatoriedad

José-Javier Cuevas Castaño
Notario jubilado

SUMARIO

- I. GENERALIDADES
- II. EXIGIBILIDAD DE LA CÉDULA
- III. EXCEPCIONES
- IV. SUPUESTOS DUDOSOS
- V. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN
- VI. REFERENCIA ESPECIAL A LOS «ESTABLECIMIENTOS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO»

I. GENERALIDADES

La cédula de habitabilidad es, al decir del art. 26 de la Ley 18/2007, el documento específico, otorgado por el departamento competente en materia de vivienda o por los entes locales que tuviesen delegada esta función, que acredita que una vivienda cumple las condiciones de calidad legalmente establecidas y que, en consecuencia, es apta para ser destinada a residencia.

El concepto se reitera en términos muy similares en el Decreto 55/2009, donde se añade:

La cédula se denomina de primera ocupación cuando se refiere a viviendas de nueva construcción y de segunda y su-

cesivas ocupaciones si se refiere a viviendas usadas o preexistentes (art. 7.2).

*En caso de viviendas promovidas bajo cualquier régimen de **protección pública**, la calificación definitiva sustituye a la cédula de habitabilidad de primera ocupación durante un período de 15 años. Una vez transcurrido este período desde la expedición de la calificación definitiva, las segundas y sucesivas transmisiones*

requerirán la obtención de la cédula de habitabilidad (art. 8.3).

Este párrafo no aborda directamente la cuestión de si sería o no exigible la cédula en caso de que **antes de transcurrir los quince años se produjese descalificación** voluntaria o forzosa, pretendiéndose entonces la contratación con empresas suministradoras de electricidad, agua, gas,



FICHA TÉCNICA



Resumen: Se define y analiza la cédula de habitabilidad, las *finalidades* a las que responde su *exigibilidad* y las *excepciones* y posibilidades de *exoneración* establecidas por vía normativa o reconocidas por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, cuyas resoluciones sobre el particular se examinan.

Palabras clave: Cédula de habitabilidad, viviendas de protección pública, establecimientos de alojamiento turístico.

Abstract: The certificate of habitability is defined and analysed, along with the *aims* lying behind its *requirement* and the *exceptions* and possibilities for *exemptions* established in the regulations or acknowledged by the Directorate-General of the Law and Legal Institutions, the rulings of which on this matter are examined.

Keywords: Certificate of habitability, state-funded housing, establishments providing tourist accommodation.

telecomunicaciones y otros servicios (art. 10) o la transmisión de la finca.

Mediante la cédula de habitabilidad, según tiene reiteradamente declarado la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, se pretende, de una parte, la *protección del consumidor o usuario* que accede a la propiedad o al uso de una vivienda y, de otra parte, *garantizar la calidad y el buen uso de las viviendas* por medio de una actividad de control público. Confluyen en ella, pues, derechos subjetivos estrictamente privados y otros de carácter público e interés general, lo que obliga a la determinación de un marco normativo fijo, estricto e imperativo que, en términos generales, aunque con excepciones, queda sustraído a la voluntad de los sujetos por vía de exclusión voluntaria, renuncia o pacto en contra (art. 111.6 CCCat).

II. EXIGIBILIDAD DE LA CÉDULA

— El **art. 8** del Decreto 55/2009, de 7 de abril, de la Generalidad de Cataluña, sobre las **condiciones de habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad**, establece:

1) *Todas las viviendas tienen que disponer de cédula de habitabilidad, de conformidad con este Decreto. Esta cédula tiene una vigencia de 15 años.*

2) *Las viviendas de nueva construcción y las que hayan sufrido modificaciones en la superficie o se alteren las condiciones de habitabilidad tienen que disponer de cédula previamente a su ocupación.*

En el resto de supuestos, y a fin de que las personas transmitentes puedan

entregar la cédula a los adquirentes, de conformidad con lo que prevé el art. 26.2 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, de derecho a la vivienda, hace falta que las viviendas dispongan de cédula en el momento en que se produzca su transmisión entre vivos, alquiler o cesión de uso, incluidas las derivadas de segundas y sucesivas transmisiones [...].

La cédula de habitabilidad es el documento específico, otorgado por el departamento competente en materia de vivienda o por los entes locales que tuviesen delegada esta función, que acredita que una vivienda cumple las condiciones de calidad legalmente establecidas y que, en consecuencia, es apta para ser destinada a residencia

— El **art. 132** de la Ley 18/2007, de **derecho a la vivienda**, dispone:

Los notarios, antes de autorizar la suscripción de un acto de transmisión o cesión del uso de viviendas, deben exigir el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, especialmente las siguientes:

La vivienda debe disponer de cédula de habitabilidad vigente o, en el caso de viviendas de protección oficial, de la calificación definitiva. Estos documentos deben entregarse a los adquirentes o usuarios.

En realidad, la exigencia de entrega o puesta a disposición se extiende a todos los negocios que comporten una **transmisión voluntaria y efectiva del uso de la vivienda a cambio de una contraprestación** (Resolución JUS/1205/2009, de 27 de abril), siendo absolutamente indiferente que sus intervinientes sean *personas físicas o jurídicas* (Resolución JUS/1939/2010, de 20 de abril).

En consecuencia, será obligatoria la entrega de la cédula en las **ventas, permutas, daciones en pago, para pago y en pago de asunción de deudas**. A las daciones en pago se refiere, precisamente y en este sentido, la Resolución JUS/20/2012, de 5 de enero.

III. EXCEPCIONES

Como acabamos de decir, la entrega o puesta a disposición de la cédula es exigible, según la Resolución JUS/1205/2009, de 27 de abril, en todos los negocios que comporten una **transmisión voluntaria y efectiva del uso de la vivienda a cambio de una contraprestación**. Como consecuencia de ello, la cédula de habitabilidad **no es exigible** en las *transmisiones no voluntarias* para el transmitente, como son las adjudicaciones en *procedimientos de ejecución* de cualquier clase, las *expropiaciones* o las *transmisiones por causa de muerte* o aquellas que, pese a ser voluntarias, *no comportan contraprestación, como son las donaciones*.

La misma Resolución entiende que tampoco es exigible la aportación de la cédula en los negocios *entre copropietarios* (en los cuales el adquirente o adjudicatario ya tenía, aunque fuese parcialmente, el uso de la vivienda), como son la *disolución del condominio ordinario*, la compra por parte de un copropietario a otro copropietario de otra participación indivisa o la liquidación del régimen matrimonial de comunidad de bienes. Tampoco sería necesario aportar la cédula cuando la misma ley lo exceptúa — como es el caso de los *establecimientos de alojamiento turístico*, salvo turismo rural (art. 26.7 Ley 18/2007), o la *transmisión de viviendas en construcción* (art. 63 de la misma).

IV. SUPUESTOS DUDOSOS

Las resoluciones que excluyen de la obligatoriedad de aportar la cédula aquellos negocios jurídicos voluntarios y onerosos en los que **no hay realmente cesión**



del uso o se hacen a un copropietario nos obligan, por un lado, a plantearnos el tema de las transmisiones con reserva de usufructo (lo que parece admisible, pero puede abrir una posible brecha en el sistema cuando se consoliden usufructo y nuda propiedad por causa distinta de la renuncia del usufructuario) y, por otro, nos inclinan a decantarnos por la exigibilidad de la cédula en las **transmisiones de cuota a quien no fuese ya copropietario**, para evitar que luego, mediante sucesivas transmisiones entre copropietarios, se burle la exigibilidad de la cédula.

Como norma fundamental hay que considerar que la cédula de habitabilidad afecta a toda transmisión voluntaria del uso de la vivienda a cambio de una contraprestación

La Resolución JUS/1939/2010, antes citada, que excluye de la obligatoriedad de entrega de la cédula en los casos de **disolución de regímenes económico-matrimoniales de comunidad**, podría entenderse también aplicable a los actos de **aportación** a la comunidad conyugal, en general, y a la sociedad de gananciales, en particular.

Quedan en el aire dudas acerca de si la exigencia de cédula se extiende a la **constitución de censos** (art. 565-3 CCCat) y al **acto de aportación social**, tanto en sociedad civil como en sociedades mercantiles, materia esta que está íntimamente relacionada con el discutido tema de la *naturaleza jurídica del acto de aportación social*, según se considere o no que en tal acto existe verdadera enajenación y transmisión a tercero. Con relación a ello, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, en la Resolución JUS/2316/2013, de 25 de octubre, y frente a la tesis del recurrente, declaró que la aportación de una vivienda en una operación de aumento de capital social constituye «transmisión onerosa totalmente voluntaria» y, en consecuencia, declara la obligatoriedad de entrega de la cédula. Sin cuestionar en absoluto este resultado, no podemos por menos de sorprendernos por la simplicidad y el dogmatismo con que la Dirección General despacha el tema de la naturaleza jurídica del acto de aportación social, sin apuntar siquiera al amplio abanico de opiniones que tan

magistralmente sistematizó López Jacoiste en su clásica monografía sobre el tema.

Por lo que se refiere a los **derechos de adquisición voluntaria (opción, tanteo y retracto)** regulados en el Código Civil de Cataluña (arts. 568.8 a 568.15), la respuesta debería ser muy matizada, puesto que, si bien es cierto que la constitución voluntaria de uno de estos derechos *no implica la cesión del uso o goce de la vivienda*, no es menos cierto que la no disponibilidad inicial o la no obtención posterior de la cédula de habitabilidad por parte del propietario-constituyente resultaría ser un impedimento para el normal ejercicio del derecho de adquisición de la vivienda por parte del titular del mismo (más aún para el caso de ejercicio unilateral de la opción), por lo que no parece descabellada la exigencia *ad cautelam* de la cédula, con la posibilidad de aplicar a esa exigencia cualquiera de las excepciones o los cauces de exoneración expresa legalmente previstos.

V. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN

a) El art. 132 de la Ley 18/2007 dispone:

En el supuesto de transmisión de viviendas que no sean de nueva construcción, los adquirentes pueden exonerar de forma expresa de esta obligación de los transmitentes en los siguientes supuestos:

PRIMERO. *Cuando la vivienda usada o preexistente deba ser objeto de rehabilitación o de derribo. En el supuesto de rehabilitación, la exoneración comporta la obligación de presentar al fedatario público autorizante un informe emitido por un técnico competente en que se acredite que la vivienda puede obtener la cédula de habitabilidad una vez ejecutadas las obras de rehabilitación necesarias para cumplir la normativa técnica de habitabilidad.*

(Respecto al caso de finca o edificación **ruinosa**, susceptible de derribo o de rehabilitación, la Resolución JUS/660/2012, de 12 de mayo, en respuesta al recurso interpuesto por un particular, declaró la insuficiencia de la manifestación efectuada relativa al estado ruinoso de la finca, exigiendo como presupuesto de la exoneración que se aportase *documento fehaciente* que permitiese la *rectificación de la descripción registral*, conforme al art. 40 LH.)

SEGUNDO. *Cuando el destino del inmueble o entidad objeto de transmisión no sea el de uso como vivienda, si el transmitente y el adquirente lo reconocen de forma expresa.*

TERCERO. *Cuando se cumpla cualquier otro supuesto de exoneración que se determine por reglamento.*

b) A estos tres grupos de excepciones, el **Decreto 141/2012** añade la siguiente:

Cuando por causas excepcionales y debidamente motivadas las personas transmitentes y adquirentes acuerden ante fedatario público la entrega de la cédula de habitabilidad en un momento posterior a la fecha en que se produzca el acto de transmisión de la vivienda, siempre y cuando presenten al fedatario la solicitud de cédula de habitabilidad registrada, con el certificado de habitabilidad emitido por una persona técnica competente que acredite que la vivienda reúne las condiciones necesarias para obtener la cédula de habitabilidad de segunda ocupación.

Ha de tenerse presente que las referencias que se hacen a certificaciones o informes emitidos por persona técnica competente han dado lugar a ciertas divergencias, resueltas por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas en términos que consideramos generalizables a las otras intervenciones de esas personas técnicas previstas en el mismo art. 10 del Decreto 141/12, en el art. 132 de la Ley 18/2007 y en el Decreto 55/2009. A tal respecto, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas ha declarado:

— En la Resolución de 27 de noviembre de 2008 (JUS/4053/2008), se planteó la cuestión de si era o no necesaria la legitimación notarial de la firma que autorizaba el informe, además del visado colegial, decantándose la Dirección General por exigir tanto el visado colegial como la legitimación notarial de la firma que autorizaba el informe.

— En la Resolución de 31 de marzo de 2009 (JUS/1205/2009), se consideró ineficaz la mera renuncia a exigir la aportación de la cédula y se declaró la necesidad de su aportación o que «el informe supletorio del técnico competente ha de estar visado por el colegio respectivo para acreditar la condición de técnico de

quien lo firma y la firma ha de ser legitimada notarialmente para acreditar la identidad de quien lo firma».

- En cambio, en la Resolución de 18 de abril de 2012 (JUS/1346/2012), se prescindió de tales exigencias de visado colegial y legitimación de firma basándose en que el Notario había amparado la identidad e idoneidad del técnico por constarle personalmente.

También se ha planteado y fue objeto de la Resolución JUS 1507/2012, de 29 de junio, el tema de la forma o manera de expresar la exoneración de la obligación de aportar la cédula de habitabilidad, admitiéndose, frente al formalismo que exigía la calificación registral, fórmulas indirectas de las que tal exoneración puede deducirse.

VI. REFERENCIA ESPECIAL A LOS «ESTABLECIMIENTOS DE ALOJAMIENTO TURÍSTICO»

Lo primero que habría que destacar en esta materia sería su **proliferación normativa**, que, por lo que a Cataluña respecta, va desde el Decreto 163/1998, de 8 de julio, por el que se regularon los **apartamentos turísticos**, hasta el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de **establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico**, pasando por **normas derogadas** (Decreto 183/2010, de 23 de noviembre, de esta-

blecimientos de alojamiento turístico, y Decreto 164/2010, de regulación de las viviendas de uso turístico), por **normas modificativas** (Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica) y por **normas modificadas** pero subsistentes (Ley 13/2002, de 21 de julio, de turismo, y Ley 18/2007, de derecho a la vivienda), sin olvidarnos del Decreto 106/2008, de medidas para la eliminación de trámites y simplificación de procedimientos, ni del Decreto 187/2010, de 23 de noviembre, sobre inspección técnica de edificios.

En segundo término, queremos llamar la atención sobre la *ausencia de una terminología consolidada y unívoca*, lo que induce a atribuir denominaciones que no se corresponden con la «realidad jurídica» de las cosas, generándose dudas y distorsiones. A título de ejemplo, podríamos decir que las más de las veces se habla de *apartamento turístico* para referirse a pequeñas viviendas («apartamentos») situadas en zonas costeras o vacacionales («turísticas»), lo cual tiene muy poco que ver con lo que, según veremos, merece la calificación legal de *apartamentos turísticos*.

En esta materia, resultan básicas la **Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo, y la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda**, modificadas ambas por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica, así como el **Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos**

de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico, que nos permiten extraer las siguientes precisiones:

a) Conceptos legales de establecimiento de alojamiento turístico.

- Según la **Ley 13/2002**:

Los que, de forma habitual y con carácter profesional, ofrecen a los usuarios turísticos, mediante precio, alojamiento temporal que no constituya un cambio de residencia para la persona alojada, de acuerdo con las condiciones y las características establecidas por reglamento.

- Según el **Decreto 159/2012**:

Los locales y las instalaciones abiertas al público donde, de manera habitual y con carácter profesional, las personas titulares ofrecen a las personas usuarias, mediante un precio, alojamiento temporal en las unidades de alojamiento, así como otros servicios turísticos de acuerdo con las condiciones que establece esta norma.

Los establecimientos de alojamiento turístico no pueden constituirse como viviendas, con la única excepción de los establecimientos de turismo rural. Los establecimientos de alojamiento turístico no pueden devenir en residencia principal ni secundaria de las personas usuarias, en ningún caso.

Fue objeto de la Resolución JUS 1507/2012, de 29 de junio, el tema de la forma o manera de expresar la exoneración de la obligación de aportar la cédula de habitabilidad, admitiéndose, frente al formalismo que exigía la calificación registral, fórmulas indirectas de las que tal exoneración puede deducirse

Queda claro en estas definiciones que los *establecimientos turísticos*, en sentido técnico-jurídico, lo son más por la actividad económica que en ellos se desarrolla que por sus características físicas.

b) Clases de establecimientos de alojamiento turístico:

- Establecimientos hoteleros.
- Apartamentos turísticos.





- Campings.
- Establecimientos de turismo rural.
- Cualquier otra que se establezca por reglamento.

c) Definición legal de *apartamento turístico*.

Con arreglo al art. 43 de la Ley 13/2002, de turismo:

Los apartamentos turísticos son edificios o conjuntos de viviendas que se ofrecen, con los correspondientes servicios turísticos, en condiciones de inmediata disponibilidad y mediante precio, a usuarios que desean realizar una estancia de días, semanas o meses, por motivos turísticos o de vacaciones.

En congruencia con tal definición, la ley regula los servicios, categorías, registro,

inspección y demás particularidades que afectan a esta *actividad económica*, lo cual aleja esta figura de lo que vulgar y usualmente, incluso en descripciones notariales e inscripciones registrales, se denomina *apartamentos turísticos*, aunque en realidad y en pura técnica jurídica no merecen tal denominación.

d) Los «apartamentos turísticos» que no necesitan cédula de habitabilidad.

Los «**establecimientos de alojamiento turístico**» (salvo los rurales) están exentos de la obligatoriedad de obtener la cédula de habitabilidad. En este sentido, el art. 26.7 de la Ley 18/2007, del derecho a la vivienda, dispone que «**los establecimientos de alojamiento turístico no se consideran viviendas a efectos de la exigencia de la cédula de habitabilidad**,

salvo los establecimientos de turismo rural».

En sentido diametralmente opuesto, el art. 67 del Decreto 159/2012 dispone que «*las viviendas de uso turístico han de disponer de la cédula de habitabilidad*».

Y por lo que se refiere a los **apartamentos turísticos**, la respuesta dependerá de si merecen esa calificación con arreglo a la legislación que les es de aplicación (en cuyo caso constituirían verdaderos **establecimientos de alojamiento turístico** no sujetos a la exigencia de cédula de habitabilidad) o no cumplen con los requisitos exigidos, en cuyo caso será de aplicación a estos **pseudoapartamentos turísticos** el art. 132 de la Ley 18/2007 y requerirán estar dotados de cédula de habitabilidad.

NOTA: En virtud del convenio de colaboración entre el Colegio Notarial de Cataluña y la Secretaria d'Habitatge de la Generalitat, los notarios de Cataluña pueden acceder, mediante una aplicación existente en la intranet colegial, al SERVICIO DE CONSULTA Y REIMPRESIÓN DE DUPLICADOS DE CÉDULAS DE HABITABILIDAD, cuyo registro está de momento incompleto y en fase de actualización.

Reseñas de normativa

Elisabeth García Cueto

Notaria de Barcelona

Profesora colaboradora de la Facultad de Derecho de ESADE-URL

Directiva 2014/36/UE, de 26 de febrero, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros

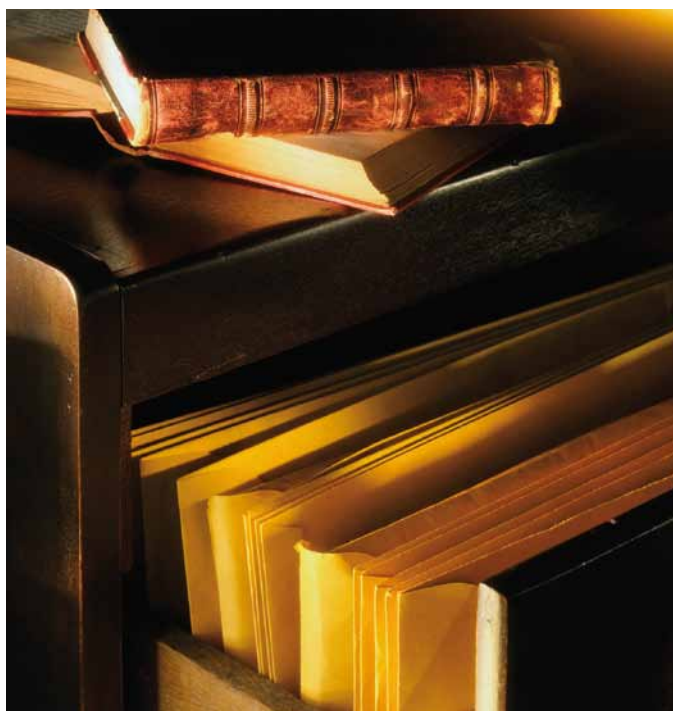
La presente Directiva establece los requisitos y las condiciones de entrada y de estancia de todos aquellos nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros y define los derechos que estos ostentan (a efectos europeos, los que tengan una estancia superior a noventa días).

La normativa se aplicará a todos los nacionales de terceros países que, residiendo fuera del territorio de los Estados Miembros, hayan solicitado la admisión o hayan sido admitidos de conformidad con la presente Directiva en el territorio de un Estado Miembro para fines de empleo como trabajadores temporeros. Se excluye de aplicación, por tanto, a todos aquellos que en el momento de presentar la solicitud residan en el territorio de los Estados Miembros, a excepción de los casos contemplados en el art. 15 de la citada normativa. A fin de poder conseguir dicho objetivo, se prevé que los Estados Miembros, en función de sus necesidades sociales y en relación con los sectores de empleo de las actividades de ritmo estacional, realicen una lista de estos, informando, en su caso, de las modificaciones en la citada lista, si fuera preciso y debido a un cambio en el sector.

La trasposición de la Directiva debe llevarse a cabo antes del 30 de septiembre de 2016.

Petición de decisión prejudicial de 21 de noviembre de 2013, relativa al monopolio del Notariado italiano en la compraventa de bienes inmuebles y la Directiva de prestación de servicios

En breve, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en relación con el Asunto C-600/13, resolverá la petición de decisión prejudicial planteada por el Juez de Paz de Matera (Italia) el 21 de noviembre de 2013. La cuestión que se plantea responde a ciertos puntos.



En primer lugar, según la normativa notarial italiana —arts. 51 y ss.—, en relación con la regulación del Código Civil de este país —arts. 1350 a 2657—, la redacción y la autenticación de los contratos de compraventa de bienes inmuebles en Italia corresponden en exclusiva a los notarios italianos. Ahora bien, el art. 49 del Tratado de la Unión Europea regula el principio de libre circulación de servicios en el territorio de la Unión.

Asimismo, otro punto a tratar será determinar si la normativa civil italiana en relación con la regulación notarial es contraria a las normas del Tratado de la Unión Europea, en relación con la prohibición de monopolios para la prestación de servicios.

Directiva europea sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial

Ángel Serrano de Nicolás
Doctor en Derecho
Notario de Barcelona

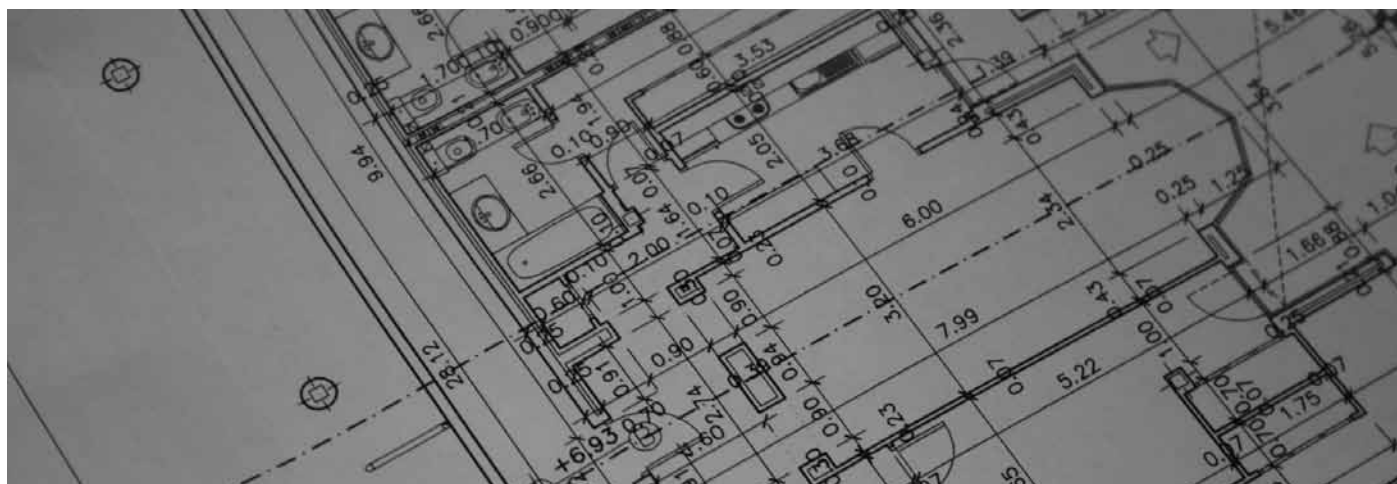
SUMARIO

- I. NATURALEZA DE LA DIRECTIVA
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA
- III. DEFINICIONES Y MODALIDADES DE CONTRATOS DE CRÉDITO: CONTRATOS VINCULADOS Y COMBINADOS
- IV. FASE PRECONTRACTUAL
- V. MORA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

El *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de febrero de 2014 publica la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las directivas 2009/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, cuyo fin último —así, Considerando (en adelante, Cdo.) 2— es la «*instauración de un mercado de crédito más transparente y eficiente*» dentro de lo que

es el mercado interior europeo, incluyendo también «*la regulación y supervisión de los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias que otorgan contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*».

En lo que al Derecho interno español concierne, afecta, singularmente, a 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, y,



FICHA TÉCNICA



Resumen: El *Diario Oficial de la Unión Europea* de 28 de febrero de 2014 publica la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y por la que se modifican las directivas 2009/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, cuyo fin último es la «*instauración de un mercado de crédito más transparente y eficiente*» dentro de lo que es el mercado interior europeo, incluyendo también «*la regulación y supervisión de los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias que otorgan contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial*».

Palabras clave: Directiva europea, contratos de crédito, consumidores, bienes inmuebles, ejecución hipotecaria.

Abstract: The *Official Journal of the European Union* of 28 February 2014 publishes Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, the ultimate aim of which is 'the development of a more transparent and efficient credit market' within the European internal market, including also 'the regulation and supervision of credit intermediaries and non-credit institutions providing credit agreements relating to residential immovable property'.

Key words: European Directive, credit agreements, consumers, immovable property, mortgage foreclosure.

en lo que es propiamente el mercado hipotecario, a la Ley Hipotecaria —aunque no lo sea de forma especialmente relevante, por aplicarse la LH más, en concreto, a lo que es el derecho real de hipoteca, en su carácter accesorio y de garantía, y en su fase de seguridad—; en forma singular, a la Ley de Enjuiciamiento Civil —al regular la fase de realización de valor, al efecto Cdo. 27, no obstante la relevancia del art. 130 LH, tras su modificación por la Ley 41/2007—; más específicamente, pues le dedica —como no puede ser de otra manera— gran importancia a la fase precontractual, a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y a sus normas de desarrollo, como son su Reglamento, Real Decreto 716/2009, de 24 de abril —con especial relevancia en materia de tasación, materia reformada por la Ley 41/2007, al establecer la libertad de elección del consumidor, y vuelta a reformar por la Ley 1/2013, y su porcentaje del 75 %—, y, de forma trascendental —por la relevancia futura de la FEIN, art. 14 Directiva—, en lo que es la fase precontractual e informativa, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, así como la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, entre cuyas finalidades está la transparencia y responsabilidad en la concesión de préstamos, y aquí será trascendente la exacta adecuación y, además, que la información no devenga en sobreinformación, y consiguiente desinformación, si, además, no es en sentido estricto y técnico una oferta

contractual, vinculante para el oferente. La trascendencia deriva de que las FIPRE-FIPER distan de ser equivalentes de la futura e imperativa Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), pilar, junto con la TAE, de esta Directiva 2014/17/UE.

Tampoco podrán olvidarse, entre las futuras reformas, por las pretensiones del art. 28 de la propia Directiva, tanto en materia de demoras como de ejecución hipotecaria, el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, y la más reciente Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, así como —en cuanto puede facilitar la reordenación y refinanciación (deviniendo la ejecución en la solución última)— la Ley 2/1994, de 30 de marzo, modificada substancialmente por la Ley 41/2007, que incidió de nuevo sobre las novaciones y subrogaciones de créditos y préstamos hipotecarios; esta última será trascendental —y siempre que se logre un más claro régimen que el derivado de la reforma operada por la Ley 41/2007—, si se pretende alcanzar el máximo de la pretensión del art. 28 de esta Directiva, es decir, que los acreedores, en general, entidades de crédito, puedan «*mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*», lo que en pura prudencia bancaria exigirá que la refinanciación —ampliación de plazo e incluso de pequeño

capital— no conlleve pérdida del rango hipotecario, lo que no necesariamente tiene que perjudicar al tercero, si ya se contempla *ab initio*, al constituirse la hipoteca, o si es una previsión legal, pues mal podrá cobrar el segundo —en rango o el embargante— si no puede hacerlo ya ni el primero.

Todo ello se tendrá que unir a la contemplación de las comisiones, a las que también se refiere el art. 25 de la Directiva, con variadas reformas no solo en el nombre, sino también en el concepto

Todo ello se tendrá que unir a la contemplación de las comisiones, a las que también se refiere el art. 25 de la Directiva, con variadas reformas no solo en el nombre, sino también en el concepto —de amortización anticipada o por desistimiento.

En suma, parece que exigirá unos nuevos textos legales, con el adecuado rango legal, claros y transparentes, sin perjuicio de conservar, pues tienen su sustantividad propia, aunque haya refundiciones, la LMH y la LH, como también la LEC, y, sin que proceda un redivivo art. 131 LH, sí parece exigible un procedimiento —que no proceso o remedo del mismo— que se amolde a las pretensiones del art. 28.5, del que la práctica demuestra que dista —pues, empíricamente, es obvio que no se obtiene el mejor precio, dejando al margen otras prácticas, aunque hoy ya no estén los «subasteros»— la ejecución judicial y el actual art. 129 LH, y menos su aún vigente desarrollo reglamentario. Pues se trata, en la propia terminología de la Directiva, art. 28.5, de obtener con los nuevos «*procedimientos o medidas [...] el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria*». Junto con facilitar, de no quedar extinguida la deuda en la ejecución, que el consumidor tenga «*medidas que faciliten el reembolso*» —v. gr. préstamo personal igual o similar al que tenía—, algunas de las que ya contempla la propia Ley 1/2013, en razón del porcentaje que se amortice, el plazo y consiguiente liberación, etc.

Si nos preguntamos todo ello para cuándo, nos da respuesta la propia Directiva 2014/17/UE, art. 42, que exige que estén no ya adaptadas, sino incluso **publicadas**, «*a más tardar, el 21 de marzo de 2016, las disposiciones legales, reglamentarias y admi-*



nistrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva», es decir, no solo leyes, sino incluso las circulares del Banco de España.

En todo caso, *no se aplica a los contratos en curso*, pero habría que distinguir lo sustantivo y formal de lo procesal, art. 42. Junto a que serán **irrenunciables** por el consumidor, art. 41, los derechos que resulten de la transposición.

Aunque no es norma que afecte directamente al contrato de crédito, sí interesa destacar el Cdo. 35 cuando precisa que la Directiva «establece normas de remuneración del personal con el fin de limitar las malas prácticas de venta y de garantizar que la forma de remuneración del personal no impida cumplir la obligación de tener en cuenta los intereses del consumidor [...] la remuneración percibida por el personal no puede depender del interés o del tipo de contrato de crédito celebrado con el consumidor».

I. NATURALEZA DE LA DIRECTIVA

Se trata de una **Directiva de mínimos**, art. 2, aunque con *ámbitos de máxima armonización*, singularidad de la que es consciente el legislador (Cdo. 7, penúltimo inciso), pues los Estados Miembros podrán adoptar «disposiciones más estrictas», unido a que el propio Cdo. 8, segundo párrafo, precisa que:

a) **Se podrá legislar**, manteniendo o aprobando nuevas disposiciones, en los ámbitos *no cubiertos* por la propia Directiva, tales como el ámbito del *Derecho Contractual* —como la validez de los contratos—, el *Derecho de Propiedad*, el *Registro de la Propiedad*, la *información contractual* —aquí muy limitado, por la amplia e imperativa regulación de la información precontractual— y *las cuestiones postcontractuales* en cuanto no lo contemple la Directiva —también contempla cuestiones relevantes para la refinanciación y extinción de la deuda, no tanto que la privación del inmueble, *vid.* art. 28.

b) **No se podrá legislar**, art. 2, párrafo 2, *si no conforme a la propia Directiva*, sobre *información personalizada* a través de la **FEIN** que figura en el Anexo II (art. 14, apartado 2); ni sobre cálculo de la **TAE** (art. 17, apartados 1 a 5, 7 y 8 y el Anexo I). Innecesario es decir que, dada la trascendencia de la información precontractual, el rigor con el que se tendrá que transponer la FEIN, desde luego, no es el de la ya reseñada normativa actual, en donde

el Banco de España se pronuncia —o, al menos, lo parece— sobre materias que no le corresponden a él, sino a los tribunales —y estos tampoco necesariamente en acciones colectivas—; valga el ejemplo de la denominada *cláusula suelo*.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Están sujetos a la aplicación de esta Directiva 2014/17/UE los siguientes contratos:

a) **Por razón del sujeto**, los *contratos de consumidores* —que como mínimo, por lo que también podrá extenderse a otros sujetos, así las personas jurídicas, Cdo. 12, «debe incluir a las personas físicas que actúen con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales o a su profesión [e incluso a los contratos de] *doble finalidad* [cuando] *dichas actividades comerciales o empresariales, o dicha profesión, son tan limitadas que no predominan en el contexto general del contrato*».

b) **Por razón de la operación**, art. 1, los *créditos al consumo* —Cdo. 19, con amplia remisión, como luego se verá, a la Directiva 2008/48/CE, transpuesta al Derecho interno español por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, garantizados con hipoteca u otro tipo de garantía (inmobiliaria, hay que entender) en relación con *bienes inmuebles de uso residencial*. Sí, no hay error de transcripción, se refiere a los créditos al consumo, pues lo relevante, y que toma como referencia, no es lo accesorio, o garantía hipotecaria, bien salvaguardada por nuestra Ley Hipotecaria, sino lo principal que es el crédito o préstamo, singularmente en su fase precontractual; así, la remisión a la Directiva 2008/48/CE, art. 4, de crédito al consumo, es prácticamente en todas sus definiciones, singularmente, la de **consumidor, importe total del crédito, TAE, tipo deudor, etc.**

Además, el préstamo puede ser *para adquirir, como para conservar*, art. 3.1.b), «derechos de propiedad sobre fincas o edificios *construidos o por construir*», lo que incluiría la rehabilitación y la refinanciación.

Igualmente, esta transposición, art. 41, no puede hacerse de modo que el «consumidor pierda la protección que le otorga la presente Directiva», singularmente, mediante su **integración en otros contratos**

que por su «carácter u objetivo permita sustraerlos al ámbito de aplicación de dichas medidas». Es decir, el nombre que se le dé al contrato de financiación —pues de obtener crédito o financiación es de lo que se trata— no excluye la aplicación de la Directiva 2014/17/UE.

En este ámbito —de la operación de financiación— precisa la Directiva que:

1.º **Quedan excluidos**, pues no se les aplicará conforme a su art. 3.2, los contratos de *hipoteca inversa* o *vivienda-pensión* (Cdo. 16) y otros en que el reembolso está determinado por «uno o varios acontecimientos determinados en la vida del consumidor» (Cdo. 16); tampoco se aplicará la Directiva a los que son resultado del *acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad pública*, ni tampoco a los créditos a empleados, según la Directiva de consumo 2008/48/CE.

2.º **Podrán excluir los Estados Miembros**, art. 3.3, aunque con condiciones, los ofrecidos a «un público restringido en condiciones ventajosas o los concedidos por cooperativas de crédito», eso sí, siempre que se establezca un marco alternativo que permita garantizar los objetivos políticos de estabilidad financiera —orden público económico— y de mercado interior, así como que no impida la «*inclusión financiera y el acceso al crédito*» (Cdo. 17, último párrafo), y, para otros supuestos, como que no sea propiamente una adquisición o que se destine a arrendamiento, art. 3.3.a) y 3.3.b). Destacar, también, el supuesto de líneas de financiación especial, art. 3.3.c), siempre que se destine «a un público restringido, en virtud de una disposición legal con un objetivo de interés general» —v. gr. para adquisición de viviendas protegidas, de régimen especial—, eso sí, subordinado —pues puede darse el caso que las oscilaciones del mercado dejen en peor situación a estos colectivos de interés general— a que sean préstamos «libres de intereses o a un tipo de interés inferior al habitualmente propuesto en el mercado o en condiciones que sean más favorables para el consumidor que las habituales en el mercado y a un tipo de interés no



superior al habitualmente propuesto en el mercado»; cabe entender que por requerir de una disposición legal al efecto ya se cumplirán estos conceptos jurídicos indeterminados. Pero, por si acaso, y para garantizar la adecuada información y consentimiento informado, art. 3.5, los Estados Miembros «se asegurarán de la aplicación de disposiciones alternativas adecuadas para garantizar que los consumidores reciban en la fase precontractual información oportuna sobre las principales características, riesgos y costes de tales contratos de crédito y que la publicidad de los mismos sea leal y clara y no resulte engañosa»; cabe preguntarse si no sería más sencillo acudir a las reglas generales, pero con indicación expresa de los beneficios que se gozan, no acaben con la pereza legislativa más desprotegidos que los sujetos al régimen general.

c) **Por razón del bien financiado**, tanto puede ser el inmueble como un derecho relativo a un bien inmueble, art. 3.1.a) (vid. art. 107 LH y, sin embargo, la limitación que para ciertos derechos establece el art. 4 LMH).

Debe tenerse presente el Cdo. 18 cuando delimita la aplicación de esta Directiva o la que deberá modificarse de crédito al consumo, Directiva 2008/48/CE, que será «un crédito no garantizado que tenga por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial»

por importe superior a los 75.000 euros —en concreto, se hace la modificación en el art. 46.

III. DEFINICIONES Y MODALIDADES DE CONTRATOS DE CRÉDITO: CONTRATOS VINCULADOS Y COMBINADOS

Las definiciones o conceptos básicos del contrato de crédito se dan en el art. 4, tales como *consumidor* —que nada impide que se extienda también a las personas jurídicas—, *prestamista*, *contrato de crédito* —que engloba no solo el préstamo, sino también la concesión o promesa de concesión (no tiene que ser contrato real) de crédito «en forma de pago aplazado, préstamo u otra facilidad de pago similar»—, *entidad no crediticia*, *importe total del crédito*, *coste total del crédito para el consumidor*, o las más novedosas —respecto del crédito al consumo— *préstamo puente* —o «solución de financiación temporal durante el período de transición a otra modalidad de financiación para el bien inmueble»—, *compromiso o garantía contingente* —cuando el «capital garantizado por el inmueble solo puede utilizarse en caso de producirse una o varias contingencias especificadas en el contrato»—, *contrato de crédito sobre capital compartido* —es decir, cuando el «capital que se ha de reembolsar está determinado por un porcentaje, establecido en el contrato, del valor del bien inmueble en el momento del reembolso o de los reembolsos de capital».

También se refiere al *préstamo denominado en moneda extranjera*, posteriormente regulado en el art. 23, cuya exigencia esencial es que los Estados Miembros tendrán que asegurarse que al momento de la celebración existe un marco reglamentario que garantice «como mínimo»: la conversión —al tipo de cambio al momento de la solicitud de conversión— del préstamo a «una moneda alternativa en condiciones especificadas», moneda alternativa que no podrá ser cualquiera, sino aquella en que «perciba la mayor parte de los ingresos o tenga la mayoría de los activos con los que ha de reembolsar el crédito» al momento de la evaluación de solvencia más reciente, o también la moneda del Estado Miembro en que sea residente a celebrar el contrato, o, alternativamente a estas dos opciones —que pueden ser limitadas por el Estado Miembro, pudiendo solo elegirse una—, «que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito». Además, durante la duración del contrato, el prestamista —y los Estados Miembros se tendrán que asegurar que así se hace— deberá advertir regularmente y «como mínimo» cuando el valor del importe del préstamo o de las cuotas «difiera en más del 20 %», debiendo además informarle del «derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor» —parece obvio que cualquier posible seguro o similar tendría que dejar claros los costes, beneficios o perjuicios evitables. Lo que limita es el posible efecto retroactivo (art. 23.5) de posibles nuevas regulaciones. Con adecuada información en la FEIN, singularmente, si no se limita el riesgo de fluctuación a un cambio inferior al 20 %, se deberá incluir en esta FEIN «un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20 %», sin que tenga que entenderse la mención de «un ejemplo ilustrativo» como uno solo, pues pueden contemplarse varias opciones.

Es novedoso que se regule, junto con **las ventas vinculadas**, las llamadas **ventas combinadas**, art. 4, 26) y 27) y Cdos. 24 y 25; así, será vinculada cuando *no se ofrezca* al consumidor «por separado» el contrato de crédito de los otros «productos o servicios financieros diferenciados»; estas ventas *deberán estar prohibidas* por los Estados Miembros, art. 12.1.

No obstante la tajante prohibición, como excepción y con las finalidades concretas que se indican, *se podrá admitir* que «los





prestamistas puedan pedir al consumidor», a un miembro de su familia o a un pariente próximo, que abra o mantenga cuenta de pago o de ahorro, para reembolsar el crédito y sus intereses o para ofrecer una seguridad adicional; un producto de inversión o producto de pensión privada, pero siempre que «ofrezca fundamentalmente al inversor unos ingresos tras su jubilación» y sirva, a la vez, para «seguridad adicional al prestamista en caso de impago o acumular capital para efectuar reembolsos del crédito», y, finalmente, «un contrato de crédito por separado en relación con un contrato de crédito para una propiedad compartida con vistas a obtener el crédito». Por razones de ventajas económicas claras, art. 12.3, también se podrán admitir las operaciones vinculadas, propiamente dichas, al no ofrecerse por separado, cuando puede demostrarse a la autoridad competente —regulada en el art. 5 de la propia Directiva— que «acarrear un claro beneficio a los consumidores»; esto último únicamente se aplicará a los productos que se comercialicen «a partir del 20 de marzo de 2014».

El prestamista deberá advertir regularmente y «como mínimo» cuando el valor del importe del préstamo o de las cuotas «difiera en más del 20 %»

Las excepciones, por ser tales, deberán interpretarse restrictivamente y siempre en orden a su clara finalidad, pues están prohibidas las operaciones vinculadas, únicamente, y con clara justificación, art. 12.4, se permite que se pueda exigir «una póliza de seguros pertinente en relación con el contrato de crédito», pero, eso sí, debiendo aceptarse la póliza de seguros de un proveedor ajeno, si ofrece «un nivel de garantías equivalente».

Regla contraria es la que rige para las operaciones combinadas, que están admitidas, art. 12.1, primer inciso, dado que estas implican que se ofrecen por separado, «aunque no necesariamente en los mismos términos y condiciones que combinadas con otros servicios auxiliares».

IV. FASE PRECONTRACTUAL

En esta Directiva 2014/17/UE, aparece claro que lo principal es el contrato de crédito —cualquiera que sea su modalidad— y, por tanto, lo accesorio, la garantía

hipotecaria, como, por otra parte, así es en nuestro Derecho positivo vigente, aunque tampoco puede desconocerse, no obstante la remisión del art. 1 al crédito al consumo, su distinta finalidad —aquí no es la adquisición de bienes de consumo— y la existencia de la garantía hipotecaria, que despliega su efecto fundamental, el de realización de valor —art. 130 LH, aunque también está la fase de seguridad contemplada en la LH, art. 12, ambos modificados, no necesariamente a mejor, al mezclar inscripción con inscripción y no ahondar sino en lo judicial por la Ley 41/2007—, caso de impago del crédito u operación garantizada, si bien en la nueva Directiva, art. 28, queda claro que el legislador interno se tendrá que esforzar en buscar soluciones previas a la ejecución, deviniendo esta en remedio último e inevitable.

Por ser el contrato de crédito lo principal, es también la fase precontractual lo trascendental y, aunque ciertamente no será tres días antes, ni menos al momento de la autorización de la escritura, aunque también, sino justo al iniciarse la negociación cuando el consumidor debería tener derecho a designar ya él, en su derecho de elección, al Notario —ello encajable perfectamente dentro del servicio de asesoramiento, art. 22, pues no es fácil ser parte y asesor de la otra parte, siquiera sea por el conflicto de intereses que inevitablemente subyace—, no sobraría en que en esta fase precontractual constase clara y destacadamente que se le informa de este derecho y que lo ejercita.

Junto con la libertad de elección del Notario, que ya en ese momento inicial debería garantizarse, existe otra serie de cautelas de protección del consumidor que sí contempla expresamente la Directiva, así:

a) Publicidad engañosa o desleal, art. 10, sin perjuicio de la Directiva 2005/29/CE, relativa a la publicidad engañosa, exige que «las comunicaciones publicitarias y comerciales sobre los contratos de crédito sean leales y claras y no resulten engañosas». Debiéndose **prohibir** «toda redacción» que cree «falsas expectativas sobre la disponibilidad [tales que ciertas modalidades de crédito por su propia naturaleza frente al préstamo en sentido estricto, por su naturaleza real] o el coste de un crédito».

b) Información básica que deberá figurar en la publicidad, art. 11, aunque los Estados Miembros podrán obviarla cuando se requiera la indicación de la **TAE**, fuera

de ello y al modo del crédito al consumo, art. 11, primer párrafo, siempre que se indique *un tipo de interés* o cualesquiera *cifras relacionadas con el coste del crédito*, debe incluir *la información básica* que enumera el propio art. 11.2 y que, en lo económico, destaca el que tenga que constar si es fijo o variable el tipo de interés o una combinación, *v. gr.* por plazos, tal que los cinco primeros años, importe total del crédito, TAE, duración del contrato y el importe de los pagos a plazo, etc., junto con un ejemplo representativo y la advertencia expresa, si procede, de las posibles fluctuaciones, así como «una advertencia concisa y proporcionada sobre los riesgos específicos ligados a los contratos de crédito».

c) Información gratuita, art. 8 —que deberá ser sin coste alguno—, y **la información precontractual**, art. 14, que debe ser:

— **Sin demora**, desde que el consumidor haya aportado toda la información necesaria, situación financiera y preferencia de entre los productos ofertados. Destaca el art. 20.3 que exige que sea *proporcionada y limitada* para la adecuada evaluación de la solvencia del consumidor; lo trata especialmente el art. 18.

— **Con suficiente antelación** a que quede vinculado, por cualquier contrato (no necesariamente el de crédito) u oferta de crédito.

— **La información personalizada** será necesariamente a través del **FEIN** (su contenido y formato se regula en el Anexo II que acompaña a la Directiva).

d) La oferta vinculante no requiere del FEIN si ya antes se ha entregado y no difiere.

e) Diferencia entre período de reflexión y derecho de desistimiento (Cdo. 46): *siete días* —como mínimo— *para comparar ofertas*, y pueden diferenciarse o ser una combinación de ambos; lo relevante es que la reflexión puede llegar a impedir la aceptación o firmar antes de que transcurra el período de diez días, y la oferta, durante este plazo, es vinculante.

f) Proyecto de contrato —junto con la oferta vinculante—, que deberá existir cuando no haya derecho de desistimiento, que únicamente puede existir tras la firma del contrato.



- g) **Explicaciones adecuadas**, art. 16, que incluirán la información precontractual, las características principales, los efectos específicos y las consecuencias en caso de impago y los servicios accesorios, y si pueden «rescindirse» por separado.
- h) **La TAE** y su cálculo (Anexo I) se concretan en el art. 17 —con explicaciones en el Cdo. 53, singularmente, en la fase precontractual—; lo importante es si la revisión o el tipo fijo permanecen o no durante los cinco primeros años.
- i) **La tasación**, art. 19, requiere de *tasadoras suficientemente independientes* y de *normas fiables* —para lo que exige, Cdo. 26, su adecuación a las normas de tasación reconocidas internacionalmente, tales como las elaboradas por el Comité Internacional de Normas de Valoración, el Grupo Europeo de Asociaciones de Tasadores o la Royal Institution of Chartered Surveyors, junto con la «adecuada competencia y diligencia profesionales y que los tasadores cumplan determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantía una documentación de tasación adecuada que sea detallada y plausible».
- j) **Préstamos en moneda extranjera o divisas**, art. 23: exige un marco reglamentario que garantice la conversión del préstamo —a **moneda alternativa** en que reciba sus ingresos o sea la oficial del Estado Miembro, debiendo concretarse si puede acogerse a ambas o a una de las alternativas— y, además, limitación del tipo de riesgo.
- k) **Crédito a tipo variable**, art. 24: el índice debe ser «claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de crédito y por las autoridades competentes»; lo serían, en principio, todos los índices oficiales. Deben conservarse registros históricos de dichos índices. El art. 27 exige que se le comunique al consumidor y que, además, se le indique el nuevo importe de los pagos.
- l) **Reembolso anticipado**, art. 25, que debe garantizarse y, además, conlleva que:
 - i) Debe implicar una reducción del coste total del crédito, «que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir».
 - ii) Que pueden fijarse *límites temporales* y diferencia de trato; así, si son o no durante los cinco primeros años;

según sea *fijo o variable* el tipo de interés; en función del momento o restricción de las circunstancias.

- iii) Que se le indiquen al consumidor claramente las opciones, o sea, reducir plazo, cuota o mixto.

Mención especial merece el Cdo. 66, que admite que sean tanto disposiciones legales como cláusulas contractuales las que velen por el derecho del consumidor al reembolso anticipado, con cita como supuestos de interés legítimo para amortizar anticipadamente el divorcio o el desempleo.

Y, como criterios para fijar la compensación, que sea «*justa y objetivamente justificada por los posibles costes directamente derivados del reembolso anticipado* [junto a que la compensación] *no debe ser superior a la pérdida financiera que sufra el prestamista*».

- m) **Obligación de evaluar la solvencia del deudor**, art. 18, aunque parece una obviedad que la diligencia de todo buen banquero lo haga, como una exigencia de su *lex artis ad hoc*, le dedica una extensa regulación y, además, precisa, art. 18.4, que salvo que haya ocultación o falsificación consciente del consumidor, los Estados Miembros velarán para que el «*prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato en detrimento del consumidor, debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente*».

No trata la Directiva con la extensión que merecería, sobre todo cuando a ello se refiere en el Cdo. 3, la materia de **los préstamos responsables**, aunque los sitúa en parámetros como que se puedan utilizar las relaciones «*coeficientes préstamo-valor del activo*» —v. gr. 80 %, que en la vigente LMH no existe para la concesión—, «*préstamo-ingresos*» o «*deuda-ingresos y coeficientes similares, unos niveles mínimos por debajo de los cuales no se considerará aceptable ningún crédito*». Fiándolo básicamente, art. 45, a un informe exhaustivo de evaluación a presentar antes de un lustro —es decir, «*a más tardar, el 21 de marzo de 2019*»— y a que, Cdo. 83, «*la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable se transponga por medio del Derecho Civil o del Derecho Penal*» —sí, han leído bien: prestatarios y Derecho Penal.

V. MORA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Los principios que la inspiran, art. 28 y Cdo. 27, son los siguientes:

- **Tolerancia** antes de iniciar un procedimiento de ejecución (la cuestión está en si deberían bastar las tres cuotas impagadas o debe ofrecerse una negociación que excluya la ejecución).
- **Admisión de los recargos**, tales como el **interés de demora**, pero no podrán exceder «*de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que acarree el impago*». Y como *opción* de los Estados Miembros, con una terminología «euro-comunitaria», se dice que «*podrán exigir [...] si se permite [...] imponer recargos*», y de haber tales recargos (*intereses de demora* u otra nueva forma de compensar la mora), en caso de impago, es imperativo que «*no excedan de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago*» (es decir, se le tendrá que seguir retribuyendo el capital prestado, aunque ya no se pague el interés remuneratorio al estar absorbido en el interés moratorio, y las provisiones exigidas por la autoridad monetaria por la situación de «fallido» del préstamo, que le están impidiendo invertir ese capital provisionado, aunque por el «no excedan» creo debe limitarse al interés contractual negativo).
- **No se debe impedir por los Estados Miembros** que las partes «*puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía* [cesión del crédito o préstamo hipotecario] *o ingresos derivados de la venta de la garantía* [el inmueble hipotecado] *al prestamista* [dación en pago, que aparece claramente como una modalidad de novación extintiva, y no tanto como una *datio in solutum*, dado que no es infrecuente que aún subsista parte de la deuda] *basten para reembolsar el crédito*». Tampoco puede desconocerse que, junto con el aspecto civil, que ofrece pocas dudas e innecesarias modificaciones, pues ya se están efectuando, sí será distinto, y ello también puede entorpecer o hacer desistir de la dación en pago, el aspecto fiscal, no ya en el IRPF, sino en la «plusvalía municipal» o en el ITP; el aspecto registral, problema de liberación de cargas, y, desde luego, las provisiones que exijan las autoridades bancarias sobre provisiones por la situación de «fallido» del préstamo.
- **Dotarse de procedimientos o medidas** (podrían ser el pacto comisorio o apoderamientos irrevocables para venta a terceros, eso sí, previa tasación actualizada por tercero independiente) que permitan obtener «*el mejor precio por la propiedad objeto de la ejecución hipotecaria*».

Sentencias del Tribunal Supremo

Fechadas desde diciembre de 2013 a marzo de 2014

ACCIÓN DE DESLINDE

Requisitos para la constitución gratuita de un derecho real de goce sobre una finca que legitime la ocupación de la misma

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 773/2013, de 10 de diciembre (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 214152/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron las acciones de deslinde y reivindicatoria ejercitadas por la demandante y acordaron realizar exclusivamente un pronunciamiento declarativo de la propiedad de aquella sobre la superficie reivindicada ocupada por el Ayuntamiento demandado. El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la demandante pero estima su recurso de casación, casa la sentencia recurrida y estima sustancialmente la demanda.

Estimación de la acción de deslinde. Desaparición del elemento físico de separación entre las fincas de los litigantes. Estimación de la acción reivindicatoria. Falta de título que legitime la posesión de la finca por el Ayuntamiento demandado. Incumplimiento de los requisitos para la constitución gratuita de un derecho real de goce que legitime la ocupación de la finca. Es necesario que haya sido constituido de modo preciso y categórico, con facultades precisas sobre la finca gravada, duración determinada, y mediante escritura pública al ser su constitución gratuita. Recurso extraordinario por infracción procesal. Congruencia. Ajuste de la sentencia desestimatoria a los argumentos de defensa. Allanamiento. Inexistencia por no reunir los requisitos de claridad e incondicionalidad exigidos. Carga de la prueba. Eficacia limitada de los criterios de flexibilidad y disponibilidad. Motivación de la sentencia. Alcance.

ALIMENTOS

Abono de la pensión de alimentos fijada en proceso de divorcio desde la fecha de presentación de la demanda

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 746/2013, de 4 de diciembre (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 196414/2013

ITER PROCESAL: El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Ministerio Fiscal contra sentencia de la AP Alicante sobre divorcio, y la casa y anula en orden a establecer que la pensión de alimentos fijada en favor de las hijas comunes debe ser abonada desde el momento de la interposición de la demanda.

Devengo de la pensión de alimentos en favor de los hijos fijada en proceso de divorcio desde el momento de la interposición de la demanda y no desde la fecha de la sentencia. Aplicación del art. 148.1 CC.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

Improcedencia de la moderación judicial de la indemnización pactada para el caso de que la arrendataria resolviese unilateralmente el contrato

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 779/2013, de 10 de diciembre (Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz) LA LEY 209361/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda de reclamación de indemnización formu-



Sentencias

lada por la arrendadora por la resolución anticipada del contrato por la arrendataria. La AP Burgos revocó en parte la sentencia del Juzgado y estimó la demanda solo parcialmente. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación formulado por la demandante, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Arrendamiento de local de negocio. Plazo de duración de 20 años obligatorio para la arrendadora y potestativo para la arrendataria, quien podía resolver el contrato en cualquier momento, aunque si dicha resolución se producía en el plazo de 5 años desde su vigencia, como así ocurrió, estaba obligada a abonar el importe de las rentas que faltasen por devengar hasta completar el indicado plazo. Improcedencia de la moderación judicial de la indemnización en aplicación del art. 1154 CC al no existir en el contrato ninguna cláusula penal. No tiene sentido la posible moderación por incumplimiento parcial porque no hay tal: la obligación de la arrendataria no ha sido «en parte o irregularmente cumplida», sino que ha sido observada conforme a lo pactado, *pacta sunt servanda*, es decir, de acuerdo con la *lex contractus*.

ARRENDAMIENTO DE OBRA

Criterios de imposición de las costas del tercero llamado al proceso a instancia de un demandado, cuando no se llegue a ampliar la demanda frente a dicho tercero

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 790/2013, de 27 de diciembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 240807/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó las acciones de responsabilidad por vicios de la construcción y de incumplimiento de contrato de obra al acoger la excepción de falta de legitimación activa. La AP Tarragona revocó la sentencia del Juzgado y estimó parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo casa la sentencia de apelación y, en síntesis, absuelve a los dos arquitectos demandados confirmando la condena de las dos empresas contratistas codemandadas.

Defectos constructivos. Acumulación de dos clases de acciones, unas basadas en la responsabilidad de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación (art. 17 LOE) y otras en el incumplimiento contractual (arts. 1101 y ss. CC). Legitimación activa del demandante para el ejercicio de la acción ex art. 17 LOE en su condición de arrendatario financiero promotor de la obra. La responsabilidad basada en el art. 17 LOE debe desestimarse porque respecto de unos defectos constructivos había prescrito la acción, y respecto de otros habían aparecido una vez extinguido el plazo de garantía. Sí procede, en cambio, la responsabilidad por incumplimiento contractual aunque solo respecto de las empresas contratistas vinculadas contractualmente con la demandante, no respecto de los arquitectos con los que no tenía ningún vínculo contractual. Costas procesales: criterios de imposición de las costas del tercero llamado a instancia de un demandado, cuando no se llegue a ampliar la demanda frente a dicho tercero. Recurso extraordinario por infracción procesal: requisitos para que la inadmisión de documentos como medios de prueba en la instancia puede justificar la nulidad de la sentencia.

COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN

Inexistencia de incumplimiento imputable a la vendedora demandada justificativa de la resolución instada

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 788/2013, de 27 de diciembre (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 226499/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la acción de resolución de los contratos de compraventa ejercitada por los compradores demandantes, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar a los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos.

Resolución. Desestimación de la acción resolutoria. Inexistencia de incumplimiento imputable a la vendedora demandada justificativa de la resolución instada. No puede revisarse en casación la valoración probatoria llevada a cabo en la instancia, debiendo respetarse los hechos declarados probados. No todo incumplimiento tiene fuerza resolutoria. Ha de ser esencial. Los contratantes no atribuyeron a la falta de cancelación de la afectación urbanística el carácter de incumplimiento resolutorio. La mayor parte de las obras de urbanización habían concluido. No hubo retraso en la terminación de la construcción. Recurso extraordinario por infracción procesal. Está suficientemente motivada la decisión de la sentencia de apelación de no modificar la condena al pago de las costas devengadas en primera instancia pese a no imponer las de la apelación.

CONTRATO DE MANDATO

Apropiación por los mandatarios de parte del precio recibido por la venta de acciones de los mandantes en la sociedad Urbanor

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 537/2013, de 14 de enero (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 1/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de mandato. El Tribunal Supremo estima en parte el recurso de casación de los demandantes en el sentido de modificar la fecha de devengo de los intereses compensatorios impuestos a los demandados sobre la cantidad principal objeto de condena.

Para la venta de las acciones de los mandantes en un determinada sociedad (URBANOR). Dolo de los mandatarios. Ocultación de las concretas condiciones de la venta con apropiación de una parte del precio. Reclamación de indemnización de daños y perjuicios por los mandantes en concepto de lucro cesante. Estimación parcial de la demanda. Principio de buena fe contractual aplicable a la relación comercial compleja. Vulneración por los mandatarios de la base del negocio que informó el contrato de mandato, esto es, ser partícipes del mayor precio de venta que pudiera resultar de la operación, con independencia de la instrumentalización comercial derivada de su ejecución. Condena al pago de la cantidad reclamada como principal más los intereses compensatorios desde la fecha de celebración del contrato de compraventa. Prescripción de la acción. Improcedencia. Cómputo del plazo de ejercicio de la acción desde que los perjudicados tuvieron conocimiento de la lesión de su derecho. alegaciones complementarias. Solicitud de responsabilidad contractual por la parte actora en la audiencia previa, cuando en la demanda se ejer-



citó una acción civil *ex delicto*. Inexistencia de alteración de la causa de pedir. Los hechos que conformaban el supuesto de la pretensión civil *ex delicto* incluían la responsabilidad contractual. Prueba. Valoración por el tribunal civil de los hechos declarados probados en una previa sentencia penal absolutoria, extrayendo las conclusiones pertinentes de aquella operación.

CONTRATO DE PERMUTA FINANCIERA

El Tribunal Supremo confirma la nulidad de un contrato de swap de inflación por vicio en el consentimiento del cliente, al que la entidad financiera no informó debidamente

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 840/2013, de 20 de enero (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 3315/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda de nulidad de un contrato de permuta financiera de inflación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación formulado por la entidad financiera demandada.

Nulidad del contrato por error en el consentimiento por falta de información sobre el riesgo de la operación. Alcance del deber de información de las entidades financieras. Trasposición a nuestro ordenamiento de «las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» de la denominada Directiva MiFID (Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros). Obligación de realizar a los clientes un test de conveniencia cuando no se prestan servicios de asesoramiento, o un test de idoneidad cuando se prestan tales servicios. La omisión del test lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento.

COOPERATIVAS

Caducidad de la acción de impugnación del acuerdo de exclusión de varios socios por impago de multa: no era necesario esperar a que se declarase la validez del acuerdo referido a la multa

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 60/2014, de 24 de febrero (Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel) LA LEY 17633/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de impugnación del acuerdo de exclusión de varios cooperativistas por impago de la multa que se les había impuesto. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida y desestima la demanda por caducidad de la acción.

Impugnación del acuerdo de exclusión de varios socios por impago de la multa impuesta en expediente disciplinario por falta muy grave. Caducidad de la acción. La pendency de otro proceso entre las mismas partes cuyo objeto era la validez de la sanción de multa no puede considerarse un impedimento al ejercicio del derecho. La dependencia de una sanción respecto de la otra no se entiende absoluta, en la medida en que podría ser declarada la invalidez de la exclusión pese a la validez de la multa. El acuerdo de exclusión debería haber sido impugnado sin necesidad de esperar a que se declarase la validez del referido a la multa.

DERECHO AL HONOR

Vulneración del derecho al honor por la inclusión indebida de los demandantes en varios registros de morosos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 12/2014, de 22 de enero (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 4638/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron la demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandantes, casa la sentencia recurrida y estima la demanda.

Intromisión ilegítima. Inclusión indebida de los datos personales de los demandantes relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias en sendos ficheros de información sobre solvencia patrimonial (registros de morosos). Desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena. Aplicación de la normativa sobre protección de datos de carácter personal. Principio de calidad de los datos. Estos han de ser exactos, adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido y tratado. En concreto, las deudas incluidas en los ficheros han de ser ciertas, vencidas y exigibles. Necesidad de extremar las exigencias de calidad de los datos cuando se recogen y tratan sin consentimiento del afectado y pueden vulnerar el derecho al honor y causar daños morales y patrimoniales. Incumplimiento por la entidad financiera demandada de las exigencias derivadas del citado principio. No era exacta, adecuada, pertinente ni proporcionada la inclusión en los ficheros de morosos de los demandantes (avalistas, junto a otras dos personas, de un préstamo que resultó impagado) por la cantidad que la entidad financiera prestamista estimó para intereses y costas en el proceso de ejecución dineraria, después de que los co-avalistas consignaran el principal por el que se despachó ejecución, para su entrega a la ejecutante (como así ocurrió), y la cantidad prevista para intereses y costas, a resultas de la oposición que dichos co-avalistas formularon a la ejecución por no haberse notificado la cantidad exigible antes de la interposición de la demanda, oposición que fue finalmente estimada. Las actuaciones realizadas por los co-avalistas solidarios dirigidas a la extinción de la deuda y al cuestionamiento judicial de determinadas partidas que se consideraban indebidas han de aprovechar a los demandantes, también avalistas, en virtud de los principios que rigen la solidaridad pasiva (art. 1145 y siguientes del Código Civil). Además, la deuda que se comunicó a los registros de morosos no era cierta y exigible. Concesión de una indemnización de 6.000 a cada demandante por daños morales.

Litigio sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor entre dos asociaciones de consumidores

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 775/2013, de 2 de diciembre (Ponente: Francisco Marín Castán) LA LEY 192180/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

Inexistencia de intromisión ilegítima. Publicación de un mensaje en la página web de la asociación de consumidores demandada (Adicae) bajo el título de «Ausbanc. El Instituto Nacional del Consumo excluye a Ausbanc del Registro de Asociaciones de Consumido-



res». Interés público de la información publicada. Veracidad de la misma. La fuente y origen de la información resultaron plenamente identificadas así como su carácter fidedigno y aunque es cierto que la expulsión de Ausbanc quedó cautelarmente en suspenso hasta que recayera sentencia sobre el fondo del asunto, y sobre dicho extremo no se informó, no cabe imponer al informador la obligación de relatar todos los avatares del procedimiento contencioso-administrativo y entender que de no hacerlo así se incumple el deber de veracidad, pues este debe ser entendido como el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada o, como sucede en el presente caso, ampliada. La noticia fue expuesta con objetividad, sin dotarle de un matiz injurioso o desproporcionado.

FILIACIÓN

El Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 835/2013, de 6 de febrero (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 2868/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y acordaron la cancelación de la inscripción de nacimiento de dos niños realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles en cuanto a las menciones de filiación de las que resultaba que eran hijos de los demandados. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por éstos.

El Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia que estimaron la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y acordaron la cancelación de la inscripción de nacimiento de dos niños realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (California) en cuanto a las menciones de filiación de las que resultaba que eran hijos de los demandados, dos varones españoles casados entre sí que contrataron a una madre de alquiler.

La Sala declara que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, integran el orden público internacional español. Dicho artículo establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. En consecuencia, la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con la citada norma, reguladora de aspectos esenciales de la filiación e inspirada en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

La sentencia rechaza la existencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual ya que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California.

También rechaza la alegación de que privar a los nacidos de su filiación vulnera el principio del interés superior del menor. En este

sentido, razona que la aplicación de este principio ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, y en esa aplicación han de tenerse en cuenta otros bienes jurídicos que pueden concurrir, tales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

El Tribunal es consciente de que la decisión que adopta puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, sino que ha de otorgarse partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual.

Finalmente, insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar de facto.

Reconocimiento de la maternidad de la ex esposa de la madre biológica de las niñas

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 740/2013, de 5 de diciembre (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 190869/2013

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción de reclamación de filiación por posesión de estado. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación formulado por la demandada, madre biológica de las niñas.

La demandante ejercita acción de reclamación de filiación por posesión de estado respecto de las hijas biológicas de la demandada, con la que estuvo casada, concebidas mediante técnicas de reproducción asistida antes de contraer matrimonio y nacidas después del mismo.

Las sentencias de instancia estimaron la demanda y el Tribunal Supremo confirma dicho pronunciamiento.

La Sala, partiendo de la actual equiparación absoluta a efectos legales entre las distintas clases de matrimonio, señala que la nueva regulación legal de esta institución se hizo sin atender al régimen legal de la filiación, en el que las acciones de impugnación y reclamación estaban pensadas exclusivamente para parejas heterosexuales, y que es el art. 7 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, redactado por la disp. adic. 1ª de la Ley 3/2007, el que, tras remitir a las leyes civiles la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, habilita a la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, para manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido. La sentencia considera que es suficiente que la manifestación se haga antes de que nazca el hijo, no en el momento de la inseminación, pues nada se dice ni se infiere del precepto, y que la filiación no puede quedar subordinada a un requisito formal, como el del consentimiento ante



el encargado del Registro Civil, una vez quede acreditado adecuadamente el voluntario consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo.

Según el Alto Tribunal, la remisión a las leyes civiles que efectúa el citado art. 7 L 14/2006 posibilita el ejercicio de la acción de reclamación de filiación por posesión de estado, al amparo del art. 131 CC, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y refuerza el consentimiento como título de atribución de la paternidad.

Esa posesión de estado, afirma la Sala, constituye una cuestión de hecho cuya determinación corresponde al Tribunal de instancia y en este caso los actos son claros y sirven como una manifestación complementaria de esa posesión de estado a partir de una acreditada relación de hecho y de derecho entre las partes, careciendo de sentido el empecinado esfuerzo de la madre biológica en impedir que progrese y se consolide una situación como la enjuiciada en la que debe primar el interés de las niñas y el de la unidad y estabilidad familiar en preservar las vinculaciones conseguidas.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Reconocimiento a una mujer homosexual de su condición de madre del hijo biológico de la que fue su pareja de hecho, concebido mediante técnicas de reproducción asistida

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 836/2013, de 15 de enero (Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno) LA LEY 11199/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial formulada al amparo del art. 131 CC. La AP Toledo revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante, anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

Acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, formulada por la mujer que fue pareja de hecho de la madre biológica del niño, nacido durante su relación de pareja mediante la técnica de reproducción asistida. Estimación. La posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación reclamada. Compatibilidad entre la posesión de estado y los principios de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Protección del interés superior del menor. Voto particular.

PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra ejercitada tras la declaración concursal del contratista

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 62/2014, de 25 de febrero (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 17634/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia estimaron la acción directa del art. 1597 CC ejercitada por el subcontratista contra el dueño de la obra tras la declaración concursal del contratista. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda.

Acción directa del art. 1597 CC ejercitada por el subcontratista contra el dueño de la obra reclamándole la cantidad que le adeudaba el contratista, declarado en concurso de acreedores. Desestimación. Al tiempo de ejercitarse la acción, el crédito del contratista frente al dueño de la obra había sido cedido a un banco, en virtud de un contrato de *factoring* sin recurso. El efecto de la cesión de créditos antes del concurso de la cedente es que estos créditos cedidos no deben formar parte de la masa activa del concurso. Por tanto, cuando se ejercitó la acción, el contratista ya no tenía crédito frente al dueño de la obra, por lo que faltaría uno de los requisitos esenciales del art. 1597 CC.

PROPIEDAD HORIZONTAL

No es necesaria la unanimidad para la aprobación de un acuerdo que supone volver a lo dispuesto en el título constitutivo en cuanto a la distribución de gastos comunes

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 50/2014, de 6 de febrero (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 3944/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de impugnación de un acuerdo comunitario sobre distribución de gastos comunes. La AP Navarra revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la comunidad de propietarios demandada, anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

Impugnación del acuerdo comunitario por el que se aprobó volver a lo dispuesto en el título constitutivo en cuanto a la distribución de gastos comunes. Desestimación de la demanda. Inexistencia de actos propios vinculantes para la comunidad de propietarios. Aunque de forma tácita la comunidad aceptó durante años un sistema de contribución a los gastos distinto del previsto en el título constitutivo, el acuerdo impugnado supone volver a lo dispuesto en el título constitutivo, que no ha sido modificado, en cuanto a la distribución de los gastos, por lo que no es necesaria la unanimidad de todos los copropietarios para la adopción del mismo.

QUIEBRA

Plazo de ejercicio de la acción de nulidad de actos del quebrado realizados dentro del periodo de retroacción de efectos

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 754/2013, de 12 de diciembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 214160/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción rescisoria de determinados pagos realizados por la entidad quebrada en el periodo de retroacción de efectos. La AP Murcia revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por la demandada, casa la sentencia recurrida y confirma la de primera instancia.

Acción de ineficacia de actos realizados en el periodo de retroacción. Desestimación. Aplicación de la normativa anterior a la Ley Concursal al ser declarada la quiebra antes de la entrada en vigor de dicha Ley, aunque la demanda se presentase después, sin perjuicio de que, conforme a la disp. adic. primera de la citada Ley, las normas de la retroacción deban interpretarse de conformidad con el espíritu y finalidad de la regulación del concurso de acreedores.



Sentencias

Interpretación del alcance de la ineficacia prevista en el art. 878.2 CCom respecto de los actos del deudor quebrado realizados durante el periodo de retroacción. Se trata de una rescisión fundada en el perjuicio para la masa activa. No está sujeta a un especial plazo de caducidad, en la medida que se trata de una acción que nace con la quiebra y se extingue la posibilidad de su ejercicio con la conclusión de la quiebra. No cabe justificar la improcedencia de un pago debido realizado en el periodo sospechoso basándose en la injustificación del reconocimiento de deuda previo del que trae causa el pago, si no se impugna también este reconocimiento de deuda.

SEPARACIÓN DE BIENES

Separación de bienes: la dedicación del sueldo del esposo al levantamiento de las cargas familiares no excluye la compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 16/2014, de 31 de enero (Ponente: José Antonio Seijas Quintana) LA LEY 6265/2014

ITER PROCESAL: Seguido proceso de divorcio, el Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, entre otras medidas, concedió a la esposa una compensación de 21.097 € al amparo de lo previsto en el art. 1438 CC. La AP Valladolid revocó ese pronunciamiento. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación por interés casacional formulado por la esposa.

Compensación económica del art. 1438 CC. La dedicación del sueldo del esposo al levantamiento de las cargas familiares no excluye la compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico. Sin embargo, en el caso de autos, no puede concederse la pensión porque no ha quedado probada una dedicación esencial o significativa de la esposa a las tareas familiares.

SOCIEDAD ANÓNIMA

El conocimiento de la situación de crisis económica de la sociedad por el acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad de los administradores por deudas sociales

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 733/2013, de 4 de diciembre (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 235214/2013

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda en la que se reclamaba a la sociedad demandada el importe de un préstamo y de ejercitaron contra sus administradores la acción individual de responsabilidad y la acción de responsabilidad por deudas. La AP Las Palmas de Gran Canaria revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda formulada contra la sociedad y la acción de responsabilidad por deudas, sin resolver sobre la procedencia de la acción individual de responsabilidad. El Tribunal Supremo desestima los recursos de casación interpuestos por 6 de los administradores demandados y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por los demandantes.

Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales en caso de incumplimiento de la obligación de promover la disolución

de la sociedad. Configuración legal de la acción de responsabilidad y alcance de la misma. El mero conocimiento de una situación de crisis económica e insolvencia de la sociedad deudora no deslegitima al acreedor que la conocía para ejercitar la acción de responsabilidad. Incongruencia omisiva. Cuando se ejercita la acción de responsabilidad por deudas y la acción individual de responsabilidad y se pretende la misma petición de condena de los administradores respecto del pago de determinados créditos que los demandantes tienen contra la sociedad, esta pretensión se cumple con la estimación de una de las acciones. Por esta razón, cuando se deja sin resolver la otra no existe propiamente incongruencia omisiva. Voto particular.

SOCIEDAD ANÓNIMA DEPORTIVA

Nulidad de dos acuerdos de ampliación de capital del Club Atlético de Madrid

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 697/2013, de 15 de enero (Ponente: Ignacio Sancho Gargallo) LA LEY 848/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de impugnación de dos acuerdos sociales de ampliación de capital. La AP Madrid revocó la sentencia del Juzgado y declaró la nulidad de los acuerdos impugnados. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la parte demandada y, asumiendo la instancia, estima el recurso de apelación interpuesto por los demandantes declarando la nulidad de los acuerdos impugnados.

Sociedad anónima deportiva: Club Atlético de Madrid. Nulidad de dos acuerdos de ampliación de capital por un defecto de constitución de la junta, pues se tuvo en cuenta para el cómputo del quorum acciones que no estaban realmente desembolsadas. Prueba o test de resistencia. Aunque se descontasen las acciones desembolsadas en fraude de ley, los socios que comparecieron a la junta no alcanzaban el 50% del capital social necesario para la válida constitución de la misma. Eficacia legitimadora del libro registro de acciones nominativas. Está supeditada al control judicial y puede realizarse no sólo a priori, con anterioridad a la celebración de la junta de accionistas, sino también a posteriori, con ocasión de la impugnación de los acuerdos sociales, con carácter prejudicial.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Nulidad de acuerdos sociales por falta de prueba de los términos del poder conferido por uno de los socios a quien compareció en la junta como su representante

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 58/2013, de 12 de febrero (Ponente: Rafael Sarazá Jimena) LA LEY 14533/2014

ITER PROCESAL: El Juzgado de lo Mercantil estimó la acción de impugnación de acuerdos sociales. La AP A Coruña revocó la sentencia del Juzgado y solo estimó la demanda respecto a uno de los acuerdos impugnados. El Tribunal Supremo estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por las demandantes, anula la sentencia recurrida y dicta nueva sentencia por la que desestima el recurso de apelación promovido por la entidad demandada contra la sentencia del Juzgado.



Impugnación de acuerdos sociales por infracción de las normas que rigen la asistencia de socios a junta general por medio de apoderado. Estimación de la demanda. Impugnada por las demandantes la suficiencia del apoderamiento al constituirse la junta, la falta de documentación, por parte de la mesa de la junta, de los términos del poder tachado de insuficiente perjudica a la sociedad demandada por aplicación del principio de facilidad probatoria.

USUCAPIÓN “CONTRA TABULAS”

El Tribunal Supremo considera derogado el art. 1949 del Código Civil por el art. 36 de la Ley Hipotecaria que regula los distintos supuestos de usucapión “contra tabulas”

Sentencia Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 841/2013, de 21 de enero (Ponente: Antonio Salas Carceller) LA LEY 1765/2014

ITER PROCESAL: Las sentencias de instancia desestimaron tanto la demanda de nulidad de la compraventa de determinadas plantas de un edificio como la reconvencción formulada por los compradores solicitando, con carácter principal, la nulidad de la venta de dicho edificio a la demandante reconvenida y, subsidiariamente, que se les declarase propietarios de dichas plantas al haberlas adquirido mediante usucapión. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los reconvinientes.

Los recurrentes en casación habían formulado demanda reconvencción solicitando que se les declarase propietarios de determinadas plantas de un edificio al haberlas adquirido mediante usucapión.

Las sentencias de instancia desestimaron dicha pretensión. En concreto, la Audiencia Provincial razonó que no cabía admitir tal modo de adquirir en este caso puesto que se pretendía, por quienes se dicen poseedores sin título inscrito, una usucapión “contra tabulas” ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca que ostenta la condición de tercero hipotecario, y estas circunstancias hacen inmune al tercero hipotecario frente a la usucapión ordinaria pretendida, pues, según el art. 1949 CC, es necesario que el usucapiente tenga título inscrito a su favor, comenzando a correr el periodo de prescripción desde la inscripción de ese título.

El Tribunal Supremo considera que no se puede mantener la argumentación de la sentencia recurrida y razona sobre la vigencia del art. 1949 CC.

Para la Sala, la redacción del art. 1949 CC (la originaria del año 1889) estaba perfectamente coordinada con el art. 35 de la antigua LH de

1869, que se mantuvo hasta el año 1909. Bajo dicho régimen, en la usucapión “contra tabulas” frente al dueño del inmueble, el cual conoce -o puede conocer- que otro está poseyendo para adquirir, regía la legislación común del CC, mientras que si se trataba de un tercero hipotecario —que no conocía, ni había de conocer, dicha posesión “ad usucapionem”— era necesaria la inscripción que pudiera reflejar dicha posesión, lo que resultaba conforme con el texto del art. 1949 CC; y ello se tratara de usucapión ordinaria o extraordinaria.

Sin embargo, el art. 36 de la nueva LH (vigente desde 1944) contempla dos situaciones distintas y contiene una regulación diferente de la anterior respecto de la prescripción adquisitiva frente al tercero registral; tales situaciones son: 1ª) La usucapión que se produce contra el titular inscrito mientras tiene lugar la posesión “ad usucapionem”; y 2ª) La que se produce frente al tercer adquirente de ese titular, que reúne las condiciones del art. 34 LH.

En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior art. 35 LH, pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria “ad usucapionem”. En tal caso prevalece contra el “tercero hipotecario” la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y b) Cuando, fuera del caso anterior, el “tercero hipotecario” consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.

Se trata, dice el Tribunal, de un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del tercero hipotecario, que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el art. 1949 CC, en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria.

No obstante, la Sala confirma la solución adoptada por la Audiencia, aunque por distintos fundamentos, ya que ninguna referencia se hacía en la reconvencción a la concurrencia de los requisitos necesarios para que operase la prescripción “contra tabulas” en perjuicio del tercer adquirente.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado contra calificaciones de la propiedad y mercantiles

Publicadas durante el primer trimestre de 2014

Fernando Agustín Bonaga
Notario de Calatayud

AGRUPACIÓN

Resolución de 20 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3341)

Suspende la inscripción de una escritura de agrupación de finca ganancial con finca privativa por falta de determinación de qué parte de la finca agrupada tiene cada uno de estos dos conceptos. Para evitar la aplicación del art. 45 RH, no basta con la mera manifestación de pertenecer la finca agrupada a los cónyuges con carácter ganancial, porque es doctrina reiterada que el acuerdo de los cónyuges solo es traslativo si en él hay donación o título seguido de tradición (art. 609 CC), lo cual incluiría el negocio de aportación, siempre que se reflejase la causa de la atribución (nada de lo cual resulta del título calificado). La calificación registral es independiente de anteriores calificaciones, ya sean del mismo o de otro Registrador.

ANOTACIÓN PREVENTIVA

Resolución de 8 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1195)

Considera correctamente practicada una anotación de embargo derivada de una afección urbanística, a pesar de que el recurrente cuestiona su legalidad (por problemas de tracto y caducidad de la afección de la que trae causa).

La Dirección recuerda su doctrina constante: el recurso gubernativo procede solo contra calificaciones negativas, pero no para cuestionar la validez de los títulos ya inscritos. Los asientos ya practicados están bajo la salvaguarda de los tribunales y surten todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

Resolución de 9 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1197)

En virtud de lo dispuesto en el art. 86 LH, deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo en virtud de mandamiento judicial presentado una vez caducada, a pesar de haber sido dictado a consecuencia de una solicitud aportada al Juzgado antes de caducar la anotación.

Resolución de 23 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1548)

En virtud de lo dispuesto en el art. 86 LH, deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo ya caducada. Durante la vigencia de la anotación, se presentó un mandamiento de prórroga erróneamente referido a finca distinta. Tras subsanar el error, fue presentada la subsanación en el folio de la finca correcta, pero una vez que ya había caducado la anotación.

Resolución de 1 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2122)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de derecho hereditario y posterior anotación preventiva de embargo sobre el mismo, ambas a solicitud del acreedor del heredero.

Para anotar un derecho hereditario, además de acreditar el fallecimiento del titular registral, hay que justificar ser su heredero y la porción hereditaria que corresponde. Del art. 166-1 RH se deduce que hay que hacer constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y los certificados de defunción y últimas voluntades del causante, practicándose la anotación solo en la parte que corresponda al derecho hereditario del deudor. Y si quien pide de la anotación del derecho es el acreedor del heredero, tiene que



acreditar además ser un acreedor con derecho a instarla (uno de los previstos en el art. 146-4 RH, o bien otro acreedor que haya acudido al procedimiento especial del art. 57 LH).

Resolución de 5 de febrero de 2014 (BOE 51, 28-II-14: 2168)

Presentado un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas posteriores en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, es inscribible la adjudicación pero no la cancelación, pues la anotación de la que trae causa la ejecución ha sido cancelada por caducidad antes de la presentación.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (cuatro años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual solo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

Resolución de 10 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2339)

Presentado un decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas posteriores en procedimiento de ejecución de títulos judiciales, es inscribible la adjudicación pero no la cancelación, pues la anotación de la que trae causa la ejecución ha sido cancelada por caducidad antes de la presentación.

La caducidad de las anotaciones ordenadas judicialmente opera *ipso iure* una vez agotado su plazo de vigencia (cuatro años, ex art. 86 LH), aunque formalmente el asiento se cancele posteriormente, en el momento de practicar una nueva inscripción o certificación. Agotado el plazo de la anotación, los asientos posteriores mejoran automáticamente su rango y ya no pueden ser cancelados en virtud del mandamiento del art. 175 RH, el cual solo puede ordenar la cancelación de los asientos no preferentes.

Resolución de 20 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3342)

Deniega la prórroga de una anotación preventiva de embargo, porque el mandamiento de prórroga se presenta el día siguiente de aquel en que habían transcurrido cuatro años desde la fecha de la anotación inicial, a pesar de que en la nota de despacho de esta se había expresado erróneamente como fecha del asiento el día siguiente. La fecha que sirve de inicio al cómputo del plazo de caducidad es la que consta en el Registro y no otra.

Resolución de 21 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3343)

Deniega la cancelación una anotación preventiva de embargo a favor de la Agencia Tributaria por caducidad, al haber pasado seis meses desde la adopción de la medida. Este plazo está previsto en el art. 81 LGT, pero se refiere a la duración del embargo (o su prórroga) como medida cautelar, y no a la duración de su anotación preventiva, a la cual se le aplica el plazo general de cuatro años (art. 86 LH). El mero transcurso del plazo de duración de un derecho no permite sin más la cancelación del asiento que lo publica, pues nada impide que, ejercitado tempestivamente el derecho, su ejercicio llegue al Registro más tarde. Para cancelar la anotación antes del transcurso de su plazo, debe acreditarse fehacientemente el alzamiento del embargo mediante documento emitido por la Administración que lo decretó.

BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN

Resolución de 12 de diciembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 777)

Resolución de 20 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1004)

No consideran obstáculo para la inmatriculación de una finca sita en La Gomera y lindante con un barranco la falta de informe favorable del Consejo Insular de Aguas.

Según el art. 58-2 de la Ley 12/1990, de aguas de Canarias, los únicos barrancos que forman parte del dominio público son los que se prolongan continuamente desde cualquier divisoria de cuenca hasta el mar. Pero, aunque se tratara de barranco demanial, la notificación a la Administración actuante no es obligación impuesta al Notario, sino al Registrador (art. 38 de la Ley 33/2003, de patrimonio de las administraciones públicas), en clara diferencia respecto de lo previsto en el art. 15 de la Ley de Costas y en el art. 22 de la Ley de Montes.

No obstante, la Resolución de 20 de diciembre deniega la inscripción pretendida por considerar insuficiente, de cara a su individualización, la descripción de la finca cuya inmatriculación se pretende, ya que los demás linderos se manifiestan en investigación administrativa.

Resolución de 23 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1549)

Suspende la inscripción de una compraventa de participación indivisa de finca destinada a embarcadero, con su punto de amarre, sita en una urbanización marítimo-terrestre (la marina interior de Empuriabrava), por falta de previa revisión del deslinde administrativo.

Esta marina está formada por parcelas terrestres y canales dragados por los que entra el agua del mar territorial con la finalidad de permitir la navegación de las embarcaciones deportivas a pie de parcela (art. 2 de la Ley de 17 de abril de 1998, de puertos de Cataluña). Hoy es una instalación portuaria adscrita a la Generalidad de Cataluña, cuyas competencias exclusivas (no obstante) se refieren solo a obras y gestión de actividades, siendo el Estado quien retiene la competencia exclusiva para la delimitación del dominio público marítimo-terrestre.

Tiene calificación de bien demanial desde una orden dictada bajo la vigencia de la Ley de Puertos de 1928 y la Ley de Costas de 1969. Se confirma con la legislación actual, que considera dominio público estatal la zona marítimo-terrestre y las aguas interiores (art. 132-2 CE, Ley de Costas 1988 y su Reglamento de 1989). La Orden de 23 de diciembre de 2010 del Ministerio de Medio Ambiente aprobó el deslinde del dominio público marítimo-terrestre de la zona donde se encuentra la finca objeto de expediente. Tal deslinde fue anulado judicialmente, pero la sentencia aún no es firme; además, el art. 13-1 de la vigente Ley de Costas otorga a la resolución de deslinde el efecto de declarar la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sin que las inscripciones del Registro de la Propiedad puedan prevalecer frente a la naturaleza demanial de los bienes deslindados. No puede tenerse en cuenta el dato de no constar inscrito el deslinde, porque este es acto meramente declarativo del dominio público, el cual viene constituido por la Ley. Consta en el Registro la inscripción de la concesión para la explotación de la marina interior de Empuriabrava, donde se hace constar expresamente el carácter demanial de los canales y radas y de los pantanos y demás obras



Resoluciones

construidas en ellos. Por tanto, el objeto de la escritura calificada es bien demanial inalienable, imprescriptible e inembargable.

No son aplicables al caso los supuestos de reversión a los particulares del dominio público marítimo-terrestre introducidos por la Ley 2/2013 por tratarse de una urbanización cuya demanialidad era ya anterior a la Ley de Costas de 1988. No obstante, es cierto que una interpretación sistemática de las disposiciones adicionales de la citada Ley sí parece amparar una exclusión del dominio público para los terrenos sitos en urbanizaciones marítimo-terrestres inscritos antes de su entrada en vigor, como ocurre en el supuesto. Pero tal exclusión no es automática, sino que está condicionada a la revisión del correspondiente deslinde, que es lo que exige el Registrador y confirma la Dirección.

Resolución de 12 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3017)

Admite la inscripción de una certificación administrativa por la que se declara resuelta y se solicita la cancelación de una concesión administrativa de explotación de un centro comercial por incumplimiento de una condición impuesta en el pliego de condiciones, al haber incurrido la sociedad concesionaria en concurso voluntario de acreedores.

Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos administrativos celebrados por el deudor se regirán por su legislación especial (art. 67-1 LC), que en este caso es la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo art. 223-b incluye entre las causas de resolución la declaración de concurso o insolvencia. En el supuesto resuelto, concurre una causa de resolución (el concurso) prevista tanto en la Ley como en el pliego de condiciones, el órgano administrativo competente ha acordado la resolución del contrato y se han seguido los trámites esenciales del procedimiento, donde el titular registral ha tenido la intervención legalmente establecida. Por tanto, procede la cancelación solicitada, sin exigir el consentimiento expreso del titular registral y sin que la posibilidad de impugnar judicialmente la resolución administrativa permita objetar su falta de firmeza (es suficiente haber agotado la vía administrativa para poder inscribir un acto administrativo que implique una mutación jurídico-real).

CONCURSO E INSOLVENCIA

Resolución de 13 de diciembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 778)

Deniega la cancelación de una anotación preventiva de declaración de concurso pretendida con la mera presentación de testimonio de la sentencia firme aprobatoria del convenio.

Es cierto que el carácter rogado de la actuación registral (derivado del carácter voluntario de la inscripción) queda modalizado en caso de documentos judiciales, respecto de los cuales el deber de colaboración con los tribunales aconseja la actuación de oficio por el Registrador incluso a efectos de inscripción parcial. Pero lo cierto es que la mera aprobación del convenio no pone fin a la situación de concurso, que solo concluirá cuando así lo declare el Juez de lo Mercantil por auto en que se declare el cumplimiento del convenio (arts. 176 y 178-3 LC, Resolución de 13 de octubre de 2011 y Resolución de 2 de marzo de 2013).

Por otro lado, desestima también la pretensión de que se rectifique la anotación de apertura de la fase convenio, sustituyéndola por una anotación de aprobación de convenio. Los asientos ya practica-

dos están bajo la salvaguardia de los tribunales; no pueden ser modificados sin consentimiento del titular registral o resolución judicial; el recurso gubernativo no procede contra asientos ya practicados, sino solo contra calificaciones negativas.

DIVISIÓN, SEGREGACIÓN, PARCELACIÓN

Resolución de 28 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1807)

Deniega la inscripción de una venta de participación indivisa de finca rústica, donde, si bien es cierto que no existe una asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble, la Dirección presume la existencia de indicios reveladores de posible parcelación urbanística, con riesgo de creación de núcleo de población, que precisaría de licencia o declaración de innecesaridad.

La disposición adicional 2.ª de la Ley de Suelo No Urbanizable valenciana (aplicable al caso) considera también supuestos de parcelación urbanística aquellos en que, sin división ni segregación, se subdividan, enajenen o arrenden cuotas de finca para uso individualizado de varios titulares, ya sea mediante asociaciones, sociedades, divisiones horizontales, copropiedades, acciones o participaciones que conlleven la modificación del uso rústico con el fin de eludir el cumplimiento de esta Ley.

En el caso resuelto, el indicio de parcelación consiste en el hecho de que en la certificación catastral incorporada a la escritura se atribuye a la cuota vendida una referencia catastral propia, se la identifica como urbana con uso de almacén-estacionamiento y se la considera integrada en una parcela con varios inmuebles (división horizontal).

ESTADO CIVIL

Resolución de 10 de enero de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1243)

Admite la inscripción de una escritura actual en la que un ayuntamiento adjudica una finca a un particular a consecuencia de una subasta administrativa efectuada en 1979. En la escritura calificada, el adquirente manifiesta estar actualmente casado en régimen de gananciales y haber sido soltero al tiempo de la subasta.

La Registradora exige certificado del Registro Civil acreditando el estado de soltero al tiempo de la subasta para evitar la inscripción como presuntivamente ganancial. Para la Dirección, no es necesario: la regla de que las circunstancias de estado civil y régimen económico matrimonial se harán constar por el Notario por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes (art. 159 RN) debe interpretarse a la luz de la STS (3.ª) de 20 de mayo de 2008, en el sentido de que se trata de meras manifestaciones y no pruebas fehacientes. No constando el estado civil del compareciente en 1979 del expediente administrativo incorporado a la escritura, debe estarse a las manifestaciones del mismo aun cuando se refieran a una época anterior, máxime cuando no resultan contradictorias con los datos del Registro.

EXCESO Y DISMINUCIÓN DE CABIDA

Resolución de 20 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1005)

Admite la inscripción de una escritura de agrupación de unas fincas con simultánea segregación de la finca agrupada en siete



parcelas (que cuenta con la oportuna licencia), a pesar de que una de las fincas agrupadas se describe con una disminución de cabida superior a la quinta parte de la superficie inscrita y no se aporta certificación catastral descriptiva y gráfica. La Dirección recuerda su doctrina de que las disminuciones de cabida deben justificarse igual que los excesos, pues de lo contrario se podría producir una «desinscripción» seguida de una inmatriculación. Por ello, el art. 53 de la Ley 13/1996 no limita su aplicación a los excesos, sino en general a las rectificaciones de la cabida inscrita.

No obstante, en el caso hay razones que justifican la inscripción: cada finca agrupada ha sido objeto de doble medición técnica (privada y municipal); todas presentan una pequeña disminución respecto de la cabida inscrita, de modo que, aunque respecto de una de las fincas la diferencia supera el 25 %, respecto de la finca agrupada total la diferencia es inferior al 10 %; queda justificado el destino de la disminución de cabida (viales); tras las segregaciones efectuadas, la certificación catastral descriptiva y gráfica de una de las fincas agrupadas no ofrecería correspondencia alguna con los terrenos resultantes.

Resolución de 13 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1540)

Suspende la inscripción de un exceso de cabida declarado en la escritura de compraventa de un local en propiedad horizontal. No se modifican linderos ni cuota. Se pretende justificar el exceso mediante un simple plano firmado por las partes de la compraventa, insuficiente a los efectos del art. 53-8 de la Ley 13/1996.

Las exigencias para la registración de excesos de cabida son igualmente aplicables a los elementos en propiedad horizontal cuando se trate de la rectificación de un dato registral indubitadamente erróneo, es decir, siempre que no se altere la realidad inscrita. En caso contrario (como ocurre en el supuesto resuelto), no cabe la modificación unilateral, sino que se deberán cumplir las normas sobre modificación del título constitutivo, ya que la delimitación de cada elemento en propiedad horizontal tiene carácter negocial.

HIPOTECA

Resolución de 9 de diciembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 774)

Admite la inscripción de una novación de préstamo hipotecario, con aumento de capital y responsabilidad hipotecaria pero sin modificación de la tasación a efectos de subasta, sin necesidad de aportar el certificado de tasación exigido por los arts. 682-2-1 LEC y 129 LH, en su redacción actual, tras la Ley 1/2013.

Respecto del mercado secundario de emisión de cédulas o bonos hipotecarios, ya existían normas que pretendían proteger a los inversores del riesgo de una sobretasación del bien hipotecado. La vigente Ley 1/2013 pretende proteger a todo deudor hipotecario del riesgo de infravaloración del bien al fijar el precio de subasta, ya que, si quedase desierta, el acreedor podría adjudicarse el bien por el 70 % o el 50 % del valor de tasación, según se tratase de vivienda habitual o no. La regla actual exige, para poder ejecutar la hipoteca y, por tanto, para poder inscribir el pacto de ejecución directa o extrajudicial, certificación acreditativa de que la finca ha sido tasada conforme a las normas reguladoras del mercado hipotecario y que el valor de subasta no sea inferior al 75 % de esa tasación.

Sin embargo, esta exigencia legal se refiere solo a la «escritura de constitución de hipoteca» y no a actos posteriores, como la novación o ampliación de la hipoteca preexistente, no solo ya por una interpretación literal, sino también por la diferente regulación y significación jurídica de la modificación y la constitución de la hipoteca en los arts. 144 y 145 LH. Ahora bien, sí que sería necesario el certificado de tasación cuando la modificación alterase el valor de tasación de la escritura de constitución, o bien cuando el pacto de ejecución no figurase en la misma. Ciertamente, la Dirección ha equiparado en ocasiones la ampliación con una segunda hipoteca, pero solo a efectos de rango al existir acreedores o titulares intermedios.

Resolución de 18 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1000)

Suspende la inscripción de un decreto judicial de adjudicación por ejecución hipotecaria presentado tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013. Esta norma regula las causas de oposición derivadas de la posible existencia de cláusulas abusivas. Su disposición transitoria 4.ª se refiere a los procedimientos en curso a su entrada en vigor (es decir, aquellos donde el adjudicatario todavía no hubiese sido puesto en posesión del bien) y en los cuales ya hubiesen transcurrido los plazos de oposición ordinarios, concediendo (aun cuando ya se hubiese declarado la firmeza de la resolución) un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario basado en la existencia de nuevas causas de oposición.

Así, en los procedimientos iniciados a partir de la entrada en vigor de la nueva norma, resultará del propio decreto de adjudicación la existencia y resultado de la oposición, de modo que la mera expresión de la firmeza del decreto será suficiente para su inscripción. Sin embargo, en los procedimientos en curso, tal expresión será insuficiente. Será preciso: o bien que se haga constar la puesta a disposición del adjudicatario (en el propio decreto o en diligencia posterior), o bien (si faltase la puesta en posesión) que se aporte escrito del Secretario acreditando el transcurso sin oposición del plazo mensual. Si hubiese existido oposición, habría que estar al resultado del incidente.

Resolución de 19 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1002)

Suspende la inscripción de una escritura de hipoteca en función de contra-aval, garantizando la devolución de los pagos que una sociedad de garantía recíproca pueda hacer como avalista en una póliza de préstamo a una sociedad mercantil.

El primer defecto es la falta de claridad en la duración de la hipoteca, ya que se incurre en la contradicción de decir, por un lado, que la hipoteca tiene el mismo plazo de duración que el préstamo asegurado y, por otro, que durará hasta la completa satisfacción de las obligaciones garantizadas. En segundo lugar, es preciso hacer constar expresamente el carácter habitual o no de la vivienda hipotecada, según exige el art. 21-3 LH (redactado por la Ley 1/2013), ya que la Dirección interpreta que esta constancia es exigible siempre que una persona física hipoteque una vivienda, aunque no se trate de garantizar un préstamo para su adquisición, porque la finalidad de la norma es la protección de la vivienda habitual en caso de ejecución hipotecaria. Por último, con independencia de que lo gravado sea o no vivienda, debe preverse que el vencimiento anticipado por impago se refiera a tres mensualidades (art. 693 LEC, redactado por la Ley 1/2013).



Resoluciones

Resolución de 17 de diciembre de 2013 (BOE 29, 3-II-14: 1114)

Se refiere a un préstamo hipotecario concedido a dos personas físicas y a una sociedad mercantil, pero garantizado con hipoteca sobre vivienda perteneciente solo a la sociedad deudora. Admite su inscripción sin necesidad de manifestación de deudores o hipotecante, en el sentido de que la finca hipotecada no constituye la vivienda habitual de ninguno de ellos.

Ciertamente, el art. 23-1 LH exige hacer constar, en los préstamos hipotecarios sobre vivienda, el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a esta. Pero lo cierto es que la ley que ha introducido esta regla (Ley 1/2013) está dirigida a deudores hipotecarios personas físicas, y que el propio concepto de *vivienda habitual* es ajeno al ámbito societario. Tampoco cabe admitir la hipótesis de que el deudor persona física pudiera tener su residencia habitual en vivienda de la sociedad hipotecante, pues, de ser así, sería en virtud de un título que no habría tenido acceso al Registro, por lo que sería inoponible a tercero.

Resolución de 9 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1196)

Se pretende inscribir una adjudicación resultante de procedimiento judicial de ejecución de hipoteca. Entre la fecha en que se dicta la resolución y la fecha en que gana firmeza, entra en vigor (el día 15 de mayo de 2013), la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, cuya disposición transitoria 4.^a la declara aplicable a los procesos de ejecución iniciados antes de su entrada en vigor, pero únicamente en cuanto a las actuaciones ejecutivas pendientes de realizar.

La Dirección entiende que el ejecutado es susceptible de ser considerado consumidor y, por tanto, de padecer cláusula abusiva. Exige para la inscripción justificación judicial de la puesta en posesión de la finca en manos del adjudicatario antes del 15 de mayo de 2013 o, en su caso, de la no formulación satisfactoria del incidente extraordinario basado en nuevas causas de oposición.

Resolución de 7 de enero de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1241)

Deniega la inscripción de una escritura de hipoteca por falta de claridad en la determinación de los domicilios de los prestatarios (uno de los cuales es, además, hipotecante) para notificaciones en el procedimiento de ejecución judicial. Tal determinación, que resulta de la escritura y de una subsanación posterior, se hace en la correspondiente cláusula de ejecución, expresando en ella un domicilio y, además, remitiéndose al de la comparecencia, existiendo discrepancia entre ambos y sin quedar tampoco claro si se pretende señalar varios domicilios para cada prestatario o domicilios diferentes para cada uno de ellos.

La Dirección considera irrelevante el error material en la expresión del nombre de una calle, que puede resolverse por vía interpretativa. Pero, en cuanto al resto de las dudas, no cabe trasladar la responsabilidad al Registrador, dada la especial trascendencia de la determinación del domicilio para requerimientos y notificaciones, tanto respecto del deudor (conocimiento de las actuaciones ejecutivas y posibilidad de intervenir en el procedimiento y de oponerse a sus irregularidades) como respecto del acreedor (evitación de dilaciones por cambio de residencia o mala fe del deudor).

Ahora bien, aunque literalmente la norma exige la fijación «de un domicilio», atendida su finalidad, no hay que interpretarla en el sentido de domicilio necesariamente único, sino cierto y determinado, de modo que cabe expresar varios domicilios, lo cual puede facilitar en su día el desarrollo del procedimiento. Así ocurrirá si deudor e hipotecante son distintos, si hay varios hipotecantes, si la hipoteca es constituida solo por una persona pero con previsión de posterior transmisión de la finca o si se habitan distintas viviendas por temporadas.

Resolución de 10 de enero de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1244)

Deniega la cancelación de una hipoteca pretendida por caducidad a instancia de los titulares de la finca. Se constituyó en 1989 como hipoteca de seguridad en garantía de deudas por suministros entre empresas. Se pactó un plazo de seis meses prorrogable tácitamente por trimestres (siempre que una de las partes no comunicase a la otra su intención de dar por vencida la hipoteca) hasta un máximo de veinte años. Este plazo no es de caducidad de la hipoteca, sino el plazo dentro del cual deberán haber sido contraídas las obligaciones para poder ser garantizadas con ella. Así lo interpreta la Dirección a la vista de las estipulaciones de la escritura: se pactó que, producida la rescisión, la hipoteca garantizaría las obligaciones contraídas por el deudor hasta la fecha de rescisión, aunque su vencimiento fuera posterior; además, lo lógico es entender que la facultad de las partes de oponerse a la prórroga debe referirse al plazo de cobertura de las obligaciones, pero no a la hipoteca misma, pues sería anómalo que su cancelación pudiera quedar al mero arbitrio del hipotecante.

En consecuencia, dado que la hipoteca cubre incluso obligaciones posteriores a su fecha de duración, no estamos ante un caso claro de caducidad convencional. Tampoco ante la cancelación por caducidad ex art. 82, último párrafo, ya que al tratarse de una hipoteca de seguridad no resultan del Registro las concretas obligaciones contraídas, ni la fecha concreta en que la prestación garantizada debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro.

Resolución de 20 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1544)

Deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de los créditos contra la masa que pudieren quedar insatisfechos tras la liquidación de una sociedad concursada. Los concretos créditos y acreedores garantizados y su prelación de cobro serán determinados judicialmente una vez se produzca la eventual liquidación de la sociedad. Según la escritura, se trata de una «hipoteca en garantía de obligaciones futuras» constituida (como hipotecante no deudor) por el administrador solidario sobre un bien propio de él, con la finalidad de generar confianza en el proceso concursal, en la vía del art. 176 bis LC (que permite evitar la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa mediante garantía de tercero suficiente).

Para la Dirección, existe indeterminación. La hipoteca no garantiza obligaciones futuras, sino existentes en la actualidad, si bien la efectividad de la garantía depende de un hecho futuro e incierto, como es el impago de créditos contra la masa en caso de liquidación, que a su vez está supeditada a una decisión judicial eventual y futura. Existe también indeterminación inicial en los titulares de la hipoteca (cuya eventual pluralidad podría exigir establecer reglas sobre su carácter mancomunado o no) y en las obligaciones garantizadas (sin unidad entre sí, sin que en este caso pudiese ser de aplicación el art. 153 bis LH o hipoteca flotante).



El otro defecto, referido a la incompetencia territorial fiscal, se analiza en el epígrafe sobre procedimiento registral.

Resolución de 22 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1546)

Resolución de 22 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1547)

Deniega la inscripción del pacto de ejecución judicial directa contenido en una escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca entre particulares (no entidades de crédito), porque la tasación que se aporta no es oficial y no cumple, por tanto, con el art. 682-2-1 LEC, redactado por la Ley 1/2013. Esta normativa es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado, y tiene carácter imperativo, de modo que su vulneración implica la nulidad de la estipulación que la infringe.

Resolución de 27 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1803)

Deniega la cancelación de unas hipotecas con plazo de amortización de diez años a contar desde 1988 por no haber transcurrido el plazo de veintiún años exigido en el último párrafo del art. 82 LH. El recurrente pretende lo contrario, por haber transcurrido tal plazo desde que se practicó en 1992 nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución directa.

Esta certificación tiene importantes efectos: no es una mera publicidad noticia, sino una verdadera notificación formal a los titulares posteriores, requisito esencial del procedimiento, que interrumpe la prescripción de la acción. Pero no determina por sí sola la fecha en que la obligación deba ser satisfecha (presupuesto de aplicación del art. 82-5 LH), ya que no implica necesariamente el vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas, ni impide que, habiéndose producido un impago parcial, el deudor haya liberado el bien pagando la cantidad pendiente antes de la subasta.

Resolución de 4 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2128)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación a consecuencia de una ejecución hipotecaria por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (art. 132-1 LH) y procesal (art. 685 LEC) cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad.

Resolución de 5 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2129)

Suspende, por falta de expresión manuscrita del deudor de haber sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato (art. 6 de la Ley 1/2013), la inscripción de un préstamo hipotecario concertado por una persona física y destinado a la adquisición de vivienda habitual, en el cual se pacta un «cap.» hipotecario que protege, mediante el pago de una cantidad o «prima» (aunque no es un verdadero seguro), contra la subida del tipo de interés por encima de un determinado límite máximo y durante un concreto período de tiempo. Para la Dirección, se trata de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés que, al igual que, por ejemplo, el *swap* (o permuta financiera del tipo de interés, que supone un cambio temporal del tipo de interés variable contratado por otro fijo), tiene por objetivo minimizar el riesgo de subida del interés asumido por quien contrata un tipo variable.

La Dirección relaciona esta cuestión con su doctrina actual (a raíz de la Resolución de 1 de octubre de 2010) sobre extensión de la calificación registral al control de inclusión y transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, la cual amplía la calificación registral de las hipotecas a la determinación del posible carácter abusivo de sus cláusulas, en consideración al principio de protección de consumidores y usuarios; a la STS de 16 de diciembre de 2009, que reitera el papel activo del Registrador frente a una cláusula abusiva, y a la reciente jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo (SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013), que reafirma el «principio de efectividad» de las directivas comunitarias. La nulidad que declara el art. 83 RDLeg. 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas deriva de la misma ley, por lo que el mandato de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios incluye a los registradores, sin subordinación a la previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de cláusulas incluidas en la «lista negra» de los arts. 85 y ss. del citado Texto Refundido.

Resolución de 13 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3019)

Admite la inscripción de un decreto de ejecución judicial de hipoteca por el cual, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la vivienda hipotecada al acreedor por un importe que excede del 50 % pero no llega al 60 % del valor de tasación. El Secretario Judicial afirma que la vivienda subastada no es la habitual del deudor. El Registrador, por el contrario, entiende que tal afirmación no es propia de un proceso de ejecución y, además, se ve contradicha por otros datos: la vivienda hipotecada es domicilio de notificaciones y requerimientos relativos a la hipoteca, y es señalada en una anotación de embargo posterior como domicilio de la deudora, donde, además, consta empadronada (según consulta realizada al Padrón por el propio Registrador).

Tras la Ley 1/2013 (que da nueva redacción al art. 21-3-3 LH), en los préstamos con garantía hipotecaria sobre viviendas, es obligatorio hacer constar expresamente su carácter habitual o no. Pero el supuesto resuelto es anterior, y el valor de adjudicación mínimo en caso de subasta desierta es diferente en uno y otro caso. Para la Dirección, no resulta del Registro ningún pronunciamiento expreso sobre el carácter habitual de la vivienda, desestimando los argumentos registrales: el señalamiento de un domicilio para notificaciones y requerimientos hipotecarios, o a efectos de una anotación de embargo, tiene eficacia procesal, pero no implica coincidencia con la vivienda habitual; ciertamente, el Registrador, para conseguir una calificación más acorde con el principio de legalidad, tiene la facultad de consultar registros públicos, pero siempre que tengan carácter jurídico y su titularidad competa al Cuerpo de Registradores (por el contrario, el Padrón tiene condición de registro administrativo para el art. 16 LRBRL).

Resolución de 14 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3021)

Resolución de 18 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3339)

Deniega la inscripción de un decreto de adjudicación a consecuencia de una ejecución hipotecaria por falta de demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor que inscribió su derecho antes de la nota de expedición de certificación de dominio y cargas. El requerimiento de pago al tercer poseedor es trámite calificable exigido por la legislación hipotecaria (art. 132-1 LH) y procesal (art. 685 LEC) cuya falta supone la infracción de un trámite esencial del



Resoluciones

procedimiento que podría dar lugar a su nulidad. No basta la mera notificación que, sobre la existencia del procedimiento, le haya realizado el Registrador al tiempo de expedir la certificación (art. 659 LEC), cuyo efecto es solo avisarle de la ejecución y permitirle pagar y subrogarse, pero no sustituye trámites procesales más rigurosos.

Resolución de 18 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3338)

Deniega la inscripción de una novación de hipoteca en la que se modifica la valoración a efectos de subasta por falta de aportación del certificado de tasación exigido por los arts. 682-2-1 LEC y 129 LH, en su redacción actual, tras la Ley 1/2013, con el fin de acreditar que el valor a efectos de subasta no es inferior al 75 % de la tasación oficial.

Respecto del mercado secundario de emisión de cédulas o bonos hipotecarios, ya existían normas que pretendían proteger a los inversores del riesgo de una sobretasación del bien hipotecado. La vigente Ley 1/2013 pretende proteger a todo deudor hipotecario del riesgo de infravaloración del bien al fijar el precio de subasta, ya que, si quedase desierta, el acreedor podría adjudicarse el bien por el 70 % o el 50 % del valor de tasación, según se tratase de vivienda habitual o no. La regla actual exige, para poder ejecutar la hipoteca y, por tanto, para poder inscribir el pacto de ejecución directa o extrajudicial, certificación acreditativa de que la finca ha sido tasada conforme a las normas reguladoras del mercado hipotecario y que el valor de subasta no sea inferior al 75 % de esa tasación.

Esta exigencia legal se refiere solo a la «*escritura de constitución de hipoteca*» y no a actos posteriores, como la novación o ampliación de la hipoteca preexistente, no solo ya por una interpretación literal, sino también por la diferente regulación y significación jurídica de la modificación y la constitución de la hipoteca en los arts. 144 y 145 LH. Ahora bien, sí que es necesario el certificado de tasación cuando (como en el supuesto resuelto) la modificación altere el valor de tasación de la escritura de constitución, o bien cuando el pacto de ejecución no figure en la misma. Ciertamente, la Dirección ha equiparado en ocasiones la ampliación con una segunda hipoteca, pero solo a efectos de rango al existir acreedores o titulares intermedios.

Resolución de 24 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3345)

Admite la inscripción de una novación y ampliación de préstamo hipotecario (que ya incluía los pactos de ejecución judicial y extrajudicial) sin necesidad de hacer constar expresamente el pacto según el cual el vencimiento anticipado del préstamo solo será posible por impago de al menos tres plazos mensuales o número de cuotas equivalente.

Para llegar a esta conclusión, considera aplicables los mismos argumentos en virtud de los cuales la Dirección viene entendiendo que la obligación de aportar el certificado de tasación exigido por los arts. 682-2-1 LEC y 129 LH (también en su redacción actual, tras la Ley 1/2013) se refiere solo a la «*escritura de constitución de hipoteca*» y no a actos posteriores, como la novación o ampliación de la hipoteca preexistente, no solo ya por una interpretación literal, sino también por la diferente regulación y significación jurídica de la modificación y la constitución de la hipoteca en los arts. 144 y 145 LH. Por el contrario, sí que sería necesario el certificado de tasación cuando el pacto de ejecución no figurase en la escritura de constitución. La Dirección ha equiparado en ocasiones la ampliación con una

segunda hipoteca, pero solo a efectos de rango al existir acreedores o titulares intermedios.

INMATRICULACIÓN

Resolución de 17 de diciembre de 2013 (BOE 29, 3-II-14: 1113)

Admite la inscripción de una aportación a gananciales precedida de una escritura de herencia y agrupación de una finca inmatriculada con otra que no lo está. La certificación catastral descriptiva y gráfica corresponde, en extensión y descripción, con la agrupada, y publica como titulares catastrales a los causantes de la herencia. La Dirección interpreta teleológicamente el art. 53-7 de la Ley 13/1996: no tiene sentido obligar al inmatriculante a instar una segregación catastral destinada a quedar sin efecto inmediato a consecuencia de la agrupación. Eso sí, es preciso en todo caso que la finca esté catastrada a nombre del adquirente o transmitente. Supuesto y solución similares a los de la Resolución de 26 de junio de 2003.

Resolución de 29 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1809)

Rechaza una inmatriculación (art. 205 LH) pretendida mediante una escritura de aportación a gananciales, precedida de otra inmediata de disolución de comunidad otorgada por el cónyuge aportante junto con otras personas.

Cabe inferir que la documentación ha sido preparada *ad hoc* para conseguir la inmatriculación no solo por tratarse de dos títulos cuya naturaleza traslativa es discutida, sino por otros factores: negocios coetáneos, pues son números de protocolo consecutivos; escasa repercusión fiscal; falta de acreditación fehaciente de la constitución del condominio, pues se invoca como título de adquisición una herencia de causantes fallecidos hace más de diez años, sin otra justificación, y, por último, en el Catastro aparece como único titular solo uno de los reseñados causantes.

Resolución de 6 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2333)

Rechaza una inmatriculación ex art. 205 LH cuyo título previo es una aportación a gananciales, siendo el título inmatriculable un pacto de mejora con entrega de presente (arts. 214 y ss. de la Ley de Derecho Civil de Galicia), en el cual los mejorantes se reservan el usufructo y la facultad de disponer con carácter vitalicio, y al mejorado se le grava con prohibición de disponer y sustitución fideicomisaria a favor de sus descendientes.

Ciertamente, es posible inmatricular la nuda propiedad, y la ley no exige que el dominio inmatriculado esté libre de cargas. Además, el pacto de mejorar con entrega de presente es, en principio, un vehículo hábil para inmatricular (a diferencia del pacto con entrega diferida al fallecimiento del mejorante, que tiene naturaleza de donación *mortis causa*).

Sin embargo, en el caso resuelto, el mejorado adquiere una titularidad meramente formal, un dominio desprovisto de las cualidades de «gozar» y «disponer» (art. 348 CC). No cabe equiparar esta mejora a una donación con reserva de la facultad de disponer o pacto de reversión de los arts. 639 y 641 CC, sino más bien a una donación *mortis causa* de su art. 620, que solo produce efecto a la muerte del donante. Otra razón que impide la inmatriculación pretendida es la imposibilidad de inscribir la reserva de la facultad dispositiva a favor



del transmitente, lo cual sí sería posible en caso de transmisión de finca ya inscrita, pero no en caso de inmatriculación por falta de previa inscripción de la facultad a nombre de quien se la reserva.

Resolución de 7 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2335)

No considera suficientemente motivada la calificación registral denegatoria de la inmatriculación de una finca mediante escritura de aportación a gananciales. El Registrador considera palmario que el título ha sido elaborado a los solos efectos de inmatricular, pero no lo motiva, y no pueden ser tenidos en cuenta documentos aportados con posterioridad (un acta de inmatriculación cerrada antes de la declaración de notoriedad por existir oposición).

Resolución de 13 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3018)

Consta inscrita una mitad indivisa de finca de 55 m² ocupados íntegramente por un edificio de dos plantas, que linda con calle por dos lados y que tiene asignada una determinada referencia catastral. Ahora se pretende la inmatriculación de la otra mitad mediante escritura de herencia complementada por acta de notoriedad, en las que se hace constar que la finca está realmente formada no solo por la referencia catastral que ya constaba en la inscripción, sino por otra más. Así se justifica con las dos certificaciones catastrales descriptivas y gráficas, de las que resulta que cada parcela tiene 27 m²; que sobre cada una de ellas hay, desde 1956, una construcción de dos plantas, y que los dos linderos no fijos corresponden hoy a la misma persona, quien presta su conformidad en el acta de notoriedad.

La Dirección admite la inmatriculación pretendida al apreciar plena correspondencia descriptiva entre la finca registral y la del título (formada por las dos parcelas catastrales), cuya constancia registral deviene obligada por el art. 18 de la Ley del Catastro. No cabe apreciar falta de coincidencia por el mero hecho de que en el Registro conste una sola referencia catastral y en el título se le atribuya otra más. No hay restricción legal para aplicar varias referencias catastrales a una sola finca registral, lo cual es de hecho bastante frecuente.

NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL

Resolución de 5 de diciembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 773)

Admite la inscripción de un mandamiento de embargo a favor de una comunidad en propiedad horizontal sin necesidad de hacer constar el NIF del titular registral.

La obligación impuesta por el art. 254-2 LH de hacer constar el NIF en actos relativos a inmuebles debe interpretarse según su finalidad, que es combatir el fraude fiscal mediante un mejor seguimiento de las transmisiones, haciendo aflorar las verdaderas titularidades cuando se pretendan ocultar a través de personas interpuestas. Pero en el caso resuelto no hay transmisión actual, el embargado no es compareciente ni representado en una escritura, su NIF no consta inscrito por la mera antigüedad de su adquisición y la imposibilidad de su obtención acarrearía el perjuicio de la acción procesal.

Resolución de 7 de enero de 2014 (BOE 32, 6-II-14: 1242)

Consta inscrita una hipoteca cuya titular es «Caja de Ahorros de Salamanca y Soria». Ahora se pretende inscribir su cancelación, otorgada por un apoderado de «Banco de Caja España de Inversiones»,

quien acredita que, a su vez, este banco es apoderado de «Caja España de Inversiones», que aún subsiste, nació de la fusión de la caja titular registral con otras entidades y de la cual se segregó el citado banco. Se acredita el NIF del compareciente, de la titular registral y del banco. Pero la Dirección exige también acreditar el NIF de «Caja España de Inversiones».

Es doctrina de la Dirección, en interpretación del art. 254-2 LH (Resolución de 5 de marzo de 2010), exigir la acreditación del NIF de los comparecientes y de las personas en cuya representación actúan. El hecho de que se actúe representando a quien a su vez representa a otra entidad no supone excepción a esta regla. En el caso resuelto, habría bastado con que el banco hubiese actuado directamente como sucesor universal de la caja titular registral, pero, tal y como está redactada la escritura (banco que representa a caja intermedia, que a su vez nace de la fusión de la caja titular), es preciso acreditar también el NIF de la entidad intermedia.

Resolución de 20 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1543)

Deniega la inscripción en el Registro Mercantil de un cambio de socio único por falta de acreditación del NIF del nuevo socio: una sociedad de nacionalidad noruega.

Uno de los datos que exige el art. 38 RRM al regular la constancia registral de la identidad de personas jurídicas es el NIF, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria. El art. 18-1 RD 1065/2007 (Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria) exige a los obligados tributarios tener un NIF para sus relaciones con trascendencia tributaria. La nueva socia única está obligada a contribuir con los dividendos que perciba (art. 35-5 LGT) y, además, al tener el control efectivo de la sociedad, responde subsidiariamente por sus deudas tributarias (art. 41-1-g LGT).

OBRA NUEVA

Resolución de 16 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 997)

Suspende la inscripción de una escritura de obra nueva a la que se incorporan, a los efectos de acreditar su antigüedad y la coincidencia de descripción: certificación de Arquitecto Técnico, sin visado colegial, con descripción coincidente con la del título en cuanto al edificio pero no en cuanto a la superficie de la parcela; certificación catastral, cuya descripción no coincide con la del título ni con la del certificado técnico, y certificado municipal acreditativo de una antigüedad superior a cinco años, pero sin describir el edificio más que por mera alusión a la referencia catastral.

Los arts. 20-4 LS y 52-a RD 1093/1997 exigen, para la inscripción de obras antiguas, acreditar la existencia de la obra, la fecha de terminación y su descripción coincidente con el título por cualquiera de los medios señalados en dichos preceptos, sin establecer entre ellos ninguna preferencia o jerarquía. En el caso resuelto, no se discute la jerarquía entre certificados, sino la existencia de discordancias entre ellos respecto de la descripción y terminación de las obras. Por otro lado, el art. 50 RD/1997 enumera qué técnicos con competentes para certificar las obras nuevas. En los casos del firmante del proyecto (1), del director de obra (2) y del técnico municipal (4), solo se exige la legitimación notarial de su firma en el certificado. Pero aquí estamos en el tercer caso: cualquier otro técnico con facultades suficientes en virtud de certificado de su colegio profesional (ciertamente, es el



Resoluciones

mismo técnico que expidió el informe sobre el que se basó el certificado municipal, pero ahora certifica como técnico independiente, al margen de su condición de empleado municipal). En este caso, solo la comparecencia ante Notario o la legitimación de firma puesta en presencia con la acreditación de la condición de técnico competente suplen el visado del Colegio Profesional, que, entre otras funciones, sirve para acreditar la cualificación y habilitación profesional del técnico (art. 31 RD 327/2002, de estatutos de los colegios profesionales de arquitectos).

Resolución de 16 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 998)

En relación con la inscripción de una escritura de obra antigua, considera cumplidos los requisitos del art. 52 RD 1093/1997 mediante la incorporación de certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de que la antigüedad de la terminación de la obra y su descripción son coincidentes con el título, siendo además que dicha fecha es anterior al plazo de prescripción de posibles infracciones urbanísticas, sin que conste anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística. Además, es evidente que la edificación cuya antigüedad se acredita está dentro de la finca sobre la que se declara la misma (defecto señalado en la calificación), pues el plano y la descripción catastrales identifican la parcela con el mismo número, que es también el que consta en la escritura.

Resolución de 10 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2338)

Deniega la inscripción de una escritura de donación de vivienda unifamiliar otorgada solo por los padres, como donantes (que habían declarado la obra seis años antes sin seguro decenal, por manifestar que se trataba de vivienda para uso propio) y como representantes legales de las donatarias, sus hijas menores de edad.

La Dirección confirma la calificación negativa y entiende que las obligaciones relativas al seguro decenal (y los requisitos de la exención del autopromotor) son también aplicables a las donaciones. En el caso resuelto, al no haber transcurrido diez años desde la declaración de obra, es necesario que las donatarias liberen a los donantes de la obligación de constituir el seguro (exoneración que debe ser manifestada por defensor judicial, al existir conflicto de intereses entre las partes) y que los donantes acrediten que la vivienda ha sido utilizada para uso propio.

PLUSVALÍA MUNICIPAL

Resolución de 7 de diciembre de 2013 (BOE 20, 23-I-14: 664)

La comunicación realizada por el Notario autorizante a la Federación Española de Municipios y Provincias, al amparo del acuerdo entre dicha Federación y el Consejo General del Notariado relativo a la gestión del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, no es suficiente a efectos de levantar el cierre registral impuesto por el art. 254 LH.

Esta Federación es una asociación voluntaria de entes locales que, por tanto, no es Administración Pública. El Consejo del Notariado es una corporación de Derecho Público. Pero lo trascendente es que ninguna de ambas partes tiene la condición de Administración Tributaria. Lo que hay que acreditar es la recepción por el Ayuntamiento. Y no hay inconveniente en que la comunicación se realice personalmente, justificando el envío por correo certificado (Reso-

lución de 3 de junio de 2013) o telemáticamente, siempre que el Ayuntamiento tenga habilitado este medio y no existan dudas de la recepción por él.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD

Resolución de 31 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1816)

La Resolución de 5 de agosto de 2013 (BOE 229, 24-IX-13: 9925) había revocado la inicial calificación negativa de un cambio de domicilio social. Presentado de nuevo el título a inscripción, el Registrador Mercantil vuelve a calificar negativamente, pero ahora por constar presentados mandamientos judiciales que ordenan medidas cautelares contradictorias con el título: anotación preventiva de demanda y suspensión de la inscripción del cambio de domicilio.

La Dirección confirma la suspensión de la inscripción. Recuerda su doctrina que matiza el principio de prioridad en el ámbito mercantil. El Registrador Mercantil debe tener en cuenta al calificar no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aun presentados después, con el objeto de conseguir mayor acierto en la calificación y evitar inscripciones inútiles e ineficaces. El principio de prioridad no tiene el mismo fundamento ni alcance en el Registro de la Propiedad (un registro de bienes, donde los títulos que sobre ellos recaigan o bien son incompatibles, o bien gozan entre sí de preferencia según el momento de su presentación) que en el Registro Mercantil (un registro de personas, donde normalmente se inscriben acuerdos y decisiones del sujeto inscribible). Por ello, aunque el art. 10 RRM hace una formulación de tal principio (que no aparece a nivel legal), en su aplicación debe interpretarse restrictivamente, atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación, donde los principios de legalidad y legitimación tienen fuerza de ley (CCom.). En el caso resuelto, no se plantea un problema de prioridad, sino de legalidad.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL

Resolución de 20 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1544)

Resolución de 30 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1812)

Deniegan la inscripción de títulos sujetos a impuesto de ITP-AJD por haberse presentado la autoliquidación (y, además, haberse justificado el pago en la Resolución de 30 de enero y la solicitud de aplazamiento en la Resolución de 20 de enero) en una comunidad autónoma territorialmente incompetente por ser distinta de la situación del inmueble, lo cual no es suficiente para levantar el cierre registral del art. 254 LH. Ante esta eventualidad, el Registrador puede optar por practicar el asiento de presentación y suspender la calificación (Resolución de 30 de enero) o por calificar unitariamente el título presentado (Resolución de 20 de enero, cuya calificación negativa es confirmada por la Dirección, según argumentos expuestos en el epígrafe sobre hipotecas).

Resolución de 30 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1811)

Deniega la práctica de un nuevo asiento de presentación correspondiente a un título que ya antes había sido objeto de primera presentación, calificación negativa y recurso gubernativo desestimado.



La facultad concedida por el art. 108 RH (según el cual, una vez caducado un primer asiento de presentación, cabe volver a presentar el título en demanda de nueva calificación, con cierre registral a títulos posteriores) es excepcional y puede amparar un abuso del derecho incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica. No cabe practicar nuevo asiento de presentación de un título cuya calificación negativa haya sido ya objeto de recurso gubernativo o judicial, pues en ambos casos la resolución que recaiga será definitiva. La nueva presentación no es admisible: ni durante la pendencia del recurso, pues entonces sigue vigente el asiento de presentación y no puede duplicarse el procedimiento registral; ni tampoco una vez recaída resolución gubernativa que haya devenido firme por falta de impugnación judicial en dos meses.

Resolución de 3 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2124)

Admite la expedición de una certificación de inscripción de herencia cuyo solicitante es un Abogado que tiene instado un procedimiento de ejecución de títulos judiciales dimanante de cuenta de Abogado, que se sigue contra la herencia yacente de determinada causante.

El interés que da derecho a acceder al Registro debe ser directo, conocido y legítimo. También patrimonial (el solicitante tiene o espera tener una relación patrimonial para la cual es relevante la información). En el Registro de la Propiedad, el interés ha de probarse a satisfacción del Registrador, bajo su responsabilidad, de acuerdo con el sentido y la función de la institución registral. Además, entiende la Dirección (sobre la base de la STC de 20 de noviembre de 2000) que los datos sensibles de carácter personal o patrimonial solo podrán ser objeto de publicidad para los fines propios de la institución registral, que según la Instrucción DGRN de 17 de febrero de 1998 son la investigación jurídica, patrimonial y económica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales, pero no la investigación privada de datos no patrimoniales, que solo podrán ser objeto de publicidad según las normas sobre protección de datos, lo cual debe tenerse muy en cuenta respecto de peticiones de publicidad relativas al historial registral no vigente. Así pues, es el Registrador quien debe calificar si procede o no expedir la información y qué datos inscritos puede incluir o debe excluir de ella.

El interés acreditado en el caso resuelto es legítimo y patrimonial, y la certificación podrá extenderse a todo el contenido necesario para instar los correspondientes procedimientos judiciales (sin ánimo exhaustivo: fecha y lugar de fallecimiento del causante, datos de la escritura de testamento, estipulaciones no personales del mismo, datos de la escritura de herencia, estipulaciones de la misma referidas a la adquisición hereditaria, etc.).

Resolución de 13 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3020)

Resolución de 17 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3022)

Practicado un asiento, el recurso gubernativo no es ya cauce apropiado para conocer de la pretensión que tiene por objeto determinar la validez o invalidez del título inscrito. El recurso solo procede contra calificaciones negativas, pero no es medio hábil para declarar la nulidad de asientos ya practicados, que se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales.

En aplicación de esta doctrina consolidada:

- La Resolución de 13 de febrero desestima el recurso contra la inscripción (ya practicada) de un derecho de prenda sobre derechos de crédito derivados de una concesión administrativa.
- La Resolución de 17 de febrero desestima el recurso contra la negativa registral a «determinar la nulidad absoluta» de un exceso de cabida ya practicado (y asientos posteriores a él). Además, la solicitud se formula mediante un documento privado, que no es título apto para causar asiento de presentación, fuera de las excepciones legales (arts. 3 LH y 420-1 RH).

Resolución de 18 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3340)

Admite la inscripción de un auto de reanudación de tracto, desestimando por falta de motivación la denegación de inscripción de una cuota de finca y de un defecto de cabida.

Es doctrina reiterada que las calificaciones negativas deben tener una motivación suficiente para que el interesado conozca los defectos y fundamentos jurídicos aducidos y pueda así alegar, a su vez, los fundamentos en que funde sus alegaciones. En la calificación recurrida, se invoca la infracción de normas, pero no se argumenta en qué consiste.

PROHIBICIÓN DE DISPONER

Resolución de 18 de diciembre de 2013 (BOE 29, 3-II-14: 1115)

Se refiere a una donación de dinero en que la donante (titular exclusiva de la patria potestad) establece que la donataria por ella representada requerirá su consentimiento para enajenar o gravar una finca comprada en la misma escritura, en parte con el dinero donado.

La Dirección deniega la inscripción de tal prohibición de disponer por recaer sobre un bien distinto de aquel sobre el que se pretende el establecimiento de la prohibición. Las prohibiciones que tienen alcance puramente obligacional y no son inscribibles no son solo las impuestas en actos onerosos, sino también las impuestas en actos de causa mixta (Resolución de 19 de julio de 1973), como sería por ejemplo una venta por precio inferior al de mercado. No se trata de discutir la validez o nulidad de la prohibición, sino de denegar su inscripción y concederle solo efecto obligacional, porque quien la impone no ha tenido nunca la capacidad de disposición sobre la finca, sino que nace de un acto de carácter mixto.

La Dirección tampoco admite la alegación de que la prohibición afecta a la finca por el principio de subrogación real, pues este no tiene como resultado modificar la condición jurídica de un bien, sino someter el bien nuevo a la afectación u obligación de restituir que sujetaba al bien anterior, por lo que (salvo expresas excepciones legales) actúa siempre respecto de patrimonios, no de bienes singulares. Y en cualquier caso, haría falta convenio entre las partes y no mera imposición de la donante.

PROPIEDAD HORIZONTAL Y CONJUNTO INMOBILIARIO

Resolución de 15 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1542)

Admite la inscripción de unos estatutos de propiedad horizontal que permiten dividir, segregar y agrupar departamentos sin necesidad de autorización de la Junta.



Resoluciones

La Registradora lo había denegado por entender que la Ley 8/2013 ha derogado el art. 8 LPH y que actualmente son aplicables los arts. 10-3 (que exige autorización administrativa para estas operaciones) y 17 (que exige unanimidad para modificar el título constitutivo). La Dirección no entra en el fondo del asunto y no considera aplicable la citada Ley, porque su entrada en vigor se produjo el 28 de junio de 2013, mientras que la escritura es del 25 de junio anterior.

Resolución de 21 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1545)

Deniega la inscripción de una escritura en la que se dice constituir una propiedad horizontal tumbada por entender que realmente se está constituyendo un complejo inmobiliario privado, precisado de autorización administrativa (art. 17-6 LS).

La diferencia básica entre ambas figuras radica en el régimen organizativo de la propiedad. En la propiedad horizontal tumbada, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer suelo y vuelo como elementos comunes, sin fraccionamiento jurídico del terreno. En el complejo inmobiliario, existen fincas o edificaciones jurídica y físicamente independientes, pero sometidas a un régimen de organización unitaria de la propiedad, al participar en comunidad en otros elementos instrumentales vinculados, no necesariamente inmuebles (de hecho, cabe el complejo inmobiliario sobre una sola finca registral, según el art. 17-3 LS). En el caso resuelto, concurren las notas definitorias de un complejo inmobiliario privado: si bien no hay una finca independiente cuya titularidad por cuotas esté vinculada a los elementos privativos, *de facto* se consigue el mismo resultado mediante la atribución a cada uno de una parte del suelo no edificado no en régimen de mero uso exclusivo, sino como anejo privativo, lo que comporta un derecho de propiedad pleno, exclusivo y excluyente (art. 3 LPH). Es decir, existe una verdadera división de terreno. Además, aunque la legislación autonómica aplicable (Canarias) no sujeta la división horizontal a la obtención de licencia expresa, es doctrina consolidada (véase epígrafe sobre división y parcelación) que el concepto de *parcelación urbanística* ha trascendido la estricta división material de la finca para alcanzar la división ideal del derecho y, en general, todos los supuestos en que, manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se divide la titularidad o goce.

Por otro lado, exige también certificado municipal para hacer constar que una finca inscrita como rústica es en realidad urbana en la parte ocupada por una edificación. En vía de principio, sería título idóneo para ello la certificación catastral descriptiva y gráfica en que así se refleja (art. 7 de la Ley del Catastro), pero siempre que el Registrador no tenga dudas sobre la correspondencia con la finca registral, lo cual no ocurre en este caso, por existir discordancias respecto de la superficie y los números de parcela que figuran en el Registro.

Resolución de 27 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1803)

Deniega la inscripción de la rectificación de los linderos de un local en propiedad horizontal otorgada solo por los propietarios del mismo, quienes alegan que hubo un error descriptivo en la escritura de división horizontal que se arrastró a la inscripción.

La rectificación pretendida requiere, además del consentimiento del titular registral, el de los titulares de los elementos colindantes a quienes pueda afectar indirectamente la rectificación (arts. 20 y 40 LH), así como acuerdo previo de la Junta de Propietarios, en cuanto

modificación del título constitutivo que puede afectar a elementos comunes (arts. 5, 7, 10 y 17 LPH).

Resolución de 1 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2121)

Deniega la inscripción de una división de local integrado en propiedad horizontal por falta de consentimiento de la Junta. Consta inscrita la reserva estatutaria de la facultad unilateral de dividir o agrupar unilateralmente, pero atribuida expresamente a los promotores o antiguos propietarios del suelo, mientras que quienes hoy dividen son sus causahabientes.

Es doctrina de la Dirección que cabe la segregación o división de departamentos sin autorización de la Junta cuando esta facultad se ha atribuido anticipadamente en los estatutos, pero el principio de especialidad impone que toda reserva de facultades deba ser objeto de interpretación estricta, lo cual incluye su titularidad. Tanto antes como después de la reforma de la LPH operada por la Ley 8/2013 (de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), la solución del art. 17 es la misma: salvo las excepciones establecidas en dicho artículo, para modificar el título constitutivo o los estatutos, hace falta unanimidad expresa o presunta de la Junta de Propietarios (la Dirección omite toda referencia al nuevo art. 10-3-b, que para estas operaciones exige autorización administrativa pero reduce la mayoría a tres quintos).

Resolución de 6 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2334)

Admite la inscripción de la venta de un departamento (derecho de vuelo) a la comunidad de propietarios en propiedad horizontal, representada por su Vicepresidente, con expresión simultánea de que, en cumplimiento de acuerdo de junta, el departamento vendido se suprime como entidad hipotecaria independiente y pasa a ser un elemento común, cuya cuota se atribuye a otro departamento privativo, modificándose su descripción con el consentimiento de los propietarios comparecientes.

Ciertamente, la propiedad horizontal es objeto de consideración unitaria para ciertos efectos legales por la existencia de un patrimonio separado colectivo: puede ser titular de fondos y créditos comunes (arts. 9-1-f y 22-1 LPH); obligaciones (arts. 10-1 y 22-1 LPH), o arrendamiento de elementos comunes (art. 17-1.^a-2 LPH). También tiene capacidad procesal para ser demandante y demandada (art. 13-3 LPH) y, como proyección de ello, puede ser titular de anotaciones preventivas cautelares y de ejecución, como la de embargo (art. 21-5 LPH). Pero carece de personalidad jurídica y por ello no puede inscribirse a su nombre la propiedad u otros derechos reales, que son asientos de carácter definitivo.

Pero, no obstante lo anterior, lo que realmente se está formalizando en el título calificado es la transformación de un elemento privativo en común, mediante el correspondiente acto de afectación y modificación del título constitutivo, que es acto colectivo de la Junta, precisando además del consentimiento del propietario del elemento privativo transformado.

Resolución de 7 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2336)

Admite la inscripción de una sentencia que obliga a la propietario de un local a permitir por este el ejercicio de una servidumbre de paso, cuya constitución fue acordada en junta con el fin de eliminar barreras arquitectónicas. La sentencia obliga a soportar la servidumbre hasta que se cree un paso desde la vía pública, que está previsto en el proyecto y en la licencia de edificación.



No es una servidumbre perpetua (no infringiéndose, por tanto, el principio de especialidad), sino temporal y sujeta a la expresada condición. Tampoco hay indeterminación en cuanto a su titular. Las servidumbres están incluidas en la enumeración de elementos comunes que hace el art. 396 CC. Así, recae sobre este tipo de derecho una copropiedad de todos los titulares privativos del inmueble en consideración a sus cuotas.

RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN

Resolución de 4 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-III-14: 2126)

Deniega la rectificación de una inscripción de agrupación pretendida por quien no es el titular, en el sentido de dejar fuera de ella una finca que el solicitante considera suya.

El recurso solo procede contra calificaciones negativas, pero no es medio hábil para decidir sobre la procedencia o no de asientos ya practicados, que se hallan bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, bien por consentimiento de todos los interesados, bien judicialmente.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Resolución de 11 de diciembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 776)

Deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de un bien correspondiente a un cónyuge casado en régimen consorcial aragonés a instancias del otro cónyuge. Aunque consta en el auto que actualmente se encuentran divorciados, no consta la liquidación del consorcio.

Extiende al régimen consorcial aragonés la doctrina consolidada de la Dirección emanada respecto de la sociedad de gananciales. En tanto no conste inscrita la liquidación de los gananciales, no existen porciones indivisas de que cada uno sea titular. La sociedad conyugal es una comunidad germánica en la que cada cónyuge es titular de un derecho indeterminado sobre la totalidad de los bienes gananciales. En materia de embargo de bienes de la sociedad ganancial en liquidación, existen tres supuestos:

- Embargo de bienes concretos de la sociedad de gananciales en liquidación: exige que las actuaciones procesales se sigan contra todos los titulares (art. 20 LH), que en su caso serían los herederos del cónyuge premuerto (art. 144-4.º RH).
- Embargo de la cuota global que corresponde a un cónyuge en la total masa patrimonial: las actuaciones pueden seguirse solo contra el cónyuge deudor y se resolverán en anotación solo sobre los bienes que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor (art. 166-1 *in fine* RH), de modo que, si luego esos bienes no se le adjudican a él, quedaría estéril la anotación, pero no la traba, pues el embargo se proyectaría sobre los bienes adjudicados efectivamente.
- Embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal: las actuaciones pueden dirigirse solo contra el cónyuge deudor, pero si luego el bien no se le adjudica a él, la traba quedaría estéril.

Resolución de 19 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1001)

Admite la inscripción de un auto judicial que homologa una transacción sobre liquidación de sociedad de gananciales, pese a incluir una finca adquirida por mitades indivisas antes del matrimonio. Se trata de la que fue vivienda familiar, se destinaron fondos comunes para su pago y se encuentra gravada con una hipoteca que en el inventario se dice *ganancial*.

Ciertamente, es doctrina consolidada de la Dirección que el principio de legalidad hipotecaria exige titulación pública (art. 3 LH), lo cual debe interpretarse como el tipo de título (ejecutoria o escritura pública) congruente con el acto inscribible, y que la efectividad del convenio regulador es meramente liquidatoria del régimen económico conyugal, sin que quepa extenderlo a otros actos con significación negocial propia, que requerirían escritura pública. Pero también es doctrina consolidada que la atribución del uso de la vivienda familiar es contenido mínimo del convenio regulador (art. 90-c CC), que es título hábil a estos efectos, con independencia del carácter de la vivienda. En el caso resuelto, es evidente la afección de la vivienda a las necesidades del matrimonio.

Tampoco resulta aplicable el requisito formal del último inciso del art. 810-4 LEC (que prevé la protocolización del acuerdo alcanzado por los cónyuges comparecientes en el procedimiento de liquidación del régimen matrimonial), siendo suficiente la aprobación judicial de la transacción o convenio (salvo que el Juez hubiese exigido expresamente la protocolización).

Resolución de 24 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1550)

Deniega la inscripción de una escritura pública otorgada en Holanda, de liquidación de comunidad conyugal holandesa tras divorcio, acompañada de convenio regulador.

Primero, porque, junto a la traducción original apostillada, se presenta mera fotocopia del original sin apostilla. El título presentado a inscripción en España debe reunir los requisitos de las normas hipotecarias españolas por aplicación de la norma de conflicto española relativa a bienes inmuebles (arts. 12-1 y 10-1 CC).

Segundo, porque el convenio regulador carece de firma notarial. Se adjunta a la escritura, pero no se incorpora ni por tanto forma parte de ella, sino que es un documento privado complementario que debe al menos testimoniarse notarialmente para acreditar indubitadamente su autenticidad.

Y tercero, porque los números de pasaporte del título no coinciden con los inscritos. Ciertamente, las formas y solemnidades del documento extranjero se rigen por la ley de su otorgamiento (arts. 12-1 y 11 CC). El recurrente alega que, en Holanda, el pasaporte caduca cada cinco años y, al renovarlo, cambia el número. Pero la Dirección entiende que esa circunstancia no resulta de la escritura y constituye una alegación de Derecho extranjero que, a falta de conocimiento personal por el Registrador, debe acreditarse por los medios del art. 36 RH.

Resolución de 31 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1814)

Admite una inmatriculación mediante escritura de aportación a gananciales precedida de una adquisición hereditaria por parte del cónyuge aportante otorgada veintiún días antes.



Resoluciones

Es doctrina consolidada la admisión de cualquier desplazamiento patrimonial entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que se produzcan por un medio legítimo (y entre ellos está la aportación a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente) y consten todos los elementos constitutivos de la aportación y, entre ellos, se exprese o deduzca del título la causa.

La aportación a gananciales tiene virtualidad inmatriculadora, pues comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo a la masa ganancial, que es un patrimonio colectivo separado con un régimen propio de gestión y disposición. Las resoluciones que han denegado la inmatriculación mediante aportación han apreciado la creación de una documentación artificial *ad hoc* a estos efectos, circunstancia que no puede apreciarse en el supuesto de esta Resolución.

REPRESENTACIÓN

Resolución de 22 de febrero de 2014 (BOE 76, 28-III-14: 3344)

Suspende la inscripción de una escritura de compraventa otorgada en 1992, en la cual, respecto de la apoderada de los vendedores, el Notario autorizante reseña los datos identificativos del poder, manifiesta que se acompañará a las copias que se expidan y enjuicia favorablemente la capacidad de los otorgantes. Ahora se presenta a inscribir la escritura, pero no se acompaña la copia del poder.

Aunque fuese aplicable el art. 98 de la Ley 24/2001, no procedería la inscripción por faltar el juicio notarial de suficiencia de facultades representativas en relación con las concretas facultades que se pretenden ejercitar, que tampoco se reseñan ni identifican en forma alguna. Pero es que además no procede la aplicación del citado art. 98 porque hay que aplicar al título la normativa vigente en el momento de su autorización, y la redacción entonces vigente del Reglamento Notarial exigía insertar el poder, incorporarlo o acompañarlo a la copia. En el título calificado, se optó por la última opción, y así resulta obligatoria su aportación.

SOCIEDADES MERCANTILES

ADMINISTRADORES

Resolución de 16 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 999)

Deniega la inscripción de una escritura por la que una misma persona declara renunciar, respecto de dos sociedades limitadas, al cargo de vocal del Consejo de Administración y «cesar en todos los cargos que [...] ostente [en ellas] y consten o puedan constar inscritos en el Registro Mercantil». Para el Registrador, la renuncia es incongruente con el historial registral, pues el renunciante consta inscrito como administrador solidario en una sociedad y mancomunado en otra. Pero la Dirección considera patente la voluntad del interesado de renunciar a todos los cargos de administrador y declara inscribible la renuncia respecto de los cargos inscritos, si bien exige para ello la solicitud de inscripción parcial, en tanto no se puede inscribir el cese en el cargo de consejero aún no inscrito.

Por otro lado, estando el reconocimiento registral de la renuncia de administradores supeditado a la previa comunicación fehaciente a

la sociedad (arts. 147 y 192 RRM), la Dirección tampoco considera correctamente realizada la notificación del supuesto, intentada mediante acta notarial de simple remisión de documento por correo certificado, devuelto en un caso por «desconocido» y en el otro por «ausente de reparto», sin que fueran posteriormente retirados en plazo. El acta del art. 201 RN no cambia los efectos de la notificación, que serán los generales de las cartas certificadas con acuse de recibo en el RD 1829/1999, Reglamento de Servicios Postales, y de esta norma no resulta que la devolución del correo produzca los efectos de una notificación (remite a la doctrina de la Resolución de 30 de enero de 2012, *infra*). El art. 202 RN ofrece otra posibilidad que asegura en mayor grado la recepción por el destinatario: habiendo resultado infructuoso el envío postal, el Notario debe procurar notificar presencialmente en los términos de dicho artículo, lo cual sí produce los efectos de una notificación.

Resolución de 28 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1806)

Deniega la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de una póliza de resolución de arrendamiento financiero sobre un vehículo porque, tras reseñar los datos identificativos de la escritura de nombramiento del administrador de la sociedad arrendataria, el Notario se limita a indicar que consta inscrita en el Registro Mercantil (sin datos de inscripción).

Reitera doctrina consolidada. El nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general como requisito de inscripción en otros registros de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el Registrador Mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad y, por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y, en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

Resolución de 10 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2337)

Primero se presentó al Registro Mercantil una escritura de cambio del administrador original por otro y traslado del domicilio social, que fue calificada negativamente. Durante la vigencia de su asiento de presentación, se presenta e inscribe otra escritura por la que se nombra administrador a una tercera persona diferente de las anteriores. Ahora se vuelve a presentar la escritura original subsanada, pero su inscripción se deniega por falta de tracto sucesivo: figura como administrador inscrito una persona distinta del cesante. La Dirección desestima el recurso contra esta última calificación negativa: el recurso gubernativo no es cauce apropiado para cancelar asientos ya practicados, que están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 11 de febrero de 2014 (BOE 54, 4-III-14: 2340)

Primero se presentó una escritura de cambio de administrador único, que fue calificada negativamente. Durante la vigencia de su



asiento de presentación, se presenta e inscribe otra escritura anterior por la que se nombraba administrador a una tercera persona diferente de las anteriores. Ahora se presenta una tercera escritura de elevación a público de acuerdos de junta por los cuales: se confirma el cambio de administrador de la primera escritura; se revoca cualquier mandato, poder o representación conferido con anterioridad por la Junta a cualquier otra persona, y, en especial, se declara nula la junta que nombró al administrador aún inscrito.

La Dirección deniega la inscripción de esta tercera escritura por falta de tracto sucesivo, al figurar como administrador inscrito una persona distinta del cesante, sin que el recurso gubernativo sea cauce apropiado para cancelar asientos ya practicados, que están bajo la salvaguardia de los tribunales (concretamente, el recurrente pide la cancelación del nombramiento del administrador que consta inscrito, por haber accedido al Registro bajo la vigencia de un asiento de presentación contradictorio). Por otro lado, la revocación de cualquier poder o representación corresponde al órgano de administración y no a la junta general.

Resolución de 11 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3016)

Deniega la inscripción en el Registro de la Propiedad de una venta efectuada por el administrador solidario de una sociedad por que la inscripción de su nombramiento en el Registro Mercantil fue denegada por falta de presentación de cuentas sociales. El Notario autorizante de la venta expresa que tiene a la vista la calificación mercantil denegatoria de la inscripción del cargo, si bien emite juicio de suficiencia de facultades representativas.

El nombramiento de los administradores surte efectos desde el momento de la aceptación, y la inscripción en el Registro Mercantil es obligatoria, pero no constitutiva. No hay ningún precepto que imponga la previa inscripción en el Registro Mercantil del cargo social o del poder general como requisito de inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos realizados en ejercicio de dicha representación. Lo que ocurre es que, si la representación consta inscrita, goza de presunción de validez y exactitud, el Registrador Mercantil habrá calificado favorablemente su regularidad y, por ello, bastará completar la reseña identificativa del documento representativo con los datos de su inscripción. Por el contrario, si el título no recoge los datos de inscripción de la representación, deberá reseñar los datos y documentos que pongan de manifiesto la válida designación del representante, por haber sido nombrado con los requisitos legales y estatutarios por el órgano social competente, debidamente convocado y vigente en el momento del nombramiento, incluyendo la aceptación del nombrado y, en su caso, la notificación o consentimiento de los titulares de los anteriores cargos inscritos.

CAPITAL SOCIAL

Resolución de 10 de diciembre de 2013 (BOE 22, 25-I-14: 775)

Deniega la inscripción de dos reducciones de capital social acordadas sucesivamente en la misma junta por unanimidad de todos los socios. La primera reducción supone la amortización de participaciones con devolución de aportaciones a determinados socios. La segunda se debe a pérdidas sociales y entraña la amortización parcial de participaciones de todos los socios sin devolución de aportaciones. El capital social está sometido legalmente a un férreo control, pues cumple una función de garantía frente a socios y terceros.

La Dirección, ante la parquedad de la normativa societaria española, otorga valor de principio general al axioma «*Primero es pagar que heredar*». La primera reducción de capital supone *de facto* una liquidación parcial de la sociedad, que queda en situación de reducción de capital por imperativo legal (arts. 317 y 320 LSC). Supone una entrega anticipada a ciertos socios, en contravención del art. 321 LSC, que prohíbe que la reducción de capital por pérdidas dé lugar a reembolsos a los socios. El procedimiento utilizado es, si no fraudulento, al menos inadmisibile.

Resolución de 20 de diciembre de 2013 (BOE 27, 31-I-14: 1003)

Deniega la inscripción de una escritura de reducción del capital social a cero por pérdidas, con simultáneo aumento en la cantidad estrictamente necesaria para que la sociedad deje de incurrir en causa legal de disolución conforme al art. 363-1-e LSC. Los estatutos exigen que los acuerdos relativos al aumento o reducción del capital sean adoptados por socios que representen el 80 % del capital, salvo que vengan exigidos por imperativo legal. En el supuesto, ha votado a favor el socio que representa el 77,50 % del capital y en contra el socio que representa el 22,50 % restante.

Para la Dirección, la reducción por pérdidas no se incluye entre los supuestos estatutariamente exceptuados de la exigencia de mayoría reforzada. La reducción de capital no puede considerarse obligatoria cuando la sociedad tiene otras alternativas (aumento, aportaciones de los socios al patrimonio social, transformación, disolución, etc.). Por otro lado, los estatutos debatidos se limitan a exceptuar del quórum del 80 % los casos de modificación del capital por imperativo legal, pero sin establecer para ellos otro quórum, por lo que resultaría aplicable el que se establece con carácter general, es decir, un tercio del capital social, que contraviene la mayoría legal reforzada del art. 199 LSC, que puede ser ampliada pero no disminuida. La excepción prevista en los estatutos solo puede entenderse aplicable a las adaptaciones estatutarias al vigente Derecho Societario, estatal o comunitario.

Resolución de 3 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2125)

Deniega la inscripción de una reducción de capital por pérdidas y subsiguiente aumento de capital por falta de verificación por auditor del balance aportado.

En la reducción de capital por pérdidas, la verificación del balance por auditor exigida por el art. 323 LSC (y, en general, las medidas protectoras impuestas por la ley) solo procede si los intereses de socios y acreedores se encuentran en situación de sufrir perjuicio. Así, cabe excluir la verificación de cuentas: en cuanto a los socios, cuando concurre su consentimiento unánime, y en cuanto a los acreedores, cuando sus intereses estén salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse el capital social a consecuencia del conjunto de operaciones que se pretende registrar. Sin embargo, en el caso resuelto, no resulta aplicable tal exención, ya que el capital resultante del aumento es inferior al existente antes de la reducción.

DEPÓSITO DE CUENTAS

Resolución de 7 de diciembre de 2013 (BOE 20, 23-I-14: 663)

Resolución de 9 de diciembre de 2013 (BOE 20, 23-I-14: 665)

La sociedad depositante puede elegir la modalidad legal de presentación: telemática, CD/DVD o papel. Las cuentas presentadas de



Resoluciones

una forma pueden subsanarse de otra, pero lo que no cabe en ningún caso es presentar simultáneamente las cuentas en diferentes soportes.

En el caso resuelto, se deniega el depósito de unas cuentas presentadas en un CD donde se hace constar que existen partidas medioambientales, pero acompañadas de un escrito donde los administradores explican que no existen tales partidas. Para la Dirección, no se trata de una subsanación, porque no se hace referencia a un error padecido en el CD, sino que estamos ante la presentación simultánea de dos documentos (digital y en papel) evidentemente contradictorios.

Resolución de 8 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1194)

Deniega el depósito de cuentas de una sociedad limitada porque, en el documento que se presenta junto a las cuentas, los auditores manifiestan no poder expresar una opinión sobre las cuentas adjuntas, por existir «limitaciones al alcance de nuestra auditoría». En el caso de haber sido causada dicha limitación por la propia sociedad auditada, se desvirtuaría la finalidad del depósito de cuentas, en cuanto instrumento de información de socios y terceros.

Resolución de 10 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1198)

Contrasta con la Resolución anterior. Admite el depósito de cuentas pretendido, pese a que los auditores también manifiestan no poder expresar una opinión sobre las cuentas adjuntas, si bien en este caso por existir una «incertidumbre significativa» sobre la capacidad de la sociedad para continuar con sus operaciones; además, se dice que podrían existir, para los años abiertos a inspección, determinados pasivos fiscales; se constata también la falta de auditoría de las cuentas de ejercicios anteriores. Ninguno de estos motivos que impiden al auditor expresar su opinión puede ser imputado a la sociedad, de modo que la denegación del depósito de las cuentas no solo desvirtuaría la finalidad de este, sino que sustraería a los socios y terceros una información mercantil relevante.

Resolución de 11 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1199)

Deniega la inscripción de una escritura de cese de administrador único y nombramiento de uno nuevo. La hoja de la sociedad está cerrada por falta de depósito de cuentas, por lo cual, en aplicación de los arts. 282 LSC y 378 RRM, no cabe la inscripción del nuevo administrador. Como excepción, estas normas sí que permiten inscribir el cese o dimisión de los anteriores administradores, sin que en el caso resuelto la sociedad quedase acéfala, pues ya se ha procedido al nombramiento de nuevo administrador, que, aun no siendo todavía inscribible, produce efectos desde su aceptación (art. 214-3 LSC). Lo que ocurre es que la Dirección deniega también la inscripción del cese porque no hay solicitud de inscripción parcial.

Resolución de 30 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1813)

Tradicionalmente, la Dirección había venido entendiendo que siempre que había obligación de verificar cuentas (ya sea legalmente o a solicitud de la minoría) era preciso elaborar informe de gestión. Pero tal doctrina cambia a raíz de esta Resolución.

La ley vincula la obligación de elaborar informe de gestión a la imposibilidad de formular cuentas y estado patrimonial abreviados, pero no a la obligación de verificar cuentas. Esto ya era así en la versión original de la LSC (arts. 263 y 268), pero ahora resulta aún más

claro, tras la modificación introducida por la Ley de Emprendedores de 2013, que modifica los arts. 257 y 263 LSC. La nueva redacción distingue perfectamente entre los umbrales que permiten formular balance y estado patrimonial abreviados (que se modifican para que más sociedades puedan acogerse a esta vía simplificada) y los umbrales que obligan a verificar cuentas (que se mantienen como antes). En consecuencia, hay sociedades obligadas a verificar sus cuentas por exceder de los mínimos legales, pero que, no obstante, pueden formular sus cuentas de forma abreviada por no alcanzar los nuevos límites del art. 257-2. Tales sociedades, pese a estar obligadas a verificar sus cuentas, no lo están a presentar informe de gestión (art. 262-3).

DISOLUCIÓN

Resolución de 13 de enero de 2014 (BOE 38, 13-II-14: 1541)

Admite la inscripción del pacto estatutario de una sociedad limitada por el que se prevé su disolución «por muerte de todos los socios actuales y cónyuges de los mismos».

A diferencia de las sociedades personalistas, en las de capital el fallecimiento de un socio no supone la disolución, ya que la condición de socio se transmite al heredero o legatario (art. 110-1 LSC, para las sociedades limitadas; art. 124 LSC, para las sociedades anónimas). En las sociedades limitadas, se puede exceptuar esta regla mediante la previsión estatutaria de que la posición del sucesor sea adquirida por los demás socios o la propia sociedad, mediante el derecho de adquisición preferente previsto en el art. 110-2. Nada obsta a que la sociedad se constituya para una empresa específica (art. 363-1-b) o por tiempo determinado (art. 363-1-a), pudiendo operar el fallecimiento de personas como término final cierto en el qué aunque incierto en el cuándo.

Por todo ello, la cláusula debatida es admisible: mientras no fallezca el último de los socios o cónyuges, la condición de socio se irá transmitiendo conforme vaya habiendo fallecimientos, existiendo además un derecho de adquisición preferente previsto en los estatutos con contenido similar al del art. 110-2 LSC, y teniendo en cuenta que la cláusula en cuestión puede ser dejada sin efecto por la Junta en cualquier momento, vía modificación de estatutos.

OBJETO SOCIAL

Resolución de 29 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1810)

Reitera doctrina consolidada. La definición estatutaria del objeto social debe realizarse determinando las actividades que lo integran (art. 23-b LSC), sin que puedan incluirse en el objeto los actos necesarios para el desarrollo de las actividades que incluye, ni actividades de lícito comercio o análogas expresiones genéricas. Pero la Dirección viene entendiendo que basta con que la determinación de actividades acote suficientemente un sector económico o un género de actividad mercantil, atendiendo al puro criterio de actividad, sin que sea necesaria la referencia a productos o a un sector económico más específico. Recuerda, además, que la Ley de Apoyo a los Emprendedores (Ley 14/2013) exige que en la primera inscripción se haga constar el código correspondiente al objeto social, según la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, para facilitar la labor de los profesionales que intervienen en el proceso de creación de empresas.



En aplicación de esta doctrina, la Dirección admite la inscripción, como actividad integrante del objeto social, de la consistente en «*adquirir, poseer y enajenar con fines de inversión a corto, medio y largo plazo valores de cualquier clase, bienes muebles o inmuebles y, en general, celebrar toda clase de operaciones activas o pasivas con dichos bienes*». Por otro lado, el mero hecho de que la sociedad tenga prevista como una de sus actividades la compraventa de valores y, en general, la negociación por cuenta propia no la convierte en sujeto activo del Mercado de Valores ni en una institución de inversión colectiva, ni por tanto implica la aplicación de su rigurosa normativa específica.

TRANSFORMACIÓN

Resolución de 4 de febrero de 2013 (BOE 50, 27-II-14: 2127)

Suspende la inscripción de una transformación de sociedad limitada en anónima por falta de aportación de informe de expertos independientes.

El art. 18-3 LME establece que, si las normas sobre la constitución de la sociedad cuyo tipo se adopte así lo exigieran, se incorporará a la escritura el informe de los expertos independientes sobre el patrimonio social. La Dirección interpreta que esta obligación rige solo respecto del patrimonio no dinerario (como expresamente decía la anterior LSA) por varias razones: así se establece en sede de constitución; no estamos en ninguno de los casos de excepción legal, donde se impone que el informe se extienda al patrimonio no dinerario (por ejemplo, los arts. 474 y 475 LSC, sobre constitución de sociedad anónima europea por transformación de anónima española); la propia LSC excluye la exigencia de informe técnico en la aportación no dineraria cuando su existencia resulta innecesaria (por ejemplo, cuando los bienes tienen un valor objetivo fijado en mercado oficial, o bien cuando han sido previamente valorados con otra finalidad por experto independiente), y, por último, porque la tendencia legislativa de la Unión Europea es impulsar una política simplificadora del Derecho de Sociedades con reducción de trámites prescindibles.

Sin embargo, en el supuesto resuelto, es exigible el informe de experto (art. 221-1 RRM), porque si bien el administrador afirma que no existe patrimonio no dinerario, del balance resulta que sí existen partidas de este tipo (cuentas corrientes con empresas promotoras, clientes, fianzas a largo plazo, etc.).

SUCESIONES

Resolución de 8 de enero de 2014 (BOE 31, 5-II-14: 1193)

Suspende la inscripción de una partición de herencia otorgada por solo dos de los cinco herederos-legitimarios sobre la base de la previsión testamentaria, por la que, «*al amparo del art. 1056 CC*», el testador realiza una asignación de bienes concretos a los herederos, «*a cuenta [...] del haber que corresponda a cada adjudicatario*».

La partición debe incluir varias operaciones, aunque la jurisprudencia (STS de 21 de julio de 1986) mantiene un criterio permisivo en caso de falta de alguna de ellas. En el caso resuelto, no hay problema con el inventario, porque el propio testador describe con datos registrales los bienes, y tampoco es obstáculo la falta de avalúo, del cual prescinde el propio testador, al disponer que debe mantenerse la partición realizada aunque los lotes tengan desigual valor. Sin embargo, lo que sí es exigible es la liquidación de las deudas o, al

menos, la aclaración de qué ocurrirá con ellas (si existen o no, y si han sido aceptadas con o sin beneficio de inventario), para lo cual es precisa la intervención de todos los herederos, salvo que se acredite la inexistencia de deudas o su asunción íntegra por el otorgante.

Pero es que, además, para la Dirección, no estamos ante una verdadera partición hecha por el causante, que sería obligatoria en cuanto no perjudicase las legítimas y que determinaría la adquisición directa de los bienes hereditarios por los herederos, sin perjuicio de las acciones de impugnación. Más bien interpreta los términos del testamento como unas normas particionales (que deberán ser tenidas en cuenta en la futura partición), por lo cual no estamos ante el caso del art. 1056 CC, sino en el del art. 1057 CC: partición por los herederos, en la cual es inexcusable la intervención de todos los legitimarios.

Resolución de 28 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1805)

Admite la inscripción de una escritura de manifestación de legado otorgada solo por la legataria (facultada en testamento para ello) porque, legando el testamento la parte correspondiente a la testadora en el bajo de una casa y en el negocio de calzado existente en él, lo manifestado en la escritura es la mitad indivisa de una finca registral que comprende un local de planta baja destinado a negocio de calzado y un sótano destinado a almacén de mercancía al que solo se puede tener acceso desde el local, según se justifica con informe técnico.

Para la jurisprudencia, la primera norma para la interpretación de un testamento es la literalidad de sus palabras, si bien atemperada y matizada por los elementos lógico, teleológico y sistemático que conforman la voluntad real del testador (art. 675 CC), susceptible de ser completada por medios extrínsecos al testamento, pero que puedan reconocerse en él. En el caso resuelto, es correcto interpretar que lo legado es también el sótano: así se favorece la eficacia del legado (interpretación teleológica), ya que la dueña de la otra mitad del bajo con sótano es la legataria; una interpretación lógica aconseja entender incluido en el legado todo lo relacionado con el negocio de zapatería; sistemáticamente, ninguno de los otros legados del testamento tienen que ver con este negocio, y el Notario que autoriza la escritura de legado es el mismo que un año antes autorizó el testamento (interpretación auténtica). Además, el sótano no es susceptible de segregación por no tener salida a vía pública o elemento común.

Resolución de 3 de febrero de 2014 (BOE 50, 27-II-14: 2123)

Un ciudadano ruso, que manifiesta estar casado «*en régimen legal ruso de comunidad de bienes*», actuando por sí solo, compra una finca y a continuación la hipoteca, con declaración del apoderado del banco de que el importe prestado ha sido destinado a la compra, lo cual le consta por haber expedido el cheque con que se pagó el precio.

La inscripción de la compra se practica en virtud del art. 92 RH, que permite inscribir a favor de cónyuges extranjeros con sujeción a su régimen económico matrimonial (con indicación de este, si consta en el título). La determinación de tal régimen y la acreditación de su contenido y vigencia serán exigibles en la enajenación o gravamen (pudiendo llegar a obviarse, si consta el consentimiento de o la demanda a ambos).



Resoluciones

Sin embargo, la Dirección deniega la inscripción de la hipoteca. Resultando aplicable al régimen económico de este matrimonio la ley personal común de los cónyuges, la inscripción de la hipoteca exige acreditar el contenido de la ley rusa para comprobar que, según la misma, un solo cónyuge tiene facultades dispositivas, o que es admisible considerar que se trata de un negocio jurídico adquisitivo complejo y unitario equiparable a la adquisición de un bien gravado previamente con hipoteca.

Reitera su doctrina sobre acreditación del Derecho extranjero. Igual que en el ámbito procesal, también debe ser objeto de prueba en los ámbitos notarial y registral, en cuanto a su contenido y vigencia. Las normas procesales son subsidiarias de las registrales, en este tema, pero con especialidades: si no se le acredita al Registrador debidamente el Derecho extranjero, deberá suspender la inscripción, sin que quepa someter la validez del acto al Derecho español, como ocurre en el ámbito judicial. La acreditación se rige por el art. 36 RH (inicialmente previsto para la determinación de las normas aplicables sobre forma y capacidad, pero extensible a las normas sobre validez del acto). Los medios de prueba previstos en esta norma son, entre otros, informe o aseveración de Notario o Cónsul español, o de diplomático o funcionario del país en cuestión, a los que no se les exige necesariamente la legalización y traducción prevista para los documentos que hayan de ser inscritos. Notarios y registradores están obligados a determinar qué ley nacional resulta aplicable, mediante la correspondiente norma de conflicto, pero no están obligados a conocer el Derecho extranjero, si bien pueden realizar bajo su responsabilidad un juicio de suficiencia, si aseguran conocerlo.

TRACTO SUCESIVO

Resolución de 29 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1808)

Suspende la inscripción de un auto de reanudación de tracto por falta de constancia del DNI-NIE de demandante y demandado, domicilio, régimen económico matrimonial y carácter de la adquisición (arts. 9 LH y 51 RH).

Por otro lado, la Dirección entiende suficientemente acreditada la firmeza del auto. Tampoco considera obstáculo la falta de notificación por tres veces (al menos una de ellas personalmente) a los titulares no comparecientes de inscripciones contradictorias de menos de treinta años. La última inscripción tiene menos de treinta años, pero es de mera reparcelación (que no constituye un título originario de adquisición). En ella subsisten las titularidades reales, sin alteración de su régimen jurídico, manteniéndose el mismo título y carácter de la adquisición, de modo que en el caso resuelto el último título mediato es la compra de las fincas de origen cuya fecha supera el citado plazo.

Resolución de 17 de febrero de 2014 (BOE 69, 21-III-14: 3023)

El auto que resuelve un expediente de reanudación de tracto debe contener expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias. Así resulta del art. 286 RH y de la doctrina consolidada de la Dirección (v. gr. Resolución de 16 de marzo de 2006), y se justifica por el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 LH), así como por el hecho de existir un salto en el tracto sucesivo y no una sucesión de titularidades.

URBANISMO

Resolución de 31 de enero de 2014 (BOE 43, 19-II-14: 1815)

Deniega la prórroga de la afección real que grava varias fincas procedentes de un proyecto de reparcelación por encontrarse caducada la afección, al haber pasado más de siete años desde su anotación (plazo máximo de caducidad, según el art. 20 RD 1093/1997). No hay previsión legal respecto de su prórroga. Ciertamente, el agente urbanizador alega que ha sido imposible elaborar la cuenta definitiva de liquidación por no haberse inscrito aún una modificación del proyecto de reparcelación ordenada judicialmente y que cuenta ya con aprobación municipal. Como debe reiniciarse el expediente de reparcelación y notificarse a los afectados, lo procedente sería, una vez inscrita la modificación, practicar nueva nota de afección.

Celebrada una Jornada sobre «Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios»



La Jornada reunió a magistrados, abogados y notarios y llenó la sala de actos del Colegio

El pasado 2 de abril, el Colegio organizó una Jornada sobre «Información y control del clausulado de los préstamos hipotecarios», en la que participaron destacados magistrados, abogados y notarios, y que contó con la asistencia de más de ciento cincuenta personas.

En la inauguración, Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, destacó la importancia de *«reunir a juristas prácticos para debatir sobre una cuestión de tanta actualidad desde el punto de vista jurídico y social, ante la que los notarios estamos especialmente sensibilizados»*. Así, destacó que *«es evidente que la crisis actual ha puesto de relieve las carencias de la legislación hipotecaria, una legislación que ha permitido el acceso a la propiedad a más de un 80 % de ciudadanos españoles, pero en la que existe una falta de protección a los deudores que ha provocado situaciones injustas en determinados supuestos»*. Además, afirmó que *«el control preventivo de la cláusula es la clave del sistema; si no hay cláusula, no hay problema»*, reclamando para los notarios, una vez más, *«el control preventivo de las cláusulas abusivas, dado que el sistema actual no ha funcionado y es ante Notario donde se formaliza el negocio jurídico»*.

En un primer bloque de ponencias, centrado en la perspectiva judicial, Fernando Lacaba, Presidente de la Audiencia Provincial de Girona, ofreció una visión general de las cláusulas abusivas desde la óptica de la Audiencia que preside, que fue en su día pionera en aplicar el abuso de derecho o el enriquecimiento injusto. Con una ponencia titulada «La perspectiva judicial de las cláusulas abusivas» (ver pág. 54), hizo hincapié en las discrepancias y en la disparidad de criterios en los tribunales en torno a la valoración de las cláusulas para determinar si son o no abusivas, hecho que atribuyó *«al legislador, que no ha sido lo hábil que debería haber sido»*, y que aseguró que supone *«que no estamos protegiendo al consumidor»*. Quiso destacar especialmente la Sentencia de 14 de marzo de 2013, el denominado caso Azíz, del que afirmó que *«no cuestiona en absoluto nuestro sistema hipotecario, pero sí sentencia que no ve razonable que no se puedan oponer a determinadas causas»*. Posteriormente, repasó las sentencias en torno a cláusulas que pueden



Vida corporativa

ser consideradas abusivas, entre ellas, la del interés variable, especialmente la cláusula suelo, de la que afirmó que incluso tras la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios, sigue ofreciendo serias dudas, puesto que *«el supuesto de defecto por transparencia es confuso»*. También recaló en los intereses remuneratorios, de los que afirmó *«no existir unanimidad en los tribunales, y en los que la última palabra la tendrá el Tribunal Supremo, que próximamente se pronunciará al respecto»*, y en los intereses moratorios. Finalmente, mencionó el hecho de haberse planteado de nuevo cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con ocasión de esta última reforma operada por la Ley 1/2013, que añade aún mayor complejidad.

Por su parte, Pablo Izquierdo, Decano de Mataró y Magistrado-Juez de 1.ª Instancia n.º 1 de Mataró, presentó *«La liquidación unilateral de la deuda, vencimiento anticipado e intereses de demora»*, en que reflexionó acerca de las cuestiones debatidas a raíz de la célebre Sentencia del caso Aziz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que, por ser cuestiones de Derecho nacional interno, no puede resolver la jurisdicción europea. Así, centró su exposición en la operatividad y la legalidad de la liquidación unilateral de la deuda por la entidad de crédito acreedora; cuándo y cómo se puede dar por vencida anticipadamente la deuda, y sus consecuencias, singularmente, en cuanto al devengo de intereses de demora, a lo que se ha pretendido dar solución con la Ley 1/2013, de protección de los deudores hipotecarios. Así, afirmó que *«la liquidación unilateral de la deuda no es abusiva bajo ningún concepto»*, tomando como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo 792/2009, de 16 de diciembre. Repasó, asimismo, la cláusula de vencimiento anticipado, de la que afirmó que, aun exigiendo un mínimo de tres vencimientos impagados, *«los tribunales no presentan ejecución antes de los seis o siete meses impagados»* y, en cuanto a los intereses moratorios, afirmó que, aun tras la disposición transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, de protección al deudor hipotecario, *«el Juez valora en cada caso la proporción entre los distintos intereses que aplica el banco en créditos con garantía hipotecaria, entre el interés remuneratorio y el interés moratorio»*. Finalmente, en cuanto al interés moratorio, afirmó que *«debe ser cero, si la cláusula se declara abusiva; ese es el espíritu de la Directiva y de la Sentencia del Tribunal Europeo»*.

Finalmente, dentro de un primer bloque judicial, Carlos Puigcerver, Decano de Granollers y Magistrado-Juez de 1.ª Instancia n.º 3 de Granollers, con la ponencia *«La Sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo y ulterior jurisprudencia en los juzgados de 1.ª Instancia»*, examinó la jurisprudencia de 1.ª Instancia tras la Sentencia del Tribunal Supremo español sobre las cláusulas suelo; cuándo y cómo pueden ser admisibles, y, principalmente, si pueden tener efecto retroactivo y, en consecuencia, si el orden público económico puede actuar como límite a la devolución de intereses indebidamente satisfechos por aplicación de dicho límite. En concreto, analizó tres aspectos de la Sentencia: la naturaleza del proceso civil; cuál es el control y cuándo controlar la abusividad, y la retroactividad. En cuanto a la naturaleza del proceso, afirmó que *«en un proceso civil donde hay que tomar una decisión sobre un contrato o las condiciones ofrecidas a los consumidores, el traspaso es a favor del Juez»*, y recordó que *«la existencia de normas protectoras para disminuir las cláusulas abusivas no es suficiente»*, propugnando otorgar la iniciativa al Tribunal para evitar que se apliquen estas cláusulas. En cuanto al control, aseguró que *«este forma parte del objeto principal del contrato y el derecho de opción no es suficiente, sino que el cliente debe poder influir sobre el contenido»*. En referencia a la cláusula suelo, afirmó que *«la Sentencia no indica los términos en que debe estar redactada»*, y recaló en el control de inclusión y de transparencia, en este sentido, destacando *«la necesidad de comprobar si el ciudadano conoce con sencillez la carga económica del contrato; la carga jurídica en cuanto a la asignación y distribución de los riesgos de la ejecución del contrato, y la información que incide en el pago durante un período de tiempo razonable en el desarrollo del contrato, es decir, la variabilidad a lo largo del tiempo de los tipos de interés»*. Finalmente, en cuanto a la retroactividad, afirmó que *«el Tribunal Supremo vio que podía alterar el orden público-económico y, aunque los jueces mercantiles suelen establecer la retroactividad, la Audiencia suele revocarla para evitar un efecto llamada»*.

La primera parte concluyó con la intervención de Jesús M.ª Sánchez, Diputado de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Barcelona, quien presentó la ponencia *«La legislación continuada de protección de los deudores hipotecarios hasta la Ley*



El Juez valora en cada caso la proporción entre los distintos intereses que aplica el banco en créditos con garantía hipotecaria, entre el interés remuneratorio y el interés moratorio

1/2013» (ver pág. 64), con la que hizo un repaso a la legislación que se ha ido promulgando con ocasión de la profundización de la crisis y, con especial atención, a la que ha pretendido ser «ley solución», como es la Ley 1/2013, que, no obstante, *«poco ha servido para paliar los dramas familiares que se viven por no haber resuelto los graves problemas de los deudores hipotecarios y de la misma garantía hipotecaria, que sigue planteando graves problemas de interpretación»*. En este sentido, afirmó que *«vivimos en un caos absoluto, con una proliferación de litigios innecesarios por culpa de una mala técnica jurídica y un legislador que introduce modificaciones muchas veces contradictorias»*. Es por ello que el ponente reivindicó una *«ley de segunda oportunidad o de sobreendeudamiento personal, como existe en toda Europa»*, propuesta formulada en su día por los juristas que finalmente no fue promulgada.

El segundo bloque se inició con la exposición de Jesús Fuentes, Notario de Barcelona, sobre la «Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre aplicación de la reforma operada por la Ley 1/2013», resoluciones que van desde los supuestos en que se necesita o no tasación nueva, por haber pequeña ampliación de capital junto con novación, a cuándo se debe considerar que es necesaria la firma autógrafa del prestatario. El ponente aseguró que *«la condición resolutoria, que es una figura jurídica muy útil, está muerta por inaplicación, debido a la jurisprudencia de la propia Dirección General, por problemas de operatividad y puesta en funcionamiento»*. Afirmó que vivimos un momento en que *«la hipoteca, que surge a raíz de la Ley Hipotecaria de 1861 y la Ley del Notariado para proporcionar seguridad, puede perder su función —que es permitir el acceso a la propiedad a una mayoría de personas— por rodearla de tales exigencias, a veces desproporcionadas y de tal desconfianza, de modo que el crédito hipotecario quede restringido a muy poca gente o que nos dividan en grupos»*. Es por ello, afirmó, que *«hay que hacer un esfuerzo de racionalización y pedir al legislador que legisle racionalmente, ya que se podría impedir a muchas personas el acceso al crédito, y eso es gravísimo»*. El ponente aseguró que *«la mayor parte de las resoluciones de la Dirección General son sobre la contratación con entidades financieras, pero cabe recordar que la hipoteca existe al margen de las entidades financieras»*. Refiriéndose a la Resolución de 2 de febrero de 2014, ahondó en que la ley actual despliega un sistema de protección de carácter gradual: un primer nivel universal; un segundo nivel para aquellos casos en que la finca hipotecada es la vivienda habitual, y un tercer nivel en que, además, se añade el hecho de que el préstamo tenga como destino final la adquisición de la misma. Recordó que dicha Resolución también refuerza el ámbito de la calificación registral, reinterpretando el art. 12 de la Ley Hipotecaria, y, por último, recordó que extiende la protección del deudor hipotecario y exige nota manuscrita. Finalmente, reflexionó acerca de la diversidad de préstamos o coberturas hipotecarias, unas donde intervienen entidades financieras y otras donde no intervienen, y valoró la posibilidad de *«hacer un clausulado homologado que deba aplicarse siempre para establecer determinados parámetros que tengan que cumplirse. De no ser así —afirmó—, hemos creado un embrollo de difícil solución que se puede volver en contra de la parte más débil: el ciudadano de a pie»*.

Posteriormente, tuvo lugar la ponencia «Oferta vinculante e información previa a la autorización del préstamo hipotecario», a cargo de Verónica Dávalos, Abogada de Barcelona (ver pág. 69). En la misma, se informó acerca de *«la obligación de la entidad financiera de presentar oferta vinculante, existente hasta la Orden Ministerial de 29 de abril de 2012, que fija que la oferta vinculante no es obligatoria para la entidad bancaria y solo se presentará en caso de que el cliente la solicite, pero sí es necesario el FIPRE (ficha de información precontractual) e importante el FIPER (ficha de información personal)»*, conteniendo información muy exhaustiva y detallada. Asimismo, instó a analizar el papel de los funcionarios públicos que intervienen en el proceso, remarcando la necesidad de que *«en el acto de otorgamiento de la escritura notarial, el Notario verifique que se han cumplido el FIPER y la oferta vinculante, en caso de haberla, así como que se hayan entendido las cláusulas esenciales»*. Finalmente, destacó la importancia de comunicar al ciudadano que, *«en virtud de los artículos 105 y 140 de la Ley Hipotecaria, responderá con bienes presentes y futuros»*, y exhortó a *«la responsabilidad social de todos para conseguir esa protección a la parte más débil en el contrato adhesión»*.

En la intervención final, Ángel Serrano, Notario de Barcelona, presentó la ponencia «Directiva europea sobre “créditos hipotecarios”, reformas pendientes en los préstamos hipotecarios» (ver pág. 93), una directiva que se tendrá que transponer, como muy tarde, al



Vida corporativa

La ley actual despliega un sistema de protección de carácter gradual: un primer nivel universal; un segundo nivel para casos en que la finca hipotecada es la vivienda habitual, y un tercer nivel en que se añade el hecho de que el préstamo tenga como destino final la adquisición de la misma

comienzo del 2016, y que «implicará un cambio bastante substancial de lo que es la práctica habitual actual, tanto en operaciones vinculadas como en cuanto a la información, que tendrá que ser más clara y concisa, así como en buscar soluciones que no sean la ejecución pura y simple, que tendría que devenir en último e indeseado remedio». Afirmó que «el problema es que el Gobierno de España adapte la Directiva mediante real decreto ley, ya que le cuesta mucho trasponer las directivas y ha de saber adaptarla a tiempo y en forma». Tras asegurar que «la Directiva es bastante más revolucionaria que la “sentencia Aziz”», afirmó la necesidad de que «en las facultades, las oposiciones o los manuales se recoja el Derecho vivo, no el del siglo XIX, y que el legislador español no saque las leyes en secreto, sino que presente los anteproyectos a debate». Asimismo, aseguró que «esta Directiva es de mínimos, garantizando a todos los ciudadanos europeos que, como mínimo, tengan las garantías que recoge, sin excluir que el legislador español pueda establecer otras más». Repasó el artículo 1, que «pone el foco en que lo trascendente en el préstamo hipotecario es el derecho contractual, no la hipoteca, que sería la garantía y, por lo tanto, accesorio», y recordó que «la hipoteca ofrece pocos problemas; lo importante es la fase de ejecución, que es la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley del Mercado Hipotecario». El ponente también destacó que la Directiva fija que «lo primero que importa del crédito hipotecario es la publicidad, la oferta, ver si es leal o engañosa; luego, informar claramente del coste del crédito; la información básica y la Ley de Contratos de Crédito al Consumo; especificar la TAE y la FEIN; dar información proporcionada, limitada y con suficiente antelación; la oferta vinculante y el proyecto de contrato; en definitiva, la claridad».

Entre los temas más problemáticos a día de hoy, destacó el artículo 16 de la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero (DOUE de 28 de febrero de 2014), que exige «explicaciones adecuadas» sobre las características principales: cuándo se revisa el euríbor y los efectos específicos. También se indica que en las explicaciones se debe informar de las consecuencias del impago, informar claramente de si los productos entre operaciones vinculadas se pueden rescindir y del cálculo de la TAE, y también incide en la tasación, fijando que «se tiene que sujetar a normas fiables y ser una tasadora suficientemente independiente», así como «fijar la limitación del tipo de riesgo y la conservación de registros históricos para que cualquier ciudadano pueda ver fácilmente cómo han evolucionado los tipos de interés». Mencionó también el artículo 27, que precisa que se ha de comunicar al consumidor cuando cambie el tipo de interés e informar del importe de nuevos pagos, y el artículo 25, sobre reembolso anticipado, «que modifica lo vigente, puesto que debe implicar una reducción del coste total del crédito».

En cuanto al artículo 28, afirmó que «contempla en su ordinal 3 que se puedan imponer recargos —serían los intereses de demora—, pero determinarán el valor máximo de tales recargos». Y, además, en el ordinal 4 se ordena que los Estados Miembros «no impedirán» que las partes con un crédito impagado «puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía del prestamista baste para reembolsar el crédito», que sería una modalidad de la dación en pago. Además, deberán los Estados Miembros adoptar «medidas que faciliten el reembolso en aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, con el fin de proteger al consumidor», lo que sería la «segunda oportunidad o fresh start». Para finalizar, recordó que «la Constitución española garantiza la dignidad de la persona, y ello debe tenerse presente como límite a la ejecución».

La clausura corrió a cargo de Santiago Ballester, Director General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña, quien destacó «la gran relevancia social de los temas tratados» y afirmó que, a pesar de la limitación de competencias de la Generalitat de Cataluña en este ámbito, «a través de la mediación y, especialmente, de la modificación de la Ley de Consumo —actualmente tramitándose en el Parlamento—, intentamos concretar el derecho de información al consumidor, la transparencia de las cláusulas hipotecarias, limitar abusos en los intereses de demora y fomentar la mediación». Finalmente, recogiendo las distintas opiniones expresadas durante la Jornada, afirmó que «la Ley 1/2013 no ha resuelto los problemas de los deudores hipotecarios y la garantía hipotecaria, que continúa planteando graves problemas de interpretación. Hay que buscar soluciones para las familias endeudadas, es necesaria una función pedagógica informativa y hay que obligar a las entidades financieras a informar de forma clara y evitar situaciones como la de hoy en día, en la que el legislador legisla como lo ha hecho».



Jornada práctica sobre pactos sucesorios del Derecho Civil catalán



Los pactos sucesorios, tras las reformas introducidas en el Libro IV del Código Civil catalán, fueron ampliamente expuestos en el transcurso de la Jornada

El 12 de marzo, el Colegio organizó la Jornada «Una aproximación práctica a los pactos sucesorios del Derecho Civil catalán», coorganizada junto con la Asociación de Especialistas en Derecho de Sucesiones. En el transcurso de la misma, se hizo un amplio repaso a la tipología, plasmación escritural —documental— y relación con los protocolos familiares.

En la inauguración, Ramon Pratdesaba, Presidente de la Asociación de Especialistas en Derecho de Sucesiones, destacó *«la transversalidad del ámbito sucesorio»* y la *«necesidad de vencer determinadas reticencias a aplicarlos»*. También remarcó que los pactos suponen una de las principales novedades del Libro IV, en el que se hace un trato renovado de la institución, y afirmó que *«existe una tendencia a recuperar los pactos, que habían caído en desuso, y reintroducirlos»*. También destacó *«su gran papel en la prevención del conflicto sucesorio y familiar, por ser elevado el pacto de autorregulación y no poderse modificar posteriormente de forma unilateral»*. Quiso destacar la utilidad de los pactos para los ciudadanos y recordó que en 2015 entrará en vigor la disposición 650 del Consejo de la Unión Europea, que propiciará que los países que hasta el momento no aceptaban el pacto sucesorio, a partir de entonces, lo reconozcan.

Por su parte, el Notario Jesús Gómez Taboada analizó los artículos referentes a pactos sucesorios del Libro IV, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, y afirmó que *«en cinco años, ya hemos visto la utilidad de estos pactos sucesorios; el legislador ha cumplido y ahora nosotros tenemos la responsabilidad de dar a conocer estas instituciones para resolver problemas»*. Pese a no disponer de estadísticas, aseguró que *«se percibe un aumento de los pactos»*, y aportó el dato de que en el año 2013, en Cataluña, el 23 % de los documentos que se autorizaron en las notarías fueron de derecho sucesorio —concretamente, un 2 % fueron declaraciones de herederos; un 12,5 %, testamentos, y un 8,5 %, aceptaciones de herencia. Posteriormente, repasó, por un lado, la esencia del pacto sucesorio, afirmando que *«el principal foco de atracción*



Vida corporativa

El principal foco de atracción del pacto sucesorio es la irrevocabilidad, siendo por ello exigible la edad de 18 años —a diferencia de los 14 años para testar— y la elevación a escritura pública

es la irrevocabilidad», siendo por ello exigible la edad de 18 años —a diferencia de los 14 años para testar— y la elevación a escritura pública; por otro lado, expuso diversos supuestos de casos prácticos resueltos con pacto sucesorio.

Por su parte, el Notario Lluís Jou expuso la utilidad de disponer de un estudio cuantitativo y cualitativo sobre los pactos sucesorios, que se está llevando a cabo con la colaboración de diversas notarías y de la Universidad de Barcelona y que permitirá obtener datos estadísticos para conocer de forma adecuada los usos y la evolución en la introducción de la aplicación de los pactos tras las modificaciones introducidas en el Libro IV del Código Civil de Cataluña. Expuso las tipologías de pactos sucesorios, el esquema habitual de los pactos anteriores, la visión práctica y los datos extraídos en su propia Notaría en el período 2009-2012. En cuanto a la tipología, recordó la existencia de los pactos de atribución —«que dan libertad para prácticamente todo, pueden ser a favor de los otorgantes o de terceros y cuyos beneficiarios no tienen límite»— y de los pactos de renuncia —«limitados por lo previsto en el artículo 451/26 en relación con la legítima futura». Jou expuso también la existencia de pactos de herencia —describiendo los heredamientos simples y los cumulativos, y exponiendo el heredamiento puro y el mutuo— y de pactos de atribución particular —incluyendo estos los vinculantes y los no vinculantes.

En cuanto a los heredamientos anteriores a las novedades del Libro IV, Jou afirmó que «eran pactos sucesorios establecidos dentro de pactos matrimoniales y, por regla general, se pueden clasificar en cuatro tipos: 1) heredamientos a favor de los contrayentes; 2) casos en que se casaban entre ellos y fijaban usufructuarios viuales; 3) casos en que se casaban entre ellos y fijaban pacto a favor de los hijos que tendrían, a menudo hechos con carácter preventivo o prelativo, y 4) aquellos que se casaban y renunciaban a la legítima futura en el supuesto de la sucesión intestada del causante impúber, para evitar el traspaso de patrimonio entre familias». El ponente afirmó que «el Libro IV ha pretendido poner todo esto al día, hacer evidente que no son necesarios capítulos matrimoniales para hacer pactos, abrir el margen de parientes que pueden pactarlos y subrayar que son posibles pactos de atribución particular, lo que era bastante discutible con la legislación anterior». En cuanto a los datos extraídos de su propia experiencia en la Notaría en el período 2009-2012, afirmó que, en el ámbito sucesorio, se firmaron 1.618 testamentos, 129 actos de declaración de herederos, 12 pactos sucesorios, 1 donación por causa de muerte y 4 renunciaciones a legítima futura, otorgadas siempre con ocasión de donaciones, «datos que suponen un 1 % de pactos frente a un 99 % de testamentos». Sistematizando los pactos firmados, la mayoría pretendieron prevenir conflictos futuros, «casi siempre pensando en el posible cambio de opinión de uno de los dos progenitores ante una posible pérdida de capacidad, pero, sobre todo, de voluntad». En otros casos, el motivo fue asegurar la transmisión del patrimonio familiar, mantener la unidad matrimonial del patrimonio y, finalmente, alguno fue de renuncia a la legítima, en un momento en que la donación a los hijos era más favorable que la herencia.

Para finalizar su intervención, Lluís Jou citó, como ventajas del pacto sucesorio, «ofrecer la garantía de una voluntad meditada, sobre todo en el caso de personas que han alcanzado los 70 años, con la cabeza clara y sabedores ya de la situación de sus hijos». También afirmó que «ofrece la posibilidad de partir dos patrimonios haciendo una unidad», y recordó la utilidad de «la irrevocabilidad de los pactos cuando llegas a la viudez», así como aseguró que «si el pacto se establece solo entre marido y mujer, tiene muy pocos riesgos». Por todo ello, afirmó que «entre todos tenemos que encontrarles todavía muchas más ventajas y debemos perderles el miedo. Y para ello es básico pensar que son irrevocables entre quienes los pactan, pero que no necesariamente deben incluir a los hijos. Mientras los padres tengan la llave, no debería ser tan complicado introducirlos».

Finalmente, las abogadas Pilar Pérez Valenzuela y Arancha Tobaruela Carrera, del bufete Garrigues, expusieron la perspectiva práctico-jurídica de los pactos sucesorios y los protocolos familiares. De este modo, afirmaron que «alrededor de un 70 % de los protocolos familiares que hacemos acaban en pacto sucesorio», y expusieron, paso a paso, la preparación del protocolo familiar, con las fases de elaboración y claves de éxito y los pactos más habituales, recalando en los pactos de atribución particular y el decálogo de preguntas que el cliente debe saber contestar. En su exposición, aseguraron que «el éxito radica en enfocarlo como un proceso que afronta la familia, con una primera fase estratégica y de reflexión, y, posteriormente, trabajar su desarrollo jurídico, a través de normas y pactos, así como crear aquellos órganos que tienen por objeto el seguimiento del protocolo y la adaptación de cambios en la familia o la empresa». Consideraron relevante el dato de que «el 70 % de las familias que buscan un protocolo



lo ven como solución a un conflicto, basándose mayoritariamente en problemas de comunicación en la familia; un 20 % aparece en situación de conflicto familiar, y un 10 % viene a planificar». Así, aseguraron que «no es conveniente iniciar un proceso de protocolo familiar cuando hay un conflicto familiar muy alto que no se quiere resolver; cuando existe un duelo reciente; cuando la siguiente generación es muy joven, o bien cuando existe una muy baja motivación o compromiso». En cuanto a la naturaleza jurídica del protocolo familiar, expusieron que el objetivo de dicho acuerdo marco es, mayoritariamente, «asegurar un modelo de continuidad dentro de la consanguinidad y definir un código de conducta de los accionistas, debiendo ser revisado periódicamente para adaptarlo a los cambios que pueda haber en la familia, el mercado, la economía o la empresa». En cuanto al contenido del protocolo, expusieron los pactos de familia, los pactos entre socios y los pactos de implementación, destacando la sucesión *mortis causa*, que queda resuelta con un pacto sucesorio de atribución particular, así como el hecho de que el pacto sucesorio también puede incorporar a todo el protocolo familiar. El protocolo familiar, según afirmaron, «permite regular muchas cuestiones, y, concretamente, el pacto sucesorio de atribución particular busca dar cumplimiento a la voluntad de las partes, así como ofrecer la garantía al otorgante de que su voluntad se va a cumplir, y a la inversa».

Introduciéndose en el contenido más habitual de un pacto sucesorio en relación con un protocolo familiar, las ponentes afirmaron que «las cláusulas que siempre recomendamos en un pacto sucesorio de atribución particular son la determinación de los firmantes, las manifestaciones y antecedentes, el objeto y su finalidad». En cuanto a las atribuciones particulares, afirmaron considerar «cláusulas interesantes: la de quiénes son los beneficiarios y qué distribución haremos; las sustituciones vulgares; condiciones, cargas y modos sucesorios; supuestos de usufructo de cónyuges; sustituciones preventivas de residuo y sustituciones fideicomisarias; la de administración especial; la de modo sucesorio, así como la de reservas de modificación de porcentajes o de transmisión inter vivos». También expusieron el tema de la conservación del pacto sucesorio, su modificación o revocación del pacto y la publicidad. A modo de reflexión final, aseguraron que «la nueva regulación parecía que había de ser solución a todos los problemas», pero cabe tener en cuenta que los pactos sucesorios «en la práctica son un arma de doble filo: vinculan, pero también limitan. Es por ello —concluyeron— que quien quiere un acto sucesorio debe saber muy bien en qué consiste y qué alcance tiene».

Las cláusulas que se suelen recomendar en un pacto sucesorio de atribución particular son la determinación de los firmantes, las manifestaciones y antecedentes, el objeto y su finalidad

En la intervención final, Ramon Pratdesaba focalizó su exposición en los pactos sucesorios de atribución particular, de los que afirmó que «permiten pensar en la propia muerte, reflexionar y localizar el conflicto, tratarlo separadamente, llegar a un acuerdo y firmarlo», recordando que «el favorecido por el pacto sucesorio de atribución particular, independientemente del heredero, puede tomar posesión por sí mismo de esa atribución, siendo interesante también su imputación a la legítima». Recordó también la posibilidad de modificarlo, en caso de acuerdo, y la importancia de «complementarlo con el testamento o un pacto sucesorio general». En cuanto a su tratamiento legal, recordó que el pacto sucesorio de trato general también es aplicable al pacto sucesorio de atribución particular, y afirmó no tener precedentes jurisprudenciales, ya que «muchos pactos todavía están sobre papel y sin aplicar».

Finalmente, Pratdesaba afirmó que «desde el 1 de enero de 2009, con el Libro IV del Código Civil catalán, el empresario catalán dispone de un nuevo instrumento jurídico para ordenar la transmisión del patrimonio familiar», un tema que le preocupa habitualmente y que «en Cataluña se había resuelto tradicionalmente con la sucesión contractual a través de los heredamientos estipulados en capítulos matrimoniales, pensados para economías agrarias y que claramente habían quedado desfasados». Sobre las diferencias entre el pacto sucesorio y el testamento, afirmó que, «mientras este último es un acto unilateral y personal en el que solo participa la voluntad del otorgante, los pactos sucesorios son contratos que requieren del consenso de los firmantes, es decir, de la concurrencia de voluntades», así como la necesidad, en el caso de los pactos, de ser elevados a escritura pública. Recordó que «tanto en el testamento como en los pactos, el beneficiario no adquiere sus derechos hasta que se produce la muerte del causante», y la importancia de tener presente que «la nulidad, separación matrimonial, divorcio o cese de la convivencia en una pareja de hecho no altera los efectos del pacto sucesorio, a menos que se haya especificado lo contrario». Concluyó que «es evidente que son múltiples los escenarios en que se plantea la conveniencia de firmar un pacto sucesorio y, por lo tanto, se trata de un instrumento que hay que tener en cuenta y que puede ser muy útil para el empresario que quiera abordar con éxito la sucesión del patrimonio familiar».



Conferencia de Jaime Lamo de Espinosa sobre la figura de Joaquín Costa



Lamo de Espinosa expuso la figura de Joaquín Costa como jurista, agrarista y regeneracionista

El pasado 24 de febrero, Jaime Lamo de Espinosa, Catedrático Emérito de Economía, Ingeniero Agrónomo y Exministro de Agricultura, pronunció en el Colegio la conferencia «Joaquín Costa: Jurista, agrarista y regeneracionista».

En un acto presidido por Joan Carles Ollé, Decano del Colegio, en su introducción, Ollé quiso destacar que Costa *«fue una figura jurídica e intelectual de primer orden, quien planteó un profundo regeneracionismo en el sentido más amplio, y un Notario con ideas muy vigentes aún»*. Y manifestó ser considerado *«un avanzado a su época»*, dado que, ya en la época de debate de la Ley del Notariado, aprobada en el año 1862, *«reivindicó la función pública del Notario, propuesta absolutamente vigente hoy en día, en que, más que nunca, la figura del Notario se centra en el servicio al ciudadano y este constituye el centro neurálgico de la profesión»*.

El conferenciante destacó el amplio abanico de ámbitos en que Costa destacó, entre ellos, *«como universitario, Historiador, Jurista, Notario, Abogado del Estado, polígrafo, articulista, ensayista, conferenciante, orador, Profesor de instituto de libre enseñanza, aragonés y patriota»*. A pesar de que muchos han intentado apropiarse ideológicamente de su pensamiento y de su persona, aseguró que *«era un español de todos, desgarrado por la crisis que le impulsa a defender la regeneración y a apostar por hacer una España nueva y, sobre todo, europea»*. En los treinta años reales de pro-

ducción de obra, comprendidos entre el final de la Primera República y la llegada de Alfonso XII, destaca su extensa obra, siendo la más crítica *Oligarquía y caciquismo*, que constituye una denuncia enorme del sistema político canovista de la Restauración.

Como Jurista, Lamo de Espinosa destacó *«ser un Jurista colosal, siendo su carrera y su oficio»*, actuando primero como Profesor y Letrado e ingresando posteriormente en el cuerpo notarial, en el año 1888, como Notario en Jaén, obteniendo el número uno de su promoción. Solo ingresar, el ponente quiso exponer que *«ya escribe sobre la necesidad de la reorganización del Notariado, del Registro y de la Administración de Justicia, hecho que muestra su fuerte personalidad»*.

Posteriormente, comienza a destacar como político —a pesar de que no legisló nunca— y agrarista. En este sentido, vivió la crisis de finales del siglo XIX, que define como *«fundamentalmente agraria y solo evitable bajo el punto de vista agrario»*, afirmando que *«la salvación pasa por convertir las tierras en tierras de regadío»*. El tema hidráulico es su gran



obsesión, siendo su obra de referencia *Política hidráulica* (1880). En este sentido, siempre defendió «una España de frutales, viñas y olivos», así como el librecambismo y la teoría del libre arancel.

En lo que concierne a su vertiente regeneracionista, que el conferenciante ubicó sobre todo en el período 1868-1874, en un momento de profunda crisis económica, Joaquín Costa reclama «disminuir la deuda y clama contra el gasto público». Habla de una crisis constitucional dentro de la crisis de la nación y plantea cambios radicales en la aplicación de recursos, dedicando más dinero a educación e investigación, «como factor imprescindible para rehacer al español en un molde europeo». Así, habla de aumentar la productividad; mejorar las infraestructuras; favorecer el crédito; cambiar la legislación social; sanear y europeizar la moneda, y cambiar la educación nacional, «de manera que se recupere la confianza europea en España». Asimismo, reclama un poder judicial digno; más poder local; renovar el liberalismo abstracto y realista por neoliberalismo orgánico —y sustantivo—, y construir lo que llama Unión Ibérica.

Lamo de Espinosa cerró su intervención afirmando que, como él mismo se definía, «Joaquín Costa era un "labriego aragonés forrado de intelectual" y representó la lucha por la tradición desde la tradición misma, además de llenar la España del momento de ideas para transformarla. En definitiva, fue un excepcional Notario y Abogado del Estado, singular agrarista, gran definidor de la política agraria y el mejor de nuestros regeneracionistas».

Conferencia del Embajador alemán Reinhard Silberberg sobre la política europea de la gran coalición

El 9 de abril, tuvo lugar en el Colegio la conferencia «La política europea de la gran coalición», a cargo de Reinhard Silberberg, Embajador de Alemania. En la presentación del acto, el Notario Javier Martínez Lehmann expuso sus dudas acerca de «si la política europea actual camina hacia la desunión o hacia el firme propósito de avanzar y profundizar en la integración de los estados», y afirmó que en los actuales momentos de crisis —primero, financiera; después, económica, y, posteriormente, institucional— «quedan lejos las teorías de muchos economistas en el año 2005, en que hablaban de una economía con fundamentos y bases muy sólidas, de políticas de crecimiento y de rigor presupuestario». Aun contando con el euro en países que no comparten política fiscal, ni económica, ni legislación laboral común, Martínez Lehmann se preguntó si es posible una Europa unida y competitiva, para la que consideró fundamental «facilitar el acceso a la financiación de empresas y particulares en términos de equidad con otros países, que los recursos para la educación sean proporcionales entre los países tanto cuantitativa como cualitativamente y la adopción en Europa de una política exterior común y de crecimiento, así como en lo que se refiere a la distribución de riqueza».

Reinhard Silberberg expuso, en primer lugar, la visión que los alemanes tienen de nuestro país, describiendo «un endeudamiento demasiado alto; un sistema de pensiones insostenible; un sistema político con duplicaciones y una burocracia sobredimensionada; un sistema de sanidad público caro y poco eficiente; una economía que ha perdido competitividad, y unos costes laborales que han subido». Una situación, según comentó, «como la de la Alemania de 2003». En este contexto, el ponente afirmó que la agenda de reformas puesta en marcha en Alemania es similar a la de España, allí consistente en modificar la Constitución para separar

Silberberg comparó la actual situación de nuestro país con la Alemania de 2003



Vida corporativa



El embajador de Alemania habló de la agenda reformista y de la coalición de gobierno alemana

competencias entre el Estado y los distintos territorios, así como en reorganizar sus relaciones financieras, en la reforma del sistema de pensiones y en la del sistema sanitario, lo que supuso «un alto coste político, económico y social». La diferencia entre ambos países, explicó, radica en que «Alemania hizo la reforma en el marco de un entorno financiero e internacional tranquilo, mientras que España debe aplicar una agenda reformista en el contexto de un clima volátil». Asimismo, aseguró que «tras las reformas, los resultados llegan con un retraso de tres o cuatro años, de modo que, actualmente, Alemania goza de buena salud —paro inferior al 6 % e índices positivos en cuanto al crecimiento económico—, mientras que España todavía tiene una tasa de paro muy elevada que es difícil de reducir [este es el gran desafío] y un gasto en I+D del 1,3 %, muy inferior al deseable 3 %». «Además —prosiguió— existe un déficit en formación profesional y es un problema la corrupción, que existe en todas partes, pero ante la que se debe actuar». El Embajador alemán afirmó que su país confía en la capacidad innovadora de este país, como lo demuestran las más de 1.100 empresas alemanas instaladas en España, que facturan 73.000 millones de euros al año, un 7 % del producto interior bruto, y en las que trabajan 350.000 españoles.

Finalmente, expuso la gran coalición existente en Alemania entre los dos grandes partidos políticos, «en la que rige el compromiso europeo y que fija como prioridades combatir la crisis en la Unión Europea, una crisis no solo económico-financiera, sino también política, para la que hemos tenido que desarrollar nuevos instrumentos, como los fondos de rescate, así como crear tratados que incorporen estos instrumentos ante el papel tan debilitado del Parlamento Europeo, a la vez que avanzar en la soberanía europea, aun siendo conscientes de que es muy difícil de conseguir, ya que se parte de concepciones económicas muy distintas».



Jaume Vicens Vives y la crisis del siglo XX



El historiador Miquel Àngel Marín Gelabert repasó la biografía y obra de Jaume Vicens Vives

En un acto que se celebró en el Colegio el pasado 18 de marzo, el Historiador Miquel Àngel Marín Gelabert (Palma de Mallorca, 1972) pronunció la conferencia «Jaume Vicens Vives y la crisis del siglo XX», en la que repasó la biografía de este reconocido Historiador catalán (1910-1962), de referencia en toda Europa, cuya área de estudio se centró en la Cataluña de la Baja Edad Media, para acabar siendo considerado como principal autoridad en la historia económica y social.

Juan José López Burniol, Notario de Barcelona, introdujo al ponente, investigador en el Departamento de Ciencias Históricas de la Universitat de les Illes Balears, con una formación y una trayectoria ampliamente europeas y autor de una docena de estudios en libros colectivos y en revistas especializadas, así como de *Jaume Vicens Vives. La crisis del siglo XX (1919-1945)*, reedición de *Historia general universal*, obra publicada originalmente a principios de los años treinta, de la que Vicens Vives sería el encargado de la actualización de sus contenidos, libro que fue objeto de su exposición.

Gelabert inició su intervención recordando la estrecha relación de Vicens Vives con el Colegio, de quien recibió el Premio Antoni Par en su segunda edición, en el año 1951, así como con el Archivo Histórico de Protocolos de Barcelona, además de recordar su amistad con el Notario Raimon Noguera, quien apoyó financieramente sus publicaciones, así como las de sus discípulos.

Con objeto de hacer un repaso al libro *Jaume Vicens Vives. La crisis del siglo XX*, con base en el redactado por Vicens Vives en un tiempo polémico, durante los primeros años cuarenta, el conferenciante realizó una aproximación biográfica a Vicens Vives hasta 1947, afirmando que «no se le puede valorar sin la contextualización necesaria de su producción». Así, explicó que la



Vida corporativa

El libro destaca las raíces cristianas de todo proyecto europeo y, por extensión, mundial; expone el papel del liberalismo y su oposición radical a la autarquía, y alerta de la peligrosidad de los conflictos exacerbados

Guerra Civil supuso «una ruptura traumática de los espacios de la experiencia y en sus horizontes de expectativas —él era ya Catedrático de instituto y Profesor de universidad—; tomó la decisión de quedarse y hubo de adaptarse al nuevo régimen, habiéndose de presentar al Ejército, siendo depurado como Catedrático de instituto y siendo investigado en la causa general». Gelabert también repasó la obra de Vicens Vives desde su primera obra, *Política del rey católico en Cataluña*, pasando por *España: geopolítica del Estado y del Imperio* e *Historia general moderna*, así como su obra periodística, publicada mayoritariamente en la revista *Destino*, además de su abordaje de dos grandes proyectos editoriales: la creación de Teide y sus proyectos editoriales en la editorial Gallach.

Antes de abordar el libro *Jaume Vicens Vives. La crisis del siglo XX*, el ponente expuso su obra sobre geopolítica escrita bajo el pseudónimo de Lorenzo Guillén y, posteriormente, se adentró en la gestación del texto histórico, escrito bajo doble censura —administrativa y académica—, lo que hizo necesaria una adaptación al pensamiento político y a los usos públicos de la historia. Así, repasó, entre sus principales características, su enfoque a la formación de las nuevas élites; el recurso del caudillismo y liderazgo —utilizando la figura de Fernando el Católico—; el antiliberalismo y el anticomunismo; un sentido unitario de la historia de España —sobre todo la del siglo XVII—; las referencias al cristianismo y a la tradición como elemento constitutivo de la nación; el origen renacentista de las formas políticas contemporáneas, y el papel esencial de las élites políticas. Finalmente, en referencia a la estructura interna, repasó los seis apartados de que consta el libro y, como conclusiones principales, destacó que, en cuanto a formas políticas, insta a propiciar instituciones de representación que asegurasen un orden jurídico internacional; destaca las raíces cristianas de todo proyecto europeo y, por extensión, mundial; expone el papel del liberalismo y su oposición radical a la autarquía; alerta de la peligrosidad de los conflictos exacerbados —responsabilizando al comunismo de las democracias liberales y el ascenso del fascismo—; expone la necesidad de la sociedad civil y de las élites rectoras, y profundiza en el determinante papel de la burguesía.

Reglas para la publicación de trabajos en **LA NOTARIA**

1. **CORRESPONDENCIA.** Los originales se remitirán, en todo caso, a: lanotaria@catalunya.notariado.org
La primera página incluirá *necesariamente* el título, nombre completo del autor, datos de contacto, una dirección de correo electrónico, y, libremente otras circunstancias identificadoras en un máximo de tres medias líneas (pegadas al margen derecho).
2. **REMISIÓN y FORMATO.** El original deberá remitirse por correo electrónico y *necesariamente* en formato Word (excepcionalmente y previa autorización cabrá en formato convertible).
3. **EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS:** Los trabajos deberán ser *originales*, sin haberse publicado con anterioridad, ni en papel, ni en cualquier otro formato, entendiéndose revocada automáticamente la aceptación si se publicase en el ínterin, salvo excepcionalmente —y previa autorización— en idiomas que no sean los de trabajo de la revista o en formatos no habituales.
 - *Los artículos doctrinales* tendrán una extensión de unas 30 caras de folio (incluidas notas, conclusiones y bibliografía, e incluso anexos), en *Times New Roman 12*, espacio sencillo y con notas a pie de página en *Times New Roman 10*.
 - *Los artículos prácticos* no deberían sobrepasar las 10/15 caras de folio; y,
 - *Los comentarios de sentencias o resoluciones* unas 5 caras de folio, siempre con división en los correspondientes epígrafes y subepígrafes.
4. **ACEPTACIÓN.** La redacción de la revista dará acuse, vía e-mail, del recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a *informe confidencial*. El resultado de los informes se comunicará a los interesados (en el tiempo más breve posible, de acuerdo con las normas habituales) y sólo podrá ser uno de los siguientes:
 - La aceptación del trabajo y número en que se publicará.
 - La aceptación condicionada a que se acomode la extensión del trabajo o su presentación.
 - La no aceptación del trabajo.
5. **PUBLICACIÓN.** De los trabajos aceptados se indicará el número de la revista en que se publicará, salvo que por circunstancias excepcionales tenga que posponerse, lo que con suficiente antelación se comunicará.
6. **NORMAS DE EDICIÓN.** Los *artículos doctrinales* necesariamente deberán remitirse en *catalán o castellano* (aceptando el autor la traducción al uno y al otro, dada la edición bilingüe de *La Notaria*; para otros idiomas se requerirá autorización al efecto) y, también, deberán llevar aparato bibliográfico, lo que no será necesario en los prácticos o comentarios de sentencias o resoluciones.
 - *No puede utilizarse negrita* (salvo en los epígrafes o subepígrafes), ni subrayado en ningún caso.
 - *Notas a pie de página.* Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente.
 - *Citas.* Las citas se sujetarán a las reglas habituales, según se trate de libro, artículo de revista, artículo en obra colectiva, Internet o revistas electrónicas, indicando los apellidos en mayúsculas y no siendo necesario el nombre salvo que pudiera haber confusión. Los posibles cambios o comentarios en las citas literales deberán indicarse encerrándolos entre corchetes.

www.colnotcat.es

Ya puedes consultar la revista **La Notaria** y el **Boletín mensual on line**.

Entra en www.colnotcat.es y accede a la sección **Publicaciones**.

Así de fácil, así de cómodo, así de rápido.

Recuerda que los notarios también pueden consultar ambas publicaciones desde la Intranet colegial.

