



# Cuadernos de Derecho y Comercio **67**

**Consejo General  
del Notariado**

**Junio  
2017**





# Cuadernos de Derecho y Comercio 67

Junio 2017  
Revista semestral  
Consejo General del Notariado

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro, incluido el diseño de la cubierta, puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org), si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado  
General Martínez Campos, 46 - 28010 Madrid  
Correo de contacto: [cdc@notariado.org](mailto:cdc@notariado.org)

Distribución: Editorial DYKINSON, S. L. - Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfonos (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISSN: 15757-4812  
Depósito Legal: M-1339-1987

*Preimpresión:*  
*SAFEKAT, S. L.*  
*Laguna del Marquesado, 32 - Naves J, K y L*  
*Complejo Neural - 28021 Madrid*  
[www.safekat.com](http://www.safekat.com)

*Imprime:*  
*GRAMADOSA, S. L.*  
*Avda. Moncayo, 2 - San Sebastián de los Reyes (Madrid)*

## CONSEJO DE DIRECCIÓN

PRESIDENTE

Adolfo Príes Picardo

DIRECTORA

Cristina Marqués Mosquera

SECRETARIA

María Teresa Barea Martínez

## CONSEJO DE REDACCIÓN

|                                                                                                                                    |                                                                                                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Jesús Alfaro Águila-Real<br>Profesor titular de Derecho Mercantil<br>de la Universidad Autónoma de Madrid                          | José Manuel García Collantes<br>Notario de Madrid                                                                    |
| Carmen Alonso Ledesma<br>Catedrática de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Complutense de Madrid                               | Rafael Illescas Ortiz<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Carlos III de Madrid                  |
| Alberto Alonso Ureba<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Rey Juan Carlos de Madrid                            | Josep Massaguer Fuentes<br>Catedrático de Derecho Mercantil de<br>la Universidad Pompeu Fabra de Bar-<br>celona      |
| M. <sup>a</sup> Luisa Aparicio González<br>Profesor titular de Derecho Mercantil<br>de la Universidad Autónoma de Madrid           | Xavier O'Callaghan Muñoz<br>Catedrático de Derecho Civil. Magis-<br>trado de la Sala Primera del Tribunal<br>Supremo |
| José M. <sup>a</sup> de la Cuesta Rute<br>Catedrático emérito de Derecho Mer-<br>cantil de la Universidad Complutense<br>de Madrid | Santiago Ortiz Navacerrada<br>Catedrático de Derecho Procesal                                                        |
| Alberto Díaz Moreno<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad de Sevilla                                            | José Cándido Paz-Ares Rodríguez<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Autónoma de Madrid          |
| José Miguel Embid Irujo<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad de Valencia                                       | Fernando Rodríguez Artigas<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Complutense de Madrid            |
| Salvador Torres Ruiz<br>Notario de Granada                                                                                         | Angel Rojo Fernández-Río<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Autónoma de Madrid                 |
| Gaudencio Esteban Velasco<br>Catedrático de Derecho Mercantil de la<br>Universidad Complutense de Madrid                           | Patricio Toscano Romero<br>Abogado del Estado                                                                        |



## COLABORADORES PERMANENTES

|                                          |                                         |
|------------------------------------------|-----------------------------------------|
| Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny          | María del Rosario de Miguel Roses       |
| Leticia Ballester Azpitarte              | Rafael Morales Gordillo                 |
| Ana Isabel Berrocal Lanzarot             | Juan Pérez Hereza                       |
| Luis L. Bustillo Tejedor                 | Ignacio Pérez-Olivares Delgado          |
| Lucía Cagigas Courel                     | Carlos Pérez Ramos                      |
| Antonio Domínguez Mena                   | Jorge Prades López                      |
| Cristina Fernández Cámara                | Francisco Javier Ramírez González       |
| Íñigo Fernández de Córdoba Claros        | Cristina Requena Torrecillas            |
| María Teresa García Ludeña               | Íñigo Revilla Fernández                 |
| José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz | Amanay Rivas Ruiz                       |
| Juan Gómez-Riesco Tabernero de Paz       | Rocío Rodríguez Martín                  |
| Miguel Llorente Gonzalvo                 | Fernández Rodríguez Prieto              |
| Antonio Lopera Perales                   | Luis Rojas Martínez del Mármol          |
| María López Mejía                        | Jorge Sáez-Santurtún Prieto             |
| Manuel Lora-Tamayo Villaceros            | José Francisco Velasco Peche            |
| Jesús Lleonart Castro                    | Miguel Vicente-Almazán Pérez de Petinto |
| Jesús Martínez-Cortés Gimeno             | Blanca Villanueva García-Pomareda       |
| Ignacio Martínez-Gil Vich                | María de Zulueta Segarra                |

## COMITÉ EVALUADOR EXTERNO

Josefina Boquera Matarredona  
Catedrática de Derecho Mercantil  
Universidad de Valencia

Francisco José León Sanz  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad de Huelva

Andrés Recalde Castells  
Catedrático de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid



## SUMARIO

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| IN MEMORIAM, Nuestro compañero <i>Joaquín Zejalbo Martín</i> ..... | 11 |
|--------------------------------------------------------------------|----|

### ESTUDIOS DOCTRINALES

|                                                                                                                                                                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| La protección jurídica de vendedores y financiadores en las compraventas a plazos de bienes muebles / Legal protection of vendors and lenders in sales of chattels on instalment plans, por <i>Manuel Pino Abads</i> ..... | 15 |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                          |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| La venta extrajudicial del bien inmueble hipotecado / Out-of-court sale of a mortgaged property, por <i>Federico Adan Domenech</i> ..... | 83 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                                                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Marcas olfativas, <i>sensory branding</i> y reglamento UE 2015/2424 / Scent trademarks, sensory branding and regulation (EU) 2015/2424, por <i>Cristina Fernández Cámara</i> ..... | 135 |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

### PRÁCTICA JURÍDICA

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| De nuevo sobre la irregularidad societaria (repaso de un tema clásico desde las últimas novedades legales y jurisprudenciales) / Once more on corporate irregularities (review of a classic topic regarding the latest novelties in statute and case law), por <i>Ricardo Cabanas Trejo</i> ..... | 157 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

### FISCALIDAD DE LA EMPRESA

|                                                                                                                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Retribución de administradores: la nube que terminó en tormenta / Remuneration of directors: the cloud that became a storm, por <i>Abel García Rodríguez</i> ..... | 215 |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|

## SUMARIO

### ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

#### *Derecho contractual*

- Cuestiones varias en torno a la situación jurídica del fiador / Sundry issues concerning the legal situation of parties standing surety, por *Ana Isabel Berrocal Lanzarot* ..... 225

#### *Derecho societario*

- Comentarios a la sentencia de 26 de marzo de 2015, de la Audiencia Provincial de Barcelona, tras la nueva entrada en vigor del artículo 348 bis de la ley de sociedades de capital / Comments on the judgment dated march 26th, 2015, from the provincial court of appeal in Barcelona following the entry into force of article 348 bis of the capital corporations act, por *Luis Alcoz Coll* ..... 291

- Podere­s extranjeros y juicio de equivalencia / Foreign powers of attorney and consideration of their equivalence, por *Jesús Martínez-Cortés Gimeno* ..... 303

#### *Derecho concursal*

- Registro de la propiedad y cierre en falso del concurso: un *thriller* en tres episodios..., que ya veremos cómo acaba / Property register and early closure of insolvency: a thriller in three episodes... we will see how it ends up, por *Ricardo Cabanas Trejo* y *Leticia Ballester Azpitarte* ..... 323

### RECENSIONES

- Garantías de la responsabilidad societaria. Su análisis en derecho español y derecho comparado y sus antecedentes en derecho romano, por *M.<sup>a</sup> Teresa García Ludeña* ..... 347

## IN MEMORIAM

Nuestro compañero *Joaquín Zejalbo Martín*

La mañana del pasado 30 de mayo nos trajo la triste noticia de que nuestro querido compañero Joaquín ZEJALBO había fallecido en un accidente de tráfico.

Andaluz de pro, Joaquín era un hombre estudioso y cabal y en esta revista tuvimos la suerte de contar con su inestimable colaboración desde 2013 en la sección «La fiscalidad de la empresa», donde nos dejó como legado varios artículos de calado y gran interés práctico.

Como notario comenzó su carrera tras aprobar las oposiciones de Burgos de 1984 en Beniganim (Valencia), continuó su andadura profesional en Montilla y llevaba varios años desempeñando su profesión en Lucena a la fecha de su trágica muerte.

Su interés por la historia le movió a participar en diversos congresos e investigaciones, destacando su labor sobre el novelista Juan Valera y su entorno social y familiar en Cabra, ciudad de sus antepasados.

En el ámbito jurídico se había especializado en temas fiscales, hasta el punto de haberse convertido en uno de los notarios que más sabía de fiscalidad en España. En esta materia hay que destacar su labor como miembro del equipo de redacción, desde 2006, de la *web* [notariosyregistradores.org](http://notariosyregistradores.org), donde coordinaba la Sección de Fiscal.

Por todo ello, nuestro más sincero agradecimiento a su labor y entrega.

*Requiescat in pace.*

Madrid, junio de 2017

Cristina Marqués Mosquera  
*Directora de Cuadernos de Derecho y Comercio*



## **ESTUDIOS DOCTRINALES**



# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE VENDEDORES Y FINANCIADORES EN LAS COMPRAVENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES \*

MANUEL PINO ABAD  
*Prof. Titular Universidad de Córdoba*

## RESUMEN

La compraventa a plazos resulta ser un eficaz agente de desarrollo económico y social que dinamiza la producción y la demanda de los bienes muebles duraderos al facilitar a las clases sociales menos pudientes la disponibilidad inmediata de los mismos pese a carecer de la suficiente liquidez para su adquisición. Sin embargo, esta situación provoca un desequilibrio en el juego de intereses y prestaciones que preside el clásico negocio de compraventa en tanto que el vendedor se desprende de la cosa vendida en favor del comprador pese a no haber recibido en su totalidad la contraprestación debida por éste, esto es, el precio de la cosa. Por esta razón, se hace preciso articular una serie de medidas que garanticen suficientemente al vendedor la percepción de su crédito.

La vigente Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, no ha perdido de vista esta necesidad y, por ello, buena parte de sus preceptos tienden a proporcionar a vendedores y financiadores los derechos y garantías que les permitan afianzar su posición contractual, asegurándoles el cobro del precio o el reembolso del préstamo concedido. Este es, precisamente, el objetivo principal del presente trabajo, realizar un pormenorizado análisis de los instrumentos jurídicos que la LVP arbitra en aras de la necesaria protección jurídica de los vendedores y financiadores a plazos.

**Palabras clave:** contrato, compraventa, crédito, plazos, vendedor, financiador.

---

\* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación de excelencia del Ministerio de Economía y Competitividad, «Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas» (Ref. DER2013-43674-P), cuyos investigadores principales son los Profs. Drs. Luis María MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ.

## LEGAL PROTECTION OF VENDORS AND LENDERS IN SALES OF CHATTELS ON INSTALMENT PLANS \*

MANUEL PINO ABAD

*Senior Lecturer at the University of Córdoba*

### ABSTRACT

Purchase-sale in installments proves to be an effective agent of economic and social development that invigorates the production and demand of durable movable goods because it facilitates the less wealthy social classes the immediate availability of them despite lacking sufficient liquidity to acquire them. However, this situation causes an imbalance in the game of interests and benefits that presides the classic business of sale and sale, since seller is aware of the thing sold in favor of buyer despite not having received in full the due provision by the buyer, the thing's price. For this reason, it is necessary to articulate a series of measures that sufficiently guarantee to seller the perception of its credit.

The current Law 28/1998, dated 13 July, on the sale in installments of movable property has not lost sight of this need and, therefore, a good part of its precepts tend to provide sellers and financiers with the rights and guarantees that allow them strengthen their contractual position, ensuring the collection of the price or repayment of the loan granted. This is precisely the main objective of the present work, to carry out a detailed analysis of the legal instruments that the LVP arbitrates in the interest of the necessary legal protection of sellers and financiers.

**Keywords:** contract, sale, credit, installments, seller, financier.

---

\* This paper forms part of the Research Project into Excellence from the Ministry of Economy and Competitiveness, "Business contracting and competition between companies: new trends among regulators and proposals for regulatory connections" (Ref. DER2013-43674 P), for which the lead researchers are the lecturers Dr. Luis María Miranda Serrano and Dr. Javier Pagador López.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO O EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LOS PLAZOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PAGO POR PARTE DEL COMPRADOR. 1. La resolución del contrato. 2. El vencimiento anticipado de los plazos pendientes de pago. 2.1. El procedimiento especial *ex art.* 16.2 LVP. 2.1.1. Procedimiento extrajudicial. A) El requerimiento de pago al deudor. B) Contestación del deudor al requerimiento del acreedor. C) La realización del bien objeto del contrato. a) La subasta pública del bien adquirido a plazos con intervención del fedatario público competente. b) Adjudicación del bien al acreedor en pago de la deuda. 2.1.2. Procedimiento judicial. 2.1.3. Realización del bien vendido a plazos cuando se encuentre en poder de un tercero: art. 16.3 de la LVP.—III. LA PROHIBICIÓN DE DISPONER INSERTA EN LOS CONTRATOS SUJETOS A LA LVP. 1. Caracterización de la prohibición de disponer prevista en la LVP. 2. Eficacia de la prohibición de disponer inserta en los contratos sometidos a la LVP.—IV. LA RESERVA DE DOMINIO INSERTA EN LOS CONTRATOS SUJETOS A LA LVP. 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio inserta en los contratos de venta a plazos de bienes muebles. 3. La eficacia jurídica de la cláusula de reserva de dominio. 3.1. La eficacia de la reserva de dominio en las relaciones entre el vendedor o financiador y el comprador: calificación de la situación posesoria del comprador. 3.2. La eficacia de la reserva de dominio frente a los acreedores del comprador. 3.3. La eficacia de la reserva de dominio frente a los subadquirentes del comprador.



## I. INTRODUCCIÓN

La compraventa a plazos resulta ser un eficaz agente de desarrollo económico y social que dinamiza la producción y la demanda de los bienes muebles duraderos al facilitar a las clases sociales menos pudientes la disponibilidad inmediata de los mismos pese a carecer de la suficiente liquidez para su adquisición. Sin embargo, esta situación provoca un desequilibrio en el juego de intereses y prestaciones que preside el clásico negocio de compraventa, en tanto que el vendedor se desprende de la cosa vendida en favor del comprador pese a no haber recibido en su totalidad la contraprestación debida por éste, esto es, el precio de la cosa. Por esta razón, se hace preciso articular una serie de medidas que garanticen suficientemente al vendedor la percepción de su crédito.

La vigente Ley 28/1998, de 13 de julio<sup>1</sup>, de venta a plazos de bienes muebles (en adelante, LVP) no ha perdido de vista esta necesidad y, ya en su art. 1, señala como objeto específico de regulación por la misma «*las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas*» de los contratos de compraventa a plazos y de financiación por ella disciplinados. De este modo, buena parte de sus preceptos tienden a proporcionar a vendedores y financiadores los derechos y garantías que les permitan afianzar su posición contractual, asegurándoles el cobro del precio o el reembolso del préstamo concedido. En este sentido, la LVP, pese a que, según se infiere de lo dispuesto en su art. 7.10, permite a las partes contratantes acordar el establecimiento de «*cualquier garantía (admisible sobre bienes muebles) de las previstas y reguladas en el Ordenamiento jurídico*»<sup>2</sup>, se limita a regular de forma específica tan solo algunas de ellas

---

<sup>1</sup> Publicada en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998.

<sup>2</sup> A este respecto debemos recordar que resultan excluidos del ámbito de aplicación de la LVP «*los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato*» (art. 5.3 LVP).

que, precisamente, constituirán el objeto de nuestro estudio en las siguientes páginas de este trabajo. Así, ante el incumplimiento del comprador, permite la LVP (*ex art. 10*) al vendedor o, en su caso, al financiador optar por solicitar la resolución del contrato o bien exigir su total cumplimiento a través del procedimiento de ejecución singular previsto en su extenso y proceloso art. 16; pero son, sin duda, las garantías que recaen sobre el propio bien vendido las que tratan de garantizar con mayor vigor la posición jurídica de vendedores y financiadores no solo frente a la potencial debilidad económica de los compradores, sino, sobre todo, frente a la actuación de los acreedores de éstos: nos referimos a la reserva de dominio y a la prohibición de disponer que pueden ser así consideradas como las principales garantías mobiliarias instauradas por la LVP en defensa de los intereses de vendedores y financiadores.

## II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO O EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LOS PLAZOS EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL PAGO POR PARTE DEL COMPRADOR

El art. 10 de la LVP contempla el que podríamos considerar como supuesto más grave y usual de incumplimiento por parte del comprador: la falta de pago puntual de los plazos vencidos. En tales casos se prevé, como medida protectora del crédito del vendedor, la posibilidad de que éste pueda optar «*entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono*», anticipando, en consecuencia, el vencimiento del contrato, o bien solicitar «*la resolución del mismo*». La elección entre una de estas dos posibilidades es una facultad unilateral del vendedor que podrá libremente decidir entre una u otra atendiendo a las diversas circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto, tales como la vida económica y el estado del bien, el momento contractual en el que se produce el impago, el tipo de interés efectivo de la operación, así como los costes judiciales y extrajudiciales que se encuentren asociados a una u otra opción de resarcimiento. No obstante, en la práctica, debido, fundamentalmente, a la rápida obsolescencia que presentan normalmente los bienes muebles, el vendedor se verá impelido a optar por exigir el pago anticipado del precio ante la dificultad que supone el resarcimiento de su crédito mediante la recuperación de la cosa por virtud de la resolución del contrato.

Pese a que del tenor literal del párrafo primero de este art. 10 LVP parece posible inferir diáfamanamente que solo «*el vendedor... podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato*», y que, por consiguiente, solo «*cuando el vendedor optare por la resolución del contrato*» el financiador tendrá, en su caso, derecho a exigir las indemnizaciones legalmente previstas por dicho precepto<sup>3</sup>, no creemos que sea el vendedor el úni-

---

<sup>3</sup> En este sentido, SERRA MALLOL afirma que «la opción es siempre del vendedor, pero una vez que él haya optado tanto el prestamista como el vendedor tendrán un derecho indemnizatorio,

co legalmente legitimado para poder optar entre el cumplimiento anticipado o la resolución del contrato ante el incumplimiento por parte del comprador. En nuestra opinión, la alusión que el párrafo segundo del art. 10 hace a «*los derechos que le correspondan como cesionario del vendedor*», a la hora de referirse a la facultad que le corresponde al financiador a plazos ante el incumplimiento del comprador, es suficiente para admitir que también gozarán de la facultad de opción reseñada los financiadores que se subroguen en la posición del vendedor ( *ex* art. 4.2 LVP), pudiendo, en tal caso, optar entre «*exigir el abono de la totalidad de los plazos que estuvieren pendientes*»<sup>4</sup>, o bien la resolución del contrato, con los consiguientes efectos restitutorios junto al derecho a percibir las indemnizaciones legalmente previstas para tal supuesto<sup>5</sup>.

Ahora bien, esta facultad de optar que el art. 10 LVP reconoce en favor del vendedor o, en su caso, del financiador, en ningún caso implica una actuación totalmente discrecional por parte de estos sujetos, sino que, muy al contrario, su ejercicio ha de venir precedido por la concurrencia de una serie de presupuestos previos. Así, en primer lugar, este precepto condiciona la posibilidad de optar entre la exigencia de cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, no solo al incumplimiento reiterado del comprador, es decir, a la demora en el pago de dos plazos o del último de ellos, sino también a que no concurren las condiciones que permitirían hacer uso a los jueces y Tribunales de las facultades moderadoras a que se refiere el art. 11 de la Ley. Pero, además, el ejercicio de la citada facultad de opción legalmente prevista solo resultará posible si el incumplimiento del comprador no se encuentra justificado, como podría ocurrir si el comprador exigiese al vendedor el saneamiento de la cosa objeto de la compraventa y utilizase, como medio de presión, el impago de los plazos<sup>6</sup>.

Por otro lado, el tenor literal del párrafo primero de este art. 10 se puede prestar a equívoco, por cuanto que, al afirmar que «*si el comprador se demora en el*

---

pero que será excluyente o el «vendedor o prestamista tendrá derecho», dice la Ley» ( *vid.* SERRA MALLOL, A. J.: «La Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles: un pequeño análisis jurídico, matemático y comercial», *RLL*, 1998-6, pág. 2306).

<sup>4</sup> Única posibilidad de resarcimiento con la que cuentan los financiadores a comprador que no se subrogan en la posición del vendedor, según cabe inferir de lo dispuesto en el art. 10.2 LVP.

<sup>5</sup> De igual forma, parecen admitir la legitimación activa tanto del vendedor como del financiador BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1977, pág. 228; ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles», *CDC*, monográfico sobre contratación mercantil, 1998, pág. 70; QUICIOS MOLINA, S.: *Efectos de las garantías reguladas por la LVPBM en caso de incumplimiento del comprador y concurrencia de acreedores*, Aranzadi, 2006, pág. 23.

<sup>6</sup> En este caso afirma BERCOVITZ que «no creemos viable el ejercicio de las facultades que aquí se brindan al vendedor, naturalmente siempre que los vicios o defectos en cuestión tengan alguna relevancia» ( *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 222; e igualmente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, págs. 91-92).

*pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor,... podrá optar entre exigir el pago... o la resolución del contrato*», puede inducir a considerar que basta que durante el transcurso de la operación el comprador se hubiera retrasado en el pago de dos plazos, aunque posteriormente hubiera satisfecho su importe, para que se entendiese cumplido el presupuesto de hecho previsto en este precepto, es decir, el incumplimiento del comprador. Sin embargo, consideramos que una interpretación integradora de los dos párrafos que componen el citado precepto nos permite concluir que no es suficiente la demora en el pago para constituir el incumplimiento de la obligación —tal y como parece desprenderse del tenor del párrafo primero: «*si el comprador demora el pago...*»—, sino que, además, resulta preciso que al menos dos plazos, o bien, el último de ellos, permanezcan impagados en el momento de ejercitar la opción que reconoce el precepto en favor del vendedor o, en su caso, del financiador, tal y como cabe inferir del segundo párrafo al requerir «*la falta de pago de dos plazos o del último de ellos*» como presupuesto necesario para que el financiador cuente con el derecho a exigir el abono de todos los plazos que estuvieren pendientes<sup>7</sup>. Esto significa que el retraso en el pago de algún plazo seguido de un ulterior pago del mismo admitido por el vendedor o financiador subsana la demora que en su día afectó al pago del plazo e impide que la misma pueda tenerse en cuenta a los efectos del cómputo de dos plazos legalmente requeridos para fundamentar el ejercicio de la opción prevista por el precepto estudiado.

Frente al criterio mayoritario en la doctrina<sup>8</sup>, R. BERCOVITZ<sup>9</sup> afirma que «*la Ley se refiere al impago de dos plazos seguidos*». Sin embargo, disentimos de esta interpretación, en primer lugar, porque dicha tesis carece de fundamentación legal al no exigirse por el art. 10 que la demora en el pago se deba producir en dos plazos consecutivos<sup>10</sup>, y en segundo lugar, porque lo que parece pretender el legislador es que no se haga uso de la opción prevista en el art. 10 LVP hasta que no se haya constatado la voluntad del comprador contraria al pago, lo que sucede,

<sup>7</sup> En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 201; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 216; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 91; CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «Contrato de compraventa a plazos de bienes muebles», *Curso sobre la protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, pág. 479.

<sup>8</sup> *Vid.* ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva Ley...», ob. cit., pág. 70; MOXICA ROMÁN, J.: *La compraventa mercantil e instituciones afines*, Pamplona, 2000, pág. 469; CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «Contrato de compraventa...», ob. cit., pág. 478; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 90; BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 109; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico de la venta a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974, pág. 114; QUICIOS MOLINA, S.: *Efectos...*, ob. cit., pág. 25.

<sup>9</sup> *Vid.* las razones que justifican su tesis en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 216-217; ídem, «Las ventas a plazos de bienes muebles», *ADC*, XIX-I, 1966, 117 y ss., págs. 165-166.

<sup>10</sup> De ser así, se podría dar el caso de que un comprador tan solo pagase los meses pares o los impares y, pese a ello, el vendedor no contase con las garantías previstas en el art. 10 LVP.

según criterio legal, cuando existan dos plazos impagados sean o no consecutivos, o bien se demore el pago del último de ellos.

Finalmente, parece razonable la referencia expresa que el art. 10 hace al impago del último plazo como causa de incumplimiento del comprador, pues de no ser así el vendedor o, en su caso, el financiador quedarían huérfanos de la garantía que para ellos representa el régimen jurídico previsto en el citado precepto una vez pagado por el comprador el penúltimo plazo. Sin embargo, consideramos excesivo o inmoderado para el comprador que el solo hecho de no pagar el último plazo sea suficiente para que el vendedor o el financiador puedan solicitar la resolución del contrato, máxime si tenemos en cuenta que el mismo se encuentra próximo a su total cumplimiento y que, además, no parece lógico sancionar el impago del último plazo con mayor rigor que el incumplimiento de cualquier otro plazo anterior. Por esta razón, debemos compartir la opinión de R. BERCOVITZ<sup>11</sup> cuando afirma que «*aunque no haya plazos ulteriores al último, el art. 11 (actual art. 10) debería establecer que solo se puede considerar la falta de pago de éste cuando transcurra un período de tiempo igual al de un plazo*», como único modo de acreditar, así, la voluntad incumplidora del comprador<sup>12</sup>.

## 1. La resolución del contrato

La resolución es, junto a la nulidad, anulabilidad, revocación y rescisión, un supuesto más de ineficacia del contrato que tiene lugar no en la fase de celebración o perfección del contrato, sino en la fase de ejecución o cumplimiento del mismo. En la compraventa, la resolución tiene lugar cuando un contrato válido y perfectamente estructurado deja de tener eficacia debido al ejercicio de una acción por uno de los contratantes, basada ya en el incumplimiento contractual de su contraparte, ya en el acaecimiento de un evento incierto o en el vencimiento de un término a los que la voluntad de las partes, en unos casos, o bien la Ley, en otros, vinculan la ineficacia del contrato. Si nos centramos en la compraventa a plazos de bienes muebles, la hipótesis normal en la que tiene lugar la resolución del contrato es la de falta de pago del precio por parte del comprador; lo cual es

<sup>11</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 219; ídem, «Las ventas...», ob. cit., págs. 166-167; y, en el mismo sentido, vid. BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., págs. 115-116; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 91.

<sup>12</sup> No obstante, no parece que, cuando tan solo esté pendiente de pago el último plazo, la trascendencia práctica del art. 10 LVP sea relevante. En primer lugar, no resulta lógico pensar que el vendedor o el financiador opten por la resolución del contrato teniendo en cuenta que se verían obligados a devolver las cantidades satisfechas por el comprador (deduciendo tan solo las indemnizaciones previstas en el art. 10.2) y que, a cambio, solo recibirían un bien usado durante un período más o menos prolongado de tiempo y, probablemente, muy devaluado. Y, en segundo lugar, el vendedor o el financiador tampoco disfrutarían, en este supuesto, de la ventaja del vencimiento anticipado de los plazos pendientes de abono, pues tan solo resta por pagar el último de ellos.

fácilmente comprensible si tenemos presente que, dada la naturaleza real del contrato, el vendedor cumple su obligación principal —la entrega de la cosa— desde el primer momento como requisito legal necesario para la perfección del contrato.

Con anterioridad a la LVP de 1965, resultaba comúnmente admitido, tanto por la doctrina<sup>13</sup> como por la propia jurisprudencia<sup>14</sup>, el pacto por virtud del cual las partes acordaban que la falta de pago de un solo plazo por parte del comprador facultaba al vendedor para solicitar la resolución del contrato, recuperando así la posesión del bien objeto del mismo y reteniendo para sí, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, las cantidades previamente satisfechas por el comprador. Por fortuna, estos acuerdos, considerados por gran parte de la doctrina<sup>15</sup> como auténticamente leoninos, quedaron totalmente prohibidos a partir de la promulgación de la LVP de 1965 (*ex art. 11*) y, actualmente, continúan siéndolo tras la entrada en vigor de la vigente LVP de 1998 (*ex art. 10*).

Así, en la actualidad, a tenor de lo dispuesto por el art. 10.1 de la LVP, el vendedor —o, en su caso, el financiador— solo podrá solicitar la resolución del contrato de venta a plazos sujeto a esta Ley «*si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos*» y, además, en el supuesto de que optare por la resolución del contrato, ya no podrá retener íntegramente las cantidades previamente satisfechas a cuenta del precio por el comprador, pues el citado precepto legal impone que «*las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas*». Sin embargo, el legislador, consciente de que tan injusto es permitir que el vendedor pueda retener el importe íntegro de lo previamente pagado por el comprador, como consentir que éste recupere todo lo hasta entonces pagado —propiciando que el vendedor se encuentre con un contrato deshecho por una conducta imputable al comprador y con un bien depreciado y, con frecuencia, deteriorado y de difícil reventa— establece, en el propio art. 10.1 de la LVP, cuáles son las cantidades que el vendedor o, en su caso, el financiador podrán detraer de las sumas ya recaudadas<sup>16</sup> en concepto de indemnización por tenencia, depreciación comercial o deterioro del bien objeto del contrato.

<sup>13</sup> Vid. ANDUIZA, J.: *La venta a plazos con reserva de dominio*, Madrid, 1934; MESTRE MARTÍNEZ, E.: *La venta a plazos*, Madrid, 1963, págs. 47-56.

<sup>14</sup> Vid. SSTs de 14 de junio de 1920; 13 de junio de 1962; 24 de febrero de 1966; 26 de febrero de 1971 (cont-admvo); SAP de Huelva, 7 de junio de 1973; así como la RDGRN de 18 de junio de 1962 en la que también se admitía como válido el pacto por el que el impago de un solo plazo producía la devolución de la cosa y la pérdida de los pagos efectuados.

<sup>15</sup> Vid. entre otros, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 92; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 121-122; DE BENITO ENDARA, J. L.: \*, RDP, 1929, págs. 121-124.

<sup>16</sup> O bien, en su caso, cuando las cantidades ya entregadas por el comprador no fuesen suficientes para cubrir el montante total de las indemnizaciones citadas en el texto, el vendedor o el financiador podrán hacerlas efectivas por medio de la correspondiente acción de resarcimiento *ex art. 1.124 CC*

Con la primera de las citadas partidas indemnizatorias se trata de compensar al vendedor o financiador por el uso —o mera posibilidad de uso— de la cosa durante un cierto tiempo por parte del comprador, tal y como si se tratase de un arrendamiento de la cosa vendida. En este supuesto, el montante de la indemnización resulta fijado por la Ley *a priori*, esto es, de forma objetiva, con lo cual, al no tener que probarse extremo alguno, se facilita, en interés del vendedor o del financiador, la fijación y el cobro de la indemnización. Dicho importe ascenderá, en todo caso<sup>17</sup>, al 10% de los plazos vencidos<sup>18</sup>, tomando como día de referencia a estos efectos aquel en el que el vendedor ejerza la acción resolutoria y así se lo notifique al comprador<sup>19</sup>.

En segundo lugar, igualmente tendrá derecho el vendedor o, en su caso el financiador, en concepto de indemnización por la depreciación comercial sufrida por el bien, a una cantidad igual al desembolso inicial, si éste existiera, o bien, a la quinta parte del precio de venta al contado cuando el citado desembolso no se hubiese acordado o, en su caso, fuese superior a la mencionada quinta parte del precio. También en este supuesto el montante de la indemnización es fijado por la Ley de forma objetiva, sin que el vendedor deba probar la efectiva depreciación comercial del bien para tener derecho a la citada indemnización y sin que se tomen en consideración circunstancias tales como el tiempo transcurrido desde la entrega del bien al comprador o la propia naturaleza de la cosa vendida, sino solo, indirectamente, el precio de venta al contado. Es más, parece que el legislador se refiere a una depreciación comercial objetiva que se produce siempre en todos los supuestos y respecto de todos los bienes cuando, en realidad, la depreciación de un bien no es algo fijo, sino, más bien, aleatorio, pudiendo, en ocasiones, llegar a ser superior a la prevista legalmente o, incluso, no existir o ser positiva por haberse producido con el paso del tiempo una revalorización del bien, todo lo cual puede desembocar en situaciones a todas luces injustas<sup>20</sup>. En cualquier caso, pare-

<sup>17</sup> De esta forma, como afirma BLASCO GASCÓ, «el vendedor no podrá detraer una cantidad superior alegando un posible mayor precio en el mercado de arrendamientos de tales bienes» ( *vid.* BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 109).

<sup>18</sup> Pese a que el Proyecto de LVP preveía que el montante de la indemnización por tenencia de la cosa ascendería al 10% de los plazos pagados, este criterio fue sustituido merced a la Enmienda núm. 29 al citado Proyecto (*vid.* BOCG, Serie A, núm. 42-9, VI Legislatura, 3 de octubre de 1997, pág. 33). Así, la vigente LVP, haciéndose eco de las críticas formuladas por la doctrina al régimen previsto en este punto por la LVP de 1965, difiere de la derogada Ley, pues, al fijar ésta el montante de la indemnización en el 10% de los plazos pagados, incurría, tal y como señalaba la doctrina, en un grave error, porque, en primer lugar, se excluían un mínimo de dos plazos impagados necesarios para el ejercicio de la acción de resolución; y, en segundo lugar, porque podrían resultar excluidos aún más plazos si el vendedor hubiera dejado transcurrir más de dos antes de resolver el contrato (*vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 223; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 92).

<sup>19</sup> En este sentido, *vid.* CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «Contrato de compraventa...», ob. cit., pág. 479.

<sup>20</sup> La doctrina ha criticado severamente la rigidez y falta de flexibilidad del sistema indemnizatorio legalmente establecido que puede provocar resultados injustos. Así, *vid.* MARTÍNEZ AGUI-

ce lógico pensar que el comprador podrá eximirse del pago de esta indemnización o, al menos, ver reducida su cuantía, si logra demostrar que el bien no ha sufrido depreciación comercial alguna, que se ha revalorizado o, en su caso, que la depreciación comercial ha resultado ser inferior a la prevista legalmente<sup>21</sup>.

Por último, la Ley permite al vendedor o, en su caso, al financiador exigir la indemnización que en Derecho proceda por el deterioro sufrido en la cosa vendida. En este supuesto, la Ley, al contrario de lo que sucede en los dos casos anteriores, no presume que el deterioro haya tenido lugar, sino que será el vendedor el que tendrá que demostrar su existencia<sup>22</sup>; ni tampoco determina *a priori* y de forma objetiva la cuantía de la indemnización, sino que se remite al Derecho de obligaciones con arreglo al cual el vendedor habrá de acreditar el gasto que deba hacerse en la cosa para que ésta recupere el estado que poseía en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa. Por lo demás, hay que considerar que el deterioro que en este caso se indemniza no puede ser consecuencia del uso normal y propio de la cosa, puesto que éste ya se comprende en la indemnización por tenencia del bien<sup>23</sup>.

Finalmente, debemos plantearnos dos cuestiones que no resultan resueltas expresamente por la Ley; en primer lugar, no se infiere claramente del texto legal si el vendedor o el financiador pueden pedir indemnizaciones superiores a las previstas por la Ley en el supuesto de que las cantidades legalmente establecidas en el art. 10 de la LVP no fuesen suficientes para resarcir en su integridad el per-

---

RRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 94; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 223-224; idem, «Las ventas...», ob. cit., pág. 167-168; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 123; BLASCO GASCÓ, F. P.: «Las ventas...», ob. cit., pág. 110.

<sup>21</sup> Esta interpretación la consideramos totalmente ajustada a tenor de la vigente LVP si tenemos presente el cambio experimentado por la misma en relación con ya derogada LVP de 1965. En efecto, la LVP de 1965 afirmaba expresamente que el vendedor cuando hubiese optado por la resolución del contrato tendría derecho «*en todo caso*» a deducir las cantidades indemnizatorias previstas en su art. 11, de forma que éstas parecían ser consideradas por la Ley como cantidades mínimas a las que el vendedor tendría derecho en cualquier caso, incluso cuando la depreciación comercial sufrida por el bien hubiese sido inferior a la legalmente prevista (*vid.* en este sentido, BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 125; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las ventas...», ob. cit., pág. 168; idem, «Comentarios...», ob. cit., pág. 224). Sin embargo, la actual LVP ha suprimido de su art. 10 la expresión «*en todo caso*», lo cual nos permite inferir que el deseo del legislador ha sido permitir la aplicación de la regla «*compensatio lucri cum damno*» y permitir, de este modo que el comprador pueda eximirse o ver reducida la cuantía de su indemnización cuando la depreciación comercial del bien no exista o sea inferior a la legalmente establecida (*vid.* BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 110, donde parece admitir también la posibilidad de que el comprador puede eximirse del pago de la presente indemnización).

<sup>22</sup> *Vid.* SSTs de 15 de julio de 1988 (R.5716) y 1 de marzo de 1990 (R.1654), en las que el TS aclara que la LVP hace depender la indemnización así establecida en el art. 10 de la prueba efectiva del deterioro.

<sup>23</sup> Igual opinión mantienen BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 225; idem, «Las ventas...», ob. cit., pág. 168; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 93; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 125.

juicio sufrido como consecuencia de la tenencia de la cosa por el comprador o por la depreciación comercial del bien; y, en segundo lugar, tampoco resuelve diáfamanamente la LVP si en el supuesto de que el vendedor o el financiador decidan optar por la resolución del contrato podrán, en su caso, solicitar indemnizaciones por conceptos diferentes a la tenencia, depreciación comercial y deterioro del bien.

Respecto de la primera de las cuestiones anteriormente planteadas, creemos que la respuesta ha de ser negativa, pues consideramos que la LVP establece de forma taxativa cuáles son los montantes indemnizatorios que corresponden al vendedor o al financiador por los conceptos recogidos en el art. 10 de la Ley, de modo que por esos conceptos solo caben esas cuantías resarcitorias y no otras superiores. Así lo entendemos, en primer lugar, porque si nos atenemos a la calificación que del sistema indemnizatorio previsto por el art. 11 de la LVP de 1965 (actual art. 10) hizo CABANILLAS GALLAS<sup>24</sup> en su discurso de defensa ante las Cortes del Proyecto de LVP de 1965, como un «*sistema de valoración tasada de las consecuencias del incumplimiento*», consideramos que la voluntad del legislador en esta materia ha sido la de agotar la indemnización posible por cada uno de esos conceptos indemnizatorios legalmente previstos, consiguiendo establecer un mecanismo indemnizatorio de fácil y rápida concreción, aún a riesgo de no lograr un resarcimiento integral y, en consecuencia, perder el sistema algo de flexibilidad<sup>25</sup>. Del mismo modo, esta interpretación resulta igualmente confirmada si tenemos presente, en segundo lugar, que, si bien es cierto que por aplicación del principio de resarcimiento integral el montante indemnizatorio ha de ser suficiente para cubrir el importe de todos los daños causados, sin embargo, la vigente LVP no contiene previsión alguna al efecto, a diferencia de lo que sucedía con el art. 11 de la derogada LVP, que sí reconocía expresamente en su párrafo cuarto

<sup>24</sup> Vid. CABANILLAS GALLAS, P.: «Discurso en defensa de la Ley de venta a plazos», *RCDI*, XLI, 1965, pág. 1148.

<sup>25</sup> En este sentido, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE que «la intención del legislador ha sido la de determinar concretamente esas indemnizaciones, y no otras, por tales conceptos» (vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 95). De igual forma, el TS, ante la alegación realizada por el vendedor en el sentido de no haberse tenido en cuenta por la sentencia recurrida la depreciación real de la cosa vendida, tal y como resultaba de la prueba pericial practicada, declaró en su sentencia de 22 de septiembre de 1989 (R.6351) que «la sentencia recurrida no aprecia la prueba pericial para determinar la depreciación comercial de la cosa objeto de la compraventa, sino que tiene en cuenta en esa función únicamente el criterio objetivo legal, al decir que se apoya en la cantidad establecida taxativamente por la Ley para fijar la depreciación comercial, sin que por consiguiente pueda establecerse ésta en función de su depreciación real, que la prueba pericial practicada en autos fija en más de seis millones de pesetas; debiendo, en definitiva, mantenerse el acertado criterio de la Sala *a quo*».

Por el contrario, BERCOVITZ, apoyándose en la aplicación supletoria del art. 1.124 CC, admite que, acogiéndose a la fórmula del citado precepto, que prevé el resarcimiento de daños y el abono de intereses, se podría completar la indemnización mínima que el art. 11.2 de la LVP de 1965 (actual art. 10) otorga al vendedor (vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 223-224).

el citado principio<sup>26</sup>. Esta ausencia nos permite inferir que, dado que el vigente art. 10 es similar al anterior art. 11, salvo en lo indicado, el legislador no ha considerado oportuno ampliar la protección del vendedor o del financiador hasta el resarcimiento integral<sup>27</sup>.

No obstante, lo cierto es que la trascendencia que en la práctica pueda tener la cuestión planteada será mínima, por cuanto que, teniendo presente que, de acuerdo con el sistema indemnizatorio previsto en el art. 10 LVP, el vendedor tendrá derecho a obtener la devolución de la cosa vendida, la retención del desembolso inicial o en su defecto la quinta parte del precio al contado, así como, en su caso, la indemnización correspondiente al deterioro sufrido por la cosa, resultará infrecuente que la conjugación de todo ello pueda resultar perjudicial para el vendedor, que raramente no verá resarcidos todos los daños y perjuicios motivados por la resolución del contrato de compraventa.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones anteriormente planteadas, esto es, a si es posible que el vendedor o el financiador puedan solicitar del comprador, en caso de resolución del contrato, una indemnización por un concepto distinto al previsto por el art. 10 de la LVP, hay que comenzar afirmando que si bien es cierto que la LVP no permite expresamente dicha posibilidad, tampoco la excluye. Este silencio de la Ley nos permite considerar, al igual que hace mayoritariamente la doctrina<sup>28</sup> e, incluso, en algunas ocasiones la propia jurisprudencia<sup>29</sup>, que el art. 10 tan solo recoge tres posibles conceptos indemnizato-

<sup>26</sup> Así disponía el art. 11.4 de la LVP de 1965 que: «*Si el importe de los plazos satisfechos fuere insuficiente para que el vendedor se reintegre de los conceptos mencionados en este artículo, quedarán a salvo las pertinentes acciones de resarcimiento*».

<sup>27</sup> Igualmente, *vid.* CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «Contrato de compraventa...», *ob. cit.*, pág. 480.

<sup>28</sup> Entiende mayoritariamente la doctrina que el art. 10 pretende simplemente modalizar lo previsto en el art. 1.124 CC sin que se afecte en lo más mínimo su contenido, por lo que éste resulta aplicable supletoriamente a todos aquellos supuestos que escapan al art. 10. *Vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 202; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, *ob. cit.*, pág. 96; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 223-226; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, 1994, pág. 68.

Por el contrario, BALDO DE CASTAÑO considera que «el fundamento del art. 11 de la LVP de 1965 (actual art. 10) no está en la facultad resolutoria tácita del art. 1.124 CC, y ello por la sencilla razón de que éste es únicamente aplicable a las obligaciones bilaterales, recíprocas, o sinalagmáticas, y el contrato de venta a plazos..., no tiene esa naturaleza a causa de su carácter real» (*vid.* BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, *ob. cit.*, pág. 112). A lo cual contesta BERCOVITZ que «si bien el art. 1.124 CC se dirige a contratos bilaterales, tal cosa no es obstáculo para que su aplicación se extienda a todo contrato en el que se encuentre una relación de prestaciones recíprocas entre las partes, sin perjuicio de que algunas de dichas prestaciones, al ser requisito para el nacimiento del contrato... no pueda corresponder al cumplimiento de una obligación» (*vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 216).

<sup>29</sup> Pese a ser escasa la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en esta materia, sin duda se la puede calificar como contradictoria, pues nuestro más alto Tribunal no sigue un criterio unívoco

rios, junto a los cuales la realidad ofrece otros muchos cuyo resarcimiento podrá ser reclamado sobre la base del art. 1.124 CC, que consideramos aplicable con carácter supletorio al art. 10 siempre y cuando no contrarie el espíritu de esta norma.

Del mismo modo, nos parece igualmente razonable aplicar analógicamente lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1.124 CC al supuesto de resolución previsto por el art. 10 LVP, permitiendo al vendedor o, en su caso, al financiador solicitar la resolución del contrato, aún después de haber optado por su cumplimiento cuando éste resulte imposible<sup>30</sup>.

## 2. El vencimiento anticipado de los plazos pendientes de pago

Establece el art. 10.1 LVP que, ante la demora —*rectius*, falta de pago— de dos plazos o del último de ellos por parte del comprador, el vendedor o, en su caso, el financiador podrán optar entre solicitar la resolución del contrato o bien exigir el pago de todas las cuotas debidas con independencia de que estén o no vencidas. Esto significa que el incumplimiento del comprador permitirá al vendedor o al financiador provocar el vencimiento anticipado del contrato y, en consecuencia, la pérdida del beneficio del plazo establecido en favor del comprador al convertirse su obligación de pago, inicialmente fraccionada y aplazada, en una obligación vencida e inmediatamente exigible por la totalidad de los plazos pendientes de ser abonados. En concreto, en el supuesto de que el acreedor opte por el vencimiento anticipado del contrato y, en consecuencia, exija su cumplimiento, tendrá derecho a reclamar de forma inmediata al comprador una cantidad total resultante de la suma de diversos componentes: el principal del precio o del préstamo pendiente de pago en el momento de liquidación de la deuda, los intereses vencidos y, en el supuesto de haberse pactado, la indemnización correspondiente a la demora en el pago. Por el contrario, no procederá exigir los intereses correspondientes al capital no vencido, ya que esto rompería el equilibrio contractual en favor del acreedor, que se beneficiaría por el cobro de intereses generados por

---

a la hora de pronunciarse acerca de la aplicabilidad o no del art. 1.124 CC a los supuestos de resolución de los contratos de ventas a plazos de bienes muebles. De este modo, si en las SSTs de 7 de julio de 1987 (R.5182) y 3 de febrero de 1994 (R.967) afirman que «el art. 1.124 CC no puede entrar en juego ante una norma específica como la prevista por la Ley especial de compraventa a plazos» y, en consecuencia, encontrándonos en presencia de una venta a plazos de bienes muebles, el art. 11 LVP de 1965 (actual art. 10 LVP) «hace inoperante el citado art. 1.124 CC»; por el contrario, en las SSTs de 15 de julio de 1988 (R.5716) y 1 de marzo de 1990 (R.1654) estima aplicable el art. 1.124 CC a todos aquellos aspectos que escapan de la regulación del art. 11 LVP de 1965 (vigente art. 10 LVP).

<sup>30</sup> *Vid.* en este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 220; ídem, «Las ventas...», ob. cit., pág. 170; GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 202; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., pág. 69.

unos pagos aplazados de capital que quedan anticipados y, por tanto, no son, finalmente, financiados<sup>31</sup>.

Pues bien, según dispone expresamente el párrafo primero del amplio y proceloso art. 16 de la LVP, para el cobro de las citadas cantidades, el acreedor cuenta con las acciones declarativas y ejecutivas correspondientes, de conformidad con la legislación procesal civil general; pero, además, —y aquí es donde radica la verdadera importancia de este precepto legal—, se introduce un nuevo procedimiento especial de ejecución singular de los bienes objeto de los contratos de compraventa a plazos que tiene por objeto facilitar al acreedor (vendedor o financiador) el cobro de los créditos nacidos al amparo de la vigente LVP, siempre que dichos contratos se hubiesen formalizado en el modelo oficial establecido al efecto y hubiesen sido debidamente inscritos en el RVPBM.

En virtud de la acción declarativa ordinaria, el acreedor podrá reclamar, sin necesidad de que el contrato se encuentre inscrito en el RVPBM y sujetándose a los trámites procedimentales contemplados en la LEC para el juicio declarativo ordinario que corresponda según la cuantía de la reclamación<sup>32</sup>, el importe de los plazos, vencidos o no, pendientes de pago, o bien podrá solicitar la resolución del contrato cuando, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 LVP, el comprador hubiese demorado el pago de dos plazos o del último de ellos.

Por otro lado, en el supuesto de que el contrato de venta a plazos hubiese sido otorgado con las formalidades previstas en los números 4.º y 5.º del apartado segundo del art. 517 de la LEC<sup>33</sup>, esto es, en escritura pública intervenida por

---

<sup>31</sup> Se manifiestan, igualmente, en contra de la posibilidad de exigir intereses no devengados, entre otros, ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva Ley...», ob. cit., pág. 71; ÁLVAREZ MORENO, M.ª T.: *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, 2000, pág. 208; SERRA MALLOL, A. J.: «La Ley 28/1998...», ob. cit., pág. 2306.

<sup>32</sup> Así, según dispone el art. 16.1 LVP, «*el acreedor podrá recabar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos regulados por la presente Ley mediante el ejercicio de las acciones que correspondan en procesos de declaración ordinarios, en el proceso monitorio o en el proceso de ejecución, conforme a la LEC*». El nuevo proceso monitorio podrá sustanciarse a partir de documentos, cualquiera que sea su clase o forma, siempre que vayan firmados por el deudor o con su sello, impronta, marca o cualquier señal, así como a partir de facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, etc., o incluso documentos que acrediten una relación anterior duradera (art. 812 LEC). En cualquier caso, debe tratarse de una deuda dineraria, vencida y exigible que no exceda de cinco millones de pesetas. Como puede comprobarse, la exigencia en cuanto a documentos y requisitos para acudir a este tipo de proceso se ve disminuido en relación con los otros procesos previstos para reclamar cualquier incumplimiento de las obligaciones derivadas de estos contratos.

<sup>33</sup> Según dispone el art. 517.2 de la LEC, «*sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes. 5.º Las pólizas de contratos mercantiles firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que las intervenga, con*

fedatario público, podrá el acreedor ejercer la acción ejecutiva común que se sustanciará de conformidad con los trámites previstos en la LEC<sup>34</sup>. Por medio de dicha acción, para cuyo ejercicio tampoco se precisa que el contrato se encuentre inscrito en el RVPBM, pero sí que la cuantía total reclamada ascienda, al menos, a 300 euros<sup>35</sup>, el acreedor se podrá dirigir contra todos los bienes que se encuentre en el patrimonio del comprador —y no solo frente a los que sean objeto del contrato de compraventa a plazos—, al objeto de reclamar, al igual que en supuesto anterior de la acción declarativa ordinaria, tanto la deuda vencida y no pagada como la totalidad de la deuda aún no satisfecha si concurren los presupuestos prevenidos en el art. 10 de la LVP.

Finalmente, el acreedor cuenta con un procedimiento mixto de ejecución extrajudicial con consecuencias judiciales en el supuesto de rebeldía del comprador en el cumplimiento de su obligación de pago o, en su caso, en la entrega del bien al acreedor o a la persona que éste designe. Se trata de un procedimiento especial para proceder de forma directa y exclusiva contra los bienes que hayan

---

*tal que se acompañe certificación en la que dicho corredor acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos».*

<sup>34</sup> Así se establece en el segundo párrafo del apartado primero del art. 16 LVP, según el cual «únicamente constituirán título suficiente para fundar la acción ejecutiva sobre el patrimonio del deudor los contratos de venta a plazos de bienes muebles que consten en alguno de los documentos a que se refieren los números 4.º y 5.º del apartado segundo del art. 517 de la LEC». La redacción actual de este precepto se aparta de la contenida en el Proyecto de LVP, que atribuía fuerza ejecutiva a los contratos inscritos en el RVPBM. Así, según disponía el art. 16,6 del Proyecto de LVP: «con independencia del procedimiento anteriormente previsto, gozarán de fuerza ejecutiva a los efectos del art. 1429 LEC los contratos regulados en esta Ley que hayan sido debidamente inscritos en el Registro prevenido en el art. 15...» (vid. BOCG, Serie A, núm. 42-1, VI Legislatura, 29 de abril de 1997, pág. 6). Sin embargo, la ponencia encargada de emitir el correspondiente informe sobre el Proyecto de LVP decidió finalmente proponer una redacción totalmente nueva del art. 16 del Proyecto, movida, sin duda, por críticas formuladas tanto por los diferentes Grupos Parlamentarios como por la opinión contraria del Consejo General del Poder Judicial (vid. BOCG, Serie A, núm. 42-11, VI Legislatura, 1 de abril de 1998, pág. 57). En concreto, la enmienda núm. 75 al Proyecto de LVP formulada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU), al referirse al apartado 6.º del art. 16 del Proyecto de LVP, según el cual el carácter de título ejecutivo se derivaba del hecho de la inscripción, y no del carácter de documento público del título, proponía que «lo más oportuno es la supresión pura y simple de este apartado. Los contratos incluidos en esta Ley reflejados en documento público tendrán carácter ejecutivo en virtud de la legislación general (art. 1429 LEC, actual art. 517 LEC)» (vid. BOCG, Serie A, núm. 42-9, VI Legislatura, 3 de octubre de 1997, pág. 48). Y, por su parte, el Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre el Anteproyecto de LVP, igualmente criticó que se dotara de fuerza ejecutiva a los contratos por su mera inscripción en el RVPBM, por cuanto que ello podría constituir «una excepción del criterio general que rige en nuestro Derecho, en cuya virtud la ejecutividad de un título viene conferida no solo por su inscripción en un Registro Público sino por su propia formalización en documento público, intervenido por fedatario público y dotado, en consecuencia, de las presunciones de autenticidad y veracidad, que precisamente en tal condición accede al Registro».

<sup>35</sup> Según cabe inferir de lo dispuesto en el art. 520.1 de la LEC, al afirmar que «cuando se trate de títulos ejecutivos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del art. 517, solo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros».

sido objeto de un contrato de venta a plazos sujeto a la LVP, formalizado en modelo oficial establecido al efecto e inscrito en el RVPBM<sup>36</sup>.

Antes de comenzar con el análisis del procedimiento especial previsto en la LVP, debemos aludir a la preferencia que, con vistas a proteger el derecho del vendedor o del financiador a cobrar el precio o, en su caso, el préstamo concedido, la LVP confiere a los créditos nacidos de los contratos (de ventas a plazos o financiación) regulados por la misma respecto de otros créditos que haya contraído el comprador con terceros. Así, según cabe inferir de la remisión que el párrafo primero del art. 16.5 LVP hace a los arts. 1.922.2 y 1.926.1 CC, el vendedor o, en su caso, el financiador, serán considerados como acreedores privilegiados sobre cosa mueble con derecho preferente para el cobro de las cantidades adeudadas respecto del remanente obtenido en la ejecución de la cosa objeto del contrato de compraventa a plazos sujeto a la LVP y, además, en el supuesto de colisión de su crédito con el de otros acreedores con privilegio sobre cosa mueble, el vendedor o el financiador serán considerados como acreedores prendarios<sup>37</sup> con prelación respecto de los demás créditos hasta donde alcance el valor de la cosa adquirida a plazos. Sin embargo, según se infiere del mencionado precepto legal, el vendedor o el financiador solo gozarán del citado privilegio si sus créditos hubiesen nacido de contratos otorgados en escritura pública, o bien hubiesen sido formalizados en modelo oficial establecido al efecto e inscritos en el RVPBM.

### 2.1. *El procedimiento especial ex art. 16.2 LVP*

Como ya hemos señalado, ante el incumplimiento de pago del comprador (*ex* art. 10 LVP), la LVP, en el párrafo segundo de su art. 16, establece un procedimiento especial dirigido a la ejecución singular de los bienes objeto del contrato de compraventa a plazos cuando éste se hubiese formalizado en el modelo oficial establecido al efecto y hubiera sido inscrito en el RVPBM<sup>38</sup>. Pues bien, dentro de

---

<sup>36</sup> En este sentido, dispone el art. 16.2 LVP que «*en caso de incumplimiento de un contrato inscrito en el RVPBM y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, el acreedor podrá dirigirse directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos, con arreglo al siguiente procedimiento:...*».

<sup>37</sup> En el mismo sentido se pronuncia mayoritariamente la doctrina al considerar que se equipara la situación del acreedor en virtud del contrato de compraventa a plazos con la situación del acreedor prendario, *vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 306; CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «Contrato de compraventa...», ob. cit., pág. 480; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 255; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: *La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, 1997, pág. 175; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio. Naturaleza y efectos más importantes», *La Ley de venta a plazos de bienes muebles*, NIETO CAROL, Ubaldo (dir.), Valladolid, 2000, pág. 185.

<sup>38</sup> En realidad, basta con exigir la inscripción en el RVPBM por cuanto que este requisito presupone el de la formalización en modelo oficial, pues, según establece el art. 10,1 ORVPBM,

este procedimiento especial de reclamación de la deuda al comprador, el mismo precepto legal distingue entre dos vías procedimentales claramente diferenciadas, la extrajudicial y la judicial, cuyo análisis jurídico va a centrar nuestra atención seguidamente.

### 2.1.1. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

Esta modalidad de ejecución tendrá lugar cuando, ante el requerimiento de pago efectuado por el fedatario público, el comprador opta por pagar o por realizar la entrega voluntaria del bien objeto del contrato de compraventa al acreedor o a la persona que éste designe, con vistas a proceder a su enajenación en pública subasta o a su adjudicación en pago en favor del acreedor. Cabe, pues, distinguir dentro de este procedimiento extrajudicial tres fases nítidamente diferenciadas: a) El requerimiento de pago; b) Contestación del deudor al requerimiento del acreedor; y c) La realización del bien objeto del contrato.

#### A) El requerimiento de pago al deudor

El procedimiento de ejecución singular que el art. 16 LVP establece en favor del vendedor o, en su caso, del financiador a plazos ha de comenzar necesariamente con un requerimiento de pago instado a través de fedatario público y dirigido al comprador.

Respecto del fedatario público competente para realizar el citado requerimiento, la vigente LVP introduce (*ex art. 16.2a*)<sup>39</sup>, con relación al derogado art. 19.3 LVP de 1965<sup>40</sup>, una importante modificación derivada del deseo de todos los Grupos Parlamentarios de remover la limitación original del Proyecto de LVP que reservaba, al igual que hacía la anterior LVP, las actuaciones fedatarias en las

---

*«para que puedan ser inscritos los contratos a que se refieren los arts. 2 y 4 de esta Ordenanza, habrán de ajustarse a los modelos oficiales aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado».*

<sup>39</sup> Dispone el art. 16.2a) LVP que *«el acreedor, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, requerirá de pago a éste, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación. Asimismo, se apercibirá al deudor de que, en el supuesto de no atender al pago de la obligación, se procederá contra los bienes adquiridos a plazos en la forma establecida en el presente artículo».*

<sup>40</sup> Según disponía el derogado art. 19.3 de la LVP de 1965, *«para la venta en subasta notarial de las cosas adquiridas a plazos, el acreedor, por notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, requerirá de pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación, haciendo constar que, si no se efectuase el pago, se procederá a la subasta de los bienes, sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos».*

notificaciones y subastas a favor exclusivamente de los notarios<sup>41</sup>. Por el contrario, la vigente LVP omite toda referencia a la figura del notario y la sustituye por la expresión, mucho más amplia, de «**fedatario público**», lo que permitía que, con anterioridad a la integración en el año 2000 del cuerpo de corredores de Comercio en el de notarios, resultase legitimada competencialmente tanto la intervención del notario como la del corredor de Comercio en el requerimiento de pago al deudor<sup>42</sup>.

También ha modificado la vigente LVP el tenor del derogado art. 19.3 LVP de 1965 en lo que se refiere a la competencia territorial de los fedatarios públicos para requerir de pago al comprador, ampliando las posibilidades de elección del acreedor no solo al fedatario público hábil para actuar en el «*lugar donde se hallen*» los bienes vendidos, sino, también, al competente en el lugar «*donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor*». Con la instauración de esta triple regla de competencia territorial, si bien es cierto que la nueva norma acaba con los problemas que suscitaba el anterior régimen jurídico en tanto que, a veces, resultaba muy complicado la determinación del notario competente en función del lugar donde se hallaren los bienes vendidos, ya que, debido a la naturaleza mobiliaria de los bienes a los que se refiere la LVP, en muchas ocasiones resultaba prácticamente imposible conocer con certeza el lugar en el que se encontraban esos bienes en el momento preciso de realizar el requerimiento al deudor<sup>43</sup>, no es menos cierto que la casuística legalmente prevista en

<sup>41</sup> Así, establecía el art. 16.3 del Proyecto de LVP que «*para la venta en subasta notarial de las cosas adquiridas a plazos, el acreedor, a través de notario hábil... requerirá de pago al deudor...*» (vid. BOCG, Serie A, núm. 42-1, VI Legislatura, 29 de abril de 1997, pág. 6).

Sin embargo, se presentaron numerosas enmiendas por los diferentes Grupos Parlamentarios al objeto de permitir la intervención en este procedimiento no solo de los notarios, sino también de los corredores de Comercio, a quienes el art. 93 del C de C otorga el carácter de notario en todo lo que se refiere a actos de comercio y, por esta razón, no está legalmente justificado el monopolio de uno solo de los fedatarios públicos existentes en España. De esta forma, entre dichas enmiendas podemos citar las núms. 33 y 34 presentadas por el Grupo Popular y la núm. 73, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (CIU) (vid. BOCG, Serie A, núm. 42-9, VI Legislatura, 3 de octubre de 1997, págs. 34 y 47-48, respectivamente).

<sup>42</sup> En este sentido, como afirma ALMOGUERA GÓMEZ, resultaba lógica esta modificación legal por cuanto no existían «argumentos legales para marginar al corredor de Comercio cuando éstos son plenamente competentes y además actúan en la inmensa mayoría de las operaciones realizadas de compraventas a plazos o *leasing* de bienes muebles» (vid. ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva LVP...», ob. cit., pág. 77). Máxime si tenemos presente que el art. 93 del C de C otorgaba a los corredores de Comercio Colegiados «*el carácter de notarios en cuanto se refiere a la contratación de efectos públicos, valores industriales y mercantiles, mercaderías y demás actos de comercio comprendidos en su oficio, en la plaza respectiva*». En la actualidad, esta modificación legislativa ha perdido gran parte de su trascendencia desde que la Disposición Adicional 24 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y con efectos de 1 de octubre de 2000, propiciara la integración del cuerpo de corredores de Comercio en el notarial.

<sup>43</sup> Actualmente, si el acreedor no conociera con precisión dónde se encontrasen los bienes en cuestión podría solicitar la intervención tanto del fedatario competente en el domicilio de pago como el que lo sea en el domicilio del deudor.

este punto resulta del todo innecesaria<sup>44</sup>, pues consideramos que hubiese bastado con establecer, en congruencia con lo dispuesto por el párrafo cuarto del art. 16 LVP<sup>45</sup>, como criterio determinante en orden a la elección del fedatario público competente, el correspondiente al domicilio designado por las partes en el contrato como lugar en el que se deban efectuar las notificaciones y requerimientos previstos por la LVP o, en su defecto, si faltase esta previsión contractual, el correspondiente al domicilio del comprador<sup>46</sup>. De esta forma, se evitaría que, en los supuestos en los que el domicilio designado por las partes a efectos de notificaciones y requerimientos no coincidiera con los lugares establecidos en la LVP en orden a la determinación del fedatario público competente para requerir de pago al deudor, el fedatario competente tuviera que auxiliarse de otros fedatarios públicos para llevar a cabo el correspondiente requerimiento de pago<sup>47</sup>, con el consiguiente retraso y encarecimiento de las gestiones.

Según cabe inferir del texto del art. 16.2.a) de la LVP, el acta de requerimiento habrá de expresar necesariamente la cantidad total reclamada, la causa del vencimiento de la obligación, el apercibimiento al deudor de que en caso de no pagar se procederá a la ejecución singular de los bienes adquiridos a plazos en la forma prevista en el citado precepto y, por último, según cabe deducir de lo dis-

<sup>44</sup> Igualmente, considera GARCÍA SOLÉ que «esta casuística es innecesaria y que, en todo caso, se debería haber referido al domicilio del deudor, en congruencia con el art. 12 LVP» (actualmente derogado tras la entrada en vigor de la reciente LEC de 2000, debiendo entenderse sustituido este precepto por el art. 52.2 de la citada LEC) (vid. GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 279).

Por el contrario, ARIZA COLMENAREJO elogia la inclusión de esta trilogía en la LVP, al considerar que «esta fórmula facilita al acreedor que el requerimiento tenga un resultado positivo, ya que no se limita la competencia al domicilio del deudor exclusivamente. Si la diligencia de notificación y requerimiento fuera negativa, se podrá intentar en cualquiera de los lugares indicados en el precepto, de tal modo que se agoten todas las posibilidades y pueda realizarse satisfactoriamente el requerimiento. En caso contrario, la falta de opciones podrá tener como consecuencia una finalización rápida de esta fase extrajudicial y la imposibilidad de acudir al juicio ejecutivo especial señalado en los párrafos ulteriores» (ARIZA COLMENAREJO, M.<sup>a</sup> J.: «Aspectos procesales de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles y la incidencia de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil», *ESC*, núm. 52, 2000, pág. 60).

<sup>45</sup> Según dispone el art. 16.4 LVP, «los requerimientos y notificaciones previstos en los apartados anteriores se efectuarán en el domicilio que a este efecto haya designado el comprador en el contrato inicial. Dicho domicilio podrá ser modificado ulteriormente, siempre que de ello se dé conocimiento al vendedor o acreedor y se haga constar en el RVPBM».

<sup>46</sup> En congruencia con el régimen establecido en el art. 7.12 LVP, según el cual, si en el contrato de compraventa no se consignara el lugar establecido por las partes a efectos de notificaciones, requerimientos y emplazamientos, «se efectuarán en el domicilio propio de cada obligado».

<sup>47</sup> Así cabe inferir de lo dispuesto en el art. 116 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del notariado (BOE de 7 de julio de 1944), según el cual «los notarios carecen de fe pública fuera de su respectivo distrito notarial, salvo en los casos de habilitación especial».

No obstante, este mismo Decreto permite que el notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, pueda «efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo» (art. 202.3).

puesto en el apartado b) del antedicho precepto<sup>48</sup>, habrá de indicar, igualmente, la posibilidad que tiene el comprador, como cumplimiento alternativo al pago, de entregar los bienes en cuestión al acreedor o a la persona que éste designe en el requerimiento.

«*La causa del vencimiento de la obligación*», por regla general, consistirá en el impago de dos o más plazos o del último de ellos, de conformidad con el art. 10 LVP, si bien, también, puede consistir en algún otro motivo pactado en el contrato de acuerdo con la legislación vigente<sup>49</sup>.

Por lo que se refiere a la mención relativa a «*la cantidad total reclamada*» al deudor, ésta habrá de indicarse, en aras de la transparencia crediticia, totalmente desglosada en precio o capital total debido, tanto vencido como pendiente de vencer; los intereses o recargos por aplazamiento, tanto pactados como, en su defecto, resultantes de aplicar el tipo de interés legal desde el momento del vencimiento (*ex art. 63 C de C*)<sup>50</sup>; y cualquier otro gasto o comisión acordada en el contrato. Además, la Ley exige —*ex art. 16.2.a*), apartado segundo— que, salvo pacto en contrario, esta cantidad deberá ser especificada mediante certificación expedida por el acreedor previa acreditación por el fedatario público competente<sup>51</sup> de haberse practicado la correspondiente liquidación, de conformidad con lo acordado por las partes en el contrato y de que el saldo practicado coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. Sin embargo, consideramos que esta exigencia carece de sentido tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992 (STC 14/1992, de 10 de febrero), en la que se especifica que solo resulta necesario acudir al procedimiento de certificación en las pólizas de crédito donde se giran cargos y se realizan abonos, pero no en las operaciones de préstamo en las que la cantidad adeudada es líquida y está nítidamente determinada *ab initio*. Por esta razón, estimamos que, como afirma GARCÍA SOLÉ, «*hubiera sido más correcto mantener lo previsto en el Proyecto de LVP*<sup>52</sup>, que

<sup>48</sup> Establece el art. 16.2, b) LVP que «*el deudor, dentro de los tres días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al acreedor o a la persona que éste hubiera designado en el requerimiento*».

<sup>49</sup> Vid. ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva Ley...», *ob. cit.*, pág. 78.

<sup>50</sup> Dispone el art. 63 C. de C. que «*los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán, en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento*».

<sup>51</sup> Lo normal será que el propio fedatario público requirente sea el que acredite que, en la certificación expedida por el acreedor, la liquidación se ha llevado a cabo en la forma pactada por las partes y que el saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor.

<sup>52</sup> En este sentido, disponía el apartado segundo del párrafo tercero del art. 16 del Proyecto de LVP que «*si se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor*» (*vid.* BOCG, Serie A, núm. 42-1, VI Legislatura, 29 de abril de 1997, pág. 6).

*indicaba que si se hubiera convenido se acudiría a esta fórmula y no la redacción actual que obliga, para eludir esta exigencia, a estipular un pacto expreso en contrario»<sup>53</sup>.*

## B) Contestación del deudor al requerimiento del acreedor

Una vez que el deudor ha incumplido el contrato —*ex art. 10 LVP*— y es requerido de pago por parte del acreedor, parece que, salvo liberalidad de éste, no podrá continuar favoreciéndose del beneficio del aplazamiento del pago pese a que se muestre dispuesto a abonar los plazos impagados. En tal situación, según cabe inferir del apartado b) del art. 16.2 LVP<sup>54</sup>, al deudor solo le caben tres opciones: pagar la cantidad total reclamada especificada en la certificación expedida por el acreedor y acreditada por el fedatario público competente; entregar voluntariamente el bien vendido a plazos para que se proceda bien a su adjudicación en pago por parte del acreedor, o bien a su ejecución en pública subasta con intervención del fedatario público competente; y, por último, no pagar ni devolver voluntariamente el bien dejando, de esta forma, expedida al acreedor la vía de ejecución judicial del bien vendido a plazos según el procedimiento previsto en el propio art. 16.2.d) LVP.

El deudor contará con un plazo de tres días hábiles para pagar o bien para entregar voluntariamente el bien al acreedor o a la persona que éste designe en el requerimiento. Sin embargo, transcurrido ese plazo sin haber hecho uso de su opción de pago o entrega, quedará expedida para el acreedor la vía judicial prevista en la LVP. En cuanto a la fecha a partir de la cual se ha de iniciar el cómputo de ese plazo, consideramos que, pese a no poderse inferir la misma de forma indubitada del tenor literal del art. 16.2.b) LVP, debemos entender que comenzará a computarse a partir del día en el que el deudor reciba el correspondiente requerimiento en el domicilio designado en el contrato a tal fin (art. 16.4 LVP) o, en su defecto, en su propio domicilio (art. 7.12 LVP), y no a partir de la fecha de envío, pues debemos entender que dicho plazo se encuentra establecido en beneficio del deudor<sup>55</sup>.

En cuanto al pago, parece que la LVP está pensando que se haga directamente al acreedor, puesto que, al contrario de lo que sucede con la entrega del bien, no se especifica a quién se ha de realizar. No obstante, no encontramos ningún inconveniente para que el acreedor designe en el requerimiento la persona a la que se debe entregar la cantidad total reclamada.

<sup>53</sup> *Id.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 280.

<sup>54</sup> Según dispone el art. 16.2.b), «*el deudor, dentro de los tres días hábiles siguiente a aquel en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al acreedor o a la persona que éste hubiera designado en el requerimiento*».

<sup>55</sup> En este sentido, *vid.* igualmente, GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 285.

Cosa distinta sucede con la entrega del bien por parte del deudor, pues, en este caso, por imperativo legal, se ha de efectuar la entrega al acreedor o a la persona que éste designe en el requerimiento. Una vez realizada la entrega de los bienes por el deudor, el acreedor o la persona que los reciba lo hará en concepto de depósito hasta que se produzca su venta en pública subasta o, en su caso, sean adjudicados al acreedor en pago de la deuda y, por consiguiente, estas personas asumirán las obligaciones que los arts. 1766 y ss del CC imponen a todo depositario.

### C) La realización del bien objeto del contrato

Entregado voluntariamente el bien adquirido a plazos por el deudor, queda despejado el paso para su ejecución extrajudicial en pública subasta con intervención del fedatario público competente (art. 16.2c), apartado primero de la LVP). No obstante, es posible que el acreedor opte por la adjudicación del bien en pago de la deuda sin necesidad de acudir a la pública subasta (art. 16.2c), apartado tercero de la LVP). Sin embargo, siempre queda viva la posible reclamación recíproca entre las partes cuando sean desiguales el valor del bien obtenido en la subasta o, en su caso, el valor del bien en el momento de su entrega por el deudor según las tablas o índices referenciales de depreciación establecidos en el contrato, y la cantidad total reclamada por el acreedor [art. 16.2e) y f) LVP]. En ambos supuestos —subasta o adjudicación del bien—, el deudor tendrá derecho a obtener el remanente del importe obtenido por el acreedor que exceda de la cantidad reclamada o, en su caso, el acreedor podrá exigir al deudor el importe que no hubiera sido cubierto por la adjudicación del bien o, en su caso, por el precio de remate obtenido en la subasta pública.

#### a) La subasta pública del bien adquirido a plazos con intervención del fedatario público competente

Es el art. 16.2c) de la LVP el que contempla el procedimiento de enajenación del bien en pública subasta con intervención del fedatario público competente. Naturalmente, el acreedor, al disponer de la posibilidad de adjudicación directa del bien, así como del derecho a reclamar, en su caso, la cantidad que corresponda cuando el valor del bien fuese inferior a la cantidad reclamada, solo acudirá a este procedimiento de realización del bien adquirido a plazos a través de la subasta extrajudicial del mismo cuando prevea que puede obtener la satisfacción total de la cantidad reclamada, descontando los gastos inherentes a la subasta pública y asumiendo que el transcurso del tiempo podrá conllevar la consiguiente depreciación del bien.

Según el precepto de la LVP ahora estudiado, la realización del bien entregado voluntariamente por el deudor a través de su pública subasta resultará jurídica-

mente sometida a tres fuentes normativas: las reglas establecidas en el art. 1872 del CC<sup>56</sup>, las normas reguladoras de la actividad profesional de los notarios y, por último, lo pactado por las partes, al menos, en lo atinente a la tasación del bien acordada por las partes en el contrato que ha de servir como tipo en la primera subasta<sup>57</sup>.

La remisión que la LVP hace al art. 1872 del CC parece insuficiente y, además, de difícil aplicación en algunos supuestos. Resulta insuficiente porque, como destaca la doctrina<sup>58</sup>, se limita a enumerar el número de subastas a convocar, su carácter público y la ineludible citación del deudor y del dueño de la prenda si es persona distinta a éste, de forma que las numerosas carencias de este precepto habrán de ser cubiertas por medio del régimen disciplinador del procedimiento de apremio previsto en los arts. 634 y ss de la LEC.

Por otro lado, como hemos indicado anteriormente, el art. 1872 del CC resulta en ocasiones de difícil aplicación. Así, en primer lugar, según ha declarado nuestro TS<sup>59</sup>, este precepto parte de la base de que no puede adjudicarse la prenda sin acudir previamente a la subasta pública, lo cual se muestra disconforme con el régimen previsto por la LVP, que, como sabemos, prevé la posibilidad de que el acreedor pueda adjudicarse el bien en pago de la deuda «*sin necesidad de acudir a la pública subasta*» (art. 16.2c), tercer apartado LVP); pero es que, además, en segundo lugar, en tanto el art. 1872 CC prevé la obligación del acreedor de entregar al deudor carta de pago de la totalidad de su crédito cuando se adjudique el bien, esto es, se produce una adjudicación *pro soluto* en pago de toda la cantidad debida y garantizada por la prenda. Sin embargo, en el supuesto de la adjudicación por parte del acreedor del bien vendido a plazos según la LVP, el acreedor y el deudor podrán reclamarse recíprocamente la diferencia que pudiera existir entre

<sup>56</sup> De conformidad a lo dispuesto en el art. 1872 CC «*el acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho el crédito, podrá proceder por ante notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con la citación del deudor y del dueño de la prenda, en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito*».

<sup>57</sup> Así cabe inferir de lo dispuesto en los arts. 7.13 y 16.2c), apartado segundo de la LVP.

<sup>58</sup> Vid. ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva Ley...», ob. cit., pág. 83.

<sup>59</sup> Así, la STS de 6 de febrero de 1931 (R.1919), refiriéndose al art. 1872 CC, afirmaba que «este artículo, si bien autoriza al acreedor para hacerse dueño de la prenda con la obligación de dar carta de pago de la totalidad de su crédito, exige, para que así ocurra, que antes se haya precedido a la enajenación de la misma ante notario, que había de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de aquélla en su caso, otorgándole la referida facultad cuando hubiera sido celebrada por dos veces sin resultado, precepto que, si constituye derecho concedido al acreedor, es también garantía del deudor, que no puede perderla por la sola voluntad de aquél; y por tanto es así, que, aun en caso de existir pacto de que el acreedor puede apropiarse de la cosa dada en prenda, como si le fuera vendida, por el solo transcurso del término del contrato, tal pacto es ineficaz».

la valoración otorgada al bien, conforme a las tablas o índices de depreciación establecidos en el contrato y la cantidad total reclamada (art. 16.2f) LVP).

La elección del fedatario público que deba intervenir en la subasta pública corresponde al acreedor, quien, al objeto de conseguir la mayor eficacia y rapidez, normalmente procurará acumular las funciones de requerimiento, certificación de la deuda reclamada y ejecución del bien en un mismo fedatario público, al no existir ninguna incompatibilidad ni legal ni corporativa que así lo impida.

Por otro lado, deberá comunicarse la celebración de la subasta mediante anuncios colocados en el despacho del fedatario actuante, sin perjuicio de conferirle la publicidad que pueda resultar razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretendan realizar<sup>60</sup>. El contenido de los anuncios consideramos que deberá ser lo más completo posible, haciendo referencia a la identificación del procedimiento, descripción del bien, el precio de salida y su forma de pago, el número de subastas, el período de examen si se juzga adecuado, así como la imposición o no de consignación u otra forma de respaldar la seriedad de la puja.

En cuanto al procedimiento a seguir en la subasta<sup>61</sup>, el fedatario público, una vez comprobada la existencia y regularidad de los documentos exigidos en el proceso —certificación de inscripción del bien en el RVPBM y, en su caso, salvo pacto en contrario, certificación de la cantidad total reclamada expedida por el acreedor y acreditada por fedatario público—, presidirá la subasta, en la que se irán haciendo públicas las pujas de viva voz, si bien se admitirán posturas escritas que serán reveladas junto con las demás realizadas oralmente. Conseguido el mayor precio de remate, el fedatario redactará el acta de la subasta en la que se resumirá todo el proceso de venta y se identificará al adjudicatario. Finalmente<sup>62</sup>, el acreedor recibirá el precio obtenido una vez descontados todos los gastos generados por la subasta, y el adjudicatario obtendrá el bien adquirido junto con el título expedido por el fedatario público que le acreditará como legítimo propietario y le permitirá practicar la correspondiente inscripción en el RVPBM.

#### b) Adjudicación del bien al acreedor en pago de la deuda

Como ya hemos indicado más arriba, la LVP prevé (*ex art. 16.2c*), apartado tercero) que, al objeto de simplificar aún más el procedimiento de recuperación de los bienes impagados, el acreedor pueda adjudicarse directamente los mismos

---

<sup>60</sup> Así cabe inferir por virtud de la aplicación analógica del art. 645 LEC, relativo a la subasta judicial.

<sup>61</sup> Según cabe inferir por aplicación analógica de los arts. 647-649 LEC.

<sup>62</sup> Según cabe colegir del tenor del art. 650 LEC.

por el valor que tengan en el momento de su entrega por el deudor, de acuerdo con las tablas o índices referenciales de depreciación establecidas en el contrato<sup>63</sup> y que, normalmente, estarán referidas a tablas oficiales tales como pueden ser, en materia de vehículos usados, a las tablas de valoración de vehículos usados que publica periódicamente el *BOE* a los efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

Parece evidente, de conformidad con el fin propuesto en la propia Exposición de Motivos de la LVP de «*facilitar el procedimiento previsto para el cobro de los créditos nacidos de los contratos inscritos en el RVPBM*», que este procedimiento de adjudicación previsto por la LVP, lo es *pro soluto*,<sup>64</sup> esto es, en pago, extinguiendo la deuda hasta el importe fijado para la depreciación del bien en las tablas o índices previstos en el contrato. Pese a lo cual, siempre quedará a salvo la acción de reclamación recíproca entre acreedor y deudor en aquellos supuestos en los que no coincidan el importe de adjudicación del bien según las tablas de referencia y la cantidad total reclamada.

Por último, debemos subrayar la falta de claridad de la Ley a la hora de concretar si la adjudicación directa al acreedor del bien vendido a plazos solo cabe en el supuesto previsto expresamente por la Ley, esto es, en el trámite previo a la subasta notarial —*ex art. 16.2c*)—, o si, también, es posible la aplicación de esta norma al procedimiento de ejecución judicial del bien, de modo que, ordenado por el juez el secuestro y depósito del bien, el acreedor pueda evitar la subasta pública del mismo solicitando su adjudicación directa de conformidad con las tablas de depreciación fijadas en el contrato. En principio, consideramos que, si nos atenemos exclusivamente al texto de la LVP, existen en esta Ley argu-

<sup>63</sup> Según previene la disposición transitoria de la vigente LVP, respecto de los contratos de venta a plazos de bienes muebles nacidos al amparo de la LVP de 1965, el acreedor deberá, en principio, adjudicarse el bien por su precio de venta al contado, debiendo, en su caso, acreditar la depreciación del bien a través del correspondiente proceso declarativo, salvo que se alcance un acuerdo previo. Igual sucederá en relación a los contratos de venta a plazos de bienes muebles celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente LVP, cuando las partes no hubiesen pactado la tabla de depreciación del bien vendido, en cuyo caso, según previene la Exposición de Motivos de la Ley, el valor de adjudicación del bien por parte del acreedor vendrá dado por el precio de venta al contado previsto en el contrato, debiendo, igualmente, el acreedor acreditar, en su caso, la depreciación del bien a través del correspondiente proceso declarativo.

<sup>64</sup> En este mismo sentido se manifiesta GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 299. Por el contrario, BARRADO ORELLANA afirma que la LVP «permite que el acreedor se adjudique el bien voluntariamente entregado por el deudor para pago de la deuda, esto es, para que lo ejecute y salga al paso de su situación de impagado... En este punto, la LVP establece como mecanismo de pago o cumplimiento la *datio pro solvendo*, tipo de cesión que encierra un mandato al acreedor para que venda un determinado bien propiedad de su deudor y cobre su crédito del valor obtenido, crédito que solo se extingue en la medida del efectivo cobro» (*vid.* BARRADO ORELLANA, R.: «Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 82, enero-febrero, 1999, pág. 285).

mentos suficientes para entender que la voluntad del legislador ha sido la de reservar el procedimiento de adjudicación directa del bien al acreedor tan solo a aquellos supuestos en los que el deudor hubiese entregado voluntariamente el bien al acreedor para su posterior ejecución en subasta notarial o, en su caso, mediante su adjudicación directa al acreedor. Así lo consideramos, en primer lugar, porque cuando el legislador ha querido permitir tal posibilidad de adjudicación directa al acreedor lo ha hecho expresamente, lo cual solo ha acontecido —*ex art. 16.2c) LVP*— en los supuestos en los que el comprador ha entregado voluntariamente los bienes al acreedor para su ejecución extrajudicial, pero no en los supuestos de ejecución en subasta judicial del bien motivados por la falta de pago y de entrega voluntaria del bien por parte del deudor. En segundo lugar, parece confirmar nuestra tesis el hecho de que la LVP se refiera en este punto a bienes entregados por el deudor, lo que parece implicar que exista una cierta voluntariedad del deudor para que sea posible admitir el procedimiento de adjudicación directa de los bienes al acreedor, tal y como establece expresamente el propio art. 16.2c) (*«si el deudor... voluntariamente hiciera entrega de los bienes...»*) y cabe inferir, en concordancia con el anterior, del art. 16.2e) (*«la adquisición por el acreedor de los bienes entregados por el deudor...»*). Y, por último, en tercer lugar, no creemos que se pueda argumentar en contra de nuestra tesis la sistemática propia del art. 16 LVP, sino, más bien, todo lo contrario. En efecto, la colocación del apartado e) del art. 16.2 de la LVP detrás de la regulación del procedimiento judicial de ejecución del bien impagado no es sino resultado lógico de la propia sistemática seguida por el art. 16, pues, lógico es que el legislador se haya referido, tras analizar el procedimiento de ejecución extrajudicial precedido por la entrega voluntaria del bien por parte del deudor (*ex art. 16.2c)*, al procedimiento judicial motivado por la falta de pago y de entrega voluntaria del bien (*ex art. 16.2d)*, de forma que, solo después (*ex art. 16.2e)* se haya referido al derecho que tienen las partes a reclamarse recíprocamente las diferencias que se puedan producir entre el valor de adjudicación del bien por el acreedor y la cantidad total reclamada por éste<sup>65</sup>.

Sin embargo, la tesis propuesta ha de ser sustancialmente modificada tras la entrada en vigor de la vigente LEC, pues, no obstante la interpretación integradora del texto de la LVP anteriormente realizada, parece evidente que la LEC, al establecer el procedimiento de apremio al que deberá ajustarse la subasta judicial de los bienes vendidos a plazos, disipa cualquier género de duda tras afirmar en su art. 634.3 que *«en la ejecución de sentencias que condenen al pago de cantidades debidas por incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, si el ejecutante lo solicita, se le hará entrega inmediata del bien o bienes*

<sup>65</sup> En contra, GARCÍA SOLÉ considera que «la interpretación lógica dentro del contexto de este artículo debería hacer posible la adjudicación directa, evitando así la subasta judicial, ya que, de una parte, la sistemática de la norma, que coloca este apartado (art. 16.2 e) LVP) detrás de la regulación del procedimiento judicial, parece permitir la aplicación de la adjudicación directa también cuando se ha iniciado el procedimiento judicial» (*vid. GARCÍA SOLÉ, F.: Comentarios..., ob. cit., pág. 298-299*).

*muebles vendidos o financiados a plazos por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato*. En consecuencia, queda claro que la nueva redacción de la LEC permite que el acreedor pueda adjudicarse el bien en pago de la deuda sin necesidad de acudir a la subasta judicial del mismo.

### 2.1.2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

Es el apartado d) del art. 16.2 de la LVP el que contiene, básicamente, las especificaciones de lo que actualmente constituye el nuevo proceso de ejecución judicial singular de los bienes vendidos a plazos creado por la LVP. Según este precepto, reformado por la vigente LEC<sup>66</sup>, *«cuando el deudor no pague la cantidad exigida ni entregue los bienes para la enajenación en pública subasta a que se refiere la letra anterior, el acreedor podrá reclamar del Tribunal competente la tutela sumaria de su derecho mediante el ejercicio de las acciones previstas en los números 10 y 11 del apartado primero del art. 250 de la LEC»*.

La LVP en su anterior redacción se remitía, para el caso de incumplimiento de la obligación de pagar o de entregar el bien, a los trámites del proceso ejecutivo mediante el establecimiento de un proceso de ejecución singular que recaía exclusivamente sobre el bien objeto del contrato<sup>67</sup> y con causas tasadas de oposición relativas fundamentalmente al pago acreditado documentalmente, ausencia o vicio del consentimiento y a la falsedad del título. Pues bien, la nueva redacción dada por la vigente LEC al apartado d) del art. 16.2 LVP modifica profundamente este proceso ejecutivo especial y lo reconduce a un proceso declarativo, en concreto a un juicio verbal, aunque con importantes especialidades.

En este sentido, el art. 250.10 LEC remite al juicio verbal, disciplinado en los arts. 437 y ss de la LEC, las demandas que pretendan que el Tribunal resuelva con carácter sumario sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el RVPBM y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos a plazos.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 437.1 LEC, este proceso se iniciará con un breve escrito, que la Ley denomina *«demanda sucinta»*, en el

<sup>66</sup> Vid. disposición final séptima, apartado tercero de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que entró en vigor el 8 de enero de 2001.

<sup>67</sup> Así, la anterior redacción del art. 16.2d) LVP era la siguiente: *«si el deudor no pagase la cantidad exigida ni entregase los bienes para su ejecución, el acreedor podrá reclamar, del juez competente la ejecución sobre el bien o bienes vendidos a plazos. Dicha acción se tramitará, sea cual fuere su cuantía, con arreglo a lo dispuesto en la LEC para el juicio ejecutivo, salvo las especialidades establecidas en el presente artículo»*.

que se consignarán los datos identificativos y el domicilio de las partes y se fijará con claridad y precisión lo que se pida<sup>68</sup>. Esta demanda solo será admitida si se acredita tanto el requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el párrafo segundo del art. 16 LVP, como el haber realizado la inscripción del bien o bienes objeto de la compraventa a plazos en el RVPBM<sup>69</sup>. En consecuencia, para que el juez admita la demanda será preciso que ésta se acompañe de la correspondiente certificación de inscripción de los bienes en el RVPBM<sup>70</sup> y de la copia del requerimiento de pago al deudor realizado a través del fedatario público competente<sup>71</sup> junto con la diligencia expresiva del impago y la no entrega del bien<sup>72</sup>.

Admitida la demanda, el Tribunal, según establece el art. 441.4 LEC, con carácter previo a la vista, ordenará a su poseedor la exhibición de los bienes bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a la autoridad judicial, así como su inmediato embargo preventivo, que se asegurará mediante depósito, con arreglo a lo previsto en la LEC. Para la adopción de estas medidas cautelares no se exigirá caución al demandante ni se admitirá oposición del demandado a las mismas, quien tampoco podrá solicitar la modificación o sustitución de estas medidas por caución, es decir, por ejemplo, aportando un aval bancario para evitar la imposición de estas medidas.

El propio art. 441.4 LEC regula el procedimiento a seguir para resolver la acción de cumplimiento basada en el vigente art. 16.2d) de la LVP. Se trata de un procedimiento especial muy simple que persigue lograr los mismos efectos que el proceso de ejecución singular que contemplaba el apartado d) del art. 16.2 LVP, ahora modificado por la LEC. El juez emplazará al demandado concediéndole un plazo de cinco días para que se persone en las actuaciones por medio de procurador al objeto de anunciar su oposición a la demanda por alguna de las

---

<sup>68</sup> Entiende, por ello, GARCÍA SOLÉ que «no es necesario exponer numerados los hechos, ni expresar los fundamentos de Derecho aplicables» (*vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: «Venta a plazos y *leasing* tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», *RLL*, núm. 5044, martes 2 de mayo de 2000, pág. 4).

<sup>69</sup> Así se infiere de lo dispuesto en el art. 439.4 LEC.

<sup>70</sup> Esta exigencia demuestra que la inscripción en el RVPBM constituye un requisito *sine qua nom* para acudir a este proceso especial previsto en la LVP. No obstante, en otro caso, a falta de inscripción, siempre quedarán abiertas las demás vías procesales ordinarias, declarativas o ejecutivas, previstas en el art. 16.1 de la Ley.

<sup>71</sup> El hecho de que se exija acreditar el previo requerimiento de pago al deudor demuestra que la vía judicial prevista por el art. 16.2d) de la LVP no podrá iniciarse sin haber procedido previamente a requerir el pago al deudor en la forma prevista por el art. 16.2, apartados b) y c) de la LVP.

<sup>72</sup> Esta diligencia no será sino una mera manifestación del acreedor ante el fedatario público que intervino en el requerimiento de pago al deudor (pues se trata de una diligencia al propio requerimiento) en la que el acreedor afirme que, durante los tres días legalmente previstos para ello (art. 16.2b) LVP), el deudor no ha pagado ni ha procedido a entregar los bienes a él o a la persona que hubiera designado en el requerimiento.

causas previstas en el apartado tercero del art. 444 de la LEC. Si el demandado dejara transcurrir el citado plazo sin anunciar su oposición, o bien pretendiera fundar ésta en alguna causa no comprendida en el párrafo tercero del art. 444, se dictará, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del acreedor contra la que no cabrá recurso alguno, por lo que la citada sentencia deviene firme<sup>73</sup>.

Por consiguiente, el demandado tendrá restrictivamente acotadas por la Ley sus posibilidades de defensa al poder fundamentar su oposición a la reclamación formulada por el acreedor tan solo en alguna de las cuatro causas tasadas previstas en el art. 444.3 de la LEC<sup>74</sup>. En este sentido, literalmente dispone el citado precepto que *«en los casos de los números 10 y 11 del apartado 1 del artículo 250, la oposición del demandado solo podrá fundarse en alguna de las causas siguientes: 1.ª Falta de jurisdicción o competencia del tribunal; 2.ª Pago acreditado documentalmente; 3.ª Inexistencia o falta de validez de su consentimiento, incluida la falsedad de la firma; 4.ª Falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato»*.

En nuestra opinión, la primera de las causas de oposición, esto es, la falta de jurisdicción o competencia del tribunal, solo se encuentra justificada por la reserva competencial que el art. 50.2 LEC hace en favor del tribunal correspondiente al domicilio del comprador para conocer de los litigios en materia de ventas a plazos de bienes muebles.

Por su parte, la excepción de pago resulta restringida a los supuestos en los que, junto con el escrito de oposición, se acompañe prueba documental del pago de la deuda, ya que, de otro modo, no tendría sentido la puntualización hecha por la Ley de que el pago esté *«acreditado documentalmente»*<sup>75</sup>. Por tanto, no es posible fundamentar la oposición de pago por otros mecanismos distintos al documental, como podría ser la presentación de la correspondiente prueba testifical que dejara constancia de la realización del pago. Por otro lado, al referirse expresamente la Ley al pago como causa de oposición, parece que tampoco será posible invocar la extinción de la deuda por otros mecanismos extintivos de la obligación distintos al pago, como podrían ser la compensación, la condonación o la propia prescripción del crédito.

<sup>73</sup> Según cabe inferir del tenor del art. 441.4 *in fine* al disponer que *«contra la sentencia que se dicte en los casos de ausencia de oposición a que se refieren los dos apartados anteriores no se dará recurso alguno»*.

<sup>74</sup> Como afirma ALMOGUERA GÓMEZ, «esta acotación restrictiva que hace la Ley es buena muestra de la búsqueda de velocidad que quiere darse a este proceso para que la facultad de realización del valor reconocida al acreedor sea efectiva y no una declaración de intenciones del texto reformado» (vid. ALMOGUERA GÓMEZ, A.: «La nueva Ley...», ob. cit., pág. 82).

<sup>75</sup> En el mismo sentido, vid. GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 295; ARIZA COLMENAREJO, M.ª J.: «Aspectos procesales...», ob. cit., pág. 68.

En cuanto a la tercera de las causas de oposición legalmente previstas, esto es, la inexistencia o falta de validez del consentimiento, incluida la falsedad de la firma, hay que incluir en este punto los vicios del consentimiento (error, violencia, intimidación y dolo) (arts.1.265-1.270 CC), así como las situaciones de incapacidad para prestar consentimiento señaladas en el art. 1.263 CC. Mayor problema puede plantear la alegación de la falsedad de la firma al no ser preciso acompañar la demanda con el contrato original en el que figuren las firmas autógrafas de las partes y, más en particular, la del deudor que es la que en este caso nos interesa conocer. La solución que en estos supuestos cabe es que, si el deudor alega esta excepción, solicite al acreedor que muestre su copia del contrato original, o bien, en su caso, que solicite al RVPBM copia del contrato cuando éste estuviese inscrito en dicho registro.

Por último, respecto a la falsedad del documento en que aparezca formalizado el contrato que se prevé como cuarta causa de oposición, parece que hace referencia a la falsedad del modelo oficial en el que se ha de formalizar el contrato para que pueda tener acceso al RVPBM.

En el caso de que el demandado, de acuerdo con los trámites anteriormente indicados, anuncie su oposición a la reclamación presentada por el acreedor, el juez citará a las partes para la vista, pero si el demandado no asistiera a la misma sin concurrir justa causa o asistiera y, finalmente, no formulara oposición o pretendiera fundar ésta en alguna causa no comprendida en el art. 444.3 LEC, el juez, además de dictar, sin más trámites, sentencia estimatoria de las pretensiones del acreedor<sup>76</sup>, impondrá al demandado una multa de al menos 180 euros, que se podrá elevar hasta la quinta parte del valor de la reclamación<sup>77</sup>. De esta forma, el legislador pretende acabar con las oposiciones que tienen por objeto dilatar el proceso y demorar las expectativas de cobro del acreedor y, por ello, es especialmente duro con cualquier maniobra dilatoria cuando no se encuentre justificada legalmente.

Por último, una vez dictada sentencia de remate, se iniciarán los trámites de ejecución del bien vendido a plazos de conformidad con los términos previstos para el procedimiento de apremio en los arts. 634 y ss de la LEC, sin que, en este caso, resulte destacable ya ninguna especialidad con relación al procedimiento general de apremio<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Contra la cual no cabe recurso alguno, según cabe inferir del tenor del art. 441.4 *in fine* al disponer que «*contra la sentencia que se dicte en los casos de ausencia de oposición a que se refieren los dos apartados anteriores no se dará recurso alguno*».

<sup>77</sup> *Vid.* art. 441.4 LEC.

<sup>78</sup> Salvo la ya mencionada anteriormente, según la cual el acreedor podrá evitar la subasta pública de los bienes vendidos a plazos solicitando la entrega inmediata de los mismos por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato (art. 634.3 LEC).

2.1.3. REALIZACIÓN DEL BIEN VENDIDO A PLAZOS CUANDO SE ENCUENTRE EN PODER DE UN TERCERO: ART. 16.3 DE LA LVP

Hasta ahora hemos comprobado cómo el acreedor dispone frente al comprador de varias opciones para forzar la satisfacción de su crédito, dirigiendo la acción contra la integridad del patrimonio del deudor, o bien directa y exclusivamente sobre los bienes que hubiesen sido objeto de la compraventa a plazos, y cómo, incluso, su crédito goza de una preferencia y prelación parecida a la del crédito pignoraticio para cobrarse del valor obtenido por medio de la subasta pública del bien. Pero, además de estas facultades, la LVP prevé en su art. 16.3 la posibilidad de que el acreedor pueda resarcirse de su crédito con cargo al bien vendido o financiado a plazos aun cuando el mismo no se encuentre en posesión del comprador, sino de un tercero<sup>79</sup>. Sin embargo, según se infiere de este precepto, para que esto último pueda acontecer, es decir, para que el acreedor pueda perseguir el bien o afectarlo con una garantía oponible a terceros distintos al propio comprador, se requiere que las partes hayan pactado una reserva de dominio o al menos que no hayan excluido la prohibición legal de disponer<sup>80</sup> y, además, que el contrato con cláusula de reserva de dominio o prohibición de disponer se encuentre inscrito en el RVPBM. Si así se hubiera hecho, el art. 16.3 LVP permite al acreedor dirigir, a través de fedatario público, un requerimiento a la persona distinta del comprador en cuyo poder se encuentre el bien vendido o financiado a plazos para que ésta, en un plazo de tres días hábiles, pague el importe reclamado o desampare el bien.

Una vez hecho el correspondiente requerimiento de pago o desamparo del bien, se reproduce el elenco de posibilidades que ya hemos analizado según el procedimiento previsto por el art. 16.2 de la LVP cuando se reclama extrajudicial o judicialmente al comprador el pago de la deuda; esto es, el tercero poseedor del bien podrá pagar la cantidad reclamada por el acreedor, o bien podrá desamparar el bien, o incluso podrá optar por no pagar ni desamparar el bien. Si decide pagar la cantidad reclamada por el acreedor, como resulta lógico, la LVP permite al tercero subrogarse en el lugar del acreedor satisfecho contra el comprador, pues ha pagado un excedente al que no estaba obligado<sup>81</sup>. Si optara por desamparar el

<sup>79</sup> Naturalmente, para que nos encontremos en el supuesto de hecho contemplado por la norma resulta preciso, tal y como considera GARCÍA SOLÉ, que se trate de un supuesto de posesión legítima, de modo que existan razones que justifiquen la licitud de la posesión por parte de una persona distinta al comprador (*vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 302).

<sup>80</sup> La prohibición de disponer constituye uno de los contenidos obligatorios que han de constar en el contrato de compraventa a plazos (*ex* art. 7.11 LVP) y, por consiguiente, se entenderá establecida por ministerio de la Ley y por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactada, siempre que el vendedor o el financiador no autoricen la libre enajenación del objeto vendido (*ex* art. 4 c) ORVPBM).

<sup>81</sup> Si cabría hablar de obligación del tercero poseedor a pagar, en aquellos supuestos en los que éste poseyera el bien como rematante del mismo, según cabe inferir del tenor del art. 15.3 de la LVP, donde se afirma que «*el que remate bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el*

bien, en tal caso, se entenderán con él todas las diligencias del trámite ejecutivo, ya se siga éste a través de fedatario público o en vía judicial, adquiriendo el derecho al remanente que sobrase tras la ejecución del bien en subasta pública, lo que significa que el tercero que desampare el bien pierde su posesión, pero no los derechos que sobre el mismo pudieran corresponderle. Por último, cuando el tercero poseedor se oponga tanto al pago como al desamparo del bien, se procederá conforme al procedimiento anteriormente analizado de ejecución judicial del bien previsto en el apartado d) y siguientes del párrafo segundo del art. 16 LVP, con la única salvedad de que, en este supuesto, el tercero ocupará la posición del comprador.

### III. LA PROHIBICIÓN DE DISPONER INSERTA EN LOS CONTRATOS SUJETOS A LA LVP

Pese a que podamos considerar a la prohibición de disponer como una de las garantías más importantes que la LVP confiere al vendedor o, en su caso, al financiador, lo cierto es que no es una figura creada y regulada *ex novo* por la vigente LVP, sino que, por el contrario, resulta ser una figura que goza ya de una cierta raigambre en nuestro Ordenamiento jurídico<sup>82</sup>, habiendo sido empleada por el legislador en orden a la consecución de los más diversos fines de política legislativa.

Sin embargo, el régimen jurídico que de la prohibición de disponer contiene la LVP introduce importantes novedades que vienen a caracterizar y a diferenciar a esta figura de otras afines. Así, frente a la prohibición de disponer prevista en los arts. 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, aplicable a las transmisiones a título gratuito sobre bienes inmuebles, y a las prohibiciones de disponer establecidas por las Compilaciones Catalana y Navarra, tan solo aplicables en sus respectivos territorios autonómicos, la regulación prevista en la LVP representa el único régimen jurídico de general aplicación en todo el territorio nacional que prevé la posibilidad de insertar la prohibición de disponer en actos a título oneroso sobre bienes muebles y con eficacia *erga omnes* en virtud de su inscripción en el RVPBM, a fin de reforzar la posición jurídica del acreedor que, perdiendo la posesión y la

---

*Registro en los términos de esta Ley los adquirirá con subsistencia de la obligación de pago garantizada con dicha prohibición, de la que responderá solidariamente con el primitivo deudor hasta su vencimiento». Naturalmente, pese a que frente al acreedor, el tercero rematante tenga la obligación de pagar, ello no impide que una vez efectuado el pago pueda repetir contra el comprador al objeto de reclamarle la cantidad que corresponda.*

<sup>82</sup> Vid. arts. 639 del CC; 26 y 27 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (BOE núm. 58, de 27 de febrero); 4 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión de 16 de diciembre de 1954 (BOE núms. 351-352, de 17 y 18 de diciembre); 117 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña; y las Leyes 481 y 482 de la Compilación Navarra, que también se refieren a la prohibición de disponer y, por último, 6.13 de la LVP de 1965.

propiedad del bien, queda con frecuencia en la práctica indefenso a la hora de satisfacer su crédito con otros bienes realizables del patrimonio del deudor.

## 1. Caracterización de la prohibición de disponer prevista en la LVP

Según dispone expresamente el art. 7.11 de la LVP<sup>83</sup>, los contratos sometidos a la citada norma deberán contener con carácter obligatorio «*la prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición*». De esta previsión legal parece posible inferir que las partes podrán otorgar a la analizada prohibición de disponer un contenido más o menos amplio, según acuerden una mera prohibición de enajenar, o bien una verdadera prohibición de disponer. Sin embargo, el posterior desarrollo reglamentario de la Ley ha venido a confirmar lo que fue, durante la vigencia de la LVP de 1965, y continúa siendo, desde la entrada en vigor de la actual LVP, la doctrina común entre los autores<sup>84</sup> conforme a la cual la prohibición de disponer atañe no solo a las enajenaciones, sino también a cualquier otro acto de disposición o gravamen sobre la cosa vendida o financiada a plazos. En efecto, el art. 4c) de la vigente ORVPBM de 1999, excediéndose de lo que debería ser una mera ordenación de la institución del RVPBM<sup>85</sup>, regula el contenido y la eficacia de la prohibición de disponer al establecer que «*salvo que las partes se limiten a prohibir determinados actos de enajenación o gravamen, la prohibición de disponer excluye, bajo sanción de nulidad absoluta, cualquier acto de riguroso dominio y dispositivo*». De este modo, cabe entender que, salvo que las partes acuerden otra cosa<sup>86</sup>, la regla general es que la prohibición de disponer a que hace referencia la LVP ha devenido en una auténtica prohibición de disponer *stricto sensu* que excluye cualquier acto dispositivo de enajenación o gravamen —tal y como la compraventa, la permuta, la adjudicación en pago, o la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión—, que pueda posibilitar que el bien gravado con la prohibición salga del patrimonio del deudor bien de forma inmediata o en el futuro.

Sin embargo, según cabe inferir del tenor literal del mismo art. 4c) de la ORVPBM, no todo acto de disposición del bien objeto del contrato de compraventa o financiación regulado por la LVP resulta vedado por la prohibición de dispo-

<sup>83</sup> Al igual que hacía su antecesor de la LVP, de 1965, el art. 6.13.

<sup>84</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 142; RUBIDO DE LA TORRE, C.: «La protección al consumidor: su marco legal. Especial referencia a la Ley 28/98, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles», *AC*, núm. 9, 2000, pág. 318; CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «La prohibición de disponer en la compraventa a plazos de bienes muebles», *RLL*, núm. 5247, 14 de febrero de 2001, pág. 4.

<sup>85</sup> También considera excesivo este desarrollo de la LVP, por parte de la ORVPBM, CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «La prohibición...», ob. cit., pág. 4.

<sup>86</sup> Por virtud no solo de la habilitación conferida por el art. 4c) de la ORVPBM, sino, fundamentalmente, por mor del principio de autonomía contractual, ex art. 1255 CC.

ner inserta en dichos contratos. La citada norma excepciona de este gravamen a los actos *mortis causa* y a los actos *inter vivos* de carácter forzoso, como son las adjudicaciones derivadas de realizaciones forzosas judiciales o administrativas y las expropiaciones. En todos estos supuestos la transmisión de la titularidad será válida y los terceros adquirentes resultarán protegidos en su derecho. Ahora bien, por lo que a las transmisiones *mortis causa* se refiere, el hecho de que el legislador permita al testador disponer de los bienes sujetos a la prohibición de disponer entre sus herederos y legatarios hay que entenderlo, lógicamente, en el sentido de que ello ha de acontecer sin perjuicio de tercero y, por consiguiente, el bien gravado con la prohibición debe continuar en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a la apertura de la sucesión, es decir, sujeto a la prohibición de disponer tanto si es finalmente adjudicado a un heredero como si lo es a un legatario. Así pues, si son varios los coherederos, será la comunidad hereditaria la que resultará obligada a pagar frente al vendedor la parte que aún se le adeude, pudiendo éste, según se infiere del art. 1.084 del CC<sup>87</sup>, exigir a cualquiera de los coherederos el cumplimiento de la obligación garantizada a través de los procedimientos judiciales o extrajudiciales previstos en el art. 16 de la LVP.

De la misma forma, según dispone el art. 4c) de la ORVPBM, será igualmente eficaz la transmisión del bien sujeto a la prohibición de disponer como consecuencia de ejecución de sentencia, así como la enajenación que tenga lugar por virtud de un procedimiento de apremio administrativo. En estos supuestos, el adjudicatario deviene pleno propietario del bien mueble adquirido, pero, debido al carácter real del gravamen aquí analizado y a su inscripción en el RVPBM, el adjudicatario del bien, al igual que sucede con el adquirente hipotecario, recibe el bien libre de las cargas y gravámenes constituidos e inscritos con posterioridad a la adquisición, pero no de los constituidos e inscritos con anterioridad. De esta forma, por virtud de la regla *prior tempore potior iure*, el adjudicatario del bien lo recibirá gravado con la prohibición de disponer constituida e inscrita con anterioridad a la adjudicación del mismo y con subsistencia de la obligación de pago garantizada de la que responderá, solidariamente junto con el primitivo deudor, con el propio bien adquirido<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Según dispone el art. 1.084 del CC, «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio».

<sup>88</sup> Pese a que el art. 15.3 *in fine* de la LVP se limita a reconocer la responsabilidad solidaria del rematante de bienes sujetos a prohibición de disponer inscrita en el RVPBM, sin limitar dicha responsabilidad de ningún modo, el art. 4c) de la ORVPBM, de nuevo excediéndose de las facultades que le deberían ser propias, esto es, la simple ordenación del RVPBM, sí limita la responsabilidad del rematante tan solo al bien adquirido, lo que, en palabras de RUBIDO DE LA TORRE «no deja de ser una delegación de materia no deseable, al afectar a aspectos de indudable trascendencia e interés general que propiamente debieran ser objeto de ley ordinaria » (vid. RUBIDO DE LA TORRE, C.: «La protección al consumidor...», ob. cit., pág. 319).

Por último, según establece la ORVPBM, la prohibición de disponer que grave un bien vendido o financiado a plazos no impedirá que éste pueda enajenarse válidamente como consecuencia de un procedimiento de expropiación forzosa. Además, a diferencia de los dos supuestos anteriormente analizados de enajenación *mortis causa* o forzosa del bien, el expropiante, de conformidad con el art. 8 de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF)<sup>89</sup>, recibirá el bien expropiado libre de cargas, esto es, sin que resulte gravado con la prohibición de disponer prevista en el contrato de compraventa o financiación, debido a que la utilidad pública o el interés social que fundamentan la expropiación permiten que el expropiante pueda tener plena capacidad para disponer del bien expropiado en orden a la consecución de la concreta *causa expropriandi* que justificó la privación de la cosa. Sin embargo, esto no significa que el beneficiario de la expropiación pueda disponer con absoluta libertad del bien, ya que solo estará facultado para realizar aquellos actos que resulten precisos en orden al cumplimiento del fin que justificó la expropiación, pues, en caso contrario, se podría producir la reversión de lo expropiado a su antiguo titular<sup>90</sup>. Por ello, como afirma CABALLERO LOZANO: «si en el plano conceptual la prohibición se extingue, en la práctica, por efecto de la propia ratio de la expropiación, el beneficiario no podrá disponer libremente de la cosa»<sup>91</sup>.

Por otro lado, y como consecuencia de la extinción de la prohibición de disponer, su titular tendrá derecho a ser indemnizado por la pérdida patrimonial sufrida, pues, como afirma de nuevo el art. 4c) de la ORVPBM, «*en las expropiaciones, la prohibición de disponer tendrá el carácter de gravamen a los efectos de indemnización del favorecido por ella*»<sup>92</sup>; quien, además, pese a que la ORVPBM nada diga al respecto<sup>93</sup>, deberá ser citado en el correspondiente expediente de expropiación<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Dispone el art. 8 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de expropiación forzosa (BOE núm. 351, de 17 de diciembre), que «la cosa expropiada se adquirirá libre de cargas».

<sup>90</sup> Así cabe inferir de lo dispuesto en el art. 54.1 de la LEF, según el cual, «*en el caso de ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, abonando a la Administración su justo precio*».

<sup>91</sup> Vid. CABALLERO LOZANO, J. M.<sup>a</sup>: «La prohibición...», ob. cit., págs. 4-5.

<sup>92</sup> En realidad, el art. 4c) de la ORVPBM no hace sino especificar para el caso concreto lo que ya establece con carácter general el art. 4.1 de la LEF, según el cual «*siempre que lo soliciten acreditando su condición debidamente, se entenderán también las diligencias con los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable*».

<sup>93</sup> Tan solo hace referencia el art. 4c) de la ORVPBM a la reserva de dominio, al considerar que «*en las expropiaciones... la reserva de dominio implicará que será parte en el expediente su titular*».

<sup>94</sup> Así se infiere del tenor del art. 4.2 LEF al afirmar que «*si de los registros (públicos) que menciona el art. 3 resultare la existencia de los titulares a que se refiere el párrafo anterior, será preceptiva su citación en el expediente de expropiación*».

Otro aspecto importante de la prohibición de disponer que debemos destacar es su carácter obligatorio en cuanto contenido de los contratos de compraventa o financiación sujetos a la LVP. En efecto, el art. 7.11 de la LVP dispone que en el documento contractual habrá de constar obligatoriamente *«la prohibición de enajenar o de realizar cualquier acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador»*. En cumplimiento de este mandato legal, el art. 11.8 de la ORVPBM dispone que *«los modelos oficiales de los contratos inscribibles, así como los impresos en que se extiendan, contendrán los espacios necesarios para hacer constar... el pacto en que expresamente se establezca la prohibición de enajenar o de realizar cualquier acto de disposición o de gravamen mientras no se haya cumplido lo estipulado en el contrato o reembolsado el préstamo»*.

Pero la obligación legal de incluir en todos los contratos sujetos a la LVP la cláusula de prohibición de disponer va mucho más allá de un simple mandato legal por virtud del cual las partes se encuentren compelidas a acordar la inclusión contractual de la citada cláusula. Así, según dispone el art. 4c) de la ORVPBM *«la prohibición de disponer se entiende establecida por ministerio de la Ley y por el hecho de la inscripción, aunque no esté expresamente pactada, siempre que el vendedor o el financiador, en su caso, no autoricen la libre enajenación del bien vendido»*; esto es, la cláusula de prohibición de disponer ha de ser considerada como una cláusula consustancial o natural de los contratos sujetos a la LVP e inscritos en el RVPBM, que se entiende incluida en los mismos por ministerio de la Ley pese a que las partes no hubiesen acordado expresamente su inserción<sup>95</sup>. Incluso, pese a la deficiente técnica empleada por el legislador a la hora de redactar el art. 4c) de la ORVPBM<sup>96</sup> y a que la Ley guarde silencio al respecto, debemos entender inserta la cláusula de prohibición de disponer en los contratos no inscritos en el RVPBM<sup>97</sup>, no solo porque, a diferencia de lo que sucede con la reserva de dominio, no es necesario que las partes acuerden expresamente su inclusión para que esta cláusula se considere parte del contenido de todo contrato

<sup>95</sup> Del mismo modo, esta es la opinión mantenida por la doctrina, *vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 165; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 141; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 186; BLASCO GASCÓ, F. P.: *«Las ventas...»*, ob. cit., pág. 97; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 202; CABALLERO LOZANO, J. M.: *«La prohibición...»*, ob. cit., pág. 5; RUBIDO DE LA TORRE, C.: *«La protección al consumidor...»*, ob. cit., pág. 318.

<sup>96</sup> Puesto que si la prohibición de disponer se entiende establecida por ministerio de la Ley, huelga toda referencia a la inscripción, toda vez que la prohibiciones de disponer de origen legal no precisan de inscripción registral separada y especial y se configuran, según el art. 26.1 LH, como limitaciones legales del dominio (*vid.*, en este sentido, BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 97).

<sup>97</sup> Lo que sucede es que, en este supuesto, ante la falta de inscripción en el RVPBM, la prohibición de disponer no tendrá eficacia *erga omnes* (art. 15.1 LVP), sino solo *inter partes*, como una simple obligación negativa o de no hacer.

sujeto a la LVP<sup>98</sup>, sino porque, de no entenderlo así, las partes podrían con facilidad vulnerar el mandato legal previsto en el art. 7.11 de la LVP simplemente no inscribiendo el contrato en el RVPBM, pues si la inscripción fuese necesaria para presumir, en ausencia de pacto expreso, incluida la prohibición de disponer en el contenido contractual, bastaría con no inscribir el contrato para eludir la obligación legal de incluir en el mismo la prohibición de disponer.

Sin embargo, los propios preceptos ahora comentados, esto es, los arts. 7.11 de la LVP y 4c) de la ORVPBM, no impiden el libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes, sino que expresamente permiten que el vendedor o, en su caso, el financiador, puedan autorizar la enajenación o gravamen del bien vendido o financiado incluso con anterioridad a que el deudor haya pagado totalmente el precio o reembolsado el préstamo. De esta forma, la prohibición de disponer se configura como una garantía de obligatoria inclusión en el contenido contractual, salvo que su titular —el vendedor o el financiador— decida renunciar a ella autorizando por escrito al comprador a disponer del bien objeto del contrato de venta a plazos. Al no establecer nada al respecto ni la LVP ni la ORVPBM, parece lógico entender que la citada autorización se podrá contener en el propio contrato de venta a plazos o de préstamo, o bien en otro documento distinto y que podrá ser otorgada tanto con carácter previo como coetáneo, o incluso posterior al acto de disposición del bien, en cuyo caso equivaldrá a una ratificación o confirmación del mismo. Tampoco se refieren ni LVP ni la ORVPBM al alcance de la autorización, por lo que consideramos que el vendedor o el financiador podrán autorizar tan solo la realización de determinados actos de enajenación (*inter vivos*, *mortis causa*, onerosos, gratuitos, etc.) o gravamen, o bien, la libre disposición del bien vendido, lo que equivaldría a una renuncia total de la garantía que para ellos representa la prohibición de disponer.

Por último, debemos finalizar la caracterización que estamos realizando de la prohibición de disponer, destacando su carácter temporal. En efecto, el propio art. 7.11 de la LVP prohíbe disponer del bien objeto del contrato de compraventa hasta tanto «*se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo*», es decir, la prohibición de disponer perdura hasta que se haya cumplido la obligación principal que viene a garantizar. Se evidencia así el carácter accesorio de la prohibición de disponer con relación a la obligación principal garantizada; y como accesorio que es sigue la suerte de lo principal que es la obligación garantizada. De esta forma, extinguida la obligación garantizada<sup>99</sup> por cualquiera de los

<sup>98</sup> Según cabe inferir del tenor literal del art. 7 de la LVP, todos los contratos sometidos a la citada Ley «*contendrán con carácter obligatorio... la prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición*», salvo que el vendedor o, en su caso, el financiador autoricen por escrito la enajenación o disposición del bien objeto del contrato.

<sup>99</sup> En la deuda se comprende no solo el precio de la cosa o, en su caso, el principal e intereses devengados del préstamo, sino también cualquier otro pago legítimo derivado del contrato y que deba el comprador en beneficio del vendedor o financiador.

medios extintivos previstos en el art. 1.156 CC<sup>100</sup> se extingue la prohibición de disponer y el comprador adquiere el pleno poder de disposición sobre el bien adquirido a plazos.

## 2. Eficacia de la prohibición de disponer inserta en los contratos sometidos a la LVP

En principio se debe distinguir entre los efectos que la prohibición de disponer produce por la mera celebración de un contrato sometido a la LVP y la eficacia de este gravamen una vez inscrito en el RVPBM.

Como sabemos, la prohibición de disponer ha de ser considerada como un elemento natural de todo contrato sometido a la LVP por formar parte esencial de su contenido<sup>101</sup>. En consecuencia, la simple celebración de un contrato sujeto a la LVP determinará que, sin necesidad de que esté inscrita en el RVPBM, la prohibición de disponer juegue *ipso iure* plenos efectos entre las partes contratantes. Así, la celebración por parte del comprador de cualquier acto de enajenación o gravamen sobre el bien objeto del contrato habrá de ser considerado, salvo que medie la correspondiente autorización del vendedor o, en su caso, del financiador, como un claro incumplimiento contractual del que se podrá derivar la responsabilidad del comprador tanto por los daños y perjuicios que su actuación ocasionase al vendedor o al financiador, como por la indemnización pactada en el contrato para el caso de contravención de la prohibición de disponer<sup>102</sup>. Sin embargo, la simple constancia de la prohibición de disponer en el contrato no inscrito en el RVPBM carecerá de eficacia *erga omnes* y, por tanto, no será oponible frente al tercero de buena fe que hubiese adquirido el bien del comprador contraviniendo la prohibición de disponer<sup>103</sup>. En consecuencia, ese tercero no podrá verse perturbado en su derecho por reclamación alguna del vendedor o del financiador al

---

<sup>100</sup> Según el art. 1.156 del CC «las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento; por la pérdida de la cosa debida; por la condonación de la deuda; por la confusión de los derechos de acreedor y deudor; por la compensación; por la novación».

<sup>101</sup> Vid. arts. 7.11 LVP y 4c) ORVPBM. Naturalmente, salvo que el vendedor o financiador renuncie, en todo o en parte, a esta garantía.

<sup>102</sup> Por contra, para GÓMEZ GALLIGO, que defiende el carácter constitutivo de la inscripción de la prohibición de disponer en el RVPBM, los supuestos de «incumplimiento de una prohibición no inscrita no tendrán sanción alguna por el Ordenamiento, dada su carencia de validez. Tan solo quedará amparado el favorecido por la prohibición, en la medida que el adquirente gravado que transmitió a pesar de todo se haya enriquecido injustamente» (vid. GÓMEZ GALLIGO, F. J.: *Las prohibiciones de disponer en el Derecho español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1992, págs. 248-249).

<sup>103</sup> Así se infiere de lo dispuesto por los arts. 15.1 de la LVP, según el cual «para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el RVPBM», y 28 de la ORVPBM, donde se afirma que «los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudican a tercero».

proceder, en este supuesto, la protección de la apariencia tal y como prevén los arts. 464 CC y 85 C del C<sup>104</sup>.

Ahora bien, una vez que la prohibición de disponer haya sido inscrita en el RVPBM será oponible frente a cualquier tercero<sup>105</sup> (art. 15.1 LVP), por lo que resultará inoperante todo acto de enajenación o gravamen realizado por el comprador sin contar con la correspondiente autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador, y los terceros no podrán quedar jurídicamente amparados en su adquisición<sup>106</sup>, en virtud del principio registral de oponibilidad consagrado en el art. 28 de la ORVPBM<sup>107</sup>, pese a que logran probar su desconocimiento de tal prohibición. En consecuencia, la prohibición de disponer inscrita provoca la «nulidad absoluta de cualquier acto de riguroso dominio o dispositivo» (art. 4c) ORVPBM) realizado por el comprador contraveniéndola, y conlleva la facultad de su titular (vendedor o financiador) de solicitar la nulidad del acto o contrato en que se hubiera producido la citada disposición y el retorno del bien vendido al patrimonio del comprador para que, de esta forma, pueda seguir garantizando al vendedor o, en su caso, al financiador, la obtención del precio o la devolución del préstamo concedido al comprador.

Sin embargo, debemos advertir que lo dicho solo será aplicable cuando el comprador disponga voluntariamente del bien gravado con la prohibición de disponer, pues, como ya sabemos, el art. 4c) de la ORVPBM reconoce la admisibilidad de los actos *mortis causa* y de los *inter vivos* de carácter forzoso. Por esta razón, cabría cuestionarse si, pese a todo, la prohibición de disponer inscrita tendría alguna eficacia en el supuesto de que el bien objeto del contrato de com-

<sup>104</sup> Según dispone el art. 464 del CC, «la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título». Por su parte, según el art. 85 del C. de C., «la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador, respecto de las mercaderías adquiridas».

<sup>105</sup> Nuestro TS ha justificado en repetidas ocasiones la necesidad de la inscripción en el RVPBM al objeto de que «cualquier comprador de un objeto mueble registrable pueda asegurarse, mediante la consulta de un solo Registro, de que no pesa sobre tal objeto ningún pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer que por estar registrado pudiera perjudicarlo, ya que en este supuesto es oponible a tercero por imperativo del art. 23 (actual art. 15 LVP) de la Ley, a pesar de la protección del art. 464 CC» (STS de 30 de octubre de 1973 (R.4057); y en parecidos términos, STS de 4 de octubre de 1971 (R.3724); 15 de febrero de 1990 (R.687); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 18 de diciembre de 1990 (R.10283); 4 de octubre de 1993 (R.7456); 4 de octubre de 1971 (R.3724); 27 de diciembre de 1974 (R.4943); 28 de marzo de 1978 (R.852); 22 de junio de 1982 (R.3436); e igualmente *Vid.* SAP de Zaragoza de 19 de abril de 1995; SAP de Castellón de 7 de julio de 1997 y SAP de Toledo de 28 de enero de 1998.

<sup>106</sup> Como señala la STS de 15 de febrero de 1990 (R.687), «la protección que el art. 464 CC dispensa a los adquirente de buena fe de cosas muebles quiebra y no despliega su eficacia cuando existe un régimen de publicidad registral con relación a tales cosas, como ocurre con el RVPBM».

<sup>107</sup> Dispone este precepto que «se presume que el contenido de los derechos inscritos es conocido por todos y no podrá invocarse su ignorancia».

praventa a plazos fuese embargado y subastado públicamente a instancia de un tercero acreedor del comprador. Se trata, éste, de un supuesto particular contemplado por los arts. 15.3 *in fine* de la LVP y 4c) de la ORVPBM, en los que se establece que «*el que remate un bien sujeto a prohibición de disponer como consecuencia de una enajenación forzosa*<sup>108</sup>, *lo adquirirá gravado con la prohibición de disponer y con subsistencia de la obligación de pago garantizada, y responderá con el propio bien adquirido de la deuda solidariamente con el primitivo deudor hasta su cumplimiento*».

En cualquier caso, no siempre que el bien objeto del contrato de compraventa a plazos sea enajenado forzosamente, la prohibición de disponer producirá los efectos previstos por los preceptos citados. Por esta razón, resulta preciso, al objeto de determinar la existencia o no de los mencionados efectos, conocer si el acto del cual trae causa la traba (v. gr., hipoteca, embargo, etc.) es anterior o posterior a la inscripción en el RVPBM de la prohibición de disponer y, en consecuencia, si el tercero embargante acreedor del comprador pudo o no conocer la existencia del citado gravamen que recae sobre el bien embargado.

A este respecto, nuestro TS ha mantenido en repetidas ocasiones<sup>109</sup> que «si bien es verdad que la protección que el art. 464 CC dispensa a los adquirentes de buena fe de cosas muebles quiebra y no despliega su eficacia cuando existe un régimen de publicidad registral con relación a tales cosas, como ocurre con el RVPBM, también lo es que la virtualidad protectora propia de la inscripción registral no puede referirse o afectar más que a los actos posteriores a la fecha de práctica del asiento<sup>110</sup>, pero no a los anteriores a la misma». De esta forma, cuando la prohibición de disponer se inscriba en el RVPBM con posterioridad al acto del que traiga causa la traba del bien objeto del contrato de compraventa a plazos no resultará aplicable lo dispuesto en el art. 15.3 *in fine* de la LVP. En este supuesto, el rematante recibirá el bien libre del gravamen que representa la prohibición

<sup>108</sup> Naturalmente, el precepto no se refiere al supuesto en el que el bien haya sido adquirido por un tercero en virtud de la subasta derivada de la ejecución seguida por incumplimiento de la obligación garantizada con la prohibición de disponer, sino, al supuesto en el que la adquisición por el rematante venga motivada por la subasta derivada del incumplimiento de otra obligación también del comprador, pero distinta a la garantizada. Así debe entenderse, pues, en la primera hipótesis, el vendedor o, en su caso, el financiador recibirá el importe obtenido tras la realización del bien en pública subasta, de modo que, tras ver satisfecho su crédito, éste se extinguirá y, como consecuencia, también su garantía, esto es, la prohibición de disponer. De esta forma, el rematante obtendrá el bien libre de cargas y no será responsable solidario de la deuda garantizada, pues ésta ya ha sido satisfecha.

<sup>109</sup> Vid. STS de 15 de febrero de 1990 (R.687); y en el mismo sentido, *vid.* SSTs de 10 de mayo de 1990 (R.3699); 18 de diciembre de 1990 (R.10283); 4 de octubre de 1993 (R.7456); 4 de octubre de 1971 (R.3724); 27 de diciembre de 1974 (R.4943); 28 de marzo de 1978 (R.852); 22 de junio de 1982 (R.3436); e igualmente Vid. SAP de Zaragoza de 19 de abril de 1995; SAP de Castellón de 7 de julio de 1997 y SAP de Toledo de 28 de enero de 1998.

<sup>110</sup> Debemos recordar que, según establece el art. 30 de la ORVPBM, «*las inscripciones producirán todos sus efectos desde la fecha del asiento de presentación*».

de disponer, pues, por virtud del principio *prior tempore potior iure*, la ejecución de un gravamen purga la cosa sobre la que recae de todos los gravámenes constituidos con posterioridad, subsistiendo los anteriores, tal y como cabe colegir del art. 674.2 de la reciente LEC<sup>111</sup>.

Sin embargo, cuando la inscripción de la prohibición de disponer tiene lugar con anterioridad a la traba del bien inscrito resulta plenamente aplicable el art. 15.3 de la LVP. En tal supuesto, la prohibición de disponer inscrita no impide que el rematante adquiera la propiedad de la cosa que, por consiguiente, sale del patrimonio del comprador; esto es, la prohibición de disponer, en este caso, no cumple la función que le es propia, como es la de evitar que el comprador pueda disponer del bien gravado. No obstante, el crédito del vendedor o, en su caso, del financiador no queda desamparado, puesto que no solo pervive la obligación del comprador, sino que resulta reforzada por la responsabilidad solidaria del rematante por la parte de deuda garantizada aún pendiente de pago. Naturalmente, esto no significa que la obligación garantizada devenga solidaria, esto es, que frente al vendedor o financiador, el comprador y el rematante puedan ser considerados como deudores solidarios, sino, tan solo, que nace la responsabilidad solidaria del rematante, quien, en el supuesto de pagar la deuda pendiente, podrá repetir contra el comprador en cuanto único titular de la deuda<sup>112</sup>. Sin embargo, pese al silencio legal, la ORVPBM se excede, como sostiene la doctrina<sup>113</sup>, de las funciones ordenadoras del Registro que le son propias y restringe, en su art. 4c), la responsabilidad solidaria del rematante al bien gravado con la prohibición de disponer, lo que supone que el vendedor o, en su caso, el financiador, si deciden exigir el pago de la deuda al rematante, tan solo podrán satisfacer sus créditos con cargo al bien gravado y no al entero patrimonio de éste, tal y como parecería posible si nos atenemos al tenor del art. 15.3 *in fine* de la LVP, que no limita la responsabilidad solidaria del rematante.

<sup>111</sup> Según dispone el art. 674.2 de la LEC, «a instancia del adquirente, se expedirá, en su caso, mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación. Asimismo, se mandará la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el art. 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados».

<sup>112</sup> Así se infiere del art. 1.158.2 CC al disponer que «el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad».

<sup>113</sup> Así, afirma CABALLERO LOZANO que «parece que la Ordenanza, de forma un tanto rebuscada y con evidente infracción del principio de jerarquía normativa, ha querido corregir el tenor de la Ley» (vid. CABALLERO LOZANO, J. M.ª: «La prohibición...», ob. cit., pág. 6). Por su parte, RUBIDO DE LA TORRE califica el recorte de la responsabilidad solidaria del rematante hecha por la ORVPBM como «una delegación de materia no deseable» (vid. RUBIDO DE LA TORRE, C.: «La protección al consumidor...», ob. cit., pág. 319).

## IV. LA RESERVA DE DOMINIO INSERTA EN LOS CONTRATOS SUJETOS A LA LVP

### 1. Introducción

La masiva oferta y adquisición de bienes de consumo, fundamentalmente de bienes muebles, ha convertido en una constante la necesidad de encontrar aquellas garantías que permitan asegurar de un modo eficaz la satisfacción de sus créditos a los acreedores. Sin lugar a dudas, la reserva de dominio constituye hoy día una de esas garantías que, con una mayor eficacia, asegura a los vendedores y financiadores el cobro de sus créditos nacidos en el ámbito o sector mobiliario.

En realidad, como recuerda la mejor doctrina<sup>114</sup>, el recurso a la reserva de dominio como forma de garantía comenzó ya en la Edad Media, en relación con el tráfico de inmuebles como alternativa a la hipoteca romana, cuya insegura configuración e incompleto desarrollo resultaba en aquel momento insuficiente para asegurar el cobro del precio en el contrato de compraventa a plazos. No obstante, una vez se perfeccionó el derecho de hipoteca y se configuró un sistema de publicidad registral de los derechos inmobiliarios, la reserva de dominio cayó prácticamente en desuso.

En España, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 1954, se optó por la llamada prenda sin desplazamiento de la posesión como mecanismo de defensa del crédito que, recayendo sobre los bienes muebles vendidos a plazos, se consideraba más eficaz<sup>115</sup>. No obstante, la rigidez de los requisitos formales y de publicidad a los que se sujeta la constitución y realización<sup>116</sup> de esta garantía real, que resultan incompatibles con la rapidez y agilidad requerida por el tráfico mercantil en masa, la han relegado ostensiblemente.

La LVP de 1965, al regular por vez primera y de forma específica las ventas a plazos de bienes muebles, opta por esta singular forma de garantía al incluir en

---

<sup>114</sup> CANDIL Y CALVO, F.: *Pactum reservati dominii*, Madrid, 1915, pág. 84 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971, págs. 11 y ss.

<sup>115</sup> Fundamentalmente, porque el derecho real de garantía por excelencia sobre los bienes muebles, esto es la prenda, se mostraba ineficaz en un tráfico jurídico en el que, con frecuencia, el uso y explotación del bien vendido resulta imprescindible para permitir que el deudor-usuario del mismo pueda obtener los recursos económicos necesarios para poder pagar su deuda con el vendedor o financiador.

<sup>116</sup> Así, dispone el art. 3 de la LHMPD que «la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública... La escritura... deberá ser inscrita en el Registro que por esta Ley se establece. La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que respectivamente les concede la Ley».

el clausulado de los contratos sujetos a su ámbito de aplicación el pacto de reserva de dominio para asegurar el precio aplazado y positiviza (ex art. 6.12), también por primera vez, un pacto al que, sin embargo, se recurría con frecuencia en la práctica con anterioridad a esta Ley<sup>117</sup>. En la actualidad, al igual que hiciera su antecesora, la LVP de 1998, ha venido a admitir de forma expresa que la partes incluyan en los contratos a ella sometidos «*la cláusula de reserva de dominio, si así se pactara, así como el derecho de cesión de la misma*» (art. 7.10).

Así pues, la reserva de dominio puede ser considerada como aquella convencción accesorio<sup>118</sup> que, insertada en un contrato de compraventa o de financiación y acordada por el vendedor o, en su caso, el financiador, de una parte, y el comprador, de otra, permite que la transmisión de la propiedad de la cosa vendida al comprador no se produzca hasta que éste satisfaga íntegramente el precio convenido o, en su caso, el préstamo concedido. Se trata, por tanto, de una garantía real que, recayendo sobre la cosa objeto de la compraventa a plazos, puede, en cambio, establecerse no solo en favor del vendedor, sino también del financiador, incluso, del financiador a comprador, tal y como ha admitido nuestra jurisprudencia. En concreto, las razones de admisibilidad del pacto de reserva de dominio en los contratos de financiación a comprador fueron ya recogidas de forma sistemática por la SAP de Pontevedra de 2 de septiembre de 1998, en la que se afirmaba que, «en definitiva: 1.º Se trata de un contrato de financiación a comprador regulado expresamente en el art. 3 (actual art. 4 LVP) de la Ley 50/1965, de 17 de julio, cuya Ley reconoce la posibilidad de que la reserva de dominio sea pactada en favor del financiador en esta clase de contratos. Así dice el art. 3 citado: «... reservándose las garantías que convengan...», entre las que se encuentra la cláusula de reserva de dominio, según dispone el art. 12.6 (actual art. 7.10 LVP). 2.º Dicho pacto es válido en tanto no vulnera los límites que a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes impone el art. 1.255 del CC 3.º El TS admite la validez de tales cláusulas como regla general, y no solo en el ámbito del contrato de compraventa, sino para asegurar el pago de otros créditos, como se deduce de la STS de 10 de junio de 1958. 4.º Dicho pacto, en el caso de autos, insertado en un contrato de financiación o préstamo a comprador, supone una transmisión del

<sup>117</sup> Como afirma la doctrina, antes de la publicación de la LVP, el pacto de reserva de dominio era conocido y practicado en las operaciones de ventas a plazos de dos formas distintas: directamente, mediante la inclusión en el contrato de un pacto agregado a la compraventa que dejaba en suspenso la transmisión del dominio al comprador hasta después de pagado el precio aplazado, de manera que se transmitía el dominio pleno con el abono del último plazo de los establecidos para el pago del precio; o bien, indirectamente, cuando ante la duda acerca de la validez y eficacia de semejante pacto —que no gozaba de un amparo legal explícito—, se acudía a otras figuras contractuales con las que se pretendía lograr la misma finalidad que con la venta a plazos con reserva de dominio: arrendamiento con opción de compra o depósito con opción de compra, etc. (vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 99; GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 154; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 129).

<sup>118</sup> No es una figura independiente, sino que se trata de una cláusula o pacto cuya existencia depende del contrato principal al que se adicione.

dominio en garantía al acreedor, por quien estaba facultado para ello de modo temporal y para el fin de garantizar el pago de la deuda. 5.º Dicho pacto inscrito en el Registro público correspondiente a que se refiere el art. 23 (actual art. 15 LVP) de la Ley de 17 de julio de 1965, es oponible a tercero, por disposición expresa de dicho precepto»<sup>119</sup>.

Por otro lado, en un sistema jurídico como el nuestro, en el que la transmisión y adquisición de la propiedad y demás derechos reales se basa, como es sabido, en la llamada teoría del título y el modo, prevista en los arts. 609 y 1.095 del CC<sup>120</sup>, cabe plantearse, *prima facie*, si la reserva de dominio constituye o no una modificación del sistema legal de transmisión de los derechos reales y si, en el supuesto de que así sea, resulta o no admisible en nuestro Ordenamiento jurídico que las partes puedan modificar voluntariamente el sistema legal traslativo de derechos reales.

Indudablemente, no cabe la menor duda de que el reconocimiento legislativo de la reserva de dominio en la LVP de 1965 y, posteriormente, en la LVP de 1998 ha puesto fin a cualquier polémica que en el pasado pudiera haber existido acerca de la admisibilidad de esta cláusula, al menos en lo que se refiere a los contratos sujetos a dichas normas legales<sup>121</sup>. Lo que ya no está tan clara es la naturaleza y eficacia jurídicas que deban reconocérsele a la cláusula de reserva de dominio insertada en los contratos de ventas a plazos o de financiación sometidos a la LVP. Por esta razón, no resulta fácil conocer con exactitud si la reserva de dominio supone o no una modificación del sistema legal traslativo del dominio y demás derechos reales, pues, como más adelante comprobaremos, dependiendo de cuál sea la postura que se adopte en relación con la naturaleza jurídica de esta garantía,

<sup>119</sup> En el mismo sentido, admiten la inclusión de la cláusula de reserva de dominio en los contratos de financiación a comprador en favor del financiador las sentencias de la AP de Valladolid de 11 de mayo y 9 de septiembre de 1993, así como la de 22 de febrero de 1994.

<sup>120</sup> De dichos preceptos se desprende que, a diferencia de otros Ordenamientos (como el italiano, francés e inglés, en los que la transmisión de la propiedad y demás derechos reales tiene lugar por el simple consentimiento sin que resulte precisa la tradición o entrega de la cosa), en nuestro Ordenamiento jurídico los derechos reales no se transmiten por el mero consentimiento o voluntad negocial, sino, como establece el art. 609 del CC «*por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición*», es decir, que celebrado un contrato destinado a la transmisión de un derecho real, ésta no se produce por la sola conclusión del contrato, sino que se requiere, además, que el contrato se ejecute mediante la entrega o tradición de la cosa. De modo que, concurriendo estos dos elementos, esto es, contrato traslativo de dominio (título) y entrega de la cosa (modo o tradición), se produce la transmisión del dominio en la compraventa.

<sup>121</sup> Por su parte, la jurisprudencia ha venido reconociendo la validez del pacto de reserva de dominio en la compraventa incluso mucho antes de que la LVP de 1965 la regulase de forma explícita. Así, *vid.* SSTs de 6 de marzo de 1906 (JC, CIII, núm. 85); 1 de diciembre de 1909 (JC, CXVI, núm. 76); 30 de noviembre de 1915 (JC, CXXXIV, núm. 119); 10 de enero de 1929 (JC, CLXXXVII, núm. 104); 10 de junio de 1958 (R.2142); 11 de julio de 1983 (R.4208); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 12 de marzo de 1993 (R.1794); 16 de julio de 1993 (R.6450); 23 de febrero de 1995 (R.1701) y 12 de julio de 1996 (R.5886).

la respuesta a esta cuestión será totalmente distinta<sup>122</sup>. Por consiguiente, debemos partir de la validez del pacto de reserva de dominio insertado en los contratos sujetos a la LVP, sin perjuicio de que debamos admitir que aún continúe siendo objeto de polémica la naturaleza y eficacia jurídicas de la reserva de dominio, tal y como examinaremos más adelante.

Por último, debemos destacar que la reserva de dominio, pese a constituir, como señala la doctrina<sup>123</sup>, la garantía por excelencia de las ventas a plazos de bienes muebles y a ser, junto con la prohibición de disponer, la razón que justificó la puesta en marcha del RVPBM, no se trata de una cláusula esencial del contrato, ni tan siquiera natural, por cuanto que, si no es pactada expresamente en el contrato, no se entenderá incorporada al mismo. Así se infiere con total claridad de los arts. 4.2a) y 7.10 de la LVP<sup>124</sup>, así como del art. 4c) de la ORVPBM<sup>125</sup>, que, respectivamente, prevén la concurrencia y la inscripción en el RVPBM de la reserva de dominio solo en el supuesto de que así se hubiese pactado expresamente<sup>126</sup> en el contrato.

## 2. Naturaleza jurídica de la cláusula de reserva de dominio inserta en los contratos de venta a plazos de bienes muebles

<sup>122</sup> Así, si como veremos, seguimos la teoría clásica según la cual la reserva de dominio impide la transmisión de la propiedad al comprador hasta que éste pague completamente el precio, indudablemente esta cláusula supone una modificación del sistema legal traslativo del dominio, puesto que, pese a existir un contrato de compraventa (título) válidamente celebrado y la entrega de la cosa vendida al comprador (modo) no se produce la transmisión automática de la propiedad hasta que el precio esté completamente satisfecho. Sin embargo, si adoptamos la denominada teoría prendaria que asimila la reserva de dominio a la prenda sobre bienes muebles, no cabría considerar que la inclusión de la reserva de dominio en los contratos de compraventa de bienes muebles suponga una modificación del sistema legal de transmisión de la propiedad, pues, ésta pasa inmediatamente al comprador una vez le sea entregada la cosa tras la celebración del contrato de compraventa.

<sup>123</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 171; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 99; SOTO NIETO, F.: *Derecho vivo*, II, Madrid, 1971, pág. 473; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 126; GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 152.

<sup>124</sup> Así, el art. 4.2a), en concordancia con el art. 7.10, que prevé como contenido obligatorio de los contratos a «la cláusula de reserva de dominio, si así se pactara ...», define a los contratos de financiación a vendedor como «aquellos en virtud de los cuales éste cede o subroga a un financiador en su crédito frente al comprador nacido de un contrato de venta a plazos con o sin reserva de dominio».

<sup>125</sup> Según el que «la reserva de dominio solo se inscribirá si así se hubiera pactado...».

<sup>126</sup> Sin embargo, como estableció la STS de 18 de diciembre de 1990 (R.10283), la reserva de dominio se entiende inserta en los contratos de ventas a plazos aunque en los mismos no figure específicamente la expresión «reserva de dominio», pero sí otra equivalente como, por ejemplo, «el objeto vendido se haya libre de gravámenes y su dominio queda afecto a la vendedora hasta la total extinción de la deuda», pues «con independencia de que la cláusula no recoja expresa y *nominatum* la fórmula determinante del pacto de reserva de dominio, ha de entenderse que equivale al mismo».

Hay que reconocer que, con relación a la LVP, pocos temas pueden ser considerados tan polémicos y debatidos como el que ahora nos ocupa de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Prueba de ello es que, pese a los magníficos estudios e ingeniosas construcciones jurídicas que lo han abordado, todavía hoy continúa siendo una cuestión objeto de discusión permanente.

La consagración legal de la cláusula de reserva de dominio por parte de la LVP de 1965 supuso una profundización en el estudio de esta cláusula, pero, a su vez, provocó la división doctrinal en torno a su naturaleza y eficacia jurídicas. Pues bien, este panorama no ha cambiado sustancialmente tras la entrada en vigor de la vigente LVP de 1998, ya que la actual LVP, al igual que hiciera su predecesora, reconoce la posibilidad de incluir en los contratos a ella sometidos la cláusula de reserva de dominio, pero, al igual que aquella, conserva la ambigüedad en esta materia. La vigente LVP, pese a las dudas y polémicas que tanto en el plano científico como en el jurisprudencial suscita, desde el pasado, la reserva de dominio y pese a la importancia práctica que la misma posee, se limita a admitir la inclusión convencional de esta garantía (art. 7.10 LVP), pero sin preocuparse de concretar su caracterización jurídica, de manera que haga posible determinar, de forma comúnmente aceptada, su verdadero contenido, alcance y efectividad. La falta de consenso y uniformidad que la determinación de su naturaleza jurídica provocaba en el pasado aún continúa hoy día.

En torno a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio se han elaborado diversas construcciones doctrinales<sup>127</sup> que, pese a haber sido defendidas con poderosos argumentos, no han merecido ninguna de ellas la común aceptación por parte de la doctrina. No obstante, de entre todas, principalmente han destacado dos: la denominada teoría clásica o tradicional y la teoría conocida como prendaria o garantista que equipara la reserva de dominio con los derechos reales de garantía que recaen sobre bienes muebles, concretamente con la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento de la posesión.

Pues bien, la opción por una u otra tesis no es, ni mucho menos, cuestión baladí, ya que, como veremos a continuación, su aplicación conducirá a resultados jurídicos y prácticos totalmente diferentes entre sí. De ahí que la indagación de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio deba constituir necesariamente un obligado punto de partida para cualquier reflexión en torno a esta figura.

---

<sup>127</sup> *Vid.* al respecto un resumen de las diversas construcciones jurídicas que han sido elaboradas en torno a la figura de la reserva de dominio en RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 26-41.

La conocida como teoría clásica o tradicional es la tesis mayoritariamente aceptada por la doctrina<sup>128</sup> y la jurisprudencia<sup>129</sup> españolas, así como por el Derecho Foral Navarro<sup>130</sup>. Según sus defensores, cuando el pacto de reserva de dominio se incluye en un contrato de venta o financiación a plazos de bienes muebles, la transmisión de la propiedad queda condicionada suspensivamente al total pago del precio o del préstamo concedido, de forma que el comprador no adquiere la propiedad del bien vendido en tanto no pague todos sus plazos. Ahora bien, satisfechos todos los plazos, la *traditio* despliega completamente sus efectos respecto a la transmisión de la propiedad y el comprador deviene automáticamente propietario del bien vendido con carácter retroactivo<sup>131</sup>, esto es, desde que se celebró el contrato y se le entregó materialmente la cosa, por expreso mandato legal establecido en el art. 1.120 del CC<sup>132</sup>.

Por su parte, para los partidarios<sup>133</sup> de la teoría prendaria o garantista el pacto de reserva de dominio se reduce, al igual que el derecho de prenda, a garantizar

<sup>128</sup> Fue la teoría en la que en su momento se basó la Comisión redactora de la derogada LVP de 1965, así, *vid.* CABANILLAS GALLAS, P.: «Discurso...», *ob. cit.*, pág. 1150; igualmente, *vid.* SOTO NIETO, F.: *Derecho vivo*, *ob. cit.*, pág. 475; GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1969, pág. 97; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, *ob. cit.*, págs. 101 y ss.; TORRES LANA, J. A.: «Notas críticas a la Ley de ventas de bienes muebles a plazos», *RDP*, 1975, pág. 631; BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, *ob. cit.*, pág. 86; GESTO ALONSO, B.: «La venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio y procedimiento de suspensión de pagos: derechos del vendedor», *RAC*, núm. 9, Septiembre, 2000, pág. 28.

<sup>129</sup> *Vid.* SSTs de 6 de marzo de 1906 (JC, CIII, núm. 85); 30 de noviembre de 1915 (JC, CXXXIV, núm. 119); 14 de enero de 1929 (JC, CLXXXVII, núm. 36); 6 de febrero de 1929 (JC, CLXXXVII, núm. 104); 15 de marzo de 1934 (R.462); 10 de junio de 1958 (R.2142); 10 de noviembre de 1976 (R.4644); 11 de julio de 1983 (R.4208); 3 de julio de 1987 (R.5047); 19 de mayo de 1989 (R.3778); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 18 de diciembre de 1990 (R.10283); 12 de marzo de 1993 (R.1794); 16 de julio de 1993 (R.6450); 23 de febrero de 1995 (R.1701) y 12 de julio de 1996 (R.5886).

<sup>130</sup> *Vid.* Leyes 483 a 485 del Fuero Nuevo Navarro. En concreto, la Ley 483 define al pacto de reserva de dominio afirmando que «por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión o disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquélla; el vendedor, por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa».

<sup>131</sup> *Vid.* igualmente, en este sentido, BARRADO ORELLANA, R.: «Aproximación al pacto...», *ob. cit.*, pág. 276; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, *ob. cit.*, pág. 31; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», *ob. cit.*, pág. 146.

<sup>132</sup> Cumplida la condición, esto es, el pago del precio o del préstamo concedido, se considera que se produce una adquisición *ex tunc* de la propiedad por parte del comprador. Así cabe inferir de lo dispuesto en el art. 1.120 del CC, según el que, «los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla».

<sup>133</sup> Se trata de una construcción jurídica propuesta por BLOMEYER (*Studien zur Bedingungslehre* II, Teil: «Über bedingte Verfügungsgeschäfte», Berlín, 1939), si bien es BERCOVITZ su principal precursor en España (*vid.* «La cláusula de reserva...», *ob. cit.*; «Comentarios...», *ob. cit.*, pág. 172 y ss.). También se muestran partidarios de esta tesis, GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, *ob. cit.*,

el pago del precio por parte del comprador, por lo que no hay razón para concederle mayor eficacia que a éste, de modo que solo puede ser considerado, pese a su denominación, como un derecho real asimilable a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento de la posesión. En consecuencia, en las compraventas a plazos de bienes muebles, con pacto de reserva de dominio, el comprador se convierte en propietario de la cosa desde el mismo momento de la entrega y el vendedor o, en su caso, el financiador solo se «reservan el dominio» a modo y a título de garantía sobre cosa ajena.

Es preciso, pues, pronunciarse sobre cuál de ellas se adapta mejor a nuestro sistema jurídico. Es decir, debemos proceder a identificar, a partir de los datos que nos ofrecen tanto la LVP como la ORVPBM y de conformidad con la función económica que la reserva de dominio está llamada a desempeñar en los contratos de venta y financiación a plazos de bienes muebles, cuál es el contenido y la eficacia de esta cláusula entre las partes contratantes y frente a los terceros acreedores del comprador o, incluso, del vendedor que pretendan embargar el bien vendido a plazos con vistas a satisfacer sus créditos contra el comprador o el vendedor.

Como señala la doctrina<sup>134</sup>, en todo contrato para regular correctamente la posición jurídica de las partes contratantes es fundamental mantener el equilibrio de sus intereses protegiéndolos en la medida en que sean compatibles. En la compraventa a plazos, al no ejecutarse simultáneamente todas las obligaciones de las partes, se produce un desequilibrio en favor del comprador que posee la cosa desde el primer momento sin necesidad de desembolsar todo su precio de una sola vez, sino escalonándolo en el tiempo. Por contra, el vendedor se desprende de la cosa, que pasa a poder del comprador, sin recibir en contrapartida, en ese instante, el precio de la misma. No obstante, este desequilibrio en favor del comprador resulta compensado por medio del establecimiento de un recargo sobre el precio que obliga al comprador a pagar más por la cosa y a través de la constitución de garantías que permiten asegurar al vendedor la satisfacción de su crédito; y entre estas garantías destaca, de modo fundamental, el pacto de reserva de dominio.

Sin embargo, en la compraventa a plazos solo será posible conseguir el debido equilibrio entre los intereses de las partes si la reserva de dominio representa para el vendedor una garantía lo suficientemente fuerte como para proteger su posición jurídica de una forma global<sup>135</sup>, es decir, amparándolo no solo frente al incumpli-

---

pág. 157; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 45-47; BARRADO ORELLANA, R.: «Aproximación al pacto...», ob. cit., pág. 278.

<sup>134</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La cláusula...*, ob. cit., pág. 43; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 108.

<sup>135</sup> En este sentido, afirma TORRES LANA que «la reserva de dominio, más que garantizar el crédito del vendedor o financiador, trata de asegurar su posición frente a los acreedores del comprador» (vid. TORRES LANA, J. A.: «Notas críticas...», ob. cit., pág. 631).

miento del comprador, sino previniéndolo también frente a la actuación de determinados terceros —acreedores del comprador o subadquirentes de la cosa— que pongan en peligro el buen fin de la operación <sup>136</sup>. Ahora bien, esta protección global del vendedor solo se podrá lograr si se considera que la reserva de dominio permite que éste conserve la propiedad de la cosa vendida hasta su total pago, pues solo de este modo, se podrá evitar que el comprador pueda disponer eficazmente de la cosa o que ésta pueda salir de su patrimonio por virtud de la acción de sus acreedores, lo que, en su caso, dificultaría enormemente la localización y ejecución del bien gravado y, por consiguiente, el cobro del crédito garantizado <sup>137</sup>.

Por otro lado, parece claro que nuestro legislador, al referirse en la LVP de 1965 a la cláusula de dominio, estaba pensando en la concepción clásica de la misma, tal y como cabe deducir de las palabras de CABANILLAS GALLAS en el discurso de defensa ante las Cortes del Proyecto de LVP, cuando al referirse a esta cláusula la definió como aquel «pacto por virtud del cual no se entiende adquirida la propiedad de la cosa comprada a plazos hasta el pago total del

<sup>136</sup> En este sentido, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., págs. 109-110.

<sup>137</sup> Si se admitiera, por virtud de la teoría prendaria, que el comprador pudiese disponer eficazmente y de forma voluntaria de la cosa garantizada en favor de un tercer subadquirente, la garantía del titular de la reserva de dominio se vería sensiblemente resentida. En primer lugar, porque la salida del bien del patrimonio del comprador dificultaría considerablemente la localización del bien que resulta ser requisito previo e indispensable para que el acreedor pueda proceder a su ejecución. Y, en segundo lugar, aunque el comprador seguiría obligado a pagar los plazos aún pendientes, no cabe duda de que ya se vería mucho más desmotivado para hacerlo tras la salida del bien de su patrimonio.

En cambio, estos inconvenientes podrían ser obviados admitiendo la concepción clásica de la reserva de dominio y, en consecuencia, reconociendo al acreedor la propiedad sobre la cosa vendida hasta el completo pago del precio o préstamo concedido, pues, de ser así, el acreedor podría evitar eficazmente que el bien saliera de la esfera de poder del comprador mediante el ejercicio de las correspondientes acciones dominicales.

Por su parte, en el supuesto de embargo de la cosa garantizada por parte de los terceros acreedores del comprador, si seguimos la teoría prendaria de la reserva de dominio, el vendedor podría ejercer una tercería de mejor derecho dado el carácter privilegiado que frente a terceros tiene el crédito garantizado con la reserva de dominio según dispone el art. 16.5 LVP. Sin embargo, para que ello fuese posible sería necesario que los plazos estuviesen ya vencidos, pues la tercería de mejor derecho exige que el título del tercerista sea vencido, cierto, líquido y exigible (SSTS de 21 de mayo de 1975 (R.2193) y 27 de diciembre de 1974 (R.4943)). Por tanto, sobre los plazos no vencidos no prosperaría la tercería de mejor derecho y, pese a que sobre el bien subastado seguiría subsistiendo la reserva de dominio como garantía de la venta a plazos, no resulta menos cierto que su ejecución se vería enormemente dificultada al haber pasado a poder de un tercero o quizá a sucesivos subadquirentes.

En cambio, si aplicamos la teoría clásica de la reserva de dominio, ante el embargo efectuado por los acreedores del comprador, procedería una tercería de dominio que permitiría asegurar mejor la posición del vendedor, pues su ejercicio no requiere la existencia de plazos vencidos pendientes de pago.

Puede verse un amplio análisis de estos supuestos en MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., págs. 113-116.

precio»<sup>138</sup>. Pues bien, esta concepción clásica de la reserva de dominio parece seguir perdurando en el espíritu de la vigente LVP de 1998, según es posible inferir del tratamiento jurídico que esta norma confiere a la misma. Así, el hecho de que la reserva de dominio cumpla una función de garantía del pago íntegro del precio o del préstamo concedido en favor del vendedor o, en su caso, del financiador, no significa que se pueda equiparar esta garantía a los derechos de hipoteca mobiliaria o de prenda sin desplazamiento de la posesión, y ello pese a que la propia LVP reconozca en favor del acreedor (vendedor o financiador) la facultades típicas de los derechos reales de garantía, como son la realización del valor del bien para hacerse pago con sus resultas y el carácter privilegiado del crédito garantizado frente a los créditos de los terceros. De una parte, en efecto, el art. 16.2 de la LVP reconoce en favor del acreedor la facultad de ejecución singular contra los bienes vendidos a plazos, pero este reconocimiento no deriva del pacto de reserva de dominio incluido en el contrato de venta o financiación, sino de la formalización del contrato en modelo oficial y de su inscripción en el RVPBM, de modo que esta facultad asiste al acreedor aunque no se hubiese pactado la reserva de dominio. Del mismo modo, la preferencia y prelación prendarias que, por remisión a los arts. 1.922.2 y 1.926.1 CC, concede el art. 16.5 de la LVP al acreedor, tampoco se las otorga la Ley en función de la existencia de la reserva de dominio pactada, sino del hecho de que el contrato se otorgue en escritura pública o de que se formalice en modelo oficial y se inscriba en el RVPBM. En consecuencia, cuando la LVP otorga al vendedor o al financiador las mismas facultades que reconoce al acreedor pignoraticio no lo hace con base en la existencia o no de un pacto de reserva de dominio, sino en virtud de otras circunstancias diferentes, como son la formalización del contrato en escritura pública o en modelo oficial inscrito<sup>139</sup>.

Pero también la concepción clásica de la reserva de dominio se encuentra ínsita en otros preceptos de la LVP, como son el art. 16.3, que permite que el bien vendido con pacto de reserva de dominio inscrito en el RVPBM que se encuentre en poder de un tercero pueda ser reclamado por el vendedor a través de fedatario público, debiendo el tercero poseedor, en tal caso, pagar el importe reclamado o desamparar el bien en el plazo de tres días; así como el art. 15.3, que permite al vendedor que sea titular de una reserva de dominio inscrita en el RVPBM paralizar la traba de los bienes objeto del correspondiente contrato de venta a plazos una vez acreditada la reserva de dominio sobre dichos bienes mediante la respectiva certificación registral.

Por último, también la ORVPBM parece seguir la concepción clásica o tradicional de la reserva de dominio dando pleno significado a la expresión «*dominio*

<sup>138</sup> Vid. CABANILLAS GALLAS, P.: «Discurso en defensa...», ob. cit., pág. 1150.

<sup>139</sup> Vid. BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 86; GESTO ALONSO, B.: «La venta de bienes...», ob. cit., pág. 28; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», ob. cit., pág. 151.

*reservado*» una vez inscrito en el RVPBM. Consideramos que del régimen jurídico previsto en esta norma reglamentaria cabe inferir que la reserva de dominio inserta en los contratos de compraventa a plazos o de financiación regulados por la misma se concibe como una condición que suspende la transmisión de la propiedad hasta el momento en el que se haya terminado de cumplir por completo la obligación garantizada, esto es, el pago del precio o la restitución del préstamo con el abono de los correspondientes intereses. Así, parece resultar acreditado, del tenor del art. 4 c) de la ORVPBM, que el vendedor o, en su caso, el financiador titulares de la reserva de dominio conservan la propiedad del bien vendido, al establecer este precepto que el comprador carece de poder dispositivo sobre el bien vendido, de modo que, cualquier acto de disposición o gravamen por él realizado será nulo de pleno derecho; así como que, la cosa vendida no podrá ser embargada por deudas del comprador, pero sí del vendedor o financiador<sup>140</sup>, subrogándose el adjudicatario, que adquirirá la propiedad de la cosa, en la posición del vendedor o financiador frente al comprador; y, por último, al considerar que el titular de la reserva de dominio será parte en el expediente de expropiación forzosa del que sea objeto el bien vendido o financiado a plazos, lo cual concuerda con la presunción de titularidad que el RVPBM otorga respecto de los derechos en él inscritos<sup>141</sup>.

Finalmente, merecen ser destacados los arts. 11.8 y 24.2 de la ORVPBM, en los que de una forma si cabe más palpable, se colige la concepción tradicional o clásica de la reserva de dominio en la que la citada norma reglamentaria se basa. Así, el primero de ellos dispone que cuando las partes acuerden establecer la reserva de dominio *«se inscribirá en el Registro la propiedad del bien a favor de quien se hubiera reservado el dominio o, en su caso, del cesionario»*. Y, por su parte, el segundo de los preceptos antes citados, con idéntica claridad establece que *«se presumirá que... el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien»*.

### 3. La eficacia jurídica de la cláusula de reserva de dominio

Categorizado ya *pactum reservati dominii* es momento de afrontar algunos de los problemas más importantes que se derivan del citado pacto, como son la determinación, de acuerdo con la configuración que hemos otorgado a la reserva de

<sup>140</sup> En concordancia con este precepto reglamentario, los arts. 15.3 de la LVP y 24.3 de la ORVPBM disponen que *«en caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registrador, que dichos bienes constan inscritos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento»*.

<sup>141</sup> Así, disponen los arts. 15.2 de la LVP y 24.1 de la ORVPBM que *«a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo»*.

dominio, del alcance que cabe otorgar a la posesión del comprador durante el estado de pendencia del pago del precio o del reintegro del préstamo concedido para adquirir el bien vendido a plazos, o la eficacia de la cláusula de reserva de dominio frente a los terceros acreedores, bien del comprador o, incluso, del propio vendedor titular de la reserva de dominio.

### 3.1. *La eficacia de la reserva de dominio en las relaciones entre el vendedor o financiador y el comprador: calificación de la situación posesoria del comprador*

Como sabemos, debido a la naturaleza real con la que se configura los contratos de venta a plazos sujetos a la LVP, la entrega del bien objeto del contrato al comprador constituye un requisito *sine qua non* para la perfección del mismo. Ahora bien, una vez obtenida la posesión del bien por el comprador se presenta el problema de calificar esa situación posesoria, es decir, el poder concreto que sobre dicho bien ostenta el comprador durante la fase de pendencia comprendida entre la entrega del bien y el total pago del precio o la devolución del préstamo concedido. No es ésta una cuestión baladí, pues en función de las conclusiones que alcancemos podremos conocer cuáles son las facultades y derechos que sobre el bien vendido ostentan cada una de las partes y, de este modo, resolver los conflictos que, durante la situación de pendencia descrita, se pueden entablar entre las mismas: principalmente la reivindicación del bien o la doble venta de éste por parte del vendedor, así como el embargo del bien por parte de los terceros que traen causa del vendedor.

Muy diversas han sido las teorías que han pretendido explicar la naturaleza de la situación posesoria del comprador con reserva de dominio bajo los perfiles de otras relaciones jurídicas. Así, como afirma la doctrina<sup>142</sup>, ya desde antes de la promulgación de la LVP de 1965 ha sido corriente en la práctica contractual la inclusión de cláusulas que atribuyen al comprador una situación posesoria similar a la que compete al precarista, comodatario, depositario o al arrendatario. Sin embargo, difícilmente podremos identificar la situación posesoria en la que se encuentra el comprador a plazos de bienes muebles con aquella en la que se halla cualesquiera de estos sujetos. Así, no podemos identificar la posesión del comprador a plazos con reserva de dominio a la del precarista, pues aquélla, al contrario que ésta, no depende de la voluntad del vendedor, sino del contrato de compraventa que legitima la posesión del comprador e impide que el vendedor pueda, a su libre voluntad y en cualquier momento, dar por finalizada la situación poseso-

---

<sup>142</sup> *Id.* BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., págs. 177-181; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 125; FORNIES BAIGORRI, A.: «Compraventa a plazos de bienes muebles», *Temis*, núm. 22, 1967, pág. 53; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 82-85; MAS ALCARAZ, C.: «La cláusula de reserva de dominio», *Estudios de Derecho Privado*, dir. MARTÍNEZ RADIO, II, Madrid, 1965, págs. 112-113.

ria del adquirente. Tampoco cabe su equiparación al comodatario, pues el bien no es adquirido por el comprador a plazos con la intención de usarlo y devolverlo con posterioridad, sino con el ánimo de adquirir su propiedad y, además, como afirma ANDUIZA<sup>143</sup>, «el carácter esencialmente gratuito que nuestra legislación ofrece al comodato le hace incompatible con el espíritu de lucro que anima las operaciones de la industria y el comercio». Igualmente, no parece correcta la tesis por virtud de la cual se estima que el comprador a plazos con reserva de dominio ostenta la cosa a título de depositario<sup>144</sup>, sencillamente porque la función económico jurídica del depósito es incompatible con la de la venta a plazos, puesto que el objeto principal del contrato de depósito es guardar y restituir la cosa depositada (art. 1.758 CC)<sup>145</sup>, teniendo el depositario prohibido servirse de la misma (art. 1.767 CC)<sup>146</sup>, hasta el punto de que, si lo hiciera con permiso del depositante, el contrato de depósito se convertiría en préstamo o comodato (arts. 1.768 CC y 309 C. de C.)<sup>147</sup>. Por el contrario, el contrato de venta a plazos con reserva de dominio pretende del acceso inmediato del comprador a la posesión y disfrute de las cosas vendidas. Por último, tampoco resulta procedente identificar la situación posesoria del comprador a plazos con reserva de dominio a la del arrendatario<sup>148</sup>, si se tiene en cuenta que el precio que se fija en la compraventa a plazos no es a cambio del uso de la cosa, sino de su propiedad.

En efecto, resulta desacertado pretender explicar la situación posesoria en la que se encuentra el comprador a plazos con reserva de dominio bajo los perfiles de la posesión propia de otras relaciones jurídicas. Por contra, consideramos, como hace la mejor doctrina<sup>149</sup>, que para resolver la cuestión aquí suscitada no se debe calificar primero la posesión del comprador, para después atribuirle las consecuencias jurídicas que se derivan de esa calificación, sino, antes bien, determi-

<sup>143</sup> Vid. ANDUIZA, J.: *La venta a plazos...*, ob. cit., pág. 74.

<sup>144</sup> Tesis que ha sido, no obstante, aceptada por el TS en algunas de sus sentencias, como las de 26 de enero de 1976 (R.51) y 19 de octubre de 1982 (R.5563).

<sup>145</sup> Según el concepto de depósito establecido en el art. 1.758 del CC, «se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla».

<sup>146</sup> Según el art. 1.767 CC, «el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante. En caso contrario responderá de los daños y perjuicios».

<sup>147</sup> Así, dispone el art. 1.768 CC que «cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato». Y, en el mismo sentido, establece el art. 309 del C. de C., que «siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado».

<sup>148</sup> Pese a lo cual cierto sector doctrinal se muestra partidario de esta identificación, vid. ANDUIZA, J.: *La venta a plazos...*, ob. cit., pág. 81.

<sup>149</sup> Vid. BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., págs. 182-188; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., págs. 125-127 y 131; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., pág. 85-89.

nar el alcance más apropiado de dicha situación posesoria y proceder después a su calificación en consonancia con dicho alcance. De conformidad con este planteamiento, es posible entender que el comprador a plazos con reserva de dominio se encuentra en una situación posesoria *sui generis*<sup>150</sup> propia de quien aspira a ser dueño sin serlo aún y cuya extensión temporal coincidirá con la del contrato de compraventa o financiación que finalizará bien con la posesión dominical del comprador, o bien con la resolución contractual por incumplimiento de éste (*ex art. 10 LVP*). De este modo, la propiedad que se reserva el vendedor o, en su caso, el financiador se encontrará fuertemente modalizada por su función de garantía del pago del precio o del crédito concedido, así como por la expectativa del comprador de convertirse en propietario de la cosa cuando pague todos los plazos. Por esta razón, la posesión del comprador absorberá la mayor parte de las facultades propias del dominio y reducirá la posición dominical del vendedor o financiador a aquellas facultades precisas para que la reserva de dominio desempeñe eficazmente su función de garantía (*ex arts. 15 y 16 de la LVP*).

En consecuencia, parece claro que, pese a que el vendedor o, en su caso, el financiador conserven la propiedad sobre la cosa vendida a plazos con reserva de dominio, ese dominio resulta limitado por las facultades que derivan de la posesión del comprador, al que cabe reconocer un verdadero *ius possidendi*, esto es, un verdadero derecho a la posesión de la cosa transmitida frente al vendedor y frente a los terceros que traigan causa de éste, mientras que dure el estado de pendencia hasta el completo pago de todos los plazos. Así, el título posesorio que dimana del contrato de venta a plazos o, en su caso, de financiación será suficiente para enervar la acción reivindicatoria del vendedor o del financiador frente al comprador, salvo que dicha acción lleve implícita la resolución del contrato en los supuestos y con los presupuestos previstos en el art. 10 de la LVP para el caso de incumplimiento de su obligación de pago por parte del comprador.

Igualmente, la posesión del comprador con reserva de dominio también será protegible frente a las pretensiones de aquellos terceros a los que el vendedor hubiese enajenado de nuevo la cosa previamente poseída por aquél. En estos supuestos de doble venta es posible plantear dos situaciones: que la reserva de dominio se encuentre inscrita en el RVPBM, o bien que no lo esté, de forma que su existencia solo pueda deducirse directamente de su inclusión en el contrato de venta a plazos o, en su caso, de financiación. En el primer supuesto, si la reserva de dominio estuviera inscrita, el comprador podrá oponer la previa adquisición del bien a cualquier tercero que, de nuevo, volviese a comprar el bien al vendedor, pues en virtud del principio de publicidad material consagrado en los arts. 15 de la LVP y 28 de la ORVPBM, ese tercero no podrá alegar ignorancia, ya que la oponibilidad registral prevista en estos preceptos no solo juega a favor

---

<sup>150</sup> En tal sentido, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 131; SOTO NIETO, F.: *Derecho vivo*, ob. cit., pág. 478; TORRES LANA, J. A.: «Notas críticas...», ob. cit., pág. 617.

del vendedor titular de la reserva de dominio, sino también en favor del comprador cuyo derecho se encuentra inscrito en el citado Registro. De este modo, la posesión del bien doblemente vendido que en algún supuesto pudiese llegar a ostentar ese tercero no sería en ningún caso jurídicamente tutelable por tratarse de un tercero carente de buena fe *ex art. 464 CC* Por su parte, si la reserva de dominio no hubiese sido inscrita en el RVPBM, pese a que el tercero adquirente —dada la ausencia de inscripción registral— pudiera alegar desconocer la previa adquisición por parte del comprador del bien doblemente vendido, la posesión del primer comprador resultaría igualmente protegida frente al tercero adquirente en virtud de la aplicación directa del art. 1.473 del CC, conforme al cual «*si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble*».

Por último, debemos analizar una cuestión de difícil solución desde la perspectiva de la concepción clásica de la reserva de dominio. Nos referimos a la salvaguarda de la posesión del comprador en el supuesto de embargo del bien, sujeto a la reserva de dominio, por parte de algún acreedor del vendedor. Como ya sabemos, en estos casos, el art. 4c) de la ORVPBM, adoptando la concepción clásica de la institución que ahora nos ocupa, establece que los bienes sujetos a reserva de dominio no podrán ser embargados por deudas del comprador, «*aunque sí por deudas del beneficiario de la reserva de dominio*», esto es, del vendedor o, en su caso, del financiador. Ahora bien, consideramos que esta norma solo puede ser interpretada de una forma consecuente con la correcta ordenación de todos los intereses que en este supuesto entran en juego, no solo porque, de lo contrario, se pondría en serio peligro la seguridad del tráfico de bienes muebles y se propiciaría el fraude (pues bastaría al titular de la reserva de dominio confabularse con un tercero para, con total facilidad, poder privar al comprador de la posesión del bien adquirido a plazos<sup>151</sup>), sino, además, porque el alcance que debamos otorgar a la citada norma reglamentaria no puede hacer recaer las consecuencias patrimoniales de la conducta, más o menos reprochable, del vendedor o del financiador sobre el comprador totalmente ajeno a tales comportamientos. La posición jurídica del comprador, que está consolidando su adquisición a través del correcto pago de los correspondientes plazos, no puede resultar perjudicada ante la agresión patrimonial de los acreedores del vendedor o del financiador, sencillamente, porque ni es responsable ni se le pueden imputar las consecuencias patrimoniales que se deriven del comportamiento de estos sujetos. De lo contrario, el comprador de un bien sujeto a la reserva de dominio estaría siempre a merced, no ya del cumplimiento de sus obligaciones —lo cual es lógico que así sea—, sino, incluso, de la situación jurídico-patrimonial de su acreedor (vendedor o financiador), lo que es, a todas luces, jurídicamente inaceptable no solo apelan-

<sup>151</sup> Vid. BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 245; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 92-93.

do a «la equidad que habrá de ponderarse en la aplicación de las normas» (art. 3.2 CC), sino también porque el Derecho no puede amparar situaciones absurdas tales como «pretender que el adquirente con reserva de dominio que cumple con sus obligaciones pueda ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor»<sup>152</sup>.

En consecuencia, ante semejante situación, el comprador cumplidor de sus obligaciones no puede quedar inerte e indefenso frente al embargo promovido por los acreedores del vendedor que ponga en peligro el goce pacífico de la cosa que haya adquirido a plazos. Se ha de arbitrar, por ello, una solución a este conflicto que permita conjugar una correcta composición de todos los intereses puestos en juego y que proteja eficazmente los del comprador que cumpla puntualmente sus obligaciones de pago. A este respecto, tal y como coinciden en afirmar tanto la doctrina<sup>153</sup> como la jurisprudencia<sup>154</sup>, consideramos que la solución más idónea a la cuestión planteada pasa por admitir que el comprador pueda ejercer una tercería de dominio frente a los acreedores del vendedor que hubiesen instado el embargo de la cosa vendida a plazos. Debemos admitir y reconocer que la solución propuesta es difícil de aceptar desde la concepción clásica de la reserva de dominio que aquí defendemos, pero, pese a la dificultad dogmática subyacente, resulta una solución justa y coherente con la función que está llamada a desempeñar la reserva de dominio inserta en los contratos de venta a plazos de bienes muebles a favor del vendedor o, en su caso, del financiador. Así lo estimamos no solo porque esa reserva de dominio es una garantía del pago del precio que únicamente desplegará su eficacia si el comprador no cumple su obligación de pago del precio aplazado, en cuyo supuesto el contrato se resolverá (*ex art. 10 LVP*) y el bien regresará al patrimonio del vendedor, donde ya sí podría ser perseguido por los acreedores de éste; sino también porque el *ius possidendi* que el comprador ostenta respecto de la cosa vendida a plazos durante la situación de pendencia hasta el completo pago del precio o hasta la devolución íntegra del préstamo obtenido debe ser salvaguardado, de forma que los acreedores del vendedor no puedan agredir la cosa vendida, sino

<sup>152</sup> Vid. sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 4 de junio de 1987.

<sup>153</sup> Vid. BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, ob. cit., págs. 77-83; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 93-103; BALDO DEL CASTAÑO, V.: «Régimen jurídico...», ob. cit., pág. 245; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 128; LOBATO GARCÍA-MIJAN, M.: *La reserva de dominio...*, ob. cit., pág. 70; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.: «La tercería de dominio», Madrid, 1980, pág. 378; EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A.: «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia de 19 mayo de 1989)», *RCDI*, núm. 602, 1991, pág. 9 y ss.

<sup>154</sup> Vid. SSTs de 19 de mayo de 1989 (R.3778); 16 de julio de 1993 (R.6450); 23 de febrero de 1995 (R.1701); sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 17 de junio de 1992 (R.8374). Sin embargo, rechazan la tercería de dominio ejercitada por el comprador a plazos que aún no hubiese pagado totalmente el precio las SSTs de 11 de julio de 1983 (R.4208) y 10 de diciembre de 1991 (R.8926).

tan solo el crédito que el vendedor tenga contra el comprador por el importe aplazado y aún no pagado<sup>155</sup>.

Cabría añadir que la solución propuesta de admitir la posibilidad de que el comprador pueda ejercer la tercera de dominio contra el embargo llevado a cabo por los acreedores del vendedor, no solo permite una correcta composición de todos los intereses puestos en juego en los supuestos aquí contemplados, sino que también encuentra la debida apoyatura jurídica en nuestro Ordenamiento, concretamente, en los arts. 1.120 y 1.121 del CC De conformidad con el primero de estos preceptos<sup>156</sup>, el comprador podrá proteger su situación posesoria basándose en la retroactividad de los efectos de las condiciones cumplidas, pues, una vez cumplida la condición suspensiva a la que se somete la adquisición definitiva de la propiedad de la cosa vendida, esto es, el pago de todos los plazos, los efectos de la compraventa, es decir, la transmisión de la propiedad al comprador, se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, haciendo decaer todas las actuaciones practicadas durante el período de pendencia de la condición.

Por último, de acuerdo con el art. 1.121 CC, *«el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho»*. Ciertamente, en sentido estricto, el comprador no es acreedor del vendedor con relación a la transmisión de la propiedad de la cosa objeto del contrato de compraventa, pues, como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE no es crediticia<sup>157</sup>, respecto de la transmisión dominical, la relación que une al comprador y al vendedor. Sin embargo, no es menos cierto que el vendedor no cumple sus obligaciones contractuales solo con la mera entrega del bien vendido y respondiendo del saneamiento de los vicios o defectos ocultos que éste tuviere, pues, de conformidad con el art. 1.474 del CC, el vendedor también responderá al comprador *«de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida»* aunque ésta se encuentre gravada con la reserva de dominio. En consecuencia, es posible afirmar que el vendedor no cumple hasta que no propicie y asegure el fin útil del contrato de compraventa, su efecto fundamental y principal, que en este caso no es otro que la adquisición definitiva de la propiedad por parte del comprador tras el pago de todos los plazos acordados<sup>158</sup>.

<sup>155</sup> De igual forma, limitan el alcance del embargo instado por los acreedores del vendedor, vid. BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas...*, ob. cit., págs. 83 y 88; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 93-94; SOTO NIETO, F.: *Derecho vivo*, ob. cit., pág. 481; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 246; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 128.

<sup>156</sup> Según dispone el art. 1.120 del CC: «Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla».

<sup>157</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: *Las ventas...*, ob. cit., pág. 127; e, igualmente, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *La cláusula...*, ob. cit., pág. 121.

<sup>158</sup> Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., págs. 94-95.

### 3.2. *La eficacia de la reserva de dominio frente a los acreedores del comprador*

Entre el vendedor o el financiador de una compraventa a plazos gravada con reserva de dominio y los acreedores del comprador puede fácilmente producirse un conflicto de intereses. De una parte, el comprador posee una cosa que por estar gravada con la reserva de dominio aún no le pertenece hasta el completo pago del precio, pero que, sin embargo, aparentemente la posee como si ya fuese suya. Por otro lado, el vendedor o, en su caso, el financiador, en el supuesto de impago, tienen derecho a reivindicar la cosa al comprador (art. 10 LVP), así como a cualquier tercero que la poseyera, en virtud de la reserva de dominio que grava aquélla (art. 16.3 LVP). Y, por su parte, los acreedores del comprador, ante el impago de sus créditos, tienen derecho a embargar cualquiera de los bienes que, según se infiere del art. 1.911 CC, formen parte del patrimonio de su deudor, esto es, que lo integra de *iure* y no solo de *facto*, como luego se verá.

Pues bien, en estos supuestos, ante la pretensión de los acreedores del comprador de embargar la cosa gravada con la reserva de dominio, esta garantía, según la concepción clásica de la misma que aquí propugnamos, se muestra, a nuestro entender, como una garantía lo suficientemente eficaz a fin de proteger la posición jurídica del vendedor o, en su caso, del financiador de una forma global, es decir, amparándolos no solo frente al incumplimiento del comprador, sino preservándolos también frente a la actuación de cualquier tercero<sup>159</sup> —acreedor del comprador o subadquirente de la cosa— que ponga en peligro el buen fin de la operación, al evitar que el comprador pueda disponer eficazmente de la cosa o que ésta pueda salir de su patrimonio por virtud de la acción de sus acreedores, lo que, en su caso, dificultaría enormemente la localización y ejecución del bien gravado y, por consiguiente, el cobro del crédito garantizado.

---

<sup>159</sup> Así, entiende tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia que el concepto de tercero al que hace referencia el art. 15.1 de la LVP (anterior art. 23 de la LVP de 1965), cuando declara que «para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio... será necesaria su inscripción en el RVPBM», se ha de interpretar en sentido amplio *ex* art. 1.257 CC, es decir, comprensivo tanto del tercero subadquirente como del tercero acreedor del comprador que persigue la cosa para hacerse pago con ella en relación a un crédito obrante en su patrimonio (*vid.* OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», *ob. cit.*, págs. 177-178; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: *La reserva de dominio...*, *ob. cit.*, págs. 159-160; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, págs. 275-276; así como SSTs de 4 de octubre de 1971 (R.4888); sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona de 22 de marzo de 1971 y 5 de junio de 1972 (*vid.* Comentario a estas sentencias en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, págs. 398-399 y 400-402); por contra, las sentencias de la Audiencia Territorial de Granada de 4 de noviembre de 1971 y 30 de septiembre de 1970 (*vid.* comentario a estas sentencias en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, págs. 410-411 y 409-410) consideraban que el art. 23 LVP de 1965 (vigente art. 15.1) tan solo hacía referencia a los terceros subadquirentes, pero no a los terceros embargantes del bien vendido a plazos con reserva de dominio).

Ahora bien, teniendo presente la garantía que, como hemos señalado, representa la reserva de dominio para el vendedor o para el financiador, cabría cuestionarse con qué instrumentos jurídicos cuentan estos sujetos para hacer valer la reserva de dominio de la que son titulares frente a los terceros acreedores del comprador que embarguen el bien vendido a plazos. En estas circunstancias, la peculiar naturaleza del derecho que ostentan el vendedor o, en su caso, el financiador les faculta para ejercer a su elección, en función de lo que consideren más beneficioso para sus intereses, tanto una tercería de dominio como una tercería de mejor derecho<sup>160</sup>, si bien, para esta última, no será necesario haber pactado la cláusula de reserva de dominio<sup>161</sup>.

El art. 16.5 de la LVP otorga al crédito garantizado con reserva de dominio el carácter de privilegiado frente a los terceros embargantes del bien vendido a plazos. En virtud de la remisión que el citado precepto hace a los arts. 1.922.2 y 1.926.1 del CC, el titular de la reserva de dominio debidamente inscrita en el RVPBM gozará de igual preferencia que corresponde a los créditos prendarios y, por consiguiente, nada impedirá que, pese a que mantengamos una concepción clásica de la reserva de dominio, el vendedor o, en su caso, el financiador puedan interponer una tercería de mejor derecho —en vez de una tercería de dominio—, si lo que pretenden es cobrar los plazos adeudados ya vencidos<sup>162</sup>. Sin embargo, si el crédito privilegiado no es un crédito vencido, líquido y exigible<sup>163</sup>, la posición del vendedor o del financiador resultará mejor asegurada mediante el ejercicio de la tercería de dominio, pues su ejercicio permitirá la desafección del bien, con el consiguiente levantamiento de la traba sobre los bienes embargados, que pasarán a posesión del comprador y, de esta forma, continuarán garantizando el crédito del titular de la reserva de dominio hasta el pago de todos los plazos aún pendientes de satisfacción<sup>164</sup>.

<sup>160</sup> Admiten también esta posibilidad GESTO ALONSO, B.: «La venta de bienes muebles...», ob. cit., pág. 34; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: *La reserva de dominio...*, ob. cit., pág. 69.

<sup>161</sup> Conforme al art. 16.5 de la LVP para el ejercicio de la tercería de mejor derecho es suficiente con que el contrato de venta a plazos se haya formalizado en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de Comercio Colegiado, o bien en modelo oficial establecido al efecto e inscrito en el RVPBM.

<sup>162</sup> Pues la finalidad de la tercería de mejor derecho es la de determinar, comparando los créditos en litigio, cuál de ellos tiene preferencia y, de esta forma, concretar si el crédito del tercerista es realizable con preferencia al del acreedor ejecutante (*vid.*, en tal sentido, las SSTs de 16 de enero de 1968 (R.402); 10 de enero de 1992 (R.183) y 30 de marzo de 1993 (R.2540)).

<sup>163</sup> Tal y como exige la STS de 21 de mayo de 1975 (R.2193) para que proceda el ejercicio de la tercería de mejor derecho.

<sup>164</sup> Así debe entenderse puesto que, como ha puesto de manifiesto tanto la doctrina como la jurisprudencia, la finalidad primordial de la tercería de dominio es la obtención de un pronunciamiento judicial por el que se declare que los bienes que son objeto de ejecución no pertenecen a la persona contra la que ésta se ha dirigido, sino a otra distinta —en el presente caso, vendedor o financiador tercerista—, y su objeto específico es que se levante la traba y se excluyan los bienes del tercerista de la actividad ejecutiva (art. 598 LEC). La tercería de dominio evita, pues, la ejecución del bien, al contrario de lo que sucede con la tercería de mejor derecho, que no la evita, sino

En definitiva, en la práctica, ambas posibilidades deben quedar abiertas, correspondiendo al titular de la reserva de dominio, en atención a las circunstancias del caso en concreto y a lo que resulte más beneficioso para sus intereses, optar por el ejercicio de la tercería de dominio o, en su caso, por la de mejor derecho.

No obstante, para que el titular de la reserva de dominio pueda, con garantías de éxito, hacer uso, frente a los terceros acreedores del comprador que hubiesen embargado el bien vendido a plazos, de la correspondiente tercería de dominio o, en su caso, de la tercería de mejor derecho, se requiere que concurran una serie de requisitos. En primer lugar, para que la tercería de dominio prospere será preciso que, de conformidad con lo previsto en los arts. 7.10 de la LVP y 4 de la ORVPBM, se haya hecho constar en los respectivos contratos de compraventa la cláusula de reserva de dominio y que, además, ésta se hubiese inscrito en el RVPBM<sup>165</sup>. En efecto, el actual art. 15.1 de la LVP, al igual que hacía su homónimo art. 23 de la LVP de 1965, exige —a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la ya derogada LVP de 1965, cuando se permitía la oponibilidad a los terceros de la reserva de dominio sin otro requisito que el de acreditar, a través de cualquier medio hábil en Derecho<sup>166</sup>, la fecha de constitución de la citada garantía<sup>167</sup>—, que la reserva de dominio se inscriba en el RVPBM, a fin de que cual-

---

que ésta continúa hasta la enajenación del bien; de modo que, de triunfar la tercería, sobre el resultado de la enajenación tendría preferencia el tercerista triunfante sobre el acreedor embargante (*vid.* GESTO ALONSO, B.: «La venta de bienes muebles...», *ob. cit.*, pág. 35; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: *La reserva de dominio...*, *ob. cit.*, pág. 66; y SSTs 10 de junio de 1991 (R.4438); 19 de mayo de 1989 (R.3778); 28 de octubre de 1998 (R.8350).

<sup>165</sup> Naturalmente, según cabe inferir de lo dispuesto en el art. 16.5 de la LVP, para que prospere con éxito la tercería de mejor derecho no se requerirá que se hubiese acordado la correspondiente cláusula de reserva de dominio y mucho menos que ésta se hubiese inscrito en el RVPBM. Por contra, según cabe colegir del citado precepto, tan solo se requerirá que el contrato se hubiese otorgado en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de Comercio colegiado, o bien que se hubiese formalizado en modelo oficial establecido al efecto e inscrito en el RVPBM.

<sup>166</sup> No se requería que se dieran ni tan siquiera los requisitos previstos en el art. 1.227 del CC, con relación a los documentos privados, ni los establecidos en el art. 1.218 del CC, con relación a los documentos públicos.

<sup>167</sup> Así se desprende de la construcción doctrinal y jurisprudencial de la reserva de dominio anterior a la entrada en vigor de la LVP de 1965. *Vid.* GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 243; BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A.: «Régimen jurídico de la ineficacia de los actos sometidos a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles», *RGD*, núms. 661-662, 1999, pág. 12436; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», *ob. cit.*, pág. 177; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M.: *La reserva de dominio...*, *ob. cit.*, págs. 162-163; BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, *ob. cit.*, págs. 241-245; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, *ob. cit.*, pág. 275-276; así como, las SSTs de 16 de febrero de 1894 (JC. núm. 45); 6 de marzo de 1906 (JC. núm. 85); 30 de noviembre de 1915 (JC. núm. 119); 10 de enero de 1929 (JC. núm. 20); 14 de enero de 1929 (JC. núm. 36); 6 de febrero de 1929 (JC. núm. 104); 20 de marzo de 1930 (R.781); 10 de junio de 1958 (R.2142); 20 de junio de 1970 (R.3757); 14 de diciembre de 1970 (R.5517); 29 de enero de 1972 (R.251); 30 de octubre de 1973 (R.4057); 19 de abril de 1975 (R.1723) y 26 de enero de 1976 (R.51).

quier tercero pueda asegurarse, mediante la consulta de un solo Registro, de que no pesa sobre el bien adquirido a plazos ningún gravamen que, por estar registrado, pudiera perjudicarle pese a la protección que otorga el art. 464 del CC<sup>168</sup>. De forma que, sin inscripción registral, la reserva de dominio no tendrá eficacia frente a terceros<sup>169</sup> y, por consiguiente, la tercería de dominio no podrá prosperar frente a los acreedores de comprador embargantes del bien vendido o financiado a plazos<sup>170</sup>.

Pero, además, para que prospere la tercería interpuesta por el vendedor o, en su caso, por el financiador, contra los acreedores embargantes del comprador, será necesario que la inscripción del contrato de venta a plazos con reserva de dominio se produzca con anterioridad al momento del embargo. En efecto, como ha mantenido reiteradamente la jurisprudencia<sup>171</sup>, una de las condiciones que ha de reunir el título presentado en el juicio de tercería, ya se trate de dominio o de mejor derecho, es la de que se funde en actos jurídicos que tuviesen realidad en el momento de practicarse el embargo por el acreedor del comprador, debiendo utilizarse contra éste un título legítimo de perfecta validez al tiempo de practicarse el embargo por ser en este momento cuando se produce la colisión de derechos, tras realizarse el acto contra el cual se reclama. De forma que, si bien es cierto que la protección que el art. 464 CC dispensa a los adquirentes de buena fe, quiebra cuando existe un régimen de publicidad registral, también lo es que la virtualidad protectora propia de la inscripción registral no puede referirse o afectar más que a los actos posteriores a la fecha de práctica del asiento<sup>172</sup>, pero no a los anteriores a la misma.

Por último, para que el vendedor o, en su caso, el financiador puedan hacer uso eficazmente de la tercería de dominio o de la de mejor derecho se precisa,

<sup>168</sup> Vid. STS de 30 de octubre de 1973 (R.4057).

<sup>169</sup> Así se infiere igualmente de lo dispuesto en el art. 28.2 de la ORVPBM al establecer que «los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudicarán a terceros».

<sup>170</sup> Así se deduce de la constante jurisprudencia de nuestros Tribunales, vid, en este sentido, SSTs de 24 de noviembre de 1970 (R.4888); 4 de octubre de 1971 (R.3724); 29 de enero de 1972 (R.251); 30 de octubre de 1973 (R.4057); 27 de diciembre de 1974 (R.4943); 19 de abril de 1975 (R.1723); 28 de marzo de 1978 (R.852); 30 de marzo de 1983 (R.1653); 15 de febrero de 1990 (R.687); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 23 de octubre de 1991 (R.7235); 4 de octubre de 1993 (R.7456); y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 15 de diciembre de 1990 (RGD, 1992, pág. 7737).

<sup>171</sup> Vid. SSTs de 21 de febrero de 1966 (R.1532); 22 de junio de 1982 (R.3436); 4 de octubre de 1971 (R.3724); 27 de diciembre de 1974 (R.4943); 28 de marzo de 1978 (R.852); 22 de junio de 1982 (R.3436); 20 de junio de 1983 (R.3625); 26 de octubre de 1988 (R.7642); 15 de febrero de 1990 (R.687); 10 de mayo de 1990 (R.3699); 18 de diciembre de 1990 (R.10283); 26 de septiembre de 1991 (R.6069); 23 de abril de 1992 (R.3322); 3 de febrero de 1993 (R.800); 30 de septiembre de 1993 (R.6661) y 4 de octubre de 1993 (R.7456); e, igualmente, vid. SSAP de Zaragoza de 19 de abril de 1995; de Castellón de 7 de julio de 1997 y de Toledo de 28 de enero de 1998.

<sup>172</sup> Debemos recordar que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 de la ORVPBM, las inscripciones producirán todos sus efectos desde la fecha del asiento de presentación en el Registro.

según cabe inferir de lo dispuesto en los arts. 22 y 23 de la ORVPBM<sup>173</sup>, no solo que el contrato de compraventa o financiación a plazos se encuentre inscrito con anterioridad a la fecha del embargo practicado por los acreedores del comprador, sino que, además, esa inscripción en el RVPBM se encuentre vigente cuando se practique el embargo<sup>174</sup> pese a que ya estuviese cancelada al momento de interponerse la tercería<sup>175</sup>.

Sin embargo, no obstante todo lo dicho, conforme a la vigente redacción de la LVP, el titular de la reserva de dominio inscrita en el RVPBM y vigente en el momento de practicarse el embargo por algún tercero acreedor del comprador, no precisa interponer una tercería de dominio ni de mejor derecho para lograr el alzamiento del embargo o, en su caso, la satisfacción de los plazos vencidos, pues el juez ordenará el levantamiento de aquél y el sobreseimiento del procedimiento de apremio sobre el bien embargado tan pronto como conste que la reserva de dominio aparece inscrita en el Registro a nombre de una persona distinta del acreedor embargante. En efecto, los arts. 15.2 de la LVP y 24.1 de la ORVPBM consagran el principio de legitimación registral y establecen una presunción *iuris tantum* de que cualquier reserva de dominio inscrita en el RVPBM es válida y pertenece a la persona a cuyo favor esté inscrita<sup>176</sup>, de modo que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de bienes muebles o de derechos inscritos a nombre de una persona determinada sin que, previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente; y, en consonancia con lo anterior, los arts. 15.3 de la LVP y 24.3 de la ORVPBM<sup>177</sup>

<sup>173</sup> Según dispone el art. 22 de la ORVPBM, «las inscripciones o anotaciones se cancelarán... por solicitud del vendedor, financiador, arrendador o titular de la garantía con expresión de la causa que la motive, siempre que no se perjudiquen derechos de terceros... (y por) resolución judicial que así lo ordene». Por su parte, el art. 23 establece que «igualmente si así fuera solicitado por el acreedor, podrá cancelarse la reserva de dominio y prohibición de disponer sobre determinados bienes incluidos en el contrato principal, dejando subsistentes tales derechos o garantías pactados a favor de acreedor sobre los restantes bienes».

<sup>174</sup> En este sentido, *vid.* STS de 19 de abril de 1975 (R.1723).

<sup>175</sup> En este sentido, *vid.* STS de 10 de mayo de 1990 (R.3699) y 18 de diciembre de 1990 (R.10283).

<sup>176</sup> Disponen los arts. 15.2 de la LVP y 24.1 de la ORVPBM que «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Igualmente se presumirá, salvo prueba en contrario, que los contratos inscritos son válidos».

<sup>177</sup> De forma prácticamente idéntica disponen estos preceptos que «en caso de embargo preventivo o ejecución forzosa respecto de bienes muebles se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de dichos bienes o sus productos o rentas tan pronto como conste en autos, por certificación del registrador, que sobre los bienes en cuestión constan inscritos derechos en favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción en concepto de heredera de quien aparezca como dueño en el Registro. Al acreedor ejecutante le quedará reservada su acción para perseguir en el mismo juicio otros bienes del deudor y para ventilar en el juicio correspondiente el derecho que creyere asistirle en cuanto a los bienes respecto de los cuales se suspenda el procedimiento».

establecen un procedimiento de protección de los derechos inscritos similar al previsto en el art. 38 de la LH y conocido impropriadamente <sup>178</sup> por la doctrina <sup>179</sup> como «*tercería registral*», en virtud del cual se ordena al juez que sobresea el procedimiento de apremio respecto de los bienes muebles embargados o de sus productos o rentas tan pronto como se acredite en autos, mediante certificación del registrador <sup>180</sup>, que sobre dichos bienes consta inscrita la correspondiente reserva de dominio a favor de una persona diferente al ejecutado. Incluso la nueva LEC de 2000 se anticipa al momento del embargo al establecer en su art. 593.3 que, tratándose de bienes cuyo dominio sea susceptible de inscripción registral, el juez no ordenará su embargo si algún tercero acredita ser su titular registral mediante la correspondiente certificación registral.

En definitiva, la vigente LVP permite al titular de una reserva de dominio inscrita y vigente que, en los supuestos en los que el bien adquirido a plazos sea embargado por los acreedores del comprador, pueda sustituir la *tercería de dominio* por la denominada *tercería registral*, por cuanto que la inscripción registral en favor del titular de la reserva de dominio conlleva las mismas consecuencias que la interposición y admisión de la *tercería de dominio*, esto es, el sobreseimiento y paralización del procedimiento de apremio sobre el bien embargado y el consecuente alzamiento del embargo sobre el mismo.

### 3.3. *La eficacia de la reserva de dominio frente a los subadquirentes del comprador*

Una de las cuestiones más problemáticas que plantea la venta de bienes muebles a plazos es la relativa a la protección del vendedor frente a los terceros subadquirentes de una cosa gravada con reserva de dominio cuando el precio aún no ha sido totalmente satisfecho por el comprador y, por consiguiente, la propiedad del

---

<sup>178</sup> Puesto que, como afirma GARCÍA SOLÉ, no se trata de una verdadera *tercería*, sino de un orden o mandato legal al juez para que levante el embargo trabado cuando conste por certificación registral el derecho inscrito (vid. GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 255).

<sup>179</sup> Vid. GARCÍA SOLÉ, F.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 255; GESTO ALONSO, B.: «La venta de bienes muebles...», ob. cit., pág. 44; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», ob. cit., pág. 182.

<sup>180</sup> Para que proceda el sobreseimiento judicial del procedimiento de apremio será preciso que la inscripción de la reserva de dominio en el RVPBM conste en autos mediante la correspondiente certificación registral, no resultando, por tanto, suficiente con cualquier conocimiento que de la existencia de la reserva de dominio pudiera tener el juez por otros medios. Así cabe inferir de lo dispuesto en el art. 31.3 de la ORVPBM, según el cual «*los derechos y garantías inscritas solo podrán acreditarse en perjuicio de tercero mediante certificación*» que, de conformidad con lo establecido en el art. 34 de la Ordenanza del Registro, deberá «*ser expedida por el Registrador provincial o por el Registrador central con referencia a las bases de datos intercomunicadas de los Registros de Ventas a Plazos*», en el plazo máximo de «*tres días hábiles a contar desde la fecha en que la solicitud de información hubiera tenido entrada en el Registro*».

bien sigue correspondiendo al titular de la reserva de dominio. En estos supuestos, según dispone el art. 4c) de la ORVPBM, el comprador «*carece de legitimación dispositiva y en consecuencia cualquier acto de enajenación o gravamen por él realizado será nulo de pleno Derecho*».

La consecuencia prevista en este precepto reglamentario, si bien debe considerarse lógica según el principio *nemo dat quod non habet*, en cambio, parece excesiva sobre todo si tenemos en cuenta que el comprador podría limitarse a disponer del bien en los justos términos en los que es titular<sup>181</sup>, de modo que solo enajenara su titularidad *in fieri* sometida a la condición suspensiva del pago de todos los plazos pendientes, de igual forma que los acreedores del titular de la reserva de dominio pueden embargar, no el bien objeto de la venta, sino el crédito que su deudor tenga contra el comprador; y que, además, la enajenación de sus derechos por parte del comprador no tendría que perjudicar los derechos del vendedor o, en su caso, del financiador, quienes, por virtud de la reserva de dominio de la que son titulares, continuarían disfrutando de la garantía que ésta representa (*ex art. 16 LVP*) y podrían recuperar el bien revendido por el comprador a través de los mecanismos resolutorios previstos en el art. 10 de la LVP en el supuesto de falta de pago del comprador-revendedor que, pese a la enajenación por él realizada, continuará estando obligado a satisfacer el pago de los plazos aún no satisfechos.

En nuestro Ordenamiento se consagra el principio de que, respecto de las cosas muebles, la posesión equivale al título, de forma que se sanciona y garantiza la posesión del adquirente de buena fe (*ex arts. 464 CC y 85 C. de C.*). En consecuencia, no será oponible la reserva de dominio que grave los bienes muebles vendidos a plazos frente a los terceros subadquirentes del comprador que hubiesen adquirido el bien de buena fe y a título oneroso. Sin embargo, nuestro Derecho, a fin de lograr la seguridad en el tráfico jurídico de bienes y evitar la posible confabulación entre el comprador y el subadquirente del bien en perjuicio del titular de la reserva de dominio, ha resuelto regular estas situaciones disponiendo que la reserva de dominio inscrita en el RVPBM será oponible a cualquier tercero y que una vez inscrita nadie podrá invocar su ignorancia (arts. 15 LVP, 28 ORVPBM, 34 LH, 9 RRM y 21 C. de C.). De esta forma, por virtud de los efectos positivos propios de la publicidad material del registro, si la reserva de dominio se inscribe<sup>182</sup> en el RVPBM, su titular resultará protegido frente al tercero subad-

<sup>181</sup> En este sentido, *vid.* RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., pág. 112; BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas a plazos...*, ob. cit., pág. 88.

<sup>182</sup> Por supuesto, como sostiene nuestro TS, la inscripción ha de ser anterior a la reventa efectuada por el comprador al tercero subadquirente. Así, según se afirma en la STS de 15 de febrero de 1990 (R.687), «si bien es verdad que la protección que el art. 464 CC dispensa a los adquirentes de buena fe de cosas muebles quiebra y no despliega su eficacia cuando existe un régimen de publicidad registral con relación a tales cosas, como ocurre con el RVPBM, también lo es que la virtualidad protectora propia de la inscripción registral no puede referirse o afectar más que a los actos

quirente, pues en este caso éste carecerá de la buena fe requerida para su protección como poseedor del bien (*ex arts. 464 CC y 85 C. de C.*), aunque de hecho desconociera la existencia de la reserva de dominio inscrita. Por consiguiente, el tercero subadquirente conoce —o ha de conocer— que adquiere un bien gravado con una reserva de dominio inscrita que hace depender la adquisición de la titularidad plena sobre el mismo del pago de todos los plazos pendientes por parte del primitivo comprador-revendedor. Entre tanto, su adquisición estará sometida a una clara inestabilidad, que puede llegar a culminar con la pérdida efectiva del bien en el supuesto de que el primer comprador no satisfaga los plazos pendientes de pago y el acreedor titular de la reserva de dominio resuelva (*ex art. 10 LVP*) la relación jurídica y recupere la cosa. Esto es, en este supuesto, el tercero subadquirente no ve asegurada su posición como adquirente de la cosa, sino que, por el contrario, queda en la misma situación de incertidumbre que tenía el primer comprador<sup>183</sup>.

Sin embargo, cuando la reserva de dominio no se haya inscrito en el RVPBM —o bien se haya inscrito, pero con posterioridad a la adquisición del bien por parte del tercero subadquirente—, la adquisición del tercero subadquirente será oponible al titular que pretenda hacer valer la garantía que para él representa la reserva de dominio acordada en su favor. Así cabe inferir no solo de la propia literalidad del art. 15.1 de la LVP que de forma categórica exige que «*para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio... será necesaria su inscripción en el RVPBM...*», sino, también, de la contundente aseveración del art. 28 de la ORVPBM, según el cual «*los actos y contratos inscribibles no inscritos no perjudicarán a tercero*». Por tanto, ante la falta de inscripción, el tercero subadquirente resultará protegido frente a la acción reivindicatoria del bien o resolutoria del contrato que pudiera ejercer el titular de la reserva de dominio, sin que frente a aquel tercero resulte oponible la reserva de dominio aunque se encuentre inserta en un contrato de fecha cierta o cuya fecha se pruebe como cierta<sup>184</sup> por los medios de prueba extrarregistrales previstos en el art. 1.227 del CC<sup>185</sup>. Ahora bien, la protección que otorga al tercero poseedor el art. 464 CC ante la falta de inscripción solo alcanzará al tercero subadquirente que sea de buena fe, de modo que, si, pese a la falta de inscripción de la reserva de dominio en el RVPBM, se prueba que el tercero subadquirente tiene conocimiento de la existencia de esta

---

posteriores a la fecha de práctica del asiento, pero no a los anteriores a la misma». En el mismo sentido, *vid.* STS de 10 de mayo de 1990 (R.3699) y 18 de diciembre de 1990 (R.10283).

<sup>183</sup> *Vid.* BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 231; RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La posición del comprador...*, ob. cit., pág. 113.

<sup>184</sup> En este sentido, *vid.* BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., pág. 230; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», ob. cit., pág. 174; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., pág. 277-278.

<sup>185</sup> Dispone el art. 1.227 del CC que «*la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio*».

garantía, no será protegido frente al vendedor o, en su caso, financiador titular de la reserva de dominio porque, en tal hipótesis, carecerá de la buena fe requerida por el art. 464 del CC para que su posesión resulte jurídicamente tutelable<sup>186</sup>.

*(Trabajo recibido el 09/12/2016  
y aceptado para su publicación el 28/02/2017)*

---

<sup>186</sup> En este sentido, *vid.* BALDO DEL CASTAÑO, V.: *Régimen jurídico...*, ob. cit., págs. 230-231; OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «La reserva de dominio...», ob. cit., pág. 173.

Sin embargo, para BERCOVITZ, mientras no se produzca la inscripción no existirá reserva de dominio como derecho real de garantía, sino como simple pacto obligacional vinculante *inter partes*. De este modo, entiende este autor, que la publicidad del RVPBM viene a derogar, en parte, al art. 464 CC (*vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios...*, ob. cit., págs. 276-278).

# LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN INMUEBLE HIPOTECADO

FEDERICO ADAN DOMENECH

*Profesor Agregado de Derecho Procesal*

*Acreditado como Catedrático*

*Universidad Rovira i Virgili*

## RESUMEN

La venta extrajudicial se ha configurado como una forma de realización del bien, alternativa a la vía judicial. Sin embargo, ésta, como muchas otras instituciones jurídicas, no resulta inmune a un mal endémico creado por el legislador, que se traduce en su incompleta regulación. En primer lugar, por la falta o tardanza, instauración de los recursos materiales pertinentes para su válida realización y, en segundo lugar, la incorrecta reglamentación, consecuencia de una política legislativa parcial que entra en contradicción con la globalidad del sistema jurídico. En este trabajo se pretende poner de manifiesto estas contradicciones y determinar las normas aplicables a las subastas notariales de bienes inmuebles hipotecados.

**Palabras clave:** bien inmueble, hipoteca, subasta, notario.

# OUT-OF-COURT SALE OF A MORTGAGED PROPERTY

FEDERICO ADAN DOMENECH

*Senior Lecturer in Procedural Law*

*Accredited as Full Professor*

*Rovira i Virgili University*

## ABSTRACT

Out-of-court sales have become one way of liquidating an asset other than by a process of law. However, like many other legal institutions it is not free from an endemic problem caused by legislators: it is not fully regulated. In the first place, the material resources it requires if it is to be properly carried out are lacking or delayed. And in the

second place, it is incorrectly regulated because of an incomplete legislative policy that enters into contradiction with the rest of the legal system. This study aims to point out these contradictions and determine the norms that are to be applied to auctions by notary of mortgaged property.

**Key words:** property, mortgage, auction, notary

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIÓN TERMINOLÓGICA. 1. Actividad legislativa. 2. Inexistente coherencia interna de la globalidad del ordenamiento jurídico. 3. Legalidad de la cláusula de venta extrajudicial.—III. LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIEN INMOBILIARIO. 1. Marco legislativo. A) Normativa vigente. B) Incoherencias legislativas. Derogación tácita de las normas del Reglamento Hipotecario. C) Aplicación supletoria de la LEC. 2. Ámbito de aplicación. 3. Requisitos de utilización. A) Requisitos de forma. B) Requisitos de contenido. a) Valor mínimo de tasación. b) Consignación del domicilio del deudor. c) Calificación de carácter habitual de la vivienda. d) Concreción de la persona que debe otorgar la escritura. C) Requisitos económicos. a) Cantidad líquida. b) Entrega de documento fehaciente. c) Límites económicos especiales. Aplicación de las medidas de protección del deudor reguladas en el RD 6/2012. 4. Tramitación de la venta extrajudicial. A) Legitimación. a) Legitimación activa. b) Legitimación pasiva. B) Competencia. C) Incoación. a) Requisitos de contenido. b) Material documental. D) Análisis del requerimiento por parte del notario. a) Comprobación de la inexistencia de cláusulas abusivas. b) El notario como garante cualificado del deudor. E) Radiografía registral de la hipoteca. F) Requerimiento de pago. G) Notificaciones a titulares posteriores y de cargas y gravámenes. H) Actitudes de los requeridos de pago. 5. Celebración de la subasta. A) Marco normativo. a) Derogación tácita de artículos del Reglamento Hipotecario. b) Normativa aplicable. B) Tramitación de la subasta. a) Publicación de la subasta. b) Inicio de la subasta. c) Requisitos para participar en la subasta. C) Reglas de celebración de la subasta. D) Aprobación del remate y subasta sin postores. E) Cierre de la subasta. F) Adjudicación del bien hipotecado. G) Quiebra de la subasta. 6. Pago al ejecutante y destino del sobrante. 7. Insuficiencia de la cantidad obtenida. 8. Especial énfasis en la aplicación del artículo 579.2 LEC. 9. La suspensión de la venta extrajudicial.

## I. INTRODUCCIÓN

La ley Hipotecaria, en su artículo 129, reconoce la facultad del acreedor hipotecario, ante el incumplimiento de las obligaciones económicas del deudor, de incoar los mecanismos que considere más convenientes para la protección de sus derechos e intereses legítimos.

Esta norma no circunscribe al acreedor al ámbito judicial, sino que le concede diferentes posibilidades. En primer lugar, iniciar un proceso judicial de ejecución hipotecaria, conforme a las reglas contenidas en los artículos 682 y ss. LEC, pero en segundo lugar también le atribuye la facultad de reclamar sus derechos de manera extrajudicial, a través de la denominada venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme a la institución legal regulada en el artículo 1.858 del Código Civil. La instauración de esta institución tiene dos objetivos. En primer lugar, agilizar la realización del bien hipotecado y, en segundo lugar, reducir el volumen de trabajo existente en los Juzgados, habilitando a otros profesionales jurídicos para la realización de subastas de manera alternativa a la vía judicial.

No obstante, y constituye éste un mal endémico a muchas de las instituciones procesales y jurídicas reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, su configuración y reglamentación se ha realizado de forma provisional, parcial y sin la debida diligencia por parte del legislador, extremos que tienen como consecuencia la existencia de contradicciones internas entre textos normativos y deficiencias de recursos materiales para su efectiva realización, extremos que originan una situación de provisionalidad, creando inseguridad no sólo en el ciudadano, sino también en los operadores jurídicos.

## II. MODIFICACIÓN TERMINOLÓGICA

### 1. Actividad legislativa

Una de las principales problemáticas existentes en torno a la realización extrajudicial del bien hipotecado se ha concretado en su denominación. La terminología empleada no adquiere únicamente una especial importancia semántica, sino que la nomenclatura utilizada define los rasgos configuradores de esta institución, resultando el concepto proceso extrajudicial centro de conflictos en torno a la naturaleza que se le pretendía conceder a las actuaciones que se practicaban en la realización del bien ante notario, poniéndose en tela de juicio su constitucionalidad.

Los interrogantes sobre la constitucionalidad de esta vía procedimental eran generados, principalmente, por la diferente interpretación que se le concedía al artículo 117 CE, que atribuye, exclusivamente, a jueces y Tribunales la función de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Históricamente, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no ha sido uniforme. Así, en la STS de 16 de octubre de 1995 se admitió la constitucionalidad del proceso extrajudicial, al manifestar que «el procedimiento ejecutivo extrajudicial tampoco vulnera el artículo 117 de la Constitución, porque el objeto de este procedimiento es ejecutar ante notario un derecho de hipoteca de origen contractual». Sin embargo, posteriormente, se ha defendido la tesis contraria, al sostener, por ejemplo, la STS de 4 de mayo de 1998, que «ni siquiera soslayando su carácter de inadmisibile ejecución privada, como practicada con publicidad notarial, mediante el artilugio de considerarla una ejecución pública notarial, cabe que se acepte su legitimidad, puesto que la función notarial (tan valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución».

La Ley 1/2000 se hace eco de esta problemática y pretende poner fin a la misma, evitando la utilización del término proceso que podría llevar a confusión. La solución se concreta en la modificación del artículo 129 LH, por la Ley de enjuiciamiento civil, suprimiendo la referencia al procedimiento ejecutivo, sustituyéndolo por el de venta extrajudicial, validando esta vía notarial. El remedio no dio los frutos esperados, o cuanto menos, con la inmediatez pretendida, pues son diferentes las resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo, con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC, que siguen manifestando el carácter inconstitucional de los procesos extrajudiciales hipotecarios —STS, Sala Civil, de 25 de mayo de 2009—, aunque, no es menos cierto, que estos pronunciamientos se emiten respecto de procedimientos extrajudiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley procesal del año 2000.

## **2. Inexistente coherencia interna de la globalidad del ordenamiento jurídico**

Siguiendo la estela iniciada por la LEC, la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria modifica la LHMYPDS, procediendo a la sustitución del término utilizado para denominar a la vía alternativa al proceso judicial, que pretende la realización de la hipoteca mobiliaria. La denominación procedimiento extrajudicial, utilizado originariamente por este texto normativo en la Sección segunda del Capítulo segundo del Título quinto, es sustituida por la rúbrica de venta extrajudicial.

Esta modificación conceptual, efectuada por la LJV, intenta conseguir la coherencia interna, en nuestro ordenamiento jurídico, entre los textos normativos reguladores de la venta extrajudicial. Sin embargo, la coherencia no resulta total, existiendo cuerpos legales que todavía mantienen el término procedimiento ejecutivo extrajudicial.

Tal situación se produce en el Reglamento hipotecario, que si bien regula la venta extrajudicial de la hipoteca inmobiliaria, también resulta de aplicación supletoria a la mobiliaria. En este reglamento, el apartado c) de la Sección primera del Título quinto, mantiene la denominación de procedimiento de ejecución extrajudicial, debiendo ser tal conceptualización objeto de modificación. Asimismo, el Real Decreto 6/2012 regula un artículo, en concreto el 12, en que se establecen una serie de normas de aplicación a la venta extrajudicial. No obstante, el RD, lejos de solucionar la problemática, la aviva, pues la rúbrica de la norma en cuestión es: Procedimiento de ejecución extrajudicial.

El problema radica en la falta de una reforma legislativa global, realizando el legislador reformas parciales, que dificultan una coherencia interna de nuestro ordenamiento jurídico, y mientras tal circunstancia exista seguirán vigentes las dudas sobre la constitucionalidad de la venta extrajudicial, creando inseguridad jurídica y contradicciones terminológicas en relación a la denominación de una misma institución.

## **3. Legalidad de la cláusula de venta extrajudicial**

Con anterioridad al análisis de los rasgos propios de esta estipulación, con carácter previo deviene necesario disipar los interrogantes respecto a si la cláusula que reconoce la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial puede ser calificada de abusiva o no.

Esta cuestión ha sido objeto de estudio por el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2016. En una escritura pública de constitución de hipoteca, en su cláusula onceava se establecía la posibilidad de acudir a la venta extrajudi-

cial del bien hipotecado. Ante el incumplimiento económico de los deudores, iniciados los trámites de la venta extrajudicial, éstos presentaron demanda solicitando la declaración de nulidad de la cláusula en base, fundamentalmente, a los siguientes motivos:

En primer lugar, se afirma que para convenir la venta extrajudicial prevista en el artículo 129 LH no bastaba una condición general de la contratación. En segundo lugar, se establecía que la cláusula conlleva una renuncia implícita del consumidor a determinados derechos y beneficios que son de *ius cogens*, sosteniendo que la «ejecución extrajudicial realizada por el notario no permite que pueda acordarse de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas; no permite que pueda ser alegada la abusividad de alguna cláusula con efecto suspensivo de la ejecución, ni los motivos de oposición previstos en los arts. 695 y 696 LEC; ni tampoco que pueda interesarse por el prestatario el beneficio de justicia gratuita para nombrar un abogado que le asista».

El Juzgado de Primera instancia estima íntegramente la demanda, considerándola «una condición general, predispuesta por el banco en un contrato con un consumidor, de carácter abusivo. La sentencia entiende que la cláusula objeto de enjuiciamiento provoca un desequilibrio entre las partes, pues el predisponente obliga al adherente consumidor a acudir a un procedimiento legal que supone una merma de sus derechos y le ocasiona un perjuicio injustificado».

Recurrida la sentencia ante la Audiencia Provincial, ésta confirma la declaración de nulidad, manifestando que la cláusula que reconoce la venta extrajudicial «no pasa el control de transparencia y tampoco el de contenido».

Formulado recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el mismo es estimado, declarándose la legalidad y, por ende, la no abusividad de la cláusula que reconoce la posibilidad de acudir a la venta extrajudicial<sup>1</sup>. De la STS de 14 de julio de 2016<sup>2</sup> es preciso resaltar los siguientes argumentos jurídicos:

Primero.—Esta cláusula es configurada por el TS como una cláusula que no configura el objeto principal del contrato, y para éstas «los deberes de transparencia exigibles son los previstos en el art. 5 LCGC para su incorporación. De tal forma que, superado este control de inclusión, el posible carácter abusivo de la

---

<sup>1</sup> El rechazo a la abusividad de la cláusula de venta extrajudicial también ha sido declarado por la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales. Sirva como ejemplo el AAP Barcelona, Sección 14, de 25 de mayo de 2016, núm. de Resolución: 137/2016, núm. de Recurso: 439/2014, en la que se manifiesta que, «como bien expone la entidad bancaria, no son cláusulas abusivas aquellas que vienen reguladas por la propia Ley y a que únicamente pueden ser objeto de aplicación en función del bien hipotecado y previa autorización judicial (art. 690 de la LEC), así como las normas de la venta extrajudicial regulada en la LH y RH».

<sup>2</sup> STS de 14 de julio de 2016, núm. de Resolución: 483/2016, núm. de Recurso: 1668/2014.

cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor».

Segundo.—Al no existir en el ínterin del contrato cláusulas abusivas, la efectividad de la estipulación de la venta extrajudicial no impide el examen de las consideradas abusivas, porque no existen o cuanto menos no se han denunciado o señalado. La alegación de la abusividad de esta estipulación, argumentando que produce indefensión al deudor por no poder discutirse en la venta extrajudicial la existencia o no de cláusulas abusivas, sólo tiene sentido si se correlacionan e indican éstas. «Por eso, (...), en atención al contenido de la cláusula cuya declaración de abusividad se pretende, que radica en el desequilibrio que podría suponer para el consumidor, si se acude a la venta extrajudicial, la limitación de garantías en relación con el control de la abusividad de otras cláusulas contractuales, como no se mencionan por la demandante la existencia de estas cláusulas abusivas que no han podido invocarse, debe rechazarse la apreciación de que haya existido una abusividad real.»

Tercero.—Asimismo, de existir posibles cláusulas abusivas, no se impide que las mismas sean analizadas y discutir las. Si bien es cierto que en la redacción original del artículo 129 LH y de los preceptos 234 y ss. del RH no existía la posibilidad de paralizar la venta extrajudicial para comprobar o no la existencia de cláusulas abusivas, esta situación cambia radicalmente con la entrada en vigor de la LEC 1/2000 y la nueva redacción que se concede a la regla 129 LH, pues como sostiene el TS, «el art. 129 LH, al regular la ejecución notarial de la hipoteca, en su redacción actual dota de facultades al consumidor para poder hacer valer ante los tribunales la nulidad de las cláusulas abusivas, con suspensión automática del procedimiento de ejecución, en la versión vigente en el momento en que se firmó el contrato y en que se ejecutó la garantía, carecía de una previsión específica en tal sentido». En consecuencia, sigue argumentando el Alto Tribunal, «conviene advertir que el eventual carácter abusivo de la cláusula que permitía acudir al procedimiento de venta extrajudicial del art. 129 LH dependía del contenido de la regulación de esta norma. Bajo la aplicación de la regulación originaria, no se preveía el control de las cláusulas abusivas, mientras que tras las reformas introducidas por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y sobre todo la Ley 19/2015, de 13 de julio, sí».

La regulación de la venta extrajudicial del bien inmobiliario es el ejemplo más claro de la incompleta y defectuosa actividad legislativa. Son diferentes los textos normativos que regulan su tramitación, pero sin que existan entre ellos una uniformidad, sino todo lo contrario, pues se caracterizan por una dispersión normativa desligada entre ella, que genera dudas en cuanto a la normativa aplicable, y que exige una rápida e inmediata respuesta del legislador que evite la confusión existente en la actualidad, como a continuación analizaremos.

### III. LA VENTA EXTRAJUDICIAL DE BIEN INMOBILIARIO

#### 1. Marco legislativo

La regulación de la venta extrajudicial del bien inmobiliario es el ejemplo más claro de la incompleta y defectuosa actividad legislativa. Son diferentes los textos normativos que regulan su tramitación, pero sin que existan entre ellos una uniformidad, sino todo lo contrario, pues se caracterizan por una dispersión normativa desligada entre ella, que genera dudas en cuanto a la normativa aplicable y que exige una rápida e inmediata respuesta del legislador que evite la confusión existente en la actualidad, como a continuación analizaremos.

##### *A) Normativa vigente*

Tras las diferentes modificaciones normativas existentes en este ámbito, la primera cuestión que debe ser objeto de determinación se concreta en precisar cuáles son los textos legales de aplicación a la venta extrajudicial de bienes inmuebles, pues la prolífera actividad legislativa existente en materia hipotecaria, o en otros ámbitos, pero que a través de disposiciones adicionales modifican textos que contenían normas de aplicación a las subastas notariales no son escasas. El régimen jurídico y legal de la venta extrajudicial se encuentra regulado en cuatro textos normativos, uno de ellos de carácter procesal y los tres restantes de naturaleza sustantiva.

La LEC 1/2000, de 7 de enero, en su disposición final novena, punto cuarto, concede una nueva redacción a la regla 129 LH, permitiendo al acreedor acudir a la venta extrajudicial<sup>3</sup> y, por ende, otorgándole la legalidad correspondiente como instrumento válido para la realización del bien hipotecado, estableciéndose el marco genérico de la venta extrajudicial, que se fundamenta y desarrollará, por un lado, de forma generalista, mediante la norma 1858 del CC, desarrollándose la misma con las reglas contenidas en la Ley del Notariado y en el Reglamento Hipotecario. En cuanto al texto procesal, la LEC ha ostentado siempre un carácter supletorio, subsanador de aquellas omisiones o vacíos legales existentes en materia procesal civil.

Pero tras la publicación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el marco normativo ha sido nuevamente modificado,

---

<sup>3</sup> SAP Lugo, Sección 1.ª, de 15 de abril de 2015, núm. Resolución 146/2015, núm. Recurso 73/2015.

no tanto en cuanto a los textos normativos a aplicar, sino respecto de las reglas contenidas en el mismo, al ser objeto de modificaciones, adiciones y supresiones.

*B) Incoherencias legislativas. Derogación tácita de las normas del Reglamento Hipotecario*

El principal problema normativo se concreta en la falta de adecuación de alguna de estas normas que crea disfuncionalidades e incoherencias respecto a la globalidad del sistema jurídico, en especial en el tema relativo a las subastas notariales, circunstancia de trascendental importancia por resultar el objeto último de la venta extrajudicial.

Tanto la LEC, como la LH, como la LN, se acomodan al nuevo régimen jurídico de las subastas electrónicas, como resulta patente de las siguientes disposiciones:

- Ley Hipotecaria, artículo 129. d): *«La venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas».*
- Ley del Notariado, artículo 73: *«La subasta será electrónica y se llevará a cabo en el Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado».*
- Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 648: *«La subasta electrónica se realizará con sujeción a las siguientes reglas...»*

Sin embargo, esta actualización no se ha efectuado respecto del Reglamento Hipotecario, manteniendo el mismo las normas propias de las subastas presenciales en sus artículos 236 f), g) y h), entrando en contradicción con el resto de textos normativos vigentes. Es por ello que defendemos la derogación tácita de estos preceptos del Reglamento Hipotecario y, por ende, su inaplicación a las ventas extrajudiciales de bienes inmuebles hipotecados, esperando que el legislador tome nota de esta incoherencia y ponga solución a la misma, como defiende la DGR y N en su resolución de 24 de febrero de 2014, al afirmar que «respecto de aquellos extremos del procedimiento de venta extrajudicial cuya determinación se remite al Reglamento Hipotecario —art. 129.2.e) de la Ley Hipotecaria—, debe entenderse que la regulación reglamentaria actualmente vigente, mientras no sea objeto de la correspondiente modificación, deberá ser aplicada en tanto en cuanto no sea contrario a la Ley 1/2013 o a la Ley de Enjuiciamiento Civil, e interpretada de conformidad con los principios del procedimiento regulado por las mismas, teniendo en cuenta además la aplicación supletoria de la Ley ritaria en lo no previsto específicamente (...) En tal sentido, según la jurisprudencia, las

normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades, ni las posibilidades de actuación contenidas en la misma Ley (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967 y 6 de julio de 1972)<sup>4</sup>».

No obstante, es preciso señalar que no consideramos derogados todos los preceptos que destina el Reglamento Hipotecario a la regulación de la venta extrajudicial, sino únicamente aquellos que se encuentran en contradicción con el sistema de subasta electrónica regulado en la LEC.

### C) *Aplicación supletoria de la LEC*

Otra de las manifestaciones de la descoordinación legislativa se plasma en la remisión que la Ley Hipotecaria efectúa al Reglamento en su artículo 129 e), al manifestar que: «*En el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación*». Siguiendo la línea de argumentación mantenida con anterioridad, consideramos que esta remisión debe resultar parcialmente sin efecto, pues parte de ella hace referencia a aspectos que no se encuentran en consonancia con el resto del ordenamiento jurídico.

Ante este vacío legal debe determinarse qué texto normativo debe efectuar las funciones de norma supletoria a efectos de determinar la tramitación y características de la venta extrajudicial, pudiendo existir dos posibilidades, bien la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien la Ley del Notariado. De entre ambas posibilidades, consideramos más acertada defender la aplicación supletoria de la Ley procesal por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque la ley específica en esta materia, esto es, la Ley hipotecaria, ya declara en su artículo 129 h) que la Ley de Enjuiciamiento Civil tendrá carácter supletorio en todo aquello que no se regule en la Ley y en el Reglamento Hipotecario. Debemos entender que la aplicación supletoria no solo será respecto de aquello que no se regule, sino también de aquellas cuestiones que se encuentren en contradicción con la globalidad del ordenamiento jurídico vigente.

En segundo lugar, porque la Ley Hipotecaria es un texto normativo especial de aplicación a una concreta materia como es la hipotecaria, mientras que la Ley

---

<sup>4</sup> RDGR y N de 24 de febrero de 2014, BOE núm. 80, miércoles 2 de abril de 2014, Sección III, pág. 28218.

del Notariado, en cuanto a la tramitación de la venta extrajudicial, se erige como una ley generalista, en el sentido de regular las subastas notariales en general, sin diferenciar su naturaleza, por lo que la regulación especial debería prevalecer frente a la general.

En tercer lugar, por el propio contenido de la Ley del Notariado, en base a dos motivos:

i. Porque su artículo 72.1 sostiene que *«las subastas que se hicieren ante Notario en cumplimiento de una disposición legal se regirán por las normas que respectivamente las establezcan y, en su defecto, por las del presente Capítulo»*. En este caso, la disposición legal es el artículo 129 LH, que, de forma clara, determina en su propio articulado la aplicación supletoria de la LEC.

ii. También la Ley del Notariado, en su precepto 72.1, después de proclamar la aplicación de la reglamentación específica, en caso de existir la misma, sostiene que se aplicarán con carácter supletorio las normas que para las subastas electrónicas se establecen en la legislación procesal siempre que fueren compatibles.

En cuarto lugar, por la doctrina emitida por la DGRyN, que como ya hemos adelantado manifiesta que el Reglamento Hipotecario se aplicará siempre y cuando no resulte contrario a las estipulaciones contenidas en la LEC<sup>5</sup>.

A pesar de ello, las normas de la Ley del Notariado que no se encuentren en contradicción con la naturaleza específica de la subasta a realizar, es decir, la hipotecaria, también son objeto de aplicación.

## 2. Ámbito de aplicación

Una de las notas de mayor importancia, en cuanto al objeto de la venta extrajudicial, se concreta en la reducción de su ámbito de aplicación, limitación que se produce tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Con anterioridad, la redacción de la norma 129 LH permitía acudir a la venta extrajudicial *«para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada»*, fórmula abierta que no acotaba qué tipo de obligación constituía la prestación que debía asumir el deudor. Con la vigente literalidad del artículo 129.1 b) LH, se produce una limitación respecto de las posibles obligaciones garantizadas,

---

<sup>5</sup> RDGRyN de 24 de febrero de 2014, BOE núm. 80, miércoles 2 de abril de 2014, Sección III, pág. 28218.

facultándose a acudir a la venta extrajudicial *«solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada»*, quedando, en consecuencia, eliminadas de la venta extrajudicial las hipotecas que garantizan obligaciones de hacer o de no hacer.

Esta limitación del ámbito de aplicación se agrava con la redacción del precepto 129.2 c) LH, al manifestar éste que *«la venta extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada»*. La aplicación taxativa de esta norma implicaría que la venta extrajudicial sólo sería apta para los casos de préstamo, pero no para las hipótesis de hipoteca de máximo o de cuenta corriente, pues de permitirse se incumplirían las directrices establecidas en el artículo 129 LH. Es por ello que tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013 se produce una limitación de los supuestos que permiten acudir a la venta extrajudicial del bien hipotecado.

Para el caso del incumplimiento del pago de las cuotas mensuales, constituyendo ésta una de las obligaciones principales del deudor, podemos preguntarnos si puede acudirse a la venta extrajudicial ante el incumplimiento del impago de una sola cuota, o, si por el contrario, debe cumplirse la exigencia del impago de tres cuotas o de un importe equivalente a las tres cuotas mencionadas en el artículo 693 LEC para los procesos de ejecución judicial. La respuesta debe ser contundente en el sentido de exigir también para acudir a la venta extrajudicial el impago de tres cuotas, por tres motivos.

En primer lugar, porque se declara la aplicación supletoria de la LEC, por el artículo 129.2 h) LH, para aquellos casos en que exista laguna legal en la regulación de la venta extrajudicial en las leyes sustantivas, constituyendo este punto un claro ejemplo de omisión legislativa, por no regularse ni en la Ley ni en el Reglamento Hipotecario norma alguna en cuanto a la exigencia de un número de cuotas impagadas para acudir a la venta extrajudicial.

En segundo lugar, por el propio contenido de la STJUE de 14 de marzo de 2013, que considera desproporcional el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario ante el impago de una sola cuota, reflexión que supuso la modificación de la Ley procesal y que consideramos de aplicación uniforme a las diferentes modalidades, tanto judicial como extrajudicial de realización del bien hipotecado, pues tan desproporcional sería el vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota para el ámbito judicial como respecto del extrajudicial.

En tercer lugar, para evitar argumentos que defiendan una mayor situación de desigualdad del deudor frente al acreedor en la venta extrajudicial frente al proceso de ejecución hipotecaria, que podría sostener que se produce una eliminación o disminución de las garantías del deudor y en el planteamiento de las dudas en relación a la constitucionalidad de la venta extrajudicial.

### 3. Requisitos de utilización

La utilización de la venta extrajudicial no se encuentra exenta de la exigencia del cumplimiento de unos determinados presupuestos, estableciéndose, inicialmente, en el artículo 129.2 LH y en el precepto 234 RH, como requisito de admisibilidad que *«en la escritura de constitución de la hipoteca se haya estipulado la sujeción de los otorgantes a este procedimiento»*.

#### A) Requisitos de forma

El apartado segundo del artículo 234.2 RH y el precepto 129.2 LH b) regulan unos presupuestos específicos respecto a cómo debe ser la consignación y fijación de esta cláusula en el contenido de la escritura pública de constitución de la hipoteca, manifestando que *«la estipulación en virtud de la cual los otorgantes hayan pactado la sujeción al procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura»*.

De la literalidad de esta norma observamos que es parca en cuanto a su reglamentación, limitándose a exigir su individualización respecto del resto de estipulaciones. Con esta individualización se pretenden lograr dos objetivos. En primer lugar, dotar de mayor trascendencia y relevancia a la cláusula; y en segundo lugar, y causa de la anterior premisa, conceder una mayor información al firmante de la escritura respecto de la existencia de esta estipulación y, por ende, favorecer la adquisición del conocimiento de las consecuencias que conllevan su aceptación, pues, como sostiene la STS de 9 de mayo de 2013, *«la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato»*<sup>6</sup>.

Esta filosofía es acorde con las exigencias del Tribunal Supremo, a efectos de no declarar abusiva una determinada cláusula. Así, en la STS de 9 de mayo de 2013<sup>7</sup> se ha reiterado que la falta de información que dificulte al deudor la

<sup>6</sup> STS de 9 de mayo de 2013, núm. de Resolución: 241/2013, núm. de Recurso: 485/2012, núm. de Resolución: 241/2013.

<sup>7</sup> STS de 9 de mayo de 2013, núm. de Resolución: 241/2013, núm. de Recurso: 485/2012, núm. de Resolución: 241/2013.

comprensión de las obligaciones y cargas que asume ante la aceptación de determinadas cláusulas constituye un rasgo definidor del carácter abusivo de una determinada estipulación.

A mayor abundamiento, la individualización de la estipulación de la venta extrajudicial constituye un intento de cumplir con los requisitos formales exigidos por el artículo 80.1 TRLCU, el cual, como presupuesto de transparencia, demanda que las cláusulas no negociadas individualmente se deban caracterizar por los siguientes extremos:

- a. Concreción, claridad y sencillez.
- b. Accesibilidad y legibilidad.

#### *B) Requisitos de contenido*

Conjuntamente con la claridad documental de la estipulación, tanto la Ley Hipotecaria, en su artículo 129.2, como el Reglamento Hipotecario, en su norma 234.1, enuncian el contenido mínimo que debe aparecer consignado en la cláusula.

#### *A) VALOR MÍNIMO DE TASACIÓN*

Sobre este punto, el nivel de concreción de los textos sustantivos es dispar, pues si bien el Reglamento Hipotecario —artículo 234.1.1— no determina el mínimo porcentaje de valoración, limitándose a afirmar que el valor de tasación de la finca no podrá ser distinto del que, en su caso, se haya fijado para el procedimiento judicial sumario, en contrapartida, la Ley Hipotecaria sí precisa, en su artículo 129.2 a), que además del hecho de que el valor debe ser el mismo que el determinado para el procedimiento judicial, éste en ningún caso resultará inferior al 75 % del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario<sup>8</sup>.

La concreción de este porcentaje es consecuencia de la adición que se produce en los artículos 682 LEC y 129 LH, por la vigencia de la Ley 1/2013, concretándose, en consecuencia, en esta norma, un primer requisito para la futura realización del bien hipotecado, pues como sostiene la RDGRyN de 17 de julio de 2015, de fijarse un tipo de subasta inferior, el mismo sería insuficiente. «Esta

---

<sup>8</sup> AAP Granada, Sección 4.ª, de 15 de julio de 2016, núm. de Resolución: 141/2016, núm. de Recurso: 221/2016.

normativa es aplicable con independencia de los sujetos y de la naturaleza del bien hipotecado»<sup>9</sup>. Con la exigencia de este requisito se pretende aumentar la protección del deudor y evitar una práctica viciada, que se concretaba en la celebración de subastas en que el valor fijado no correspondía al real del valor hipotecado, en algunas ocasiones derivado de tasaciones bajas<sup>10</sup> —RDGRyN de 22 de abril de 2015.

En consecuencia, en «los procedimientos de ejecución directa y de venta extrajudicial (...) no hay previsión legal alguna de valoración o avalúo pericial de la finca para subasta como requisito dentro del proceso, ni siquiera a efectos de su iniciación, porque el legislador parte de la valoración de la escritura de constitución, a diferencia del procedimiento de ejecución ordinaria, en que existe un trámite dentro del mismo proceso para el avalúo de los bienes, lo que es incompatible con la mayor simplicidad y la base registral del procedimiento de ejecución directa y del extrajudicial, que constituyen el fundamento de su regulación y de las diferencias de estos procedimientos con el de ejecución ordinaria»<sup>11</sup>.

#### B) CONSIGNACIÓN DEL DOMICILIO DEL DEUDOR

La norma 234.1.2 RH exige que se contenga en la escritura de constitución de la hipoteca la consignación de un domicilio del hipotecante a efectos de notificaciones y requerimientos. En este punto, la regulación contenida en el RH resulta ser más correcta que la establecida en la LEC, pues el Reglamento exige la indicación del domicilio del hipotecante conforme al ejercicio de la acción real que se tramitará en la venta extrajudicial, a diferencia de la Ley procesal, que demanda la concreción del domicilio del deudor y mantiene silencio absoluto respecto del hipotecante, como recalca la DGRyN en su resolución de 20 de junio de 2016, al sostener que «de la dicción literal del artículo se infiere que el domicilio para la práctica del requerimiento en la venta extrajudicial debe referirse al del hipotecante y no al del prestatario, como para el procedimiento judicial de ejecución directa establece el artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y, en su momento, el artículo 131.1 de la Ley Hipotecaria), que exige que «en la misma escritura de constitución conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones»»<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> RDGRyN de 17 de julio de 2015, *BOE* núm. 229, jueves 24 de septiembre de 2015, Sección III, pág. 85892.

<sup>10</sup> RDGRyN de 22 de abril de 2015, *BOE*, núm. 130, lunes 1 de junio de 2015, Sección III, pág. 46692.

<sup>11</sup> RDGRyN de 29 de octubre de 2013, *BOE* núm. 280, viernes 22 de noviembre de 2013 Sección III, pág. 93162.

<sup>12</sup> RDGRyN de 20 de junio de 2016, *BOE* núm. 175, jueves 21 de julio de 2016, Sección III, pág. 51344.

Ante esta situación, la misma resolución se pregunta «si es suficiente que en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se designe únicamente un domicilio para notificaciones y requerimientos para la parte hipotecante o si, por el contrario, es necesario que se fije también un domicilio para los deudores no hipotecantes». La pregunta adquiere especial trascendencia por dos motivos. En primer lugar, para asegurar la defensa del deudor, y en segundo lugar por la coherencia interna del propio Reglamento, pues su artículo 236 c) establece, ante la subsistencia de la hipoteca, consultado el registrador, que el notario practique requerimiento de pago al deudor, situación contradictoria si no se le ha exigido la consignación de un domicilio. Esta contradicción ha sido resuelta por RDGRyN de 20 de junio 2016, al defender que «a juicio de este Centro Directivo, sin perjuicio de la posibilidad de señalar distintos domicilios para cada deudor-hipotecante (Resolución de 7 de febrero de 2001), (...) lo que la norma quiere decir es que se debe fijar un domicilio específico a efectos de los requerimientos que deriven de la ejecución, domicilio que, por tanto, deberá ir referido respecto de todas las personas intervinientes que deban ser requeridas de pago en el procedimiento (deudor e hipotecante no deudor) porque ese requerimiento, practicado en el domicilio fijado en la escritura de constitución de hipoteca, es un trámite esencial para la validez del mismo»<sup>13</sup>.

La misma solución se adopta en la LEC por la resolución de la DGRyN de 7 de febrero de 2001, pero para el hipotecante no deudor, al establecer que «cuando concurre un hipotecante no deudor junto con el deudor, cabe hacer constar en la escritura de constitución de la hipoteca un domicilio distinto para cada uno, a efectos de evitar situaciones de indefensión de aquel al que no se le pueda practicar con todas las garantías los oportunos requerimientos o notificaciones»<sup>14</sup>.

A pesar del acierto del Reglamento Hipotecario en este punto indicado, no toda su redacción resulta correcta, pues si bien esta norma permite la modificación del domicilio inicialmente consignado en la escritura pública por el hipotecante, para efectuar la modificación se nos remite al procedimiento establecido en el artículo 130 LH, sin que en esta norma exista regla alguna relativa a la modificación del domicilio. A nuestro entender, hubiese sido más acertado efectuar una remisión al artículo 683 LEC, que previene la posibilidad de modificar el domicilio por parte del deudor y del hipotecante no deudor o modificar la literalidad de la norma 130 LH.

De una aplicación analógica de las normas del artículo 683 LEC, al ser los bienes hipotecados inmuebles, debería permitirse cambiar el domicilio sin nece-

<sup>13</sup> RDGRyN de 20 de junio de 2016, *BOE* núm. 175, jueves 21 de julio de 2016, Sección III, pág. 51344.

<sup>14</sup> RDGRyN de 7 de febrero de 2001, *BOE* núm. 71, de 23 de marzo de 2001, Sección III, pág. 11123.

sidad de consentimiento del acreedor, siempre que el cambio tenga lugar dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquier otra que esté enclavada en el término en que radiquen las fincas y que sirva para determinar la competencia del Juzgado. Cuando la modificación sea para cualquier otro lugar distinto de los señalados anteriormente, sí devendría necesaria la conformidad del acreedor.

En las hipótesis de innecesariedad de consentimiento del acreedor surgía el interrogante de si al menos debía efectuarse a éste la notificación de su modificación. La cuestión planteada resulta solucionada con la nueva redacción que la Ley 19/2015, de 13 de julio, concede al artículo 683 LEC. Mediante este texto normativo se introduce un párrafo al apartado primero del precepto mencionado de la Ley procesal, en el que, de manera expresa, se exige que, en todo caso, será necesario acreditar la notificación fehaciente al acreedor, es decir, se deberá comunicar la modificación, extremo que también devendrá de cumplimiento en la venta extrajudicial.

Los cambios de domicilio deberán inscribirse en el Registro correspondiente, mediante nota al margen de la inscripción de la hipoteca, bien mediante instancia con firma legitimada o ratificada ante el registrador, bien mediante instancia presentada telemáticamente en el Registro, garantizada con certificado reconocido de firma electrónica, o bien mediante acta notarial<sup>15</sup>.

### C) CALIFICACIÓN DE CARÁCTER HABITUAL DE LA VIVIENDA

El artículo 129.2 b) LH establece como presupuesto necesario para la incoación de la venta extrajudicial que en la escritura de constitución de hipoteca se califique a la vivienda de habitual o no. Esta exigencia es reiterativa en relación al conjunto del articulado de la Ley Hipotecaria, pues ésta, de modo general, en su norma 21.3 ya establece como condición de corrección de la escritura de constitución de la hipoteca sobre vivienda el señalamiento del carácter que se le pretenda atribuir a la misma. Es por ello que el precepto hipotecario es una reproducción literal de esta última norma.

De forma común, ambos preceptos prevén «*la presunción del carácter de vivienda habitual, salvo prueba en contrario*», para el momento de la realización del bien «*si así se hiciera constar en la escritura de constitución*». La única diferencia se concreta en el hecho de que el artículo 21.3 LH realiza esta previsión para los supuestos de ejecución judicial, mientras que la norma 129.2 b) del mismo cuerpo legal la establece para las hipótesis de venta extrajudicial. El hecho de

<sup>15</sup> AAP Barcelona, Sección 11, de 13 de noviembre de 2015, núm. de Resolución: 429/2015, núm. de Recurso: 256/2015.

que se establezca como presunción *iuris tantum* que la vivienda es habitual conlleva que la destrucción de ésta deberá corresponder al acreedor.

La importancia de la calificación de la vivienda como habitual o no se plasma en las diferentes normas que se le aplican en cuanto a la venta del bien, adquiriendo la vivienda habitual una reglamentación caracterizada por una mayor protección del deudor con medidas paliativas o, cuanto menos, no tan gravosas respecto de su situación económica y la mayor protección ante una posible pérdida del bien. Esta discriminación positiva no es otra cosa que la consagración del derecho de los ciudadanos a una vivienda digna, reconocido en el artículo 47 CE, derecho del que deriva la obligación de los poderes públicos de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de este fin.

En relación al señalamiento del carácter de vivienda habitual surge el interrogante de qué sucedería en aquellos casos en que inicialmente en la escritura pública se consignó que la vivienda no era habitual, pero al cabo de un tiempo la misma pasa a adquirir esta condición. Pensemos, por ejemplo, un matrimonio que compra una segunda residencia, se separan y la segunda residencia se convierte en vivienda habitual de uno de los ex cónyuges que después incumple las obligaciones pecuniarias. La diferencia no resulta baladí, pues la normativa aplicable al deudor es claramente diferenciada, siendo más garantista para los supuestos de casos de vivienda habitual.

A nuestro entender, no se debería ser taxativo, condicionando la tramitación de la venta extrajudicial a la normativa relativa a la vivienda no habitual, recayendo, eso sí, la carga de demostrar que esa vivienda se ha convertido en habitual al deudor, situación que no tendría que presentar excesivos problemas con la presentación del certificado de empadronamiento o a través de los suministros de servicios como agua, luz y gas. Ésta consideramos que es la postura más acorde tanto con la filosofía de los nuevos textos hipotecarios, que tienen como elemento común aliviar la situación del deudor, aumentando su protección, como con la CE, que consagra el derecho fundamental a una vivienda digna.

#### D) CONCRECIÓN DE LA PERSONA QUE DEBE OTORGAR LA ESCRITURA

El artículo 234.1.3 RH exige determinar en la escritura de constitución de la hipoteca la persona «*que en su día haya de otorgar la escritura de venta de la finca en representación del hipotecante*». Esta exigencia no debería representar problema alguno de efectuarse de común acuerdo entre las partes contratantes, pero este supuesto «común acuerdo» resulta, en algunas ocasiones, en la práctica bancaria viciado, como consecuencia de la frase final de la norma, que sostiene que «*a tal efecto, podrá designarse al propio acreedor*». Y eso es lo que realmente, en muchas ocasiones, sucede, pues las entidades financieras lo aplican al pie de la

letra, y apoderan, mediante una cláusula más del contrato, a un representante legal de la entidad para actuar como otorgante y representante del hipotecante, cuestión que, a nuestro entender, genera dudas en torno a su abusividad, pues coloca al deudor en una situación de desigualdad<sup>16</sup>.

### C) *Requisitos económicos*

#### A) CANTIDAD LÍQUIDA

Sobre este punto, tanto la Ley como el Reglamento Hipotecario son básicamente concordantes entre ellos. La Ley Hipotecaria, en su norma 129.2 c), y el Reglamento en su precepto 235.1 ponen limitaciones a una incoación absoluta de la venta extrajudicial.

En primer lugar, se circunscribe el ámbito de aplicación de la venta extrajudicial del bien hipotecado. La redacción original del artículo 129 LH, de una forma genérica, permitía incoar la venta extrajudicial para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada sin especificar nada más. La redacción vigente de este precepto, tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, concreta que la venta extrajudicial sólo resultará apta para las hipótesis de hipotecas constituidas en garantía de obligaciones económicas.

En segundo lugar, una vez determinada la naturaleza económica de las obligaciones, se establece un segundo requisito que constituirá condición *sine qua non* para la realización de la venta extrajudicial, el cual se concreta en la necesidad de que la cuantía que garantiza la vivienda resulte inicialmente determinada.

El precepto exige la concreción no solo del principal, sino también de los intereses, tanto de los ordinarios como los de demora, que deberán ser liquidados conforme a lo pactado por las partes. En todo caso, manteniendo la coherencia interna de la totalidad del articulado de la LH, se establece que los posibles intereses de demora se encontraran sujetos a las limitaciones establecidas en el artículo 114 LH, esto es, que la cuantía pactada no exceda de tres veces el interés legal del dinero y sólo aplicable al principal pendiente de pago, para los supuestos de que el préstamo hipotecario tenga la finalidad de la adquisición de una vivienda habitual, constituyendo la misma la garantía del préstamo hipotecario. La exigencia del cumplimiento de los límites establecidos en la norma 114 LH es coherente con el necesario señalamiento en la escritura de constitución de hipoteca de

---

<sup>16</sup> SAP Valencia, Sección 9.ª, de 5 de julio de 2016, núm. de Resolución: 781/2016, núm. de Recurso: 686/2016.

si la vivienda tiene carácter de habitual o no<sup>17</sup>. De serlo, se le aplicará la limitación establecida en el artículo 114 LH y, en caso contrario, el interés podrá ser superior.

No obstante, la exigencia de que la cantidad impagada sea determinada inicialmente no es absoluta, permitiendo la Ley Hipotecaria una cierta flexibilización, de modo similar a lo que acontece en el proceso judicial, aceptándose como líquidas aquellas cantidades derivadas de operaciones aritméticas sencillas y previamente pactadas por las partes contratantes, hipótesis que el texto normativo prevé que pueda acontecer en dos supuestos. En primer lugar, cuando a pesar de constar el préstamo hipotecario en una cantidad determinada, la devolución del mismo se pacte en amortizaciones progresivas, circunstancia que exigirá ante su impago el cálculo de las cantidades adeudadas, y en segundo lugar, para aquellos supuestos en que se hubiese pactado la aceptación de intereses variables. En ambos casos resultará necesario proceder a una previa labor de liquidación que, sin excusa alguna, para ser válida deberá efectuarse conforme a las estipulaciones pactadas entre las partes en la escritura de constitución de la hipoteca y plasmadas en documento fehaciente.

En base a las anteriores manifestaciones consideramos prudente una modificación del artículo 129.2 c) LH, el cual sostiene que la cuantía aparezca inicialmente determinada; esta exigida determinación no debe entenderse al momento de formalización de la escritura de constitución de la hipoteca, sino a un momento posterior, esto es, en el instante de incoación de la venta extrajudicial, y es por ello que adquiere sentido la necesidad de presentar documento fehaciente que acredite la liquidación de la deuda, esto es, la concreción de la suma debida.

Esta regla general, en cuanto a la ponderación de los interés moratorios, presenta una excepción para todos aquellos supuestos en que el deudor se encuentre en una especial situación de vulnerabilidad económica, englobándose, en consecuencia, en alguno de las hipótesis reguladas en el Real Decreto 6/2012. En estos casos, el interés moratorio se restringe en mayor medida, pues en función del artículo 4 de este texto normativo, *«en todos los contratos de crédito o préstamo garantizados con hipoteca inmobiliaria en los que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión, el interés moratorio aplicable desde el momento en que el deudor acredite ante la entidad que se encuentra en dicha circunstancia será, como máximo, el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2,5 por 100 sobre el capital pendiente del préstamo»*.

En cuanto a la determinación de la cantidad adeudada se determinará de forma unilateral por parte de la entidad financiera, sin que pueda calificarse de abu-

---

<sup>17</sup> DGRyN de 18 de noviembre de 2013, BOE núm. 303, jueves 19 de diciembre de 2013, Sección III, pág. 101819.

siva, siempre y cuando se hayan respetado los pactos establecidos por las partes y el porcentaje de intereses se encuentre entre los parámetros permitidos legalmente y anteriormente descritos<sup>18</sup>.

B) ENTREGA DE DOCUMENTO FEHACIENTE

Para ambos casos, esto es, para las hipótesis de préstamos reembolsables y para los supuestos de pacto de interés variable, la LH exige que el documento en que se acredite la conformidad de la liquidación con los pactos establecidos por las partes debe constar en documento fehaciente, por lo que la presentación de este documento con el requerimiento inicial se convierte en un presupuesto de admisibilidad del mismo.

La presentación de este documento fehaciente no deja de ser más que una transcripción análoga a las previsiones contenidas en los artículos 573 —saldo de cuenta— y 574 —interés variable— de la Ley procesal.

En todo caso, este documento fehaciente resultará elaborado por el propio notario, conforme al artículo 218 del Reglamento del Notariado, que encomienda a este profesional la elaboración del documento que exprese la liquidación de la cantidad adeudada, siempre que este documento sea necesario adjuntarse por previsión legal, siendo la intervención de este profesional la que le concede el carácter de fehaciencia. «Todas estas previsiones legales parten de una premisa: que el acreedor no cuenta con el consentimiento del deudor a la cantidad exigible y que por ello debe proveérsele, en los casos y supuestos legales, de la posibilidad de integrar su título sin necesidad de acudir al procedimiento ordinario. Si acreedor y deudor han convenido en el importe de la cantidad exigible no hay cuestión, no hay necesidad de acudir a un procedimiento especial para integrar el título, pues será el convenio de determinación de la deuda exigible, junto con el título en el que se pactó la garantía, los que integren el título ejecutivo»<sup>19</sup>.

C) LÍMITES ECONÓMICOS ESPECIALES. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL DEUDOR REGULADAS EN EL RD 6/2012

Uno de los interrogantes que se pueden plantear en la venta extrajudicial se concreta en la duda de si durante su tramitación pueden ser invocadas las medidas de protección del deudor-consumidor reguladas en el RD 6/2012 y modificadas por el anexo introducido por el artículo 8 de la Ley 1/2013.

<sup>18</sup> AAP Girona, Sección 1.ª, de 27 de septiembre de 2016, núm. de Resolución: 228/2016, núm. de Recurso: 212/2016.

<sup>19</sup> RDGRyN de 23 de enero de 2012, BOE, núm. 43, lunes de 20 de febrero de 2012, Sección III, pág. 14821.

Con carácter previo, es preciso matizar que tales medidas no resultan de aplicación a cualquier realización del bien hipotecado, sino que su efectividad se limita a aquellas subastas en las que el bien inmueble ostenta el carácter de vivienda habitual. Los interrogantes surgen debido a la terminología utilizada por el Real Decreto, al permitir solicitar estas medidas, según dicción literal, en un procedimiento ejecutivo. En base a la literalidad de este texto normativo pueden defenderse dos posturas.

En primer lugar, la tesis que defiende la inconstitucionalidad de la venta extrajudicial debería argumentar la imposible aplicación de estas medidas en la realización notarial, pues al prever el RD la aplicación de estas medidas a los procesos ejecutivos, si se defiende la imposibilidad de considerar la venta extrajudicial como un proceso ejecutivo, es evidente que el RD no puede aceptar la inclusión, dentro de la rúbrica proceso de ejecución, a la venta que se efectúe ante notario, siendo supuestos de hecho diferentes.

En contrapartida, la segunda postura, partiendo de la defensa de la constitucionalidad de la venta extrajudicial como medio apto para la realización del bien, permite realizar una interpretación flexible de la redacción del Real Decreto y aceptar la aplicación de las medidas de protección del deudor reguladas en el anexo de este texto legislativo en la venta efectuada ante notario, pudiéndose defender este posicionamiento en base a dos extremos.

En primer lugar, eran diferentes los textos normativos que se referían a la realización extrajudicial como proceso de ejecución extrajudicial y que, posteriormente, han modificado su denominación, designándola venta extrajudicial, a efectos de huir de la discusión existente en cuanto a la constitucionalidad o no de la realización del bien ante notario, resultando la reglamentación existente bajo una u otra rubrica idéntica, como acontece por ejemplo en el artículo 129 LH. Aceptando este argumento, bajo la rúbrica de procedimiento ejecutivo utilizada por el RD 6/2012, podrían englobarse los supuestos de realización notarial, en espera de una futura modificación terminológica añadiendo venta extrajudicial. Constituye ésta una tesis inclusiva, en el sentido de reconocer que las medidas reguladas en el Real Decreto 6/2012 también resultan de aplicación a las diferentes medidas de realización del bien, indistintamente de su carácter judicial o extrajudicial.

En segundo lugar, para evitar un perjuicio del deudor, extremo que acontecería de no aplicarse las medidas protectoras del deudor reguladas en el RD 6/2012, y que resultaría contrario al espíritu de este texto normativo, que no es otro que aumentar la protección de determinados colectivos de deudores. Excluir la aplicación de estas medidas supondría poner en una situación de inferioridad al deudor al que se le subasta el bien ante notario, en comparación al que se encuentra demandado en un proceso de ejecución hipotecaria<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> SAP Málaga, Sección 4.ª, de 11 de abril de 2016, núm. de Resolución: 208/2016, núm. de Recurso: 794/2014.

Asimismo, de decretar la inaplicación de estas medidas protectoras del deudor en la venta extrajudicial, ésta podría ser utilizada por el acreedor de forma fraudulenta, al ser conocedor de la imposibilidad del deudor de poder solicitar medidas que paralizarían la realización del bien.

En consecuencia, defendemos la aplicación de las medidas reguladas en el Real Decreto 6/2012, de forma homogénea, tanto para el procedimiento de ejecución hipotecaria como para las ventas extrajudiciales. Medidas que se clasifican en tres grupos con un plazo temporal de aplicabilidad diferenciado:

i. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias. El momento preclusivo para su solicitud se produce con el anuncio de la subasta en los procesos de ejecución —como hemos dicho defendemos la inclusión de la venta extrajudicial en esta terminología.

ii. Medidas complementarias, concretadas en un quita respecto del capital pendiente, medida que podrá ser solicitada en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta, pero con anterioridad a la adjudicación.

iii. Medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria: dación en pago de la vivienda habitual. Esta medida no será aplicable en los procedimientos de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Asimismo, es preciso indicar que estas medidas no solo son aplicables a la persona del deudor, sino que, según la literalidad del artículo 8 del RD 6/2012, *«las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario»*. En este ámbito, el avalista no es personal, sino que el texto normativo se refiere al hipotecante no deudor, al ser un avalista que responde de la deuda con su vivienda.

#### **4. Tramitación de la venta extrajudicial**

Las normas de tramitación de la venta extrajudicial se establecen tanto en la Ley Hipotecaria como en el Reglamento Hipotecario —solo respecto de los artículos no derogados tácitamente por la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico—, declarándose la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A) *Legitimación*

A) LEGITIMACIÓN ACTIVA

La incoación de la venta extrajudicial del bien hipotecado se efectuará a instancia de parte, respetándose los principios generales de actuación del notario, consagrados en el artículo 3 del Reglamento del Notariado, en el que tras considerar a este profesional como órgano de jurisdicción voluntaria, se prohíbe su intervención de no existir previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados o expedientes derivados del Juzgado.

Sin embargo, a diferencia del artículo 87 LHMYPDS, que para la venta extrajudicial de bien mobiliario concede, de modo expreso, la facultad al acreedor de acudir al notario, no existe norma alguna que determine la legitimación cuando el bien a enajenar sea de carácter inmobiliario.

A pesar de la omisión normativa, es obvio que la legitimación le corresponde al acreedor, pues como sostiene la DGRyN, en su resolución de 25 de febrero de 2014, «es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del *ius vendendi* al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial, sino que integra el contenido esencial de su derecho»<sup>21</sup>.

Asimismo, de forma indirecta así lo manifiesta la LH, en su artículo 129.f), el cual, tras la comprobación de la inexistencia de cláusula abusiva y, por ende, ante la posibilidad de solicitar el alzamiento de la suspensión de la venta extrajudicial, manifiesta que esta reanudación se efectuará a requerimiento del acreedor, por lo que implícitamente se reconoce que es al acreedor a quien le corresponde la legitimación activa.

Misma conclusión defiende la DGRyN, la cual, al sostener el carácter constitutivo de la hipoteca, establece que sólo se inicia el proceso y, en consecuencia, solo se puede pedir la certificación de dominio y cargas por la persona que resulte titular inscrito, y de no figurar o no coincidir debería acreditarse la sucesión<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> RDGRyN, de 25 de febrero de 2014, *BOE* núm. 80, miércoles 2 de abril de 2014, Sección III, pág. 28224.

<sup>22</sup> RDGRyN de 21 de marzo de 2013, *BOE* núm. 92, miércoles 17 de abril de 2013, Sección III, pág. 29191.

## B) LEGITIMACIÓN PASIVA

En cuanto a la legitimación pasiva, a nuestro entender, debe adoptarse un criterio restrictivo. En este sentido, igual que sucede en el proceso judicial, el deudor siempre será el sujeto pasivo del requerimiento y, en caso de que la persona del hipotecante no coincida con la del deudor, también al primero se le deberá requerir, pues, en definitiva, el objeto de la venta extrajudicial es la realización del bien de su propiedad.

Sin embargo, no consideramos que deban participar en la venta extrajudicial, en condición de legitimados pasivamente, las personas del fiador o avalista, pues el objeto de la venta extrajudicial es la acción real dirigida contra el bien inmueble y no la acción personal por la que responden éstos.

Cuestión distinta es si al fiador o avalista se le debe notificar, de forma similar a lo prevenido en el artículo 685 LEC, la existencia de la incoación de una venta extrajudicial, respecto de un contrato de préstamo en relación al cual se han comprometido personalmente, pues igual que acontece en una ejecución judicial hipotecaria, de resultar insuficiente la cantidad obtenida de la subasta para cubrir el montante de la deuda contraída, con posterioridad podrá incoarse una ejecución ordinaria por la cantidad restante, en la que sí podrán ser demandados.

Es cierto que ni la legislación hipotecaria ni la notarial no lo establece, pero consideramos prudente proceder a efectuar esta notificación, por dos motivos. En primer lugar, por la aplicación supletoria de la LEC, y en segundo lugar por el especial énfasis que efectúa el artículo 129 LH al resaltar, cuando declara la aplicación supletoria de la LEC, *«que en todo caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2»*, en el que se establece que ante la insuficiencia de crédito para abonar la totalidad de la deuda, *«la ejecución, que no se suspenderá»*, por lo que se previene al acreedor de poder incoar un proceso de ejecución ordinaria en el que sí serán partes los fiadores y avalistas.

## B) Competencia

La competencia para la tramitación de la venta extrajudicial se encuentra regulada en el artículo 236 RH, a través de normas imperativas, al establecerse que corresponderá realizarse la venta extrajudicial del bien ante Notario hábil del lugar donde radique la finca hipotecada<sup>23</sup> y, si hubiese más de uno, ante el que corresponda con arreglo a turno, asegurándose con el reparto del asunto por el

---

<sup>23</sup> STS de 30 de enero de 1999, núm. sentencia: 69/1999, núm. Recurso 2503/1994.

delegado provincial, la imparcialidad del notario, evitando que el acreedor elija el profesional ante el cual tramitar la venta extrajudicial<sup>24</sup>.

A pesar de estas normas imperativas, se establece un cierto margen de libertad a las partes para la fijación del notario competente, en las hipótesis en que la hipoteca recaiga en más de una finca, y éstas se encuentren ubicadas en lugares diferentes. Ante estos supuestos, el Reglamento Hipotecario establece dos posibilidades. En primer lugar, que las partes que formalicen la escritura acuerden en la misma cuál de las fincas determinará la competencia del notario. De ser así, esta decisión debería ser de común acuerdo entre las partes firmantes. De lo contrario, de establecerse unilateralmente por la entidad financiera cuál de las fincas determinará la competencia, constituyendo esta previsión una cláusula general de la escritura no pactada individualmente, podría plantearse si la misma puede ser declarada abusiva o no.

En segundo lugar, ante la ausencia de concreción en la escritura pública, respecto de cuál de las fincas es la determinante de la competencia territorial, el Reglamento Hipotecario sostiene que deberá ser la finca que ostente un mayor valor de tasación, la que concretará el notario competente para conocer de la venta extrajudicial.

Al ser las normas atributivas de competencia de carácter imperativo, con carácter previo a la tramitación de la venta extrajudicial, el notario deberá proceder a examinar de oficio su competencia en el momento que analiza el contenido del requerimiento efectuado por el acreedor y como instancia previa a la admisión del citado requerimiento.

La doctrina jurisprudencial ha admitido la posibilidad de que en el mismo contrato se establezca la posibilidad en una estipulación de acudir a la venta extrajudicial, y en otra el pacto sumisorio de las partes, en caso de acudir a la vía judicial. Así, «la sumisión que contempla respecto a los Juzgados y Tribunales de Tarragona viene referida al supuesto de una ejecución judicial de la hipoteca, perdiendo su valor y eficacia cuando se acude al procedimiento extrajudicial»<sup>25</sup>,

### *C) Incoación*

La venta extrajudicial se inicia con la presentación de un requerimiento por parte del acreedor. Los requisitos formales de este escrito se encuentran regulados en el artículo 236 a) del Reglamento Hipotecario, diferenciando los requisitos de

---

<sup>24</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 10 de mayo de 2013, núm. sentencia: 181/2013, núm. Recurso: 36/2013.

<sup>25</sup> STS de 30 de enero de 1999, núm. sentencia: 69/1999, núm. Recurso: 2503/1994.

contenido de los documentos que deben adjuntarse para la válida admisión del requerimiento por parte del notario.

A) REQUISITOS DE CONTENIDO

Los diferentes textos normativos reguladores de la venta extrajudicial, LH y RH, no establecen reglas concretas en cuanto a la estructura del requerimiento inicial, por lo que podemos calificar a este escrito de antiformalista.

Sin embargo, si el Reglamento Hipotecario determina el contenido mínimo que debe consignarse en el mismo, al requerir que se contengan *«las circunstancias determinantes de la certeza y exigibilidad del crédito y la cantidad exacta objeto de la reclamación en el momento del requerimiento, especificando el importe de cada uno de los conceptos»*.

B) MATERIAL DOCUMENTAL

Los documentos que deben adjuntarse al requerimiento inicial aparecen regulados en el artículo 129.2 c) LH y en la norma 236 a) del Reglamento Hipotecario.

El primero de los documentos a presentar se erige como la causa de la existencia de la hipoteca, esto es, la necesaria presentación de la escritura de constitución de la hipoteca con nota de haberse inscrito. La exigencia de inscripción de la escritura de constitución de la hipoteca se regula en el artículo 130 LH, el cual resultó modificado, primeramente, por la Disposición final novena de la LEC y, posteriormente, por el número 2 del artículo 11 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. Esta norma exige la inscripción de la escritura pública en el Registro correspondiente, para los procedimientos de ejecución directa contra los bienes hipotecados, sin utilizar la nomenclatura venta extrajudicial.

A pesar de ello, si el artículo 236 a 2 a) RH exige presentar escritura inscrita con el requerimiento inicial, debe entenderse englobado dentro del genérico término procedimiento de ejecución directa, utilizado por la norma 130 LH, también a la venta extrajudicial, problemas terminológicos que revivan la duda respecto de la constitucionalidad de la venta extrajudicial al exigirse para su incoación un requisito regulado para los procesos de ejecución directa.

Si entrar en este punto a reiterar las dudas sobre la constitucionalidad de la venta extrajudicial, podemos considerar condición *sine qua non* para la utilización

de esta vía extrajudicial de realización del bien hipotecado ante notario, que la escritura de constitución de hipoteca se encuentre inscrita por mor del artículo 236 a 2 a) RH. En consecuencia, de no estar la escritura inscrita, el notario debería rechazar la admisión del requerimiento inicial. No obstante, este mismo precepto regula el proceder ante la imposibilidad de aportar la escritura pública inscrita. De esta forma, de adjuntarse con el requerimiento inicial una segunda copia notarial de la escritura, en la que no conste la nota de despacho del Registro de la Propiedad acreditativa de su previa inscripción, deberá incorporarse a la copia el certificado del Registro en el que se acredite que la misma sí consta inscrita, justificando de esta manera su inscripción, vigencia y subsistencia.

El segundo de los documentos a adjuntar con el requerimiento inicial no es exigible para todas las modalidades de préstamo hipotecario, sino solamente para los supuestos legalmente previstos, que se concretan en dos.

En primer lugar, la LH, en su norma 129.2 c), exige para aquellos «*contratos de préstamo garantizado que prevea el reembolso progresivo del capital*», que se presente documento «*en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, y el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca*».

En segundo lugar, para los supuestos en que la hipoteca se hubiese pactado un interés variable, los documentos a adjuntar con la solicitud se reglamentan de forma complementaria entre el RH y la LH. El primero de los textos normativos —236. 2. b)— exige la presentación «*del documento o documentos que permitan determinar con exactitud el interés*», mientras que la Ley sustantiva —norma 129.2 c)— exhorta a entregar el «*documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca*».

En ambos casos, tanto en los contratos de préstamo hipotecario con reembolso progresivo de capital como aquellos sujetos a interés variable, concurren dos notas comunes, la fehaciencia del documento y la exigencia de haberse practicado la liquidación conforme a lo establecido y aceptado por las partes contratantes.

#### *D) Análisis del requerimiento por parte del notario*

El artículo 236 b) RH establece la obligación del notario de examinar el requerimiento y los documentos que lo acompañan. De este modo, la corrección de los mismos comportará la admisión del requerimiento inicial y la realización de las posteriores notificaciones; por el contrario, su irregularidad conllevará la inadmisión de la solicitud.

A) COMPROBACIÓN DE LA INEXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

A pesar de la necesaria actividad de control de la regularidad del requerimiento inicial que efectúa el notario, el RH obvia una de las funciones de especial trascendencia de este profesional en esta fase inicial de la venta extrajudicial, circunstancia que soluciona la LH. La ley sustantiva, en su artículo 129 f), prevé la necesidad del control de la abusividad o no de las cláusulas establecidas en la escritura de constitución de la hipoteca por parte del notario<sup>26</sup>, circunstancia que no acontecía con la legislación anterior y que producía indefensión al hipotecante<sup>27</sup>, resultando ser la nueva regulación más garantista con éste. Debido a la especial trascendencia de este análisis, es preciso realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, las cláusulas consideradas abusivas deben referirse bien al fundamento de la venta extrajudicial, bien a la concreción y causa de la cantidad exigible. Esta delimitación de qué cláusulas pueden ser objeto de análisis por el notario conlleva dos extremos:

i. Discernir, por parte del notario, cuáles son las cláusulas que se encuentran en esta categoría, pudiéndose ser, entre otras, las relativas al vencimiento anticipado, la correspondiente a los intereses de demora, la relativa a la cláusula suelo<sup>28</sup>... —SAP Valencia, Sección 11, de 30 de diciembre de 2013—. Para facilitar el cumplimiento de esta actividad, el Consejo General del Notariado crea el denominado Órgano de Control de Cláusulas Abusivas, que tiene como principal misión «impedir que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con consumidores que se recojan en escritura pública (...) y emitir, a petición de los notarios, pero también de empresas y entidades financieras, consultas sobre el posible carácter abusivo de una cláusula». A tal efecto, se crea «un archivo informático con todas las sentencias firmes que declaren abusiva una cláusula»<sup>29</sup>.

ii. Al delimitar el artículo 129 f) LH las cláusulas que pueden ser analizadas en la venta extrajudicial, el efecto contrario se traducirá en que determinadas causas que no son fundamento de la ejecución ni de la cantidad exigible, como podrían ser, por ejemplo, la relativa al cobro por novación, o las relativas a la ampliación de la hipoteca por variación del precio del bien hipotecado, no podrán ser denunciadas por el notario a efectos de convocar a las partes a una audiencia,

<sup>26</sup> SAP Valencia, Sección 11, de 30 de diciembre de 2013, núm. Resolución: 586/2013, número Recurso: 735/2012, núm. Resolución: 586/2013.

<sup>27</sup> SAP Baleares, Sección 5.ª, de 12 de mayo de 2014, núm. Resolución: 143/2014, número Recurso: 138/2014.

<sup>28</sup> SAP Valencia, Sección 11.ª, de 30 de diciembre de 2013, núm. Resolución: 586/2013, número Recurso: 000735/2012.

<sup>29</sup> [http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p\\_p\\_id=NOT013\\_WAR\\_notariadoNoticiasPlugin&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_col\\_id=column-3&p\\_p\\_col\\_count=2&p\\_r\\_p\\_564233524\\_NOTARIO\\_INFORMA\\_DETALLE\\_ID=4148027](http://www.notariado.org/liferay/web/notariado/el-notariado-informa/detalle?p_p_id=NOT013_WAR_notariadoNoticiasPlugin&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-3&p_p_col_count=2&p_r_p_564233524_NOTARIO_INFORMA_DETALLE_ID=4148027).

debiendo adoptar una postura pasiva. Es cierto que tal actitud no es un menoscabo para los intereses del deudor, pues en definitiva la venta extrajudicial no es consecuencia de la existencia de esa concreta cláusula, pero resulta ciertamente ridículo y difícilmente ajustado a derecho que un notario consciente de la abusividad de una concreta cláusula deba mantener silencio respecto de la misma.

En segundo lugar, al notario no se le concede la potestad de suspender directamente la venta extrajudicial ante la posible existencia de una cláusula abusiva; su actuación se concreta en poner esta circunstancia en «*conocimiento del deudor, del acreedor y, en su caso, del avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos*». En este punto somos defensores de la posibilidad de que sea el propio notario quien suspenda la venta extrajudicial si, tras oídas las partes, considera que la cláusula es abusiva, dejando expedita la comprobación vía judicial de tal calificación, sin necesidad de acreditar de haberse incoado un proceso judicial para discutir la abusividad o no de la cláusula. Esta es, asimismo, la postura que defiende el CGPJ al analizar la actuación del notario ante la realización de un bien hipotecado de naturaleza mobiliaria. El CGPJ sostiene que «como alternativa cabe sugerir la de que, apreciado de oficio el posible carácter abusivo de una o más cláusulas del título contractual, y en su caso tras oír a las partes sobre el particular, el notario acuerde el cierre del acta, quedando abierta la vía judicial para que las partes ejerciten las acciones legales que les correspondan»<sup>30</sup>.

Lejos de ser conformistas, se podría dar un paso más, aunque la propuesta no deje indiferente a los operadores jurídicos y no resulte pacífica. El notario, como persona que controla la legalidad en su ámbito de actuación, debería poder calificar a una cláusula de abusiva sin necesidad de acudir al proceso judicial. A nuestro entender, esta postura resultaría más acorde con la jurisprudencia emanada por el TJUE. De lo contrario, se perderían parte de las ventajas de la venta extrajudicial, como es la celeridad en la realización del bien hipotecado y se desnaturalizaría parte de las funciones del notario. Pero, como hemos manifestado, esta tesis implicaría el resurgimiento de la problemática en torno a la constitucionalidad o no de la venta extrajudicial y la naturaleza jurisdiccional o no de algunas de las actividades que efectúa el notario.

En tercer lugar, el notario suspenderá la venta extrajudicial cuando cualquiera de las partes acredite haber planteado ante el juez que sea competente el carácter abusivo de dichas cláusulas contractuales. Esta suspensión tendrá carácter automático<sup>31</sup>. El juez competente será conforme al artículo 684.1.1.ª LEC «*el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique la finca y si ésta radicare en más*

<sup>30</sup> Informe del Consejo General del Poder Judicial respecto de la Ley de la jurisdicción voluntaria, de 27 de febrero de 2014.

[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_al\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Jurisdiccion\\_voluntaria](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_de_Jurisdiccion_voluntaria).

<sup>31</sup> STS de 14 de julio de 2016, núm. de Resolución: 483/2016, núm. de Recurso: 1668/2014.

*de un partido judicial, lo mismo que si fueren varias y radicaren en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del demandante».* En este punto no se concreta qué se debe entender por *acreditar*. A nuestro entender, no resultará suficiente la mera presentación de la demanda, sino que deberá exigirse el testimonio de la resolución que proceda a su admisión, pues de lo contrario podrían originarse actuaciones de mala fe o fraudulentas del deudor, que se concretarían en la presentación de demandas con la finalidad última de proceder a la suspensión de la venta extrajudicial.

En cuarto lugar, la tramitación del análisis de la veracidad o no de la posible abusividad de una concreta cláusula se tramitará conforme a las normas establecidas en el precepto 695.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esto es, *«el Secretario judicial convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal competente, debiendo mediar quince días desde la citación, comparecencia en la que el Tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día».*

En quinto lugar, el notario no podrá, también de forma errónea, eliminar directamente los efectos de una cláusula abusiva, pues la ineficacia de la misma es una cuestión que a día de hoy sólo se encuentra sujeta a declaración judicial. ¿Cómo deberá actuar el notario? Pues tras la resolución judicial pueden adoptarse tres posibles actuaciones en función del contenido de la resolución judicial:

Primera.—Si la cláusula abusiva no constituye el fundamento de la ejecución, seguirá la venta extrajudicial adelante con la inaplicación de esa cláusula concreta.

Segunda.—De resultar la cláusula fundamento de la venta extrajudicial, ésta no se podrá reanudar, pues «determina, el éxito de la pretensión de nulidad de los trámites de venta en subasta extrajudicial ante notario en función de la abusividad de las cláusulas»<sup>32</sup>.

Tercera.—De determinarse la incorrección de la cantidad exigida, una vez concretada la misma en el procedimiento judicial correspondiente, podrá reanudarse la venta extrajudicial por el importe fijado judicialmente.

En sexto lugar, los efectos de la declaración jurisdiccional, en relación a la abusividad de una cláusula, son dispares en función de su calificación. De considerar la cláusula fundamento de la venta extrajudicial, la misma se suspenderá; por el contrario, de considerar el órgano judicial la validez de la cláusula, la venta se podrá reanudar, y decimos se podrá porque su reinicio se encuentra sometido

---

<sup>32</sup> SAP Valencia, Sección 11, de 30 de diciembre de 2013, núm. Resolución: 586/2013, número Recurso: 735/2012.

al principio rogatorio, esto es, a que lo solicite, según el artículo 129. f) LH, la persona del acreedor.

#### A) EL NOTARIO COMO GARANTE CUALIFICADO DEL DEUDOR

En relación al análisis de la posible existencia de cláusulas abusivas resulta de especial importancia la actuación del notario, pues en la venta extrajudicial, a diferencia de la ejecución hipotecaria, el deudor no podrá formular oposición a la realización del bien afirmando error en la cantidad exigida. Es por ello que el notario debe acreditar la corrección de la liquidación efectuada. De considerarse incorrecta la liquidación, ya sea por error, ya sea por incumplimiento de los pactos de liquidación, surge el interrogante de cómo proceder. La cláusula de liquidación unilateral no es *per se* abusiva, pero su incorrección o su incomprensión sí puede resultar perjudicial para el deudor, pudiéndose ser examinada por el notario al poder englobarse dentro del *tipus* legal regulado en el artículo 129 f) LH, en el que se manifiesta que el notario puede examinar la abusividad o no de las cláusulas que se refieran «*bien al fundamento de la venta extrajudicial, bien a la concreción y causa de la cantidad exigible*» y es evidente que la liquidación es fundamento de la cantidad exigida.

A diferencia del juez, que puede determinar la cantidad una vez formulada oposición por parte del deudor alegando como motivo de oposición la incorrección en la determinación de la cantidad exigida, el notario no ostenta esta facultad, por lo que deberá ponerlo en conocimiento de las partes, ser estas oídas y considerar la abusividad por incorrección en la liquidación o no, confirme a si la liquidación es acorde con lo pactado, dejando expedita la vía judicial. En consecuencia, al examinar el documento fehaciente acompañado por el acreedor con el requerimiento inicial, el notario ostenta un especial papel de garante de la defensa del deudor.

En contra de esta tesis, podría manifestarse que en los supuestos en que se debe acompañar al requerimiento, documento fehaciente de acreditación de saldo y de realización de las operaciones de liquidación, según el artículo 218 del Reglamento del Notariado, ya se debió efectuar este análisis de su corrección por el notario, pero puede resultar que sean notarios diferentes quienes efectúen ambas funciones y, por tanto, al notario que le corresponda el análisis del requerimiento no se le debería prohibir la posibilidad de examinar la correcta liquidación y concreción de cantidad debida<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> Esta problemática es puesta de relieve por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, de 3 de enero de 2014, Procedimiento núm. 748/2012, núm. Resolución: 3/2014.

E) *Radiografía registral de la hipoteca*

Admitido el requerimiento inicial, el notario efectuará, conforme a lo establecido en la norma 236 b) RH, una comprobación de la titularidad, subsistencias y cargas o gravámenes que existen sobre el bien hipotecado, actuaciones análogas a la certificación de dominio y cargas regulada en el artículo 688 LEC para la ejecución hipotecaria.

Con esta finalidad, el notario solicitará al registrador de la Propiedad certificación donde conste: 1.º Inserción literal de la última inscripción de dominio que se haya practicado y continúe vigente.; 2.º Inserción literal de la inscripción de la hipoteca en los términos en que esté vigente; y 3.º Relación de todos los censos, hipotecas, gravámenes y derechos reales y anotaciones a que estén afectos los bienes.

En este punto es preciso dejar constancia de la diferente actuación del notario y del registrador, en función de si la venta extrajudicial es de un bien inmueble o de un bien de naturaleza mobiliaria. Así, en esta última modalidad de venta extrajudicial, el artículo 87.4 LHMYPSP sostiene que la certificación del registrador se realizará a instancias del acreedor, previsión que no existe en norma alguna del RH, en relación a la venta extrajudicial de bienes inmuebles, más bien al contrario, pues el precepto 236 b) de este cuerpo legal, de forma taxativa, sostiene que si el requerimiento inicial cumple las regularidades formales exigidas, será el propio notario quien, de oficio, solicitará del Registro de la Propiedad certificación.

Solicitada esta información, el bien queda identificado en el Registro como sujeto a la venta extrajudicial, pues el *«Registrador hará constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca que ha expedido la mencionada certificación, indicando su fecha, la iniciación de la ejecución — en nuestro caso la venta extrajudicial—, el Notario ante el que se sigue y la circunstancia de que aquélla no se entenderá con los que posteriormente inscriban o anoten cualquier derecho sobre la misma finca»*.

Misma previsión contiene la norma 73.4. LN, la cual, de modo más avanzado que el Reglamento Hipotecario en cuanto a medios electrónicos, establece que el notario solicitará por procedimientos electrónicos certificación registral de dominio y cargas. El registrador expedirá la certificación con información continuada por igual medio y hará constar por nota al margen de la finca o derecho esta circunstancia. Al resultar desfasado el Reglamento Hipotecario, y bajo la cobertura legal tanto de la LEC como de la LN, la solicitud que efectúe el notario respecto del estado real del bien hipotecado al registrador, se efectuará a través de medios electrónicos.

F) *Requerimiento de pago*

De comprobar la subsistencia de la hipoteca y la titularidad de la misma, se procederá a requerir de pago<sup>34</sup>. Las normas reguladas en el Reglamento Hipotecario adquieren carácter de primacía respecto de cualquier otra relativa al requerimiento. Esta afirmación adquiere, en este punto, una especial importancia debido a la falta de coincidencia entre las normas existentes en los artículos 202 y ss. del Reglamento del Notariado y las diligencias previstas en el precepto 236 c) RH.

La solución, en cuanto a las normas a aplicar ante tal colisión legislativa, viene concedida por el RN, y concretamente por su artículo 206, el cual sostiene que *«las notificaciones o requerimientos previstos por las Leyes o Reglamentos sin especificar sus requisitos o trámites se practicarán en la forma que determinen los artículos precedentes. Pero cuando aquellas normas establezcan una regulación específica o señalen requisitos o trámites distintos en cuanto a domicilio, lugar, personas con quienes deban entenderse las diligencias, o cualesquiera otros, se estará a lo especialmente dispuesto en tales normas, sin que sean aplicables las reglas del artículo 202 y concordantes de este Reglamento»*. De este modo, la Ley especial prima frente a la general —*lex specialis derogat legi generali*—, prevaleciendo, en consecuencia, las disposiciones contenidas en el Reglamento Hipotecario.

El artículo 236 c) RH regula tanto el contenido del requerimiento como el lugar donde proceder a realizar efectivo el mismo. En relación al contenido, en el requerimiento de pago se consignarán tres extremos. En primer lugar, se especificará la causa que genera el apercibimiento y la fecha en que se produce el hecho causante del mismo; en segundo lugar, se concretará la cantidad reclamada, individualizando cada uno de los conceptos que conforman la suma final y, en tercer lugar, se le apercibirá al deudor de las consecuencias de no afrontar el pago dentro de los diez días siguientes a la notificación, que se concretarán en la ejecución de los bienes hipotecados, siendo de su cargo los gastos que ello ocasione.

El apartado segundo del artículo 236 c) RH regula el lugar donde debe efectuarse el requerimiento —domicilio que resulte del Registro— y los sujetos pasivos del mismo, estableciendo normas subsidiarias entre ellas, intentándose primero personalmente al deudor o bien al pariente más próximo, familiar o dependiente mayores de catorce años que se hallasen en el mismo y, si no se encontrase a nadie en el domicilio, al portero o a uno de los vecinos más próximos.

---

<sup>34</sup> STS de 20 de mayo de 2013, núm. sentencia: 344/2013, núm. Recurso de Casación: 45/2011.

No obstante, la práctica demuestra que no siempre es coincidente el domicilio consignado en la escritura con el real del sujeto pasivo del apercibimiento. Ante esta disparidad de domicilios, ¿cuál debe prevalecer? La solución más fácil sería defender la notificación en el domicilio que conste en el Registro, en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, por la literalidad de la norma 236 c) RH, que designa el domicilio consignado en el Registro como el lugar donde debe procederse a efectuar el requerimiento.

En segundo lugar, por la propia aquiescencia de la persona interesada, que, de forma voluntaria, señala en la escritura ese domicilio, siendo consciente de que el mismo se convertirá en el domicilio apto para la recepción de las notificaciones relativas al proceso.

En tercer lugar, por la posibilidad real que ostenta el interesado de modificar el domicilio inicialmente consignado en la escritura.

En cuarto lugar, a efectos de no causar un perjuicio al acreedor de buena fe, que ante la no coincidencia del domicilio registral y real, se ve abocado a un periplo en búsqueda de otros domicilios.

En quinto lugar, de tener que notificarse el requerimiento en un domicilio diferente al registral, carece de sentido que se exija como un presupuesto de admisibilidad de la venta extrajudicial la consignación en la escritura pública de constitución de hipoteca de un domicilio a efectos de requerimiento y notificaciones.

Sin embargo, si lo realmente importante es que el deudor o hipotecante no deudor tenga conocimiento del requerimiento, debe permitirse la notificación en otro domicilio diferente al señalado en la escritura pública, extremo que prevé el propio Reglamento del Notariado en su artículo 202, en el que se permite que la notificación se efectúe en cualquier otro lugar, siempre y cuando el destinatario se preste y el notario lo identifique.

Para el supuesto de que el notario competente para conocer de la venta extrajudicial, por ser el del lugar donde se encuentra ubicada la finca, no tuviese competencia para practicar el requerimiento por encontrarse el domicilio del deudor fuera de su ámbito competencia, deberá solicitar el auxilio a otro notario.

La especial importancia que el Reglamento Hipotecario otorga a esta notificación resulta patente de la literalidad del artículo 236 c) RH, que en ningún caso permite la notificación vía anuncios del requerimiento de pago, debiéndose efectuar personalmente en la persona del deudor o en algún otro sujeto que mantenga relación familiar o laboral con él, relevancia que se refuerza concretamente en el

último de los apartados de esta norma, en concreto el cuarto, en el cual se obliga al notario ante la imposibilidad de practicar el requerimiento a terminar la venta extrajudicial, resultando, en todo caso, expedita la vía judicial, circunstancia totalmente dispar a lo que acontece en relación a la notificación de la venta extrajudicial a personas diferentes del deudor, como veremos más adelante.

Sin embargo, es preciso señalar, tras las consideraciones efectuadas anteriormente, que la DGRyN ha matizado las reglas en cuanto al requerimiento de pago, permitiéndose practicar en domicilio diferente al señalado en el Registro «en aquellos supuestos en los que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional, referida a los requisitos de los actos de comunicación procesal (*vid.* «Vis-tos»), se entiende que el destinatario acepta ser requerido y tiene cabal conocimiento del contenido y fecha del requerimiento»<sup>35</sup>. Sin embargo, no será aceptable la comunicación a tercera persona, aunque mantenga relación familiar o personal con el hipotecante o deudor, si no es realizado en el domicilio señalado en la escritura. Así, la DGRyN sostiene que «tampoco es relevante la alegación de que la cédula destinada a don J. G. J. ha sido entregada a su esposa, persona idónea conforme a la regla del artículo 236.c), y no lo es porque sólo cuando el requerimiento en persona de tercero se lleva a cabo en el domicilio señalado por el deudor considera el ordenamiento que la diligencia se ha cumplido debidamente, imputando a éste sus consecuencias»<sup>36</sup>.

#### *G) Notificaciones a titulares posteriores y de cargas y gravámenes*

Corroborado el impago, se notificará la tramitación de la venta extrajudicial tanto al titular de la última inscripción de dominio para las hipótesis de falta de coincidencia con la persona del deudor, como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta a efectos de que decidan intervenir en la subasta como licitadores o, por el contrario, satisfacer el principal, interés y costas, con anterioridad al remate, subrogándose en la posición del acreedor.

En relación a estas notificaciones es preciso efectuar tres observaciones. En primer lugar, la normativa aplicable. Respecto del requerimiento de pago existían en el Reglamento Hipotecario normas específicas que reglamentaban su práctica, este hecho justificaba que las normas especiales del Reglamento prevaleciesen en relación a las generales existentes en la legislación notarial. En las notificaciones a titulares posteriores o titulares de cargas o gravámenes, la realidad legislativa es

---

<sup>35</sup> RDGRyN de 30 de agosto de 2013, *BOE* núm. 238, viernes 4 de octubre de 2013, Sección III, pág. 81691.

<sup>36</sup> RDGRyN de 30 de agosto de 2013, *BOE* núm. 238, viernes 4 de octubre de 2013, Sección III, pág. 81691.

totalmente dispar, pues lejos de establecer el Reglamento Hipotecario normas propias, en el apartado segundo del artículo 236 d) se establece que las notificaciones se efectuarán en la forma prevenida por la legislación notarial y, por tanto, con sujeción a la normativa genérica notarial.

En segundo lugar, se flexibiliza la exigencia en cuanto al grado de aseguramiento del éxito de la notificación, pues si bien en relación al requerimiento de pago, el mismo debía ser personal en la figura del deudor o en persona que mantenga relación con él, respecto de estos titulares posteriores o de cargas y gravámenes, defiende el Reglamento Hipotecario que, ante la imposible notificación y el desconocimiento de otros domicilios, se efectúe la notificación por cédula o por correo con acuse de recibo<sup>37</sup>, e incluso para los supuestos de dudas de su efectiva recepción *«se procederá a la notificación por medio de anuncios, que se fijarán en el tablón del Ayuntamiento y en el Registro de la Propiedad y se insertarán, cuando el valor de la finca, a efectos de la subasta, exceda de 5.000.000 de pesetas, en el «Boletín Oficial» de la provincia o de la Comunidad Autónoma correspondiente»*. La flexibilización y diferencia es contundente, la imposible notificación del requerimiento de pago conllevaba la finalización de la venta extrajudicial, mientras que la imposibilidad en cuanto a la notificación a estos titulares supone la realización de la comunicación a través de anuncios.

En tercer lugar, la única coincidencia en cuanto al requerimiento y la notificación es la inicial previsión de que la comunicación se efectúe en el domicilio que figure inscrito en el Registro de la Propiedad.

Finalmente, es preciso indicar que, conforme al artículo 236 b), la certificación inscrita por nota al margen de la inscripción de hipoteca, indicando su fecha, la iniciación de la ejecución, el notario ante el que se sigue y la circunstancia de que aquélla no se entenderá con los que posteriormente inscriban o anoten cualquier derecho sobre la misma finca, constituye notificación para estos titulares ulteriores<sup>38</sup>.

#### H) *Actitudes de los requeridos de pago*

Practicado el requerimiento, la actuación de los apercibidos condicionará la tramitación de la venta extrajudicial.

Si efectuado el apercibimiento, éste es atendido, la venta extrajudicial finalizará sin la realización del bien y con plena satisfacción del acreedor. El artícu-

<sup>37</sup> RDGRyN de 10 de enero de 2013, *BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2013, Sección III, pág. 12783.

<sup>38</sup> RDGRyN de 26 de julio de 2016, *BOE*, núm. 227, de 20 de septiembre de 2016, Sección III, pág. 67162.

lo 236 e) RH regula tres posibles hipótesis: En primer lugar, de efectuarse el pago por el deudor, finaliza la venta extrajudicial por satisfacerse la cantidad adeudada. En segundo lugar, si paga un tercer poseedor, *«el notario dará por terminada su actuación y por concluida el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago. Dicha acta podrá servir, en su caso, para la cancelación de la hipoteca»*. En tercer lugar, *«si el pago es realizado por uno de los titulares de las cargas, gravámenes o derechos consignados en el Registro con posterioridad a la hipoteca, el notario le requerirá para que manifieste si desea proseguir o no las actuaciones»*. Si decide seguir adelante, ocupará *«la posición jurídica que correspondía al acreedor satisfecho»*. De no pretender proseguir, *«se darán por terminadas las actuaciones y por concluida el acta con la diligencia de haberse efectuado el pago»*.

De lo contrario, ante una actuación omisiva en cuanto el pago, el artículo 236 d) RH exige la continuación de las actuaciones preparatorias de la subasta del inmueble, manifestando que *«transcurridos diez días desde el requerimiento sin que éste hubiere sido atendido, el notario procederá a notificar la iniciación de las actuaciones a la persona a cuyo favor resulte practicada la última inscripción de dominio, si fuese distinta del deudor, así como a los titulares de cargas, gravámenes y asientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta, para que puedan, si les conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca»*.

## 5. Celebración de la subasta

### A) Marco normativo

La celebración de la subasta es objeto de cambios sustanciales, como consecuencia de la modernización de la justicia que el legislador pretende efectuar modificando la LEC. Esta modernización no se limita al ámbito judicial, sino que se hace extensible a las formas de realización extrajudicial, como es la venta ante notario.

La regla principal donde se plasma esta modificación la constituye el artículo 129 d) LH, en la que se establece que *«la venta se realizará mediante una sola subasta, de carácter electrónico, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Los tipos en la subasta y sus condiciones serán, en todo caso, los determinados por la Ley de Enjuiciamiento Civil»*.

Sin embargo, si bien el marco teórico resulta idílico, la dimensión práctica es cuanto menos desalentadora. Es cierto que, con retraso, pero finalmente funcionan las plataformas electrónicas para la realización de las subastas notariales elec-

trónicas, sirviéndose estos profesionales del programa SIGMA para su celebración, pero el laberíntico marco normativo hipotecario es contradictorio, y en caso alguno uniforme, llevando a una confusión alarmante que se plasman en dos consecuencias.

#### A) DEROGACIÓN TÁCITA DE ARTÍCULOS DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La Ley Hipotecaria, en su artículo 129 d), exige la celebración de la subasta electrónica, fin loable y ajustado a las reformas legislativas tendentes a la modernización de la justicia, pero el legislador se queda a medio camino, pues la norma 129 LH e) encomienda al Reglamento Hipotecario el establecimiento tanto de los requisitos de participación en la subasta como del procedimiento a seguir, al manifestar que *«en el Reglamento Hipotecario se determinará la forma y personas a las que deban realizarse las notificaciones, el procedimiento de subasta, las cantidades a consignar para tomar parte en la misma, causas de suspensión, la adjudicación y sus efectos sobre los titulares de derechos o cargas posteriores, así como las personas que hayan de otorgar la escritura de venta y sus formas de representación»*.

Ese «se determinará» se ha quedado huérfano de contenido, pues la reforma del Reglamento Hipotecario no se ha materializado, consignándose, en los artículos 236 f), g) y h) RH, las normas propias de la celebración de las subastas presenciales, circunstancia que se traduce en una regulación contradictoria e incompatible entre ellas, pues si bien la LH, en su artículo 129 d), sostiene que la subasta se realizará de forma electrónica, la norma 236 g) del RH sigue manteniendo que la subasta se llevará a cabo en la notaría o local designado a tal efecto. Ante esta contradicción normativa, defendemos la derogación tácita de los preceptos 236 f), g) y h) RH y, por ende, su inaplicación.

#### B) NORMATIVA APLICABLE

Estas contradicciones señaladas anteriormente nos llevan a formularnos diferentes interrogantes: ¿debe celebrarse una venta extrajudicial sin una normativa específica? A nuestro entender sí, pues la ausencia de una normativa concreta no debe impedir la utilización de una institución legal reconocida y aceptada, más y cuando, como veremos a continuación, este vacío legal puede ser objeto de subsanación. De esta forma, de resultar afirmativa la respuesta, se plantean otras dos preguntas. En primer lugar, ¿cómo debe celebrarse la subasta? y, en segundo lugar, ¿cuál debe ser la normativa aplicable?

La primera pregunta es de fácil contestación, la subasta deberá celebrarse de manera electrónica, como exige la LH. En cuanto a cuál debe ser la reglamentación a aplicar, ante la falta de actualización del Reglamento Hipotecario, las omi-

siones deberán ser subsanadas con las reglas contenidas en dos cuerpos normativos. De forma general, con la LEC, al declararse su carácter supletorio y, en segundo lugar, de manera específica, para la realización de bienes inmuebles que constituyan vivienda habitual de determinados colectivos con situación económica gravosa, el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

### *B) Tramitación de la subasta*

Ante la falta de pago del deudor, una vez efectuado el requerimiento, se deberá proceder a la celebración de la subasta. Dos son las principales novedades en cuanto a la realización de la subasta, en primer lugar, el establecimiento del sistema de subasta única y, en segundo lugar, la práctica electrónica de la misma. Novedades que requieren que analicemos cómo se procederá a realizar su celebración.

#### A) PUBLICACIÓN DE LA SUBASTA

El Reglamento Hipotecario contenía las normas de aplicación para la publicidad de la subasta en su artículo 236 f), que, como hemos manifestado, consideramos derogado. En base a ello, las normas a aplicar serán las contenidas en la norma 645 LEC. En este sentido, el notario ante el que se siga la venta extrajudicial ordenará la publicación del anuncio de la convocatoria de la subasta, remitiéndose el mismo al *Boletín Oficial del Estado* y al Portal de Subastas de la Agencia Estatal.

Asimismo, se mantiene en esta norma procesal, como existía en el artículo 237 f) RH, la posibilidad de que la persona interesada solicite la publicación de la subasta en otros medios, sin concretar cuáles, por lo que la petición se dejará al libre arbitrio del interesado. Al no concretarse los medios, los mismos pueden ser tanto periódicos de diferente difusión, medios de comunicación e incluso vía redes sociales, por ser el mayor altavoz social existente en la actualidad. Respecto al pago del anuncio de la subasta en medios alternativos, el 645.2 LEC establece que cada parte estará obligada al pago de los gastos derivados de las medidas que, para la publicidad de la subasta, hubieran solicitado.

#### B) CONTENIDO DEL ANUNCIO

También esta información se contenía en el artículo 236 f) RH, pero la misma entendemos que no resulta de aplicación, pues ésta se refería a la reglamentación apta para las subastas presenciales. Con la normativa vigente, y conforme a la aplicación supletoria de la LEC, el contenido del anuncio de la subasta se contiene en dos preceptos. En primer lugar, en la norma 646 LEC, por la remisión que

efectúa la norma 668 del mismo cuerpo legal. Y en segundo lugar, en el propio artículo 668 de la Ley procesal.

El contenido del anuncio de la subasta es dispar en función del que se envía al *BOE* y el que se inserta en el Portal de subastas. Conforme al artículo 646 LEC, el anuncio enviado al *Boletín Oficial del Estado* contendrá exclusivamente la fecha del mismo, la notaría ante la que se sigue la venta extrajudicial, su número de identificación, número de protocolo, así como la dirección electrónica que corresponda a la subasta en el Portal de subastas.

Además de esta información, en el Portal de subastas se incluirán las condiciones generales y particulares de la subasta y de los bienes a subastar, así como cuantos datos y circunstancias sean relevantes para la misma, y necesariamente el avalúo o valoración del bien o bienes objeto de la subasta que sirve de tipo para la misma. En el anuncio se hará constar igualmente que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o asume su inexistencia, así como las consecuencias de que sus pujas no superen los porcentajes del tipo de la subasta establecidos en el artículo 650 LEC.

Esta información es complementada por la requerida en el precepto 668 LEC, en el que se sostiene que el anuncio deberá contener: a.- La identificación de la finca o fincas objeto de la subasta; b.- Sus datos registrales y la referencia catastral si la tuvieran; c.- Los datos y circunstancias que sean relevantes para la subasta; d.-El avalúo o valoración que sirve de tipo para la misma; e.- La minoración de cargas preferentes, si las hubiera; f.- Su situación posesoria, si consta en el procedimiento de ejecución; g.- Si procede, la posibilidad de visitar el inmueble objeto de subasta; h.- La aceptación de todo licitador de la titulación existente en el procedimiento de ejecución, así como las consecuencias de que sus pujas no superen los porcentajes del tipo de la subasta establecidos en el artículo 670; e i.- La constancia de que las cargas, gravámenes y asientos anteriores al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos si el remate se adjudicare a su favor.

La sustitución de la subasta presencial por la electrónica comporta que el notario, al fijar la subasta, no tenga que señalar hora y lugar en que haya de celebrarse, como anteriormente se efectuaba.

### C) INICIO DE LA SUBASTA

Con anterioridad, se establecía que la subasta se iniciaría al menos veinte días después de su anuncio. La vigente regulación de la subasta electrónica modifica el plazo que debe transcurrir entre la publicidad de la subasta y el inicio de la

misma, dejando de existir el plazo de veinte días. Así, de forma genérica, el artículo 648.2 de la Ley procesal determina que, una vez publicado el anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*, en un período mínimo de veinticuatro horas comenzará la misma. La concreción del tiempo que debe transcurrir tras este mínimo de veinticuatro horas para el comienzo de la subasta dependerá de que haya sido remitida al Portal de subastas la información necesaria.

#### D) REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN LA SUBASTA

Para que una persona pueda concurrir como licitador en la subasta deben concurrir los siguientes presupuestos:

- Identificarse de forma suficiente.
- Declaración de conocimiento de las condiciones generales y particulares de la subasta.
- Deberán depositar, previamente, el 5 % del valor que se haya dado al bien objeto de subasta<sup>39</sup>. Respecto de la consignación, se modifica no solo la cantidad a consignar, reduciéndose el porcentaje establecido en el artículo 236 h) RH, sino también la manera de proceder a efectuar la consignación, pues si anteriormente se efectuaba en la notaría ahora se practicará mediante medios electrónicos a través del Portal de subastas. El acreedor está eximido de la obligación de efectuar este ingreso y, conforme al 75.1.4.<sup>a</sup> LN, tampoco *le será exigida a los copropietarios o cotitulares del bien o derecho a subastar*.

#### C) Reglas de celebración de la subasta

Las reglas de cómo debía efectuarse la subasta se contenían en los artículos 236 g) y h) RH, que, como ya hemos manifestado, consideramos derogados tácitamente.

La vigente redacción del artículo 648 LEC es fruto de las modificaciones de la Ley procesal tras la entrada en vigor de dos textos normativos, la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil y la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

El actual precepto 648 LEC, al instaurar el sistema de subasta electrónica, modifica las reglas de aplicación y tramitación de las mismas. La realización de las subastas se ajustará a los siguientes presupuestos:

---

<sup>39</sup> SAP Madrid, sección 14, de 21 de mayo de 2015, núm. de Resolución: 176/2015; núm. de Recurso: 14/2015; núm. de Resolución: 176/2015.

1. Requisitos espaciales: De acuerdo con el artículo 648.1 LEC, la subasta dejará de efectuarse físicamente en la notaría, misma indicación efectúa la norma 73 LN, para tramitarse toda ella de manera telemática a través del Portal dependiente de la Agencia Estatal. Para su correcta realización y operatividad, todas las notarías tendrán acceso a su sistema a través del programa SIGMA. Las subastas serán identificadas con un número concreto.

2. Requisitos temporales: La publicación del anuncio de la subasta en el *Boletín Oficial del Estado*, es el momento que determina el inicio de la misma. Así, una vez transcurrido un mínimo de veinticuatro horas desde su publicación, se considerará abierta la subasta, resultando imprescindible que al Portal de subastas se haya remitido toda la información necesaria, pudiendo ser objeto de actualización, pues tanto la LEC —precepto 667— como la LN —artículo 73.4— prevén los mecanismos de actualización, afirmando que *el registrador notificará, inmediatamente y de forma telemática, al notario y al Portal de subastas el hecho de haberse presentado otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial. El Portal de subastas recogerá la información proporcionada por el Registro de modo inmediato para su traslado a los que consulten su contenido.*

3. Requisitos formales: La modificación de la forma de practicarse la subasta tiene como consecuencia la instauración de nuevas reglas de procedimentalidad en cuanto a su celebración. Las pujas deberán realizarse únicamente de modo electrónico, cambio de especial trascendencia en relación a la práctica existente. En todo caso, el Portal de subastas informará durante su celebración de la existencia y cuantía de las pujas.

Las pujas, conforme al apartado sexto del artículo 648 LEC, se enviarán telemáticamente a través de sistemas seguros de comunicaciones al Portal de subastas, que devolverá un acuse técnico, con inclusión de un sello que identificará el momento exacto de la recepción de la postura y de su cuantía. Si bien, con el texto introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, se preveía que en el mismo instante en que se devolvía el acuse técnico se publicaba la puja, esta previsión se elimina con la Ley 42/2015, de 5 de octubre.

Serán admisibles posturas por importe superior, igual o inferior, a la más alta ya realizada, entendiéndose en los dos últimos supuestos que consienten desde ese momento la reserva de consignación y serán tenidas en cuenta para el supuesto de que el licitador que haya realizado la puja igual o más alta no consigne finalmente el resto del precio de adquisición. En el caso de que existan posturas por el mismo importe, se adoptará la anterior en el tiempo. Asimismo, de acuerdo con la redacción establecida con la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el Portal de subastas sólo publicará la puja más alta entre las realizadas hasta el momento.

4. Requisitos personales. La posibilidad de concurrir a la participación en la subasta se encuentra condicionada a la obligatoriedad de darse de alta como usuarios del sistema, accediendo al mismo mediante mecanismos seguros de identificación y firma electrónicos, de acuerdo con lo previsto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, de modo que, en todo caso, exista una plena identificación de los licitadores. A los ejecutantes se les identificará de forma que les permita comparecer como postores en las subastas dimanantes del procedimiento de ejecución por ellos iniciado, sin necesidad de realizar consignación.

*D) Aprobación del remate y subasta sin postores*

De la realización de la subasta nos podemos encontrar con diferentes hipótesis y consecuencias, respecto de la adjudicación del bien hipotecado, las cuales son subordinadas entre sí.

| POSTURAS                                                                     | CONSECUENCIAS                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Primera:<br>Posturas igual o superiores 70 % tipo                            | <i>Adjudicación mayor postura</i>                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| Segunda:<br>Posturas inferiores 70 %                                         | <i>No adjudicación</i><br><i>Posibilidad deudor presentar tercero en diez días ofrezca mejor postura:</i><br><i>*Si es igual o superior 70%: Adjudicación</i><br><i>*Si no es superior, pero suficiente para satisfacer acreedor: Adjudicación</i>                                                |
| Tercera:<br>Posturas inferiores 70 % y no presentación tercero mejor postura | <i>Acreedor en cinco días puede pedir:</i><br><i>*Adjudicación por el 70 % tipo</i><br><i>*Cantidad que cubra la deuda y siempre superior al 60 %</i>                                                                                                                                             |
| Cuarta:<br>Acreedor no realiza propuesta adjudicación                        | <i>Se adjudicará el bien a:</i><br><i>*Postura superior 50 % tipo</i><br><i>*Postura inferior al 50 % del tipo si cubre deuda</i>                                                                                                                                                                 |
| Quinta:<br>Inexistencia de postores                                          | <i>Adjudicación al acreedor si en el plazo de 20 días ofrece:</i><br><i>*Si no es vivienda habitual: 50 % del valor de la tasación o cantidad que cubra toda la deuda</i><br><i>*Si es vivienda habitual, el 70 % tipo o si cantidad que se le debe es inferior a este porcentaje por el 60 %</i> |
| Sexta:<br>Inexistencia de postores.<br>Acreedor no solicita adjudicación     | <i>Se declara desierta la subasta</i><br><i>Finalización venta extrajudicial</i><br><i>Cierre expediente</i><br><i>Expedida vía judicial</i>                                                                                                                                                      |

Es preciso resaltar en este punto que la legislación hipotecaria por la que se rige este tipo de subasta notarial difiere de la legislación notarial genérica. Así, según la LEC, ante una subasta sin postores se ofrece la posible adjudicación al acreedor, extremo que no se regula en el artículo 75.2 LN, en el que se establece que, *si no concurriere ningún postor, el notario así lo hará constar, declarará desierta la subasta y acordará el cierre del expediente*.

#### E) Cierre de la subasta

Finalizada la subasta, si bien la norma de aplicación supletoria resulta ser el artículo 649.3 LEC, éste presenta un contenido casi idéntico al precepto 75.2 LN. En ambas normas se prevé que el propio Portal de subastas dirija, en el caso de la venta extrajudicial, al notario una información completa y certificada respecto de los extremos de mayor relevancia en cuanto al desarrollo de la subasta y su resultado, concretándose la postura vencedora y el resto de posturas por orden decreciente y cronológico en los supuestos de posturas idénticas de todos aquellos que hubiesen manifestado su voluntad de reserva de postura.

Recibida esta información, el *«notario extenderá la correspondiente diligencia en la que hará constar los aspectos de trascendencia jurídica; las reclamaciones que se hubieren presentado y la reserva de los derechos correspondientes ante los Tribunales de Justicia; la identidad del mejor postor y el precio ofrecido por él, las posturas que siguen a la mejor y la identidad de los postores; el juicio del notario de que en la subasta se han observado las normas legales que la regulan, así como la adjudicación del bien o derecho subastado por el solicitante. El notario cerrará el acta, haciendo constar en ella que la subasta ha quedado concluida y el bien o derecho adjudicado, procediendo a su protocolización»*.

#### F) Adjudicación del bien hipotecado

Una vez se ha producido la adjudicación del bien, el que haya resultado adjudicatario deberá entregar al notario la diferencia entre el depósito previo y el valor de adjudicación, devolviendo la cantidad consignada al resto de licitadores, salvo que hayan manifestado su intención de reserva.

No obstante, en este punto vuelven a reproducirse los interrogantes legales, existiendo diversas normas que podrían resultar de aplicación, en concreto hasta tres. El problema no se concreta en la finalidad del precepto, que no es otro que regular la aprobación del remate y, por tanto, regulan la misma actividad, la discrepancia se centra en el plazo de tiempo que conceden al adjudicatario para entregar el diferencial entre lo depositado y el precio final de adjudicación.

En primer lugar, el artículo 75.3 LN sostiene que *«el pago del resto del precio por el adjudicatario se efectuará en el plazo de diez días hábiles en la entidad adherida al Portal de subastas a disposición del notario»*.

En segundo lugar, la norma 236 i) RH limita ese plazo al afirmar que *«en los ocho días siguientes al del remate consignará el adquirente la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta y el total del precio»*.

En tercer lugar, el precepto 670 LEC amplía los días, defendiendo que el rematante habrá de consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate en el plazo de cuarenta días.

Ante esta disparidad de normas y plazos, consideramos de aplicación el artículo 670 LEC, por los siguientes motivos:

Primero.- La LN es el texto normativo a aplicar para subastas que no tengan una disposición específica, extremo que sí sucede en el ámbito hipotecario.

Segundo.- Como hemos manifestado, el RH se encuentra desfasado en cuanto a la reglamentación de la subasta, manteniendo la celebración de las subastas presenciales y, por ello, se ha defendido, a lo largo del trabajo, la aplicación de las normas de la LEC. En base a ello, si toda la celebración se sujeta a las reglas correspondientes a las subastas electrónicas también debería serlo las relativas a la aprobación del remate.

Tercero.- Los porcentajes de consignación para poder participar en la subasta resultan diferentes entre el RH y la LEC. La Ley sustantiva exigía la consignación del 30% del valor, mientras que la Ley procesal sólo exige el 5% del valor de los bienes; la diferencia de dinero a entregar es sustancial por ser diferente la suma ya consignada y resulta aconsejable establecer un mayor lapso de tiempo para reunir la cantidad final.

Cuarto.- Al considerarse derogado tácitamente el RH, el anuncio de la subasta se sometía a las reglas de la LEC, y uno de los aspectos a consignar en el anuncio era la aceptación de las consecuencias regladas en el artículo 670, para la falta de presentación de postores. Si esta norma resulta de aplicación ante la falta de postores también debería serlo ante la concurrencia de licitadores, siendo este mismo precepto el que establece el plazo de cuarenta días para entregar la diferencia entre lo consignado y la cantidad final.

A pesar de estas argumentaciones, la tesis defendida puede ser objeto de contradicción y sostenerse que deben aplicarse los ocho días regulados en el artículo RH, sosteniendo que el artículo 129 LH sólo defiende la supletoriedad de la LEC,

para aquellas cuestiones ante las que exista un vacío legal, y en relación al plazo que se concede para entregar el diferencial entre lo consignado y la suma final de adjudicación, sí que existe regulación en el RH.

De no pagar el diferencial, la adjudicación corresponderá a la siguiente mejor postura, sancionando al primero de ellos, con el destino de la cantidad consignada para satisfacer los gastos del proceso y el resto, si lo hubiere, para cubrir el pago del crédito e intereses.

La formalización de la adjudicación se efectuará en escritura pública entre el adjudicatario y el deudor o, en su caso, con el tercer poseedor o hipotecante no deudor o sus causahabientes, y si no por el mandatario designado en la escritura de constitución de la hipoteca. En la escritura de adjudicación deberá constar: a.- Los trámites realizados; b.- El precio de la adjudicación; c.- El pago por el adjudicatario; d.- El pago hecho al acreedor; y e.- El destino del exceso, si lo hubiere.

Esta escritura de adjudicación será título bastante para acreditar la nueva titularidad de los bienes y la cancelación de la hipoteca y, en el caso de que existiesen, de los titulares posteriores.

#### *G) Quiebra de la subasta*

Esta situación se producirá cuando el postor que haya realizado la mejor puja, o aquellos que soliciten mantener el depósito, para aquellos supuestos en que el que haya realizado la mejor postura, no satisfaga la diferencia entre el depósito y el valor de adjudicación, no consignen, finalmente, la suma total.

El destino del depósito, conforme al precepto 653 LEC, será:

- En primer lugar, y aceptando que será una hipótesis de difícil realización, al pago del ejecutante, titulares de derechos posteriores, ejecutado o tercer poseedor, y finalmente, si todavía existe sobrante, se devuelve al depositario.
- En segundo lugar, si el depósito no alcanza a cubrir el derecho del ejecutante y las costas, se destinarán, en primer lugar, a satisfacer los gastos que origine la nueva subasta y el resto se unirá a las sumas obtenidas en aquélla y se aplicará conforme a lo dispuesto en los artículos 654 y 672. En este último caso, si hubiere sobrante, se entregará al ejecutado hasta completar el precio ofrecido en la subasta y, en su caso, se le compensará de la disminución del precio que se haya producido en el nuevo remate; sólo después de efectuada esta compensación, se devolverá lo que quedare a los depositantes.

## 6. Pago al ejecutante y destino del sobrante

La distribución de las cantidades obtenidas en la subasta se realizará de la siguiente forma:

- Se dará a las cantidades el destino previsto en el art. 654.1, LEC, esto es, el precio del remate se entregará al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, se retendrá el remanente, hasta que se efectúe la liquidación de lo que se deba al ejecutante y además las costas.
- Si hubiere remanente se realizará retención para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante.
- Si satisfechos estos acreedores aún existiere sobrante, se procederá a la entrega al ejecutado o tercer poseedor.

Asimismo, establece el artículo 236 k.3 RH que el notario practicará la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos. La DGRyN esclarece qué conceptos deben englobarse en esta partida, afirmando que: «La claridad del precepto no deja lugar a dudas: sólo son imputables a dicha partida los gastos devengados por honorarios del actuante y de aquellos derivados de sus actuaciones (publicación de edictos, gastos de correo...). Cualesquiera otros quedan fuera de la cobertura hipotecaria y, por tanto, no pueden detraerse del importe del remate o adjudicación fuera de los casos en que hayan recibido una cobertura específica e independiente, lo que no ocurre en el supuesto que da lugar a la presente»<sup>40</sup>.

## 7. Insuficiencia de la cantidad obtenida

El artículo 129 LH regula la forma de proceder del notario ante la insuficiencia del crédito obtenido para cubrir la totalidad de lo adeudado. Establece esta norma que el notario expedirá certificación acreditativa del precio obtenido y la suma correspondiente a la deuda pendiente, con distinción de los diferentes conceptos. Esta norma debe ponerse en correlación con el artículo 645.3 LEC, el cual, ante la insuficiencia de la cantidad obtenida, determina el orden de prelación de pago, enunciándolo de la siguiente forma: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. La discrepancia respecto de las cantidades pendientes determinadas por el notario se discutirán en un juicio verbal.

---

<sup>40</sup> RDGRyN de 29 de febrero de 2016, *BOE* núm. 75, de 28 de marzo de 2016, Sección III, pág. 22301

## 8. Especial énfasis en la aplicación del artículo 579.2 LEC

El artículo 129 h) LH, al establecer la aplicación supletoria de la LEC a las ventas extrajudiciales, realiza una especial mención al artículo 579.2 LEC, al afirmar que, en todo caso, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 579 LEC afirmaba que, si subastados los bienes hipotecados o pignorados su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley 1/2013, la posibilidad de cubrir el montante total de la deuda mediante la aplicación del artículo 579 LEC presenta ciertas excepciones.

Primero.—Se produce una disminución de la cantidad a pagar respecto de la deuda total en dos supuestos que se diferencian en cantidad y tiempo. El primero de ellos concede la posibilidad al deudor de pagar el 65% de la cantidad adeudada en el plazo de cinco años. La segunda posibilidad se concreta en afrontar el pago del 80 % de la cantidad pendiente en el transcurso de diez años. En ambos casos el deudor quedará liberado de la cantidad restante.

Segundo.—En todos aquellos supuestos en que el adjudicatario proceda a transmitir la finca en el ínterin de los diez años siguientes a la adjudicación de la misma, el importe de la deuda que resultase pendiente de abonar por el deudor se verá disminuida en un 50% de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

## 9. La suspensión de la venta extrajudicial

La regulación de la suspensión de la venta extrajudicial ante notario se regula en cuatro cuerpos legislativos distintos, la LH, RH, LEC y LN.

En primer lugar, la Ley hipotecaria, en su artículo 129.2 f), regula, de forma extensa, la suspensión de la venta extrajudicial en aquellos supuestos en que exista o se denuncie la posible concurrencia en la escritura de constitución de la hipoteca de una cláusula que pueda ser considerada abusiva. No realizaremos, en este punto, un estudio de esta hipótesis por haberse dedicado un apartado concreto del trabajo al mismo.

En segundo lugar, el Reglamento Hipotecario, en su precepto 236 ñ), reglamenta taxativamente los supuestos de suspensión, concediéndoles carácter extraordinario, como refleja la expresión *el notario sólo suspenderá las actuacio-*

nes..., el vocablo sólo denota la excepcionalidad que finalmente se concreta en dos supuestos.

El primero de los hechos se concreta en la posible existencia delictiva, por lo que se producirá un caso de prejudicialidad penal, en el que se enjuicie la falsedad del título hipotecario justificativo de la venta extrajudicial<sup>41</sup>. Al regular esta hipótesis, el legislador, con buen criterio, exige la concurrencia de elementos que garanticen la verosimilitud de la causa criminal, a efectos de que la misma no sea utilizada de modo fraudulento, con la única finalidad de paralizar el proceso de venta ante el notario. En tal sentido, este sólo procederá a la suspensión de la venta en aquellos casos en que se «*acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal*», admitiendo una triple posibilidad, la admisión de la querrela, la existencia de auto de procesamiento o la formulación de escrito de acusación, elementos todos ellos que testimonian la existencia de indicios razonables de responsabilidad penal.

El segundo de los motivos justificativos de la suspensión se traduce en la inexistencia de la hipoteca, y se regula remitiéndose a la norma 236 b) RH, que se limita a reglamentar la cancelación de la hipoteca. Es evidente que la desaparición del título justificativo de la venta conlleva la improcedencia de su tramitación por falta de causa<sup>42</sup>. Esta cancelación deberá ser notificada de manera inmediata por el registrador al notario.

Ante la posible alegación de alguno de estos supuestos, el notario suspenderá la venta extrajudicial, que sólo se reanudará bien ante pronunciamiento de inexistencia de falsedad documental o bien por la no formalización de la cancelación de la hipoteca.

Finalmente, defendemos una interpretación extensible de los motivos de suspensión y, por ende, consideramos también de aplicación a la venta extrajudicial de bienes inmuebles los motivos de suspensión regulados en la LEC y en la LN, textos que ya hemos manifestado consideramos de aplicación supletoria. Del estudio conjunto de ambos cuerpos legislativos podemos enunciar la aplicación de los siguientes motivos de suspensión:

1. La presentación de sentencia, aunque no resulte firme que acredite la inexistencia o extinción de la obligación garantizada<sup>43</sup>, supuesto regulado como motivo de suspensión en el artículo 76.1 LN y como causa de oposición a la ejecución hipotecaria en la norma 695.1 LEC.

---

<sup>41</sup> SAP Alicante, Sección 7.ª, de 5 de abril de 2001; núm. Resolución: 191/2001; núm. Recurso: 590/2000.

<sup>42</sup> SAP Alicante, Sección 7.ª, de 5 de abril de 2001; núm. Resolución: 191/2001; núm. Recurso: 590/2000.

<sup>43</sup> STS de 20 de mayo de 2013, núm. sentencia: 344/2013; núm. Recurso de casación: 45/2011.

2. La falsedad documental del título, motivo coincidente en la regulación tanto del RH —artículo 236 ñ)— de la LN —norma 76.1 y la LEC —precepto 697.
3. La concurrencia de un proceso concursal en el que incurre el deudor <sup>44</sup> —RDGRyN de 9 de febrero de 2016—, por formar parte el bien inmueble de la masa patrimonial, suspensión que se alzaría ante testimonio del juez del concurso declarando *«que los bienes o derechos no están afectados, o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o cuando se presente la resolución judicial que homologue el acuerdo alcanzado o la escritura pública o la certificación que cierre el expediente junto con su comunicación al juez competente y al Registro Público Concursal»*.
4. La presentación de demanda de tercería de dominio, con la finalidad de evitar la realización de un bien de no propiedad del deudor, motivo regulado tanto en la LN —norma 76— como en la LEC —precepto 696—. Precisar que, a nuestro entender, la suspensión solo debería hacerse efectiva ante la presentación de resolución que testimonie la admisión a trámite de la demanda.
5. Concurrencia simultánea de diferentes procesos de venta extrajudicial respecto del mismo bien hipotecado.

*(Trabajo recibido el 24/10/2016  
y aceptado para su publicación el 19/02/2017)*

---

<sup>44</sup> RDGRyN de 9 de febrero de 2016, *BOE*, núm. 60, de 10 de marzo de 2016, Sección III, pág.19221.



## MARCAS OLFATIVAS, *SENSORY BRANDING* Y REGLAMENTO UE 2015/2424

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA  
*Notaria de Barrax*

### RESUMEN

Las marcas olfativas, tras la doctrina *Sieckmann*, emanada del TJUE, han sido sistemáticamente rechazadas en la Unión Europea por la dificultad de su representación gráfica, así como por las dudas acerca de su carácter distintivo. Sin embargo, el Reglamento UE 2015/2424, que entra en vigor el 1 de octubre del presente año, elimina la necesidad de representación gráfica del signo, abriendo paso a otros medios de representación adecuados, con lo que se plantean dos cuestiones: ¿se abre con ello el paso al reconocimiento de las marcas olfativas en el marco europeo?, ¿debe darse protección jurídica a los signos olfativos a través del sistema de marcas?

Palabras clave: marcas olfativas, Reglamento UE 2015/2424, *marketing* sensorial, criterios *Sieckmann*, representación gráfica, distintividad de la marca, libre competencia.

## SCENT TRADEMARKS, SENSORY BRANDING AND REGULATION (EU) 2015/2424

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA  
*Notary Public in Barrax*

### ABSTRACT

Since the *Sieckmann* criteria, emanated from CJEU, scent trademarks have been systematically rejected in the European Union, due to the difficulties regarding their graphic representability, and their distinctiveness. However, Regulation EU 2015/2424, which enters into force on 1st October this year, deletes the need for graphical representability, permitting other appropriate means of representation. Two questions therefore arise: Does this new regulation open the way for scent trademarks in the European context? Should olfactory signs be legally protected by the means of trademarks?

Keywords: scent trademarks, olfactory marks, Regulation (EU) 2015/2424, sensory branding, *Sieckmann* criteria, graphic representability, mark distinctiveness, free trade and competition.

SUMARIO: I.— INTRODUCCIÓN.—II. *SENSORY BRANDING* Y MARCAS OLFACTIVAS.—III. SITUACIÓN ANTERIOR AL REGLAMENTO UE 2015/2424, QUE ENTRARÁ EN VIGOR EL 1 DE OCTUBRE DE 2017. 1. El requisito de la representación gráfica. 1.1. Finalidad del requisito de la representación gráfica. 1.2. ¿Puede un olor ser representado gráficamente? 2. El requisito de la distintividad del signo. 2.1. ¿Poder evocador = distintividad? 2.2. Relación producto-aroma y distintividad. 3. Ejemplos de éxito ...y fracaso.—IV. EL REGLAMENTO UE 2015/2424 Y SU IMPACTO EN LAS MARCAS OLFACTIVAS. 1. Principales novedades introducidas por el Reglamento UE 2015/2424. 2. La supresión del requisito de la representación gráfica.—V. ¿IMPLICA EL REGLAMENTO UN RECONOCIMIENTO TÁCITO A LAS MARCAS OLFACTIVAS?—CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde hace décadas, el evidente potencial evocador de los olores, como uno de los pilares del denominado *sensory branding* o *marketing* sensorial, viene siendo utilizado por las empresas para intentar atraer y fidelizar clientes. No obstante, la protección jurídica de estos aromas a través del sistema de marcas ha sido casi inexistente en el ámbito europeo, estando limitada a un puñado de casos excepcionales y habiendo denegado el TJUE protección a las denominadas «marcas olfativas» por dos razones: la falta de distintividad de las mismas en algunos casos y la imposibilidad de su representación gráfica; requisitos éstos —distintividad y representación gráfica— exigidos por el artículo 4 del Reglamento CE 207/2009 y el artículo 4 de nuestra Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

Sin embargo, el nuevo Reglamento UE 2015/2424, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento CE 207/2009 y que entrará en vigor el 1 de octubre del presente año, elimina del concepto de marca la necesidad de que el signo constitutivo de ésta sea susceptible de representación gráfica, abriendo la puerta a cualesquiera signos distintivos que «sean apropiados para (...) ser representados en el Registro de Marcas de la Unión Europea (...), de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular» (según reza el nuevo artículo 4, tras la modificación legislativa).

Al haberse eliminado el principal escollo para el reconocimiento de las marcas olfativas, que era la dificultad de su representación gráfica, y resultar admitidos otros medios de representación adecuados, ¿se ha abierto la puerta al reconocimiento jurídico de las marcas olfativas?, ¿estamos viviendo los momentos previos a una «invasión» de marcas olfativas?

## II. *SENSORY BRANDING* Y MARCAS OLFATIVAS

El *sensory branding*, *marketing* sensorial, o incluso, yendo un paso más allá, el *emotional branding*, es un conjunto de técnicas que buscan lograr, a través del estímulo de los distintos sentidos del consumidor, provocar en éste una serie de sensaciones y emociones que induzcan en la persona un estado de ánimo que le lleve a adquirir un determinado producto, le haga recordar la marca, o incluso penetre en el subconsciente y consiga asociar la marca a una experiencia placentera, de modo que la marca ya no sea simplemente un signo concreto, sino toda una experiencia, la denominada «experiencia de marca».

En este ámbito, los olores tienen un papel crucial. Se dice que recordamos el 5% de lo que vemos, el 2% de lo que oímos, el 1% de lo que tocamos y el 35% de lo que olemos. Richard Axel y Linda B. Buck, premios Nobel de Medicina y Fisiología de 2004 por su estudio sobre el olfato, señalan<sup>1</sup> que, mientras que los seres humanos sólo podemos reconocer 200 colores, somos capaces de distinguir y recordar hasta 10.000 aromas distintos y que cuando nuestro bulbo olfativo detecta algún olor, la señal se envía directamente al sistema límbico, que es la zona del cerebro asociada con el procesamiento de las emociones. Este poder evocador del olfato no ha sido desconocido para las empresas, que han intentado utilizarlo en su beneficio. Existen incontables ejemplos veamos algunos de los más sonados:

- Bankinter presentó el 17 de abril de 2008, en la Junta general de accionistas de la entidad, su aroma corporativo, consistente en «el olor de la hoja de naranjo con un regusto a jazmín», creado por la empresa especializada en *marketing* olfativo, A de Aroma, que se utiliza en las oficinas del banco e incluso en su correspondencia y pretende representar la integridad, la eficiencia, la honestidad y el entusiasmo<sup>2</sup>.
- Zara Home utiliza en todos sus establecimientos una combinación de sus fragancias «*White Jasmin*» y «*Black Vanilla*», creada por *Scentair*, líder mundial en *marketing* olfativo, que tiene la intención de provocar una sensación de relajación y de sentimiento de estar «en casa».
- Las tiendas del «zara chino», Mulaya, también tienen su propia aromatización, que impregna las prendas incluso después de llevarlas a casa, consistente en un perfume basado en notas amaderadas, cítricas, frutales y florales, creado por la empresa española de *marketing* olfativo *Déjà\_vu*

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ, Carlos (2004): «El Nobel de Medicina premia el estudio del olfato», *El Mundo*, 5 de octubre.

<sup>2</sup> GONZALO ALCONADA, Ángeles (2008): «Bankinter se viste de gala», *Cinco Días*, 14 de abril. REBOLLO, Josefa (2008): «¿A qué huele tu empresa?», *Tiempo*, 17 de octubre.

*Brands* y que transmite, según sus creadores, personalidad, frescura, exotismo y elegancia<sup>3</sup>.

- *Disney Land* y *Euro Disney*, ya desde sus inicios, propagan olor a palomitas recién hechas por sus instalaciones, con el objeto de aumentar el consumo de productos alimenticios en sus tiendas.
- El edificio de Telefónica situado en la Gran Vía de Madrid, denominado «Telefónica *Flagship Store*» también posee su propio olor corporativo, creado por la mencionada empresa A de Aroma y que pretende ofrecer, según la compañía, sensaciones de «innovación, sorpresa y servicio al cliente», a través de un «acorde vegetal, transparente y moderno; acompañado de cítricos chispeantes (bergamota, flor de limonero) y reposando sobre un *bouquet* generoso de azahar, jazmín y *freesia*.»<sup>4</sup>
- La compañía *Starbucks* eliminó en 2008 su gama de sándwiches calientes porque interferían en el aroma a café que debían desprender sus establecimientos.
- Incluso el Partido Socialista de Cataluña (PSC) tiene su propia fragancia, una composición que incluye la bergamota de Calabria, artemisa, pétalos de rosa de Damasco y pachulí, creada por el perfumista Toni Álvarez para Odotipo<sup>5</sup>.

Tal y como podemos observar, la utilización de los olores o fragancias como sello característico de empresas y establecimientos está ampliamente extendida en la sociedad actual, pero ¿existe un reconocimiento jurídico de esta realidad social?, o yendo más allá, ¿merece este fenómeno protección jurídica? A continuación examinaremos la cuestión a la luz de la legislación actual, así como bajo el prisma del mencionado Reglamento UE 2015/2424, que entrará en vigor el presente año.

### III. SITUACIÓN ANTERIOR AL REGLAMENTO UE 2015/2424, QUE ENTRARÁ EN VIGOR EL 1 DE OCTUBRE DE 2017

En cuanto al concepto de marca, el artículo 4 de la Ley 17/2001, de Marcas, señala que:

---

<sup>3</sup> <http://dejavubrand.com/clientes/mulaya/>.

<sup>4</sup> PORTELA, Lino (2010): «¿A qué huele la Gran Vía?», *El País*, 18 de diciembre.

<sup>5</sup> REBOLLO, Josefa (2008): *op. cit.*

1. *«Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras.*
2. *Tales signos podrán, en particular, ser:*
  - a. *Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.*
  - b. *Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.*
  - c. *Las letras, las cifras y sus combinaciones.*
  - d. *Las formas tridimensionales, entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.*
  - e. *Los sonoros.*
  - f. *Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.»*

Con arreglo a la anterior disposición legislativa, podemos observar que la lista recogida en el artículo 4.2 de la Ley de Marcas es de carácter amplio, ya que no sólo se admiten signos más bien tradicionales, como los contemplados en los apartados «a», «b» y «c», sino que también se recogen signos más novedosos, dándose la bienvenida en el apartado «d» a las marcas tridimensionales (como lo son, por ejemplo, la botella de cristal de *Coca-Cola* o la forma en relieve de las galletas *Oreo*) y en el apartado «e» a las marcas sonoras (v. gr., la sintonía de Mercadona<sup>6</sup>, el rugido del león de la *Metro-Goldwyn-Mayer* o el sonido del motor de la moto *Harley-Davidson*). Además, la lista tiene carácter de *numerus apertus*, puesto que, como señala el apartado «f», los signos mencionados en los apartados «a» a «e» son meramente enunciativos, por lo que la falta de mención expresa de los signos olfativos no es óbice a que éstos puedan en principio ser considerados aptos para constituir una marca y disfrutar de la protección jurídica que tal reconocimiento conlleva<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> «Mercadona registra su canción: así nació la melodía de la compañía de supermercados», *ABC* (ed. Comunidad Valenciana), 15 de diciembre de 2014.

<sup>7</sup> Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2002, recaída en el asunto C-273/2000, caso «*Sieckmann*»: «43. El artículo 2 de la Directiva tiene por objeto definir los tipos de signos que pueden constituir marcas. Esta disposición prevé que podrán constituir marcas «especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación». Es verdad que dicho artículo únicamente menciona signos que pueden ser percibidos visualmente, de tipo bidimensional o tridimensional, y que pueden, por tanto, ser representados por medio de letras, de caracteres escritos o de una imagen.

Ahora bien, según se deduce tanto de los términos de dicho artículo 2, como del séptimo considerando de la Directiva, que hace referencia a «una lista enunciativa» de signos susceptibles de constituir una marca, esta enumeración no tiene carácter exhaustivo. Por tanto, aunque la referi-

Sin embargo, para determinar si un signo olfativo es apto para constituir una marca, debe poder enmarcarse en el concepto que resulta del párrafo primero del citado artículo, es decir, debe cumplir dos requisitos:

- Un primer requisito, de carácter formal o registral: que el signo sea susceptible de representación gráfica.
- Y un segundo requisito, de carácter material o sustantivo: que el signo sirva para distinguir en el mercado los productos o ser vicios de una empresa de los de otras, es decir, que el signo sea distintivo.

Veamos si un signo olfativo, olor o aroma, puede cumplir tales requisitos.

## 1. El requisito de la representación gráfica

Tanto la legislación nacional española como la europea exigen que el signo constitutivo de la marca sea susceptible de representación gráfica. ¿Cuál es la finalidad de tal exigencia? ¿Cabe representar gráficamente un olor?

Para ello, examinaremos la doctrina emanada del TJUE en la sentencia de 12 de diciembre de 2002, recaída en el asunto C-273/2000, caso «*Sieckmann*»<sup>8</sup>, que ha sentado lo que se conoce como «criterios *Sieckmann*» y que ha guiado toda la jurisprudencia del TJUE y de los tribunales nacionales de la Unión Europea en materia de marcas olfativas y de marcas no tradicionales, tales como las táctiles, gustativas u holográficas.

### 1.1. Finalidad del requisito de la representación gráfica

Para el TJUE, según resulta de los párrafos 47 y siguientes de la mencionada sentencia, recaída en el caso «*Sieckmann*», el requisito de la representación gráfica «viene exigido por el buen funcionamiento del sistema del registro de las marcas» y cumple dos funciones esenciales:

- En primer lugar, «determinar el objeto exacto de la protección que la marca registrada confiere a su titular».

---

da disposición no menciona aquellos signos que en sí mismos no pueden ser percibidos visualmente, como ocurre con los olores, tampoco los excluye expresamente».

<sup>8</sup> Reiterada por otras posteriores, como por ejemplo la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 27 de octubre de 2005 (T-305/04).

- Y, en segundo lugar, «permitir la inscripción de la marca en un registro público para que ésta resulte accesible a las autoridades competentes y al público, en particular a los operadores económicos:
- Por un lado, las autoridades competentes deben conocer con claridad y precisión la naturaleza de los signos constitutivos de la marca, al objeto de poder cumplir sus obligaciones relativas al examen previo de las solicitudes de registro y a la publicación y mantenimiento de un registro de marcas adecuado y preciso.
- Por otro lado, los operadores económicos deben estar en condiciones de verificar con claridad y precisión las inscripciones practicadas en el registro y las solicitudes de registro presentadas por sus competidores actuales o potenciales, así como de tener acceso, de este modo, a información pertinente sobre los derechos de terceros».

Habida consideración de tales finalidades, la representación gráfica del signo constitutivo de la marca debe cumplir unas condiciones para que pueda llevar a efecto su cometido. En esta línea, señala el TJUE en los párrafos 52, 53 y 54 de la citada sentencia que:

- «Para que los usuarios del registro estén en condiciones de determinar, basándose en la inscripción registral de una marca, la naturaleza exacta de ésta, su representación gráfica en el registro debe ser completa en sí misma, fácilmente accesible e inteligible.»
- «Además, para desempeñar su papel de marca registrada, un signo debe ser objeto de una percepción persistente y exacta que garantice la función de origen de dicha marca. Habida cuenta de la duración del registro de una marca y de que, según prevé la Directiva, la marca puede ser renovada por períodos más o menos largos, la representación debe ser duradera.»
- «Por último, la representación tiene precisamente por objeto excluir todo elemento de subjetividad en el proceso de identificación y percepción del signo. Por consiguiente, el medio de la representación gráfica debe ser inequívoco y objetivo.»

Estas condiciones, que ha de cumplir la representación gráfica del signo, se resumen por el TJUE en el párrafo 55 de la mencionada sentencia, que recoge lo que se ha venido en denominar «criterios *Sieckmann*» y que, como veremos más adelante, se han transcrito literalmente en el considerando 9 del nuevo Reglamento 2015/2424, eliminando la necesidad de que la representación sea gráfica, pero aplicando estos requisitos a la representación del signo, sea esta gráfica o de otra clase. Así, sentencia el TJUE que «puede constituir una marca un signo que en sí

mismo no pueda ser percibido visualmente, a condición de que pueda ser objeto de representación gráfica, en particular por medio de figuras, líneas o caracteres, que sea clara, precisa, completa en si misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva.»

## 1.2. ¿Puede un olor ser representado gráficamente?

Centrándonos en el objeto de nuestro artículo, la cuestión radica en si un olor, aroma o fragancia, puede ser representado gráficamente, según la concepción que de «representación gráfica» se deduce de la doctrina *Sieckmann*. ¿Puede un olor ser representado gráficamente de modo claro, preciso, autosuficiente, fácilmente accesible, de modo inteligible, duradero y objetivo?

En el caso de la citada sentencia del TJUE, se solicitaba «el registro de la marca olfativa depositada en la *Deutsches Patent und Markenamt* para la sustancia química pura cinamato de metilo (éster metílico del ácido cinámico), cuya fórmula estructural se reproduce a continuación. También se pueden obtener muestras de esta marca olfativa dirigiéndose a los laboratorios locales a través de las páginas amarillas de *Deutsche Telekom AG* o, por ejemplo, en la empresa *E. Merck* en *Darmstadt*», acompañándose asimismo a la solicitud una muestra del aroma, contenida en un recipiente, y una descripción literaria consistente en un aroma «balsámico-afrutado con ligeras reminiscencias de canela». La *Bundespatentgericht* de Alemania plantea la cuestión prejudicial al TJUE, ya que, aunque contempla que un olor pueda ser un medio autónomo de identificación de una empresa que permita diferenciar los servicios de una empresa de los de otras (es decir, estima que el signo puede llegar a ser distintivo, cuestión que nosotros examinamos en el epígrafe 3.2), tiene dudas acerca de la posibilidad de su representación gráfica, estimando el TJUE que ninguna de las representaciones propuestas cumple con el requisito de la representación gráfica.

A continuación examinamos las distintas posibilidades de representación de un olor evaluadas por el TJUE y su aptitud para constituir un signo de marca:

- La descripción de una fórmula química: no resulta suficientemente inteligible, ya es muy difícil que el público en general, incluso una persona informada, pueda reconocer un olor a través de una fórmula química. Asimismo, el TJUE considera que no es legible, ni clara, ni precisa respecto al olor, ya que lo que se representa no es el olor de una sustancia, sino la propia sustancia química.
- La descripción literaria del olor: no es clara, ni precisa, ni objetiva, ya que no sirve para distinguir un olor de otros semejantes (por ejemplo, ¿cómo

se distingue el olor de naranjos del olor especial de los naranjos de Sevilla?), y no todas las personas percibimos un olor de manera idéntica.

- El depósito de muestras del olor: no constituye una representación gráfica, y además no es estable ni duradera, ya que acabaría perdiéndose con el tiempo e impediría contrastar el olor registrado con otros que quisieran acceder a la categoría de marca, amén de la dificultad de almacenaje que conllevaría a efectos registrales.
- Las aromatógrafías o cromatógrafías de gases: en principio, estos sistemas solucionan algunos problemas que presentan los anteriores mecanismos, ya que permiten la representación gráfica de un olor y captan los compuestos volátiles de las sustancias, que es lo que percibimos a través del olfato, con lo que se evita el escollo de que el signo represente a la sustancia y no propiamente al olor. Así, la cromatografía de gases (*gas chromatography, GC*) y la cromatografía de alto rendimiento de líquidos (*high performance liquid chromatography, HPLC*)<sup>9</sup> son unos mecanismos a través de los que se analizan los compuestos volátiles que desprende un aroma y se representan a través de un gráfico de colores, conocido como «cromatograma», que representa la cantidad de los distintos compuestos en función del tiempo necesario para su separación. Si se combinan las técnicas *GC* y *HPLC* con métodos de evaluación sensorial basados en la estandarización de listas de términos que caracterizan las percepciones sensoriales, se puede construir un «aromatograma», que representa el olor de los compuestos según la percepción olfativa que de ellos tenemos. Además, estos sistemas tienen la ventaja de que son respetuosos con el secreto industrial, ya que representan el olor, pero no desvelan la composición exacta de la sustancia que lo origina<sup>10</sup>. Sin embargo, este sistema no resulta ni claro, ni fácilmente accesible, ni inteligible para la mayoría de las personas, que no son expertos en la cuestión.
- Representaciones consistentes en una matriz de color obtenida a través de una nariz electrónica: constituyen mecanismos similares al anterior, y el TJUE los desecha por idénticos motivos, como sucede en el caso «*Une note verte gazon*», que mencionamos más adelante.

Visto lo anterior, parece muy difícil que, atendida la jurisprudencia del TJUE, un olor pueda cumplir con el requisito de la representación gráfica. De hecho —y

---

<sup>9</sup> LYONS, Drebbett (1994): «Sounds, smells and signs», *European Intellectual Property Review*, n.º 12, pp. 541-542. LLOBREGAT HURTADO, María Luisa (1998): «Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 227, pp. 103-105. HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): «Los nuevos productos y las marcas olfativas», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá I*, p. 158.

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): *op. cit.*, p. 158.

sin perjuicio de que más abajo examinemos distintos ejemplos de marcas olfativas cuyo registro ha sido solicitado—, la Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI, que a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento pasará a Denominarse Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea, EUIPO) ha denegado todas las solicitudes de marcas olfativas, con una sola excepción, anterior a la doctrina *Sieckmann*: el caso de una empresa holandesa que logró registrar unas pelotas de tenis con «olor a hierba recién cortada», simplemente a través de su descripción verbal, que la Sala de Recurso, en resolución de 11 de febrero de 1999, estimó que era «detallada, adecuada e inequívoca», y que consistía en olor a «la primavera, el verano, campos de césped cortados, campos de deporte u otras experiencias agradables»<sup>11</sup>.

## 2. El requisito de la distintividad del signo

Como indicamos al principio, el potencial evocador de los olores es innegable: todos tenemos experiencias de olores —el olor a pan recién hecho, a ropa limpia, a determinado perfume— que nos devuelven a la niñez o que nos traen el recuerdo de seres queridos. De los cinco sentidos que poseemos, el del olor es el que tiene un anclaje más fuerte con los recuerdos y las emociones, sobre los que puede actuar como un desencadenante inmediato. Este poder de los olores es utilizado por empresas, psicólogos, o incluso por mediadores<sup>12</sup>.

### 2.1. ¿Poder evocador = distintividad?

De este poder evocador de los olores, algunos autores deducen su carácter distintivo, necesario para que puedan ser considerados como marcas<sup>13</sup>: así HAMMERSLEY<sup>14</sup> señala que la fuerte relación que existe entre el olor y la memoria humana hace que los olores sean unas marcas efectivas; HAWES<sup>15</sup> indica que dada la íntima y directa interacción entre el aroma y la memoria, resulta comprensible que los consumidores usen desde lejos los olores para identificar y distinguir unos productos de otros; GONZÁLEZ NAVARRO<sup>16</sup> afirma que «no existen (...) dudas verdaderamente serias sobre la capacidad distintiva de un olor, sobre su enorme

<sup>11</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto (2016): «Las marcas olfativas en el nuevo reglamento de marca de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, p. 29.

<sup>12</sup> Así, por ejemplo, en los *centros de mediación* de Estados Unidos es frecuente que un poco antes de llegar las personas que van a someterse a mediación se introduzca masa de *cookies* americanas en el horno, para crear un clima acogedor, relajado y familiar.

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): *op. cit.*, p. 145.

<sup>14</sup> HAMMERSLEY, Faye M. (1998): «The smell of success: trade dress protection for scent marks», *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 2, p. 128.

<sup>15</sup> HAWES, James (1989): «Fragrances as trademarks», *Trademark Reporter*, vol. 79, n.º 2.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto (2016): *op. cit.*, p. 28.

capacidad evocadora y con ello de ligarnos a un determinado producto», y RUIZ-JARABO COLOMER<sup>17</sup>, actuando como abogado general en el caso *Sieckmann*, sostiene en sus conclusiones que «está fuera de toda discusión la abstracta idoneidad de los signos que se aprehenden por el olfato para cumplir una función representativa. Si se quieren simbolizar los productos o los servicios de una determinada procedencia, para distinguirlos de los que tienen un origen diferente; si se trata de rememorar un concreto linaje, una calidad, una reputación empresarial, lo mejor es acudir a un sentido que, como el olfato, tiene unas cualidades evocadoras innegables, incluso persuasivas».

No obstante, en mi opinión, el hecho de que una fragancia sea capaz de provocarnos sensaciones, emociones y recuerdos no implica necesariamente que ésta sea distintiva, es decir, que como exige el artículo 4 de la Ley de Marcas «sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras». El primer fenómeno, por muy potente que sea, puede producirse incluso en el subconsciente, mientras que la distintividad de una marca debe ser algo totalmente claro y producirse con plena conciencia para el consumidor, ya que, gracias a la marca, un consumidor razonablemente atento y perspicaz, debe ser capaz de distinguir con rapidez ese producto de otro semejante y vincularlo indubitadamente con una concreta empresa. No niego que con fuertes campañas de *marketing* pudiera llegar a conseguirse esta distintividad, aunque lo creo difícil, y en el caso de que se lograra se plantearían otras cuestiones que examinamos en el punto cuarto de nuestro artículo; pero en cualquier caso, aunque los conceptos de «capacidad evocadora» y «distintividad» puedan estar relacionados, ni la distintividad tiene por sí sola poder evocador, ni —lo que es más importante a nuestros efectos— la fuerza evocadora implica necesariamente distintividad en el mercado.

## 2.2. Relación producto-aroma y distintividad

Para arrojar un poco de claridad en el asunto, desde HAMMERSLEY<sup>18</sup>, la doctrina<sup>19</sup> viene distinguiendo tres grupos de productos, en función de la relación existente entre éstos y el aroma que desprenden: productos con aromas primarios, secundarios y completamente accesorios o únicos. En mi opinión, a esta clasificación podría añadirse en primer lugar otra, de modo que tendríamos una cuádruple clasificación:

0. Productos con aroma intrínseco y completamente predecible: Son aquellos que tienen un aroma por todos conocido y que resulta de la propia

---

<sup>17</sup> Conclusiones del abogado general RUIZ-JARABO COLOMER en el asunto C-273/2000, que finalmente desembocó en la sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2002, caso *Sieckmann*.

<sup>18</sup> HAMMERSLEY, Faye M. (1998): *op. cit.*, pp. 124-125.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): *op. cit.*, p. 146. GALLEGO, Lorena (2016): «¿Tenemos finalmente registro de marca olfativa?», en *www.legaltoday.com*, 13 de septiembre.

naturaleza del producto, *v. gr.*, el café, las fresas. En estos casos, el aroma resulta de la propia naturaleza del producto, y es igual o muy similar cualquiera que sea la empresa que lo comercializa, por lo que no resulta distintivo. En estos casos, si el consumidor percibe únicamente el olor, aunque sí puede saber de qué producto se trata, no puede vincularlo con una compañía concreta, por lo que carece de valor asociativo y no es susceptible de constituir una marca. Como señala HERNÁNDEZ ALFARO<sup>20</sup>, «la monopolización de esta clase de marcas a favor de un único titular le otorgaría el privilegio que supone, no sólo la posibilidad de prohibir a terceros el uso del signo o medio distintivo, sino la facultad de impedir que otras personas comercialicen los productos pertenecientes a ese género, puesto que el signo o medio olfativo se encuentra incorporado al producto por su propia naturaleza, una restricción de este tipo conllevaría un resultado nefasto para la libre competencia».

1. Productos con aromas primarios: Son aquellos cuya función primordial (a veces única) está constituida por el propio olor, es decir, la función del producto es perfumar, *v. gr.*, perfumes y ambientadores. En este caso, el TJUE también deniega protección a través del sistema de marcas, alegando que, al igual que en el supuesto anterior, el aroma resulta del propio producto, por lo que no es un signo distintivo del producto, sino que el olor casi es el producto o, al menos, es su función primordial. Así, la compañía *Chanel* ha intentado registrar como marca su icónico perfume *Chanel n.º 5*, habiendo sido denegada su solicitud por los motivos mencionados.

Aunque el tema excede de la cuestión tratada en este artículo, no podemos dejar de mencionar que el hecho de que el sistema de marcas no sea para el TJUE el más idóneo para proteger los perfumes no implica que éstos tengan necesariamente que quedar desamparados ante las falsificaciones, ya que podría reconocérseles cobijo bajo el paraguas de los derechos de autor, siempre que constituyesen creaciones originales. Si bien la cuestión no es pacífica, el Tribunal Supremo de Holanda, en sentencia de 16 de junio de 2006, recaída en el caso «*Kecofa B.V. vs. Lancôme Parfums et Beauté et Cie S.N.C.*» otorgó protección a la fragancia *Trésor de Lancôme*, frente al perfume «*Female Treasure*» de *Kecofa*, haciendo un símil entre el perfume y una creación literaria: del mismo modo que lo que protege el derecho de autor en un libro no es el papel que constituye el libro, sino la original creación de su autor, en un perfume, lo que se protege es la idea de su creador y no la sustancia química que le sirve de vehículo<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): *op. cit.*, p. 147.

<sup>21</sup> GALLEGO, Lorena (2016): *op. cit.*

2. Productos con aromas secundarios: Son aquellos en los que el olor no es la principal razón de ser, pero sí una de sus características habituales, v. gr., champús, jabones, productos de limpieza. Aunque a diferencia de los supuestos anteriores, aquí el aroma no resulte de la naturaleza del propio producto, señala la doctrina<sup>22</sup> que en estos casos las fragancias utilizadas suelen ser comunes o genéricas (olor a limón, a pino, aromas frutales...) y, como señala HERNÁNDEZ ALFARO<sup>23</sup>, «los consumidores los perciben así, de modo que saben que las distintas empresas que comercializan ambientadores o productos de limpieza y desinfección disponen de productos en diferentes presentaciones con estas fragancias», lo que tiene por consecuencia el «que el aroma no influya de un modo tan decisivo en la elección del consumidor, porque probablemente la fragancia que busca estará disponible en todas las marcas ofertadas; en cambio, otros factores pueden determinar más la decisión de compra, como puede ser la eficacia o el prestigio del fabricante».
3. Productos con aromas totalmente accesorios o únicos: Son aquellos que no suelen desprender ni llevar incorporado aroma alguno, v. gr., pelotas de tenis, tiendas de ropa, hilos de coser y bordar. Son los casos que mayores dudas plantean en la doctrina y que han dado lugar a la jurisprudencia del TJUE en la materia. Esta clase de aromas sí podría llegar a ser distintiva en algún caso, si los consumidores llegasen a asociar un determinado olor con un producto y a ser capaces de vincularlo a una concreta empresa.

### 3. Ejemplos de éxito ...y fracaso

Como adelantamos, el único caso que consiguió, antes de la doctrina *Sieckmann*, el reconocimiento de marca olfativa por parte de las autoridades comunitarias fue el de las pelotas de tenis con olor a hierba recién cortada. Sin embargo, son muchos otros los que lo han intentado, y algunos lo han conseguido, en sus tribunales nacionales, principalmente en Estados Unidos, Reino Unido y Nicaragua<sup>24</sup>:

- La primera resolución recaída en materia de marcas olfativas en Estados Unidos lo fue en el caso «*in re Clarke*» (U.S.P.Q. 2d 1238, de 19 de sep-

---

<sup>22</sup> HAWES, James (1989): *op. cit.*, pp. 150-151.

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): *op.cit.*, p. 148.

<sup>24</sup> En este país, así como en otros de Iberoamérica, se reconocen expresamente las marcas olfativas; así, el artículo 3 de la Ley 380/2001, de Marcas y otros Signos distintivos de Nicaragua, dispone que «las marcas podrán consistir, entre otros, en palabras o conjuntos de palabras, lemas y frases publicitarias, letras, cifras, monogramas, figuras, retratos, etiquetas, escudos, estampados, viñetas, orlas, líneas y franjas, y combinaciones y disposiciones de colores, sonidos y otros signos perceptibles tales como los olores (...)».

tiembre de 1990), en el que la *Trademark Trial and Appeal Board* (TTAB) otorgó el carácter de marca a un olor descrito como «*a high impact, fresh, floral fragrance reminiscent of plumeria blossoms*», es decir, una fragancia fresca y floral de alto impacto, con reminiscencias de jazmín indio florecido, destinado a hilos de coser y bordar.

- La *United States Patent and Trademark Office* (USTPO) ha reconocido el carácter de marca olfativa de numerosos olores, entre ellos, un olor a cereza, «*a cherry scent*», para lubricantes sintéticos, según registro de 26 de junio de 2001, o un olor con reminiscencias de menta, «*a scent reminiscent of mint*», para mascarillas de uso médico, entre otros.
- Asimismo, en el Reino Unido se consiguieron registrar como marcas olfativas «una fragancia floral que recuerda al perfume de rosas», para neumáticos; y «el olor acre de la cer veza amarga» para unos dardos. Sin embargo, estos olores no consiguieron el beneplácito de la OAMI.
- La tercera sala de recurso de la OAMI, en resolución de 5 de diciembre de 2001, en el caso «el aroma de la frambuesa», denegó el reconocimiento como marca de este signo olfativo, como también lo hizo el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 27 de octubre de 2000, en el caso «*odeur de fraise mûre*» (olor a fresa madura), al considerar que esta descripción puede referirse a distintas variedades de dicha fruta, por lo que no es autosuficiente, precisa ni objetiva, aunque fuese acompañada para la representación del signo de una imagen de una fresa, ya que la imagen de la fresa no representa el olor de ésta. También la cuarta sala de recurso de la OAMI, en Resolución de 19 de enero de 2004, denegó el reconocimiento de marca al aroma «*une note verte gazon*», al considerar que no existía una representación visible del signo.

#### IV. EL REGLAMENTO UE 2015/2424 Y SU IMPACTO EN LAS MARCAS OLFATIVAS

El 1 de octubre del presente año entra en vigor el nuevo Reglamento UE 2015/2424, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifica el Reglamento CE 207/2009, del Consejo, sobre la marca comunitaria. Este Reglamento introduce diversas novedades, entre las que destacamos las siguientes:

##### 1. Principales novedades introducidas por el Reglamento UE 2015/2424

- La Oficina de Armonización del Mercado Interior (OAMI) pasa a denominarse Oficina de Propiedad Intelectual de la UE (EUIPO). Cabe desta-

car que se adopta la terminología anglosajona, incluyendo las marcas en la oficina de propiedad intelectual, a pesar de que, conforme a nuestra tradición jurídica, forman parte de la propiedad industrial.

- La actual «marca comunitaria» pasa a denominarse «marca de la Unión Europea».
- Se añaden algunas prohibiciones de registro a las ya existentes.
- Se incorpora al ordenamiento europeo la «marca de certificación o garantía», ya existente en algunos países como España, cuya finalidad es que una persona o institución pueda certificar la calidad de los materiales, precisión, métodos de fabricación y prestación u otras características de los productos y servicios ofrecidos en el mercado.
- Se elimina el requisito de que una marca debe estar representada gráficamente, novedad que pasamos a examinar.

## 2. La supresión del requisito de la representación gráfica

El artículo 1.8 del Reglamento UE 2015/2424, de 16 de diciembre de 2015, reproducido en la Directiva 2015/2436, modifica el Reglamento 207/2009, cuyo artículo 4 pasa a tener la siguiente redacción:

*«Artículo 4. Signos que pueden constituir una marca de la Unión*

*Podrán constituir marcas de la Unión cualesquiera signos, en particular las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, los colores, la forma del producto o de su embalaje, o los sonidos, con la condición de que tales signos sean apropiados para:*

- a) Distinguir los productos o los servicios de una empresa de los de otras empresas;*
- b) ser representados en el Registro de Marcas de la Unión Europea (el «Registro»), de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular.»*

De esta nueva redacción podemos extraer dos conclusiones:

- i. Se elimina, en cuanto al requisito formal de la representación del signo, la condición de que la representación sea gráfica. Así, el «consideran-

do 9» del mencionado Reglamento establece que «a fin de permitir una mayor flexibilidad y garantizar al mismo tiempo una mayor seguridad jurídica en cuanto a los medios de representación de marcas, el requisito de representación gráfica debe suprimirse de la definición de marca de la Unión. Se debe permitir que un signo se presente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva», es decir, que cumpla los «criterios Sieckmann».

- ii. Se mantiene, como no podía ser de otra forma, el requisito material a que anteriormente aludíamos: la necesidad de que el signo sea distintivo.

## V. ¿IMPLICA EL REGLAMENTO UN RECONOCIMIENTO TÁCITO A LAS MARCAS OLFATIVAS? CONCLUSIONES

El Reglamento elimina uno de los escollos que impedían el acceso de las marcas olfativas al Registro, sin embargo:

- el legislador, conocedor del interés que tienen las empresas y los *lobbies* por las marcas olfativas, no aprovecha para reconocer de modo expreso la marca olfativa,
- persisten, a nuestro juicio, dos obstáculos para el reconocimiento generalizado de las marcas olfativas:
  - i. Un obstáculo de carácter formal: la dificultad de que la representación de un olor sea apropiada para inscribirse en el Registro de Marcas «de manera que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar el objeto claro y preciso de la protección otorgada a su titular», de un modo claro, preciso, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradero y objetivo.

Como vimos, de los distintos medios de representación de aromas examinados por el TJUE, ninguno de ellos cumplía con todos los criterios *Sieckmann*, a pesar de que todos ellos —la descripción literaria, la cromatografía de gases, la fórmula química, la matriz de color—, con la única excepción del depósito de la muestra de olor, eran representaciones gráficas.

Es posible que la evolución tecnológica llegue a crear algún mecanismo de representación de olores que cumpla con los requisitos exigidos por el TJUE, aunque no resulta tan sencillo como pudiera parecer,

ya que, como señala GONZÁLEZ NAVARRO<sup>25</sup>, en la actualidad «no existe ninguna clasificación de las fragancias aceptada internacionalmente que permita, como sucede con los códigos de colores internacionales o con la notación musical, identificar de un modo objetivo y preciso cada fragancia por medio de la atribución de un nombre o un código específico», doctrina que también se deduce del asunto «*Une note verte gazon*» a que nos referimos anteriormente. No obstante, y a pesar de fracasos sonados, como el de la tecnología «*iSmell*», existen empresas dedicadas al sector de la «*digital scent technology*» o tecnología de los aromas digitales<sup>26</sup>, que intentan con mayor o menor éxito captar, disociar, transmitir digitalmente y reproducir olores a través de dispositivos anejos o incorporados a un ordenador o dispositivo móvil o incluso a través de su pantalla, y que en un futuro no muy lejano quizá consigan desarrollar algún sistema de representación de signos olfativos que cubra los requerimientos exigidos.

- ii. El segundo obstáculo es de carácter material o sustancial: ¿es realmente distintivo un olor? Hay que tener en cuenta que el motivo más frecuente de rechazo de marcas en general no es un defecto en la representación del signo, sino su falta de distintividad. Como dijimos al principio, somos capaces de memorizar muchos más olores que colores, pero esta diferencia se refiere a los colores «en bruto», es decir, simples colores, no combinaciones de colores, formas, palabras..., que acaban constituyendo signos complejos y permitiéndonos distinguir un número elevadísimo de ellos. ¿Cuántos olores seríamos capaces de diferenciar y asociar a una marca? Por muy buen olfato que se tenga, ¿cuántas personas serían capaces de distinguir, por ejemplo, los aromas de naranjos de distintas clases? No podemos olvidar que, en materia de marcas, el estándar para valorar el riesgo de confusión no es el de un experto, como ocurre en el caso de las patentes, sino el de un consumidor medio razonablemente informado, atento y perspicaz.

Así, imaginando que la mercadotecnia consiguiese que nuestros cerebros asociasen, por ejemplo, «el olor a naranja» con un producto de una empresa: si concedemos a esa empresa una marca que consista en «el olor a naranja» para ese concreto producto, ¿no le estaríamos concediendo un monopolio excesivamente amplio, habida consideración del riesgo de confusión que existiría entre la marca protegida y otros olores semejantes, que sólo una nariz muy experta podría distinguir?

<sup>25</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto (2016): *op. cit.*, p. 31.

<sup>26</sup> En este sentido, por ejemplo, la *startup* «*Scentcom*», o la empresa israelí «*scent2you*».

Por tanto, creemos que el Reglamento UE 2015/2424 abre una pequeña rendija al reconocimiento de las marcas olfativas, si bien, el que se termine o no abriendo la puerta dependerá de la doctrina que el TJUE vaya construyendo caso por caso. En mi opinión, el reconocimiento generalizado de marcas olfativas no está justificado, al menos en la actualidad, ya que:

1. Desde la perspectiva de las empresas, sus intereses legítimos se hallan suficientemente protegidos por las normas dedicadas a evitar la competencia desleal, por los derechos de autor (cuando sean creaciones originales) e incluso por el propio funcionamiento del libre mercado, ya que si el aroma de un producto supone en efecto un valor añadido al mismo, será premiado por el consumidor.
2. Desde la perspectiva de los consumidores, el reconocimiento de las marcas olfativas podría tener efectos restrictivos de la libre competencia, concediendo monopolios amplios sin que exista —a diferencia del caso de las patentes, en que se concede un monopolio con el argumento de fomentar la investigación— justificación suficiente.
3. Desde la perspectiva de la sociedad en su conjunto, los signos olfativos son mucho más intrusivos que los visuales, auditivos, táctiles o gustativos. No podemos dejar de respirar, por lo que, por más que quisiésemos, sería imposible sustraernos de las marcas olfativas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto (2002): *Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico*, Pamplona, Editorial Aranzadi.

GALLEGO, Lorena (2016): «¿Tenemos finalmente registro de marca olfativa?», en *www.legaltoday.com*, 13 de septiembre.

GONZÁLEZ NAVARRO, Blas Alberto (2016): «Las marcas olfativas en el nuevo reglamento de marca de la Unión Europea», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, p. 29.

HAMMERSLEY, Faye M. (1998): «The smell of success: trade dress protection for scent marks», *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 2, p. 128.

HAWES, James (1989): «Fragrances as trademarks», *Trademark Reporter*, vol. 79, n.º 2.

CRISTINA FERNÁNDEZ CÁMARA

HERNÁNDEZ ALFARO, Mati de los Ángeles (2008): «Los nuevos productos y las marcas olfativas», *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá I*, p. 158.

LLOBREGAT HURTADO, María Luisa (1998): «Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 227, pp. 103-105.

LYONS, Drebbett (1994): «Sounds, smells and signs», *European Intellectual Property Review*, n.º 12, pp. 541-542.

REBOLLO, Josefa (2008): «¿A qué huele tu empresa?», *Tiempo*, 17 de octubre.

(Trabajo recibido el 06/06/2017  
y aceptado para su publicación el 21/06/2017)

# **PRÁCTICA JURÍDICA**



# DE NUEVO SOBRE LA IRREGULARIDAD SOCIETARIA (REPASO DE UN TEMA CLÁSICO DESDE LAS ÚLTIMAS NOVEDADES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES)<sup>1</sup>

RICARDO CABANAS TREJO

*Notario*

## RESUMEN

La exigencia de inscripción en el Registro Mercantil para la definitiva constitución de las sociedades de capital plantea numerosos problemas prácticos cuando la sociedad actúa en el tráfico y se relaciona con terceros antes de la inscripción. El presente trabajo pasa revista a los temas clásicos de la sociedad en formación y de la sociedad irregular a la luz de las más recientes resoluciones de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

**Palabras clave:** sociedad en formación, sociedad irregular, personalidad jurídica, Registro Mercantil

---

<sup>1</sup> El presente trabajo desarrolla la ponencia presentada por el autor en el FORO ARANZADI DE DERECHO SOCIETARIO el día 18/10/2016, dirigido por el magistrado don Juan F. GARNICA MARTÍN, con el título «La constitución de la sociedad y la responsabilidad de los socios. Estadios previos: pre-sociedad, sociedad en formación y sociedad irregular».

## ONCE MORE ON CORPORATE IRREGULARITIES (REVIEW OF A CLASSIC TOPIC REGARDING THE LATEST NOVELTIES IN STATUTE AND CASE LAW)<sup>2</sup>

RICARDO CABANAS TREJO

*Notary Public*

### ABSTRACT

The requirement of registration to set a company provokes actually a lot of problems when the company deals and relates with others parts before ending this process. This contribution reviews several classic topics about setting up a company according the most recent decisions of courts and registers.

**Keywords:** company founding, irregular company, personal entity, commercial register.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN.—II. NOVEDADES LEGALES EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES.—III. LA PRE-SOCIEDAD.—IV. SOCIEDAD EN FORMACIÓN. 1. La responsabilidad de quienes hubiesen actuado. 2. Responsabilidad de la sociedad en formación. 3. Responsabilidad de la sociedad inscrita ¿y de los socios?—V. SOCIEDAD DEVENIDA IRREGULAR.—VI. SITUACIONES ESPECIALES. 1. Legislación procesal. 2. Inscripción en los registros de bienes.—VII. LA POSIBILIDAD DE SUPUESTOS ATÍPICOS DE IRREGULARIDAD. 1. Inscripción de las modificaciones estructurales. 2. El cierre en falso del concurso de acreedores y la posibilidad de una irregularidad sobrevenida.—VIII. CONCLUSIÓN.

---

<sup>2</sup> The present paper develops the presentation given by the author at the ARANZADI FORUM ON COMPANY LAW on October 18th, 2016, under the direction JUSTICE JUAN F. GARNICA MARTÍN, with the title “The incorporation of companies and the liabilities of partners. Preliminary Stages: pre-company, during the formation of the company, and irregular companies”.

## I. PRESENTACIÓN

Después de recibir la amable invitación de Juan Francisco GARNICA para participar en este FORO, al leer el título de la ponencia asignada me vino a la mente algo tan alejado del Derecho societario como el sistema de soleras para el envejecimiento del vino de Jerez. Este sistema, como saben, consiste en mezclar vino de varios años, dando un resultado único por el envejecimiento conjunto de los distintos caldos, y por eso el principal activo de la bodega es el vino más viejo que da cuerpo —enseña— al vino más reciente.

En nuestro caso, el vino viejo —la solera— es la regulación legal de la sociedad en formación y de la sociedad irregular, quizá no tan antigua en su formulación positiva (apenas de 1989), pero enraizada en algunos de los temas más «añejos» de nuestro derecho privado, como la personalidad jurídica, el contrato de sociedad, el rigor mercantil o la doctrina de la apariencia. Aunque la estructura básica apenas ha experimentado cambios desde entonces, sí que se registran novedades en su entorno próximo. Por ello, mi ponencia tiene algo de trasiego, de pasar el contenido de una bota a otra, de mezcla de una regulación venerable con otra más lozana, moderna si se quiere decir así, o «telemática» para estar en la onda tecnológica, y lógicamente con la mirada atenta a su aplicación última en el ámbito judicial y registral.

Para hacer esa mezcla voy a dividir la ponencia en tres bloques. El primero centrado en las novedades legales recientes en materia de constitución de sociedades, con atención especial al ritmo del proceso en sí, al «tempo» fundacional, por el singular empeño del legislador en acortar como sea los plazos —y costes— de la constitución de una sociedad de capital.

El segundo bloque ocupará principalmente mi atención, y es el repaso de los temas clásicos de la pre-sociedad, la sociedad en formación y la sociedad irregu-

lar, a la luz de esas reformas legales y de una selección de resoluciones judiciales y de la DGRN recientes. Son temas que he tratado en el pasado, e inevitablemente sucumbiré al sesgo cognitivo de exponerlos a la luz de mis propias ideas, pero sólo como cauce de una exposición que persigue más el contraste de opiniones que tomar partido.

Terminaré con un tercer bloque muy breve sobre algo no previsto en el título de la ponencia, como es la proyección de estas figuras en otros ámbitos distintos que guardan relación con la materia, o pueden tenerla en ciertas situaciones límite. Me referiré entonces a las modificaciones estructurales y a la singular problemática suscitada por la conclusión exprés del concurso, que puede provocar la cancelación de la sociedad en el Registro Mercantil —RM—, antes de haber completado su liquidación societaria.

## **II. NOVEDADES LEGALES EN MATERIA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES**

Empezando ya con el primer bloque, conviene repasar con perspectiva histórica el despliegue del sistema de constitución de sociedades por vía telemática, y para distender una exposición que inevitablemente resulta farragosa me permito identificar cada fase con el nombre del presidente del Gobierno que corresponde por razón de fechas.

### *a)* Sistema AZNAR.

El origen remoto está en el procedimiento instaurado por la Ley 7/2003, de 1 de abril, con la incorporación de la variante de SRL, conocida como Sociedad Limitada Nueva Empresa. En ese momento se regula el Documento Único Electrónico (DUE) como expediente electrónico al que se iban «enganchando» los diferentes requisitos y trámites encaminados a la constitución y puesta en marcha de una SLNE, con el mandato de una inscripción exprés en el RM en sólo veinticuatro horas, siempre que se utilizara el modelo de estatutos orientativos aprobado por la OMJ 1445/2003, de 4 de junio. Pero era posible seguir también la tramitación al margen del DUE, en papel conforme a las reglas generales.

No obstante, en el ámbito notarial se fue generalizando la presentación telemática de cualesquiera documentos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad —RP— o en el RM (Ley 24/2001, de 27 de diciembre; RD 45/2007, de 19 de enero), y entre ellos las escrituras de constitución de cualquier sociedad, no sólo una SLNE, aunque los plazos de calificación e inscripción eran entonces los generales (quince días, art. 18.4 CCom).

*b)* Sistema ZAPATERO.

El RD 1332/2006, de 21 de noviembre, inicia ya un cambio de tendencia, al aprovechar la experiencia adquirida con la SLNE para ampliar el sistema del DUE a la constitución de la SRL. Pero el hito fundamental es el RD-L 13/2010, de 3 de diciembre. Situándose al margen de la SLNE y del DUE, regula con carácter general la constitución telemática de sociedades. El sistema no excluía, de pedirlo así el interesado, que el trámite posterior siguiera en papel. La renuncia sólo estaba prevista para el sistema supletorio, pero es obvio que en los otros el notario tampoco podía imponer la tramitación telemática a los interesados en contra de su voluntad.

La tramitación telemática era posible según los siguientes sistemas:

- Sistema básico: sólo para la SRL, el plazo para autorizar la escritura es de un día para el notario y el de calificación de tres días para el RM, sin necesidad de ajustar los estatutos a un modelo orientativo; además, respecto de los honorarios de ambos, fija una tasa.
- Sistema abreviado: cuando el capital de la SRL no supere los 3.100 euros, y los estatutos —ahora sí— se adapten al modelo aprobado por la OMJ 3185/2010, 9 de diciembre, los plazos se acortaban aún más (el mismo día para la escritura, siete horas para inscribir) y rebaja la tasa.
- Sistema supletorio: cuando se trate de una sociedad de capital distinta de la SRL, o siéndolo el capital superara los 30.000 euros, un socio fuera persona jurídica, o hubiera optado por determinada configuración del órgano de administración (en particular, Consejo de administración o más de dos administradores mancomunados), los plazos eran los generales para inscribir, y sin tasa (arancel por cuantía). En este caso resultaba irrelevante que se hubiera empleado el modelo de estatutos como guía para confeccionar los propios.
- Sistema SLNE: seguía vigente, pero podía encajarse en el sistema básico o en el abreviado de antes, sin necesidad de tramitar el DUE.

Una instrucción posterior de la DGRN de 18 de mayo de 2011 insiste en la necesidad de que el notario informe a los clientes sobre los procedimientos de constitución telemática, destacando que todas las sociedades de capital deben constituirse preferentemente por ese medio, pero «en especial» deben serlo las que reúnan esas condiciones de capital, socios y administración.

De todos modos, los otorgantes siempre podían indicar lo contrario, circunstancia que debía constar en la propia escritura, en cuyo caso para el RM, aunque

concurrieran las otras circunstancias, incluso los estatutos-tipo, no se entiende sujeto a este sistema, sobre todo a efectos de plazo y de honorarios. El sistema funcionó bastante bien, aunque surgieron algunos problemas con las cláusulas del modelo o la justificación de la liquidación fiscal (entre otras, Resoluciones de 4 de junio de 2011 y de 9 de octubre de 2013).

c) Sistema RAJOY.

Llegamos así a la Ley 14/2013, de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que generaliza a todas las SSRL, no sólo la SLNE, el sistema del DUE, pero deroga en bloque el sistema del RD-L 13/2010 (no sólo era aplicable a la SRL), salvo los apartados referidos a los aranceles notariales y registrales y la exención de la tasa en el BORME.

En paralelo se modifica la DF 3.<sup>a</sup> LSC para referirse en general al DUE, sin limitación a la SLNE, pero mantiene la posibilidad de la renuncia de los socios fundadores para la tramitación por sí mismos o por un representante que designen (en sintonía con el art. 440.1.II LSC referido sólo a la SLNE), pero nada dice sobre la posibilidad de seguir con la tramitación telemática a cargo del notario sin DUE (tampoco los otros trámites posteriores al RM que son posibles con el DUE, v. art. 17 Ley 14/2013).

Según esto, había dos procedimientos de constitución de SRL:

i. Constitución de SRL mediante escritura pública y estatutos tipo: en este caso, se debe utilizar un DUE y el sistema CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresas); autorización de la escritura en doce horas e inscripción en el RM en seis horas (art. 15).

ii. Constitución de SRL sin estatutos tipo: se aplica el mismo régimen anterior, con algunas especialidades, en particular las referidas al RM, pues se empieza con una inscripción «inicial» en el plazo de seis horas y una posterior inscripción «definitiva» dentro del plazo de calificación ordinario, que vale como modificación de estatutos (art. 16).

iii. Por otro lado, con carácter general para ambos supuestos, la DF 10 de la Ley 14/2013 se refiere a un formato estandarizado de escritura fundacional con campos codificados, que debe regularse también por Orden del MJ.

En su literalidad, los dos artículos 15 y 16 de la Ley 14/2013 comprenden todos los supuestos de constitución de una SRL, sin más criterio de clasificación que el empleo de estatutos tipo, pero en ambos casos, y por la remisión del artículo 16.1 al artículo 15, siempre por medio del sistema CIRCE y sobre la base del DUE. La duda surge porque el artículo 16.7, respecto del segundo supuesto,

convierte la imperatividad en mera posibilidad, en abierto contraste con la remisión que hace su apartado primero (*«cuando los fundadores optasen por la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada sin estatutos tipo, la tramitación de la constitución se podrá realizar utilizando el DUE y el sistema de tramitación telemática del CIRCE»*).

En la práctica notarial fue bastante habitual que los fundadores comparecieran directamente en la notaría para constituir una SRL, en su caso con encargo previo al notario de la obtención de la denominación social, pero sin haber acudido al CIRCE, ni con el DUE. Con la Ley 14/2013 en la mano todos estos supuestos serían reconducibles a la hipótesis del artículo 16, pues aún no estaban aprobados los estatutos tipo, y los interesados pueden renunciar a la tramitación por medio del CIRCE. Mejor dicho, pueden optar por el CIRCE, pues la regla, según el artículo 16.7, es la tramitación fuera del mismo. Pero esta renuncia no era a la realización de la presentación telemática en el RM, o la obtención por el notario del NIF provisional, o la tramitación telemática también por el notario del modelo 600 del impuesto. Todos estos trámites se podían llevar a cabo por el notario sin necesidad del DUE y de acudir al CIRCE. Incluso, los estatutos tipo de la OMJ 3185/2010 se siguieron utilizando en la práctica, pues de hecho no fueron derogados, aunque sí prácticamente todos los apartados del artículo 5 del RD 13/2010 que le servían de fundamento (v. la Resolución de 18 de agosto de 2014).

El RD 421/2015, de 29 de mayo, completó el sistema RAJOY con la aprobación del modelo de estatutos tipo. Es un modelo que vale para cualquier SRL, pues ya no hay distinción a estos efectos por razón de un capital máximo o por la condición personal de los socios (sí por el órgano de administración, pues, aunque la Ley 14/2013 ya no distingue, el modelo de estatutos, sin demasiado fundamento legal, establece limitaciones específicas). En coherencia con el artículo 15 de la Ley sólo contempla la redacción de los estatutos en la plataforma telemática del CIRCE. Por otro lado, pone fin a las dudas que venía suscitando la vigencia limitada del artículo 5 del RD-L 13/2010, sólo para el tema de los honorarios notariales y registrales, pues los supuestos de hecho previstos en esta norma no se corresponden con los de la Ley 14/2013. A partir de ahora, la aplicación de la tasa más baja exige un capital no superior a 3.100 euros y que los estatutos se ajusten al modelo-tipo (haya o no DUE). En otro caso se aplica la más alta.

Con posterioridad, la Orden JUS/1840/2015, de 9 de septiembre, aprueba el modelo de escritura pública en formato estandarizado y campos codificados de la SRL, así como la relación de actividades que pueden formar parte del objeto social. Obsérvese que el sistema no sólo exige un contenido ajustado al modelo, también que se emplee un determinado formato que permite el tratamiento electrónico de todos los campos codificados.

En principio, si nos ceñimos al texto del artículo 15 de la Ley, en estos casos el DUE parece ineludible, pero el artículo 7 del RD 421/2015 también se refiere al artículo 16, y aquí ya resulta prescindible. Parece que el empleo del formato estandarizado de escritura resultará obligatorio en cualquier constitución de SRL, haya o no DUE, se emplee o no el modelo-tipo de estatutos (esto último, de forma expresa en el art. 6.3 RD 412/2015). En cambio, este modelo-tipo podrá utilizarse por los interesados, aunque no haya DUE, y el propio artículo 7.3 del RD 421/2015 parece insinuarlo cuando exige la remisión a través del CIRCE, pero sólo cuando se utilice el DUE. *A contrario*, es posible no emplear el DUE, pero seguir dentro del sistema. Por utilización del modelo a estos efectos ha de entenderse estrictamente haber rellenado los campos según las especificaciones que marca el RD. Cualquier modificación o añadido, por insignificante que parezca, supone renunciar a este sistema, con independencia de que los interesados se hayan servido de este modelo «oficial» para confeccionar sus propios estatutos, y en su mayor parte lo copien, pero no sería lo mismo. Corresponderá al RM decidir si una constitución ajustada al modelo de estatutos, pero sin DUE, va por la vía del artículo 15 o por el artículo 16, con doble asiento en este segundo caso, pero lo más probable es que se inscriba en los plazos del primero, aunque no se corresponda exactamente con el supuesto de hecho.

A la vista de todo esto, ¿pueden los interesados dirigirse directamente a la notaría para constituir un SRL sin haber acudido al CIRCE?, ¿también emplear el modelo de estatutos aunque no utilicen un DUE?, ¿y el notario debe redactar la escritura en el formato estandarizado?, ¿qué pasa con la SA?

Por mi experiencia personal, que no deja de ser la de un notario de pueblo, pero he podido contrastar con algún RM y con otros compañeros, el sistema DUE no se está utilizando de forma masiva y tampoco la escritura con campos codificados. En gran medida, seguimos operando igual que en el sistema ZAPATERO, pero con otros modelos.

En la práctica tenemos así varios sistemas de constitución de SRL: con o sin estatutos-tipos; desde un Punto de Atención al Emprendedor (PAE), en un DUE y a través de CIRCE; o directamente en la notaría sin DUE, y en este último caso en forma telemática o en papel; y una SA que puede ser objeto de tramitación telemática al margen de todo esto, ¿qué diferencias habría en la práctica? Teóricamente en el tiempo y en el coste. Se supone que una tramitación telemática desde la notaría, fuera de la plataforma CIRCE, aunque se ajuste a los estatutos tipo en la SRL, pero no sea una escritura en formato estandarizado, quedaría fuera de los plazos más breves. Por conocimiento propio, habiendo constituido sólo una SRL a través de un DUE, en las decenas de SSRL —y una SA— que he constituido de la otra forma, la inscripción ha sido prácticamente de un día para otro. El sistema funciona muy bien, pero no me pregunten de qué sistema se trata, porque no lo sé.

Ya veremos si un cuarto sistema (¿RAJOY, SÁNCHEZ ...?) nos aclara la situación, o vuelve a cambiarlo todo. De momento, y permítanme la frivolidad, la sombra de ZAPATERO parece ser alargada.

Además de las cuestiones referidas a la simple tramitación, estas reformas legales han dejado otras novedades que son de interés para los temas que abordo después. En particular:

- La posibilidad de constituir una SRL sin necesidad de acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias si los fundadores manifiestan en la escritura que responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de las mismas (art. 15.4. a).II Ley 14/2013, con carácter general, aunque también se reitera en el art. 4.bis.3 LSC).
- La figura de la SRL en régimen de formación sucesiva (art. 4. bis LSC), que no es una SRL con desembolsos pendientes (Resolución de 18/07/2015), sino una SRL con un capital inferior al mínimo legal, pero con la responsabilidad latente de los socios por el desembolso de la cifra de capital mínimo legal en caso de liquidación voluntaria o forzosa de la sociedad.

Estas figuras inciden en la llamada responsabilidad por la diferencia del artículo 38.3 LSC, pero desde un plano teórico. Como las «meigas» en Galicia, supongo que existen, pero yo no las he visto. Teniendo en cuenta que puedes constituir una SRL con una aportación no dineraria consistente en un ordenador, una impresora, varias sillas de oficina y una mesa por valor conjunto de 3.000 euros, sinceramente dudo que la cifra de capital haya sido nunca un problema, aunque algún político pueda presumir de haber «rebajado» en 3.000 euros el coste de constituir una SRL, y así mejorar puestos en la lista del Banco Mundial.

### III. LA PRE-SOCIEDAD

Con esto doy por finalizado el primer bloque de mi intervención y paso a la parte «mollar», la más intemporal, la «solera» en nuestra mezcla, centrada en los estadios previos a la constitución de una sociedad, pero de una sociedad de capital, en particular de una SA/SRL. Y es aquí donde hay que empezar con una matización. La creación de una sociedad no siempre es la perfección de un contrato, pues del proceso fundacional pueden formar parte otros elementos. Bastará el carácter mercantil del objeto social y la publicidad de hecho como «dato empírico» para la concurrencia de los elementos definidores del tipo «sociedad colectiva». Por el contrario, las sociedades de capital requieren de una específica voluntad electora y, además, que dicha voluntad se manifieste eficazmente («dato

jurídico») a lo largo de un proceso pautado por dos instancias o momentos relevantes. Uno de carácter jurídico-privado centrado en el contrato (formal) de fundación de la sociedad y el otro de carácter jurídico-público que pivota sobre la inscripción registral.

Por la proyección temporal de ese proceso podemos diferenciar varias fases o situaciones, cada una con especialidades de régimen jurídico. Una previa que cubre el tiempo que intermedia entre el inicio del proceso y la definitiva constitución de «esa» forma social, que en situación normal será la sociedad en formación, pero admite en paralelo el supuesto patológico de la sociedad irregular, de ser posible la inscripción tardía (en otro caso la irregularidad se torna definitiva). Pero, también, una posible fase que anteceda al inicio formal de ese proceso, que podríamos calificar de «pre-sociedad», sin que el prefijo pretenda insinuar que no hay sociedad, sólo que no ha empezado formalmente el proceso referido a la sociedad de capital. Es evidente que una constitución «relámpago» puede convertir a la sociedad en formación —nuestro vino viejo— en una pura abstracción teórica, y algo de eso debe estar ocurriendo, pues la mayor parte de las resoluciones judiciales que he localizado se refieren a casos del primer estadio de «pre-sociedad».

A estos efectos conviene evitar ahora cualquier discusión en torno a las «esencias», en particular sobre la naturaleza constitutiva de la inscripción o la personalidad jurídica. Sólo con la culminación del proceso mediante la inscripción la sociedad de capital adquiere la personalidad jurídica que corresponde al tipo social elegido (art. 33 LSC), pero eso no significa que antes esté ausente una persona jurídica, o «algo» que parece una persona jurídica, aunque no se quiera calificar así. No habrá una SA/SRL, y con eso ahora nos basta.

Desde esta perspectiva podemos hablar de pre-sociedad en muy diferentes sentidos. Como una fase meramente preparatoria para constituir después la SA/SRL, quizá con reflejo en algún documento. También, sin necesidad de haber suscrito documento alguno, cuando ya se realicen algunas actuaciones de tipo meramente preparatorio por cuenta o en interés de la futura SA/SRL que está previsto constituir. Incluso, que se vaya algo más lejos y de algún modo ya se dé inicio a la actividad social, sin excluir la suscripción de un documento privado fundacional con el compromiso de su posterior elevación a público, o que después de la constitución se pretenda la vigencia limitada del documento anterior respecto de ciertos pactos no recogidos en la escritura fundacional o los estatutos. La fenomenología puede ser muy variada.

Para enfrentarse a ella, la cuestión previa es si antes de la escritura fundacional puede haber ya sociedad en formación, o sólo podemos hablar de pre-sociedad. Pero planteado en esos términos el debate resultaría algo engañoso. La escritura pública no se exige desde la perspectiva del contrato de sociedad en sí, sino desde

la del tipo societario en particular. La forma pública aparece como un índice tipológico, en cuanto sirve a la existencia de un determinado tipo societario, y con ello a la aplicación de su específico régimen jurídico, pero en absoluto a la existencia de una sociedad.

Es obvio que «antes» de la escritura la voluntad de los interesados ya es la de fundar una SA/SRL, pero esa voluntad ha de pasar por el tamiz del otorgamiento público, siendo irrelevante por sí sola «a estos efectos». Aunque existiera un previo documento privado en el que las partes manifestaran «solemnemente» que constituyen una SA/SRL, la posterior escritura pública no sería meramente reconocitiva de dicho documento, como sucede en los casos de elevación a público de un documento privado, donde hay voluntad de declarar, pero no voluntad negocial.

Por eso digo que es irrelevante «a estos efectos». La forma pública se exige para la constitución de una SA/SRL, pero no para la existencia de un fenómeno negocial, que habrá de ser atendido de la manera más adecuada y conforme a la voluntad de las partes. Esos posibles supuestos que antes indiqué se pueden reconducir a dos grandes grupos: las situaciones tendencialmente orientadas a la constitución de una SA/SRL y las que interrumpen el proceso normal con la interposición de otra sociedad.

Obviamente, las partes acuden a la notaría habiéndose puesto ya de acuerdo sobre la constitución de una SA/SRL, otra cosa es la fuerza vinculante de esos compromisos y las consecuencias de su incumplimiento. La mayoría de las veces estaremos ante simples tratos o pactos preparatorios, sólo generadores de responsabilidad precontractual en caso de ruptura injustificada de las negociaciones, por tanto limitada al resarcimiento del interés contractual negativo. Pero el compromiso de las partes puede ser más intenso y reflejarse en un convenio que les obligue a la ulterior constitución de la SA/SRL, fijando ya los elementos esenciales de la misma. Incluso, el convenio privado de constitución de una SA/SRL, lejos de ser radicalmente nulo, sería reconducible a un compromiso de este tipo cuando reúna los —restantes— elementos necesarios para su validez, sin perjuicio de transitar hacia la irregularidad general cuando —además— haya actividad (es el caso de la SAP de Valencia de 4 de diciembre de 2003, Rec. 932/2002, donde las partes en el documento privado no dudan en declarar que el nuevo ente ya se rige por la LSRL, y hasta llevan a cabo pocos días después una venta de participaciones).

En estos casos, la figura que viene a la mente es la del precontrato o promesa de contrato, de contornos no siempre bien precisos, ya que las tesis sobre su naturaleza han ido desde la equiparación al contrato definitivo, a su configuración como un mero convenio generador de la obligación de celebrar un contrato posterior, pasando por la existencia de un contrato base que necesita ser desarrollado,

o su calificación como una etapa preparatoria de un *iter negocial* complejo de formación sucesiva.

Como la forma no responde aquí a una razón especial de tutela de los interesados, sino a una finalidad de integración normativa y de acotamiento del proceso fundacional de una sociedad de capital, no veo la razón de negar que antes de la escritura exista ya una voluntad negocial vinculante. Ese pacto no produciría efecto alguno en relación con el *iter* fundacional de una SA/SRL, es decir, ni habría SA/SRL, ni sociedad en formación, pero sí genera una obligación de concurrir al posterior otorgamiento de la escritura fundacional, la cual no se presenta como un contrato idéntico al anterior (el anterior ni funda, ni puede fundar una SA/SRL), sino como el desarrollo de una compleja relación contractual, en la que dicho otorgamiento es la forma de ejecución del compromiso. No es un *circuitus inutilis*, pues vendría a preparar y asegurar una situación jurídica futura, estableciendo una inicial vinculación de las partes, sin provocar todavía una inmediata eficacia del negocio.

Las dificultades surgirán por la renuencia de algunos de los firmantes al otorgamiento de la escritura y la posibilidad de una ejecución forzosa. Hoy día se admite la ejecución específica de la obligación de concluir un contrato o de emitir una declaración de voluntad, que puede ser cumplida sustituyendo el pronunciamiento judicial a la declaración de voluntad no efectuada, pero resulta algo más problemática en relación con el contrato de sociedad (no la admite por falta de concreción del documento de intenciones la STS de 3 de junio de 1998, Rec. 881/1994; sin embargo, en la STS de 13 de noviembre de 2009, Rec. 1715/2005, no se considera esencial la omisión del tipo proyectado, «*dado que existen modalidades elementales o primarias de sociedad con las que bastaría para entender realizado en sus mismos términos el proyecto contractual, tanto más si caben sociedades carentes de forma específica e irregulares*» —la AP había condenado a constituir la sociedad y el TS desestima el recurso).

Cuestión distinta es que el compromiso también funde una responsabilidad de tipo contractual, y no meramente pre-contratual, como consecuencia del desistimiento unilateral del compromiso previo, con la consiguiente repercusión en la naturaleza y la cuantía del resarcimiento, como alternativa a una ejecución en forma específica que no se considera posible, o simplemente no se solicita. Es una posibilidad que no cabe excluir, en función de la firmeza del compromiso asumido y de su grado de concreción (la SAP de Burgos de 11 de junio de 2013, Rec. 316/2012, no considera probado el lucro cesante, pero sí que condena a indemnizar por daños morales).

Todo se resuelve al final en un problema de interpretación del documento y de la voluntad de las partes. Sólo así sabremos cuándo se está en presencia de un precontrato propiamente dicho, susceptible en su caso de ejecución forzosa, o de

generar responsabilidad contractual por el incumplimiento, y cuándo ante meros pactos preliminares o preparatorios que sólo provocan responsabilidad pre-contractual (en la SAP de Madrid de 25 de enero de 2007, Rec. 420/2006, se estaba en la fase preliminar, porque aún eran posibles modificaciones en la composición de los promotores de la constitución de la sociedad).

El reconocimiento del carácter formal del contrato constitutivo de una SA/SRL no obsta para la admisión de alguna suerte de vinculación previa (no formal) que pueda llevar, incluso, a la constitución de la SA/SRL con carácter obligatorio para algún socio. La escritura pública supone así un corte limpio con el pasado y marca el comienzo del proceso fundacional de la SA/SRL, pero no la irrelevancia de lo que haya sucedido antes de ella.

La hipótesis descrita debe deslindarse nítidamente de aquella donde otra forma social interfiere en el estadio previo al otorgamiento de la escritura fundacional de una SA/SRL. Así será cuando al acuerdo privado de constituir la sociedad le siga el inmediato inicio de las actividades sociales, o al pacto constitutivo se le añada la cláusula de que, en determinadas circunstancias, se procederá a convertirla o transformarla en SA/SRL (STS 5 de junio de 1996), en la que el propietario único de un negocio asocia a varias personas, a las que da una participación en el mismo, estipulando al mismo tiempo tanto la posibilidad de elevación a público del documento privado inicial como la de transformar la «*sociedad privada*» en una SA, si así lo pidieran todos los componentes de aquélla, o la mayoría de ellos).

Quede claro que me refiero al inicio de las actividades sociales, no a la mera realización de actos o contratos en nombre de la futura sociedad y de carácter preparatorio, tendentes a facilitar el funcionamiento de aquélla (STS de 22 de noviembre de 2006, «*los actos previos a la constitución formal de la sociedad, y principalmente los relativos a la preparación o relacionados con su objeto social, son válidos, bajo ciertas condiciones*»). Sin negar que la línea de separación entre contratos preparatorios y operaciones sociales no siempre es tan nítida, antes de la escritura pública, y mientras tengan carácter aislado, ningún inconveniente hay en realizar actuaciones por cuenta o a favor de la futura sociedad, como en general no los hay en admitir la figura de la gestión de negocios en favor de un *dominus* inexistente. Quien lo haga tiene el deber de manifestar al tercero la situación de su principal. De no hacerlo, el firmante corre el riesgo de quedar obligado por sí mismo (la STS de 22 de noviembre de 2006 se refiere a las distintas modalidades de transmisión o traspaso de alguno de los sujetos de la relación jurídica negocial, entre ellas el contrato para persona que se designará; en el caso, sin embargo, ninguna reserva se había hecho en el contrato, « *pues sólo se designa a una sociedad innominada, en formación, lo que no quiere decir nada, dado que el contratante, que dice que actúa como mandatario de la misma, no facilita al respecto ninguna pista —como el nombre, domicilio...— de quién pudiera serlo, y lo*

*pudieron ser muchos»*; por eso, sobre la base del art. 247 CCom, el TS considera que la obligación derivada del contrato se refiere a la persona física que lo firmó).

Estaríamos ante una situación reconducible al artículo 1.259 CC, al tratarse de contratos celebrados a nombre de otro (la futura sociedad) por quien no tiene su autorización o representación, ni puede tenerla puesto que la sociedad —como tal SA/SRL, o sociedad en formación— no existe. Estos contratos son nulos, o simplemente no vinculan a la persona en cuyo nombre se otorgaron, sin perjuicio de que ésta los asuma, asunción que puede producirse inmediatamente después de la escritura fundacional, durante la fase de sociedad en formación, sin tener que esperar a la inscripción (STS de 14 de junio de 2007; aunque entre la fecha del encargo y la escritura median más de dos años, entiende que hay ratificación por haberse aprovechado de los efectos, la SAP de Madrid de 22 de noviembre de 2010, Rec. 599/2009; no obstante, la STS de 31 de mayo de 2006, Rec. 3681/1999, parece no admitir la ratificación por la Junta general antes de la inscripción). De faltar esa ratificación, y según lo que haya manifestado el representante, puede haber responsabilidad de este último.

Puede ocurrir, incluso, que el pre-contrato societario y el otro contrato vinculado se solapen, hasta el punto de diluir la posición del pretendido tercero, cuando se trate de un socio o persona vinculada con el mismo que contrata con la futura sociedad, dilución que podría rebajar las probabilidades de éxito de una eventual reclamación del —entonces— sedicente tercero (SAP de Madrid de 25 de enero de 2007, Rec. 420/2006, *«tal régimen —art. 15.1 LSA— está dirigido a proteger a los terceros que han contratado con la sociedad, no a los propios integrantes o promotores de la sociedad en formación por la frustración de la constitución y nacimiento de la sociedad anónima»*; distinto en la STS de 13 de noviembre de 2009, Rec. 1715/2005, donde el pacto de constituir la sociedad y el contrato con el tercero constan en el mismo documento y están relacionadas, pero eran separables; un caso singular en la SAP de Barcelona de 28 de enero de 2014, Rec. 807/2012, donde el contrato de arrendamiento se había celebrado por cuenta de una sociedad en período de constitución, sociedad que continúa pagando la renta durante un tiempo después de constituida, y cuando la sociedad deja de hacerlo, quien firmó inicialmente el contrato paga la renta, reclamando a la sociedad después su reembolso; considera la AP que el verdadero titular del arrendamiento era la sociedad, pues así se hizo constar en el contrato).

Pero en la situación a la que ahora me refiero se da inicio a las actividades sociales en nombre de una sociedad «existente» —en su caso, incorrectamente calificada de SA/SRL— y dotada de publicidad de hecho. Una interpretación progresiva del sistema de derecho de sociedades y del concepto mismo de persona jurídica ha de llevar al reconocimiento en esos casos de la presencia de una sociedad externa y personificada, que no es posible sea SA/SRL, ni sociedad en formación, lo que obliga a buscar su regulación en el ámbito de los conceptos y tipos generales.

Se habrán de aplicar así las normas propias de la sociedad civil o de la colectiva, como sistemas normativos especialmente diseñados para el tratamiento de aquellos fenómenos societarios que no han pasado por los filtros legalmente dispuestos para el acceso al régimen diferenciado de otros tipos (parece ser el caso de la STS de 19 de diciembre de 2006, Rec. 342/2000, al indicar que no hubo escritura pública, y por eso lo envía directamente al régimen de la sociedad colectiva). Sólo una puntualización: así como en la sociedad en formación devenida irregular la voluntad electora del tipo está fijada en la escritura fundacional, haciendo posible una inscripción tardía, en los de irregularidad *ab initio* la valoración del supuesto como sociedad colectiva o civil resulta definitiva.

Lógicamente, si en este caso la sociedad ya existe como persona, es imposible continuar el proceso fundacional con normalidad, pues ni la sociedad puede ser fundada de nuevo, ni ésta podría elevar a público su propio contrato fundacional (en el caso de la Resolución de 23 de febrero de 1998 eran los socios quienes aportaban una empresa en funcionamiento de su propiedad). Antes de la LME podía plantearse la transformación de la sociedad preexistente, pero queda descartada tras la DA 2.<sup>a</sup> Ley de Modificaciones Estructurales —LME— que exige la previa inscripción de la sociedad irregular, de ahí que sólo quede esta opción para la sociedad civil (cuestión distinta, a la vista de la deseable regularización por vía de la transformación, es que el RM no sea demasiado riguroso a la hora de calificar la naturaleza civil/mercantil del objeto; v. Resoluciones de 13 de mayo de 2016 y de 23 de junio de 2016; muy distinto en sentido contrario, por la posibilidad de transformar una SRL en sociedad civil que admite la Resolución de 26 de abril de 2016). En otro caso habría de regularizarse como colectiva y después transformarse. También existe la posibilidad de constituir una nueva sociedad que asuma el negocio preexistente de la sociedad irregular, pero no habría sucesión universal (Resolución de 22 de junio de 2016), haciendo necesario el consentimiento de los acreedores para el cambio de deudor (de gran interés la sentencia de la SAP de Las Palmas de 1 de septiembre de 1998, Rec. 445/1997: *«desde un punto de vista jurídico, entre esa sociedad y la sociedad de capital que se pueda constituir con posterioridad no existe una relación de continuidad sino de discontinuidad y ello es así porque ambas son dos sociedades distintas, cada una de ellas dotada de su propia personalidad jurídica, con lo que la constitución de la segunda no implica necesariamente la desaparición de la primera, con lo que la constitución de la sociedad de capital no supone la automática subsunción de la sociedad personalista en la sociedad de capital ... Ahora bien, nada impide que en la escritura de constitución de la sociedad de capital, los fundadores asuman, para aquélla, el patrimonio de la sociedad preexistente. A diferencia de otros ordenamientos, el nuestro no contempla esta cuestión de forma expresa, por lo que podemos decir que estamos ante una laguna de derecho que debe cubrirse con la ayuda que proporciona el recurso a los instrumentos conceptuales y de régimen del derecho societario y, a falta de ello, el de obligaciones y el patrimonial siempre con la vista puesta en robustecer la protección del tráfico y con ello*

*los intereses de terceros. Desde esta perspectiva, y a falta de mejor apoyo resulta obligado señalar que el supuesto que nos ocupa se asemeja al de transformación de una sociedad de personas en una de capital ... En todo caso, y dado que este acuerdo supone sustituir a un deudor cuyos socios responden personal, ilimitada y solidariamente por las deudas sociales por otro en el que los socios responden de forma limitada, resulta obligada la conformidad de los acreedores de forma tal que faltando ésta no cesará la responsabilidad de los socios de la sociedad preexistente que permanecería, viniendo a añadirse a la de la sociedad de capital»).*

Para terminar con esta primera parte sobre la pre-sociedad vale la pena referirse a la STS de 24 de noviembre de 2010, Rec. 876/2007, no sólo por el interés del caso, muy especialmente por el singular esfuerzo argumentativo del TS, que se ha dejado ver con frecuencia en otras sentencias posteriores. Se trataba de un contrato privado de venta de un solar con una SRL en constitución, identificada por su nombre, pero antes de la escritura, y antes de haber solicitado la denominación. Como ésta es denegada por el RMC, se termina constituyendo con otro nombre. La parte vendedora da por resuelto el contrato y es la nueva sociedad la que demanda judicialmente el cumplimiento. La vendedora demandada opone entonces falta de legitimación activa por ser una entidad distinta la que firmó el contrato, sin que pudiera ser cesionaria del mismo por no haber llegado a existir. El TS discute sobre la personalidad jurídica de una sociedad no formalizada. Tiene claro que la previsión del entonces artículo 15 LSA entra en juego a partir de la escritura, pero eso no impide derivar del contrato aformal de sociedad «cierto grado de personalidad». Tras pasar revista a su propia doctrina y de la DGRN concluye que, cuando los socios o los gestores contratan con tercero exteriorizando la existencia de la sociedad no formalizada, *«quedan vinculados con la misma quienes con ella contratan, conociendo que entablan las relaciones con la sociedad en fase de adquisición de personalidad, de tal forma que, una vez formalizada e inscrita, ésta puede exigir de los terceros el cumplimiento de lo pactado»*. Bastará para ello con la ratificación, aunque sea tácita, y en el caso la ratificación era deducible de la misma interposición de la demanda interesando la condena a elevar a público el contrato de compraventa. La STS reconoce este grado de personalidad a la sociedad no formalizada, pero al mismo tiempo se reafirma en que sólo con la escritura entra en juego el art. 15 LSA (en este sentido la malinterpreta la SAP de Álava de 5 de diciembre de 2013, Rec. 466/2013, al entender que el TS supera su doctrina anterior sobre el marco temporal de la sociedad en formación).

Como dije antes, este rotundo pronunciamiento del STS a favor del reconocimiento de —cierta— personalidad jurídica antes de la inscripción, incluso antes de la formalización, se ha convertido en un *leading case* de cita habitual en resoluciones posteriores, no sólo judiciales, también de la DGRN. Como es sabido, después de la estridente Resolución de 31 de marzo de 1997, y hasta su rectifica-

ción por la Resolución de 14 de febrero de 2001, la relación de la DGRN con el tema de personalidad jurídica societaria ha sido algo tormentosa. Por eso, y para desvanecer cualquier asomo de duda en relación con la personalidad jurídica de estos fenómenos societarios, antes de entrar en el siguiente bloque me permito transcribir parte de la rotunda reflexión de la Resolución de 23 de diciembre de 2015, con cita precisamente de esta STS: *«no se puede mantener que una sociedad mercantil no inscrita carezca de personalidad jurídica. Así lo afirma también la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010 ... Asimismo, de ciertos preceptos legales resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica —o, al menos, de cierta personalidad—, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones, conforme al artículo 38, párrafo primero, del Código Civil (cfr. artículos 33 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, a los que remiten los artículos 125 del Código de Comercio); igualmente, resultaba ya del tenor del artículo 116, párrafo segundo, del Código de Comercio. La inscripción en el Registro Mercantil sólo es necesaria para que las sociedades de capital adquieran “su” especial personalidad jurídica —la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido, no la personalidad jurídica en abstracto— (artículo 33 de la Ley de Sociedades de Capital), que añade la limitación de responsabilidad de los socios, y para excluir la responsabilidad solidaria de los administradores (junto a la de la propia sociedad), conforme al artículo 120 del Código de Comercio. La existencia de la sociedad no inscrita como “sociedad” resulta también del propio artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando determina la aplicación de las normas de la sociedad civil o de la colectiva —según el carácter de su objeto—. Igualmente, la facultad de instar la disolución que a los socios de la sociedad confiere el artículo 40 de la Ley de Sociedades de Capital, más parece presuponer su previa existencia y autonomía que lo contrario, como se infiere de que hable del “patrimonio social”, dando idea de un desplazamiento patrimonial a favor de la sociedad; y del “reparto de cuota”, reparto de cuota que habrá de realizarse tras la “liquidación del patrimonio social”».*

#### IV. SOCIEDAD EN FORMACIÓN

Pasando a la segunda parte referida a la sociedad en formación, ésta empieza con el otorgamiento de la escritura fundacional, sin perjuicio, como dije antes, de posibles actuaciones previas asumidas finalmente por la sociedad (STS de 21 de septiembre de 2006, Rec. 4645/1999, *«toda la interpretación anterior —art. 15 LSA— queda referida a actuaciones de los administradores entre el período comprendido desde la escritura de constitución de la sociedad y su inscripción. No parece posible extender tal período a contratos celebrados con anterioridad a la propia escritura de constitución»*; no obstante, la STS de 14 de junio de 2007, núm. 674/2007, parece admitir la aplicación de la regla de atribución de responsabilidad del actuante —ahora art. 36 LSC— antes de la escritura, aunque en el

caso la sociedad en formación había asumido el contrato por actos concluyentes; entre las sentencias de AAPP más recientes que aplican el criterio de la primera STS de 2006, v. SAP de Alicante de 17 de diciembre de 2015, Rec. 418/2015, SAP de Burgos de 13 de noviembre de 2015, Rec. 257/2015).

No constituye una forma societaria específica, sino un anticipo de la forma social elegida, aún provisional por la amenaza de la irregularidad. Ese anticipo es claro en el ámbito interno, sobre todo en relación con el funcionamiento ordinario de los órganos sociales [la SJM de Murcia de 7 de octubre de 2015 (proc. 238/2015)], revoca la calificación de un RM que no admitió una modificación estatutaria acordada por unanimidad en Junta universal, con el argumento de que la sociedad no tiene personalidad jurídica y, por tanto, carece de órganos sociales con capacidad para aprobar la modificación; para el JM, que transcribe buena parte de la citada STS de 24 de noviembre de 2010, si la sociedad en formación tiene «cierta» personalidad en sus relaciones externas con más razón hacia sus socios, en sus relaciones internas). Otro ejemplo claro de esa anticipación es la obligación de depositar cuentas, de modo que la sociedad, una vez inscrita, habrá de depositar las cuentas correspondientes a su período de sociedad en formación (Resoluciones de 23 de diciembre de 2015 y de 20 de abril de 2016).

No obstante, es una anticipación con «especialidades». La más problemática es la referida a la limitación de responsabilidad de los socios, de la que después me ocupo. Otra muy clara es la intransmisibilidad de participaciones/acciones antes de la inscripción (art. 34 LSC), que tampoco impide el cambio de socios en el intervalo, o la asunción de obligaciones al respecto (sobre la necesidad de hacer una interpretación flexible del art. 62 LSA, que no prohíbe los negocios de obligación que, como la compraventa o la promesa, «*no producen por sí solos o inmediatamente un cambio de titularidad, sino que, al generar la obligación de transmitir los títulos, se limitan a prepararla para un momento futuro*», v. la STS de 3 de noviembre de 2009, Rec. 1754/2005). Pero ahora interesan las especialidades relacionadas con la responsabilidad de los arts. 36 a 38 LSC.

Como recordatorio previo quiero destacar que no ha sido una materia objeto de grandes cambios desde la Ley 19/1989, de 25 de junio, fuera de los motivados por la refundición de textos legales, no sólo en 2010 por la LSC, también por el TRLSA de 1989 al haber cambiado en el entonces artículo 15.2 la palabra «contrato» por «escritura». En el caso de la refundición que supuso la LSC resulta muy relevante la estructura del régimen de la sociedad en formación en tres artículos referidos sucesivamente a la responsabilidad de quienes hubiesen actuado, la responsabilidad de la sociedad en formación y la responsabilidad de la sociedad inscrita, amén de otros cambios que iré destacando.

Punto y aparte merece la única reforma de peso en la materia llevada a cabo por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, que pretendiendo aclarar el alcance de

las facultades de los administradores durante la fase de sociedad en formación, provocó un auténtico caos al presentarse formalmente como una sustitución del entero apartado segundo del artículo 15 LSA, en lugar de hacerlo como un añadido al mismo, dando lugar a una redacción final carente del más mínimo sentido. El desaguisado fue solucionado por la DF 1.<sup>a</sup> de la LME.

## 1. La responsabilidad de quienes hubiesen actuado

La responsabilidad de quienes hubiesen actuado del artículo 36 LSC hunde sus raíces en el artículo 120 CCom, interpretado como un plus de responsabilidad no sustitutivo de la vinculación de la sociedad. Constituye una razonable consecuencia de la falta de inscripción registral, por el difícil acceso de los terceros a una información segura sobre la identidad de los representantes sociales. No obstante, como aclaración colateral, la norma codificada presupone la existencia de la sociedad representada carente de publicidad registral, por eso no sirve para los supuestos de contratación en interés de la futura sociedad —*rectius*, antes de la escritura—, especialmente cuando la sociedad no asuma el negocio previo. En estos casos no se aplica el artículo 120 CCom, pero tampoco el artículo 36 LSC, y la solución habrá de buscarse en el régimen general de la representación (en cambio, la SAP de Alicante de 17 de diciembre de 2015, Rec. 418/2015, considera aplicable el art. 120 CCom, pues «*de no aceptarse la responsabilidad del demandado nos encontraríamos con una situación que ampararía un enriquecimiento injusto por su parte, pues recibió una cantidad para la puesta en marcha de cierto negocio y habiéndosele ofrecido la posibilidad de que fuera la sociedad la que se hiciera cargo de la deuda, no hizo uso de ella, sin que ... el demandante pudiera dirigir acción alguna frente a la sociedad*»).

Ha de existir gestión representativa *nomine alieno*, ya que la ley se refiere expresamente a actos y contratos celebrados «*en nombre de la sociedad*» (en la SAP de Asturias de 5 de abril de 2016, Rec. 119/2016, quien suscribió el contrato lo hizo en su propio nombre bajo un determinado nombre comercial, pero no en representación de la sociedad, y por eso se obligó él mismo; sin embargo, la otra parte también dirige la demanda contra la sociedad sobre la base del art. 38 LSC, lo que hace decaer la legitimación personal del co-demandado, «*en cuanto que dicho precepto prevé la subrogación de la sociedad en el lugar del contratante, expulsando a éste del contrato y librándole de responsabilidad*»). No se excluye el mecanismo de la representación indirecta, pero no entra en el ámbito de aplicación de la norma y han de emplearse los criterios generales.

Presupuesta la *contemplatio domini ex persona* cabe matizar algo más en el sentido de que el actuante quizá especifique que la SA/SRL está en fase de constitución, o bien guarde silencio sobre el particular, incluso aparente, que ya está constituida. Pero no creo que el gestor se exonere por la simple manifestación de

contratar en nombre de una sociedad en constitución. Para conseguir ese resultado es necesaria una previsión expresa en el contrato. No obstante, algunas resoluciones judiciales parece que admiten la exoneración cuando el tercero tiene perfecto conocimiento de la situación (de la STS de 14 de junio de 2007, núm. 674/2007, se desprende que la AP consideró implícita y suspensivamente condicionada la efectividad de la compraventa, por el mero hecho de haber firmado en nombre de una sociedad «*que pensaba constituir o que estaba en fase de constitución*»; también insinúa una posible exoneración de haber indicado en el contrato que la sociedad estaba en constitución, la SAP de Madrid de 7 de mayo de 2010, Rec. 585/2009).

Sin perjuicio de ello, y con independencia de la eventual responsabilidad del actuante, es claro que la sociedad no queda obligada cuando falta el poder, lo que hará necesario esperar a la inscripción y —en su caso— posterior asunción por la sociedad. En esta hipótesis resulta relevante la forma de manifestación del vínculo representativo, pues, si además de haber contratado con un *falsus procurator*, el tercero desconoce que estaba tratando con una sociedad en proceso de formación, no hay razón para negarle la opción de apartarse del negocio así concluido, sin esperar el transcurso de ningún tipo de plazos (revocación *ex art.* 1.259 CC), o instar la nulidad si se considera que al final es el representante quien queda vinculado como contraparte contractual (en definitiva, como un supuesto de error vicio).

Sentado lo anterior, hay que ocuparse a continuación de los sujetos de la relación representativa, el principal por un lado y el representante por otro. Este último, en teoría, puede ser cualquiera que actúe en nombre de la sociedad, pero el precepto realmente piensa en aquellas personas unidas a la sociedad por alguna suerte de vínculo representativo o apariencia del mismo. Además, la regla limita la responsabilidad a los que realmente han intervenido en el negocio, aunque la sociedad tenga otros representantes.

En cuanto al *dominus* no veo la razón de escabullirse al tenor literal de una norma que sólo se refiere a la sociedad «*antes de su inscripción*», expresión omnicomprendensiva que abarcaría tanto a la sociedad en formación como a la sociedad devenida irregular (pero sólo la «*devenida*» del art. 39 LSC, no la general), aunque reconozco que milita en contra de esta aplicación el encuadramiento de la norma en la sección dedicada a la primera. De todos modos, el problema sólo se plantea respecto de la sociedad civil, pues en la devenida irregular sujeta al régimen de la sociedad colectiva se aplica de todos modos el artículo 120 CCom. Pero en la práctica hay una diferencia entre la «*devenida*» civil y la civil pura que puede justificar la especialidad, y es que en el tráfico la primera seguirá mostrándose como una inexistente SA/SRL por la exhibición de la escritura fundacional. La aplicación general del artículo 36 LSC alivia la situación de unos terceros que, de otro modo, habrían de poner sobre sí la delicada tarea de valorar la naturaleza

del objeto, para saber hasta qué punto se obligan personalmente aquellos que actúan en nombre de la sociedad (sobre la dificultad de llevar a cabo esa valoración, v. STS de 19 de diciembre de 2007, Rec. 5209/2000 y la ya citada Resolución de 26 de abril de 2016). Con la interpretación propuesta saben que, al menos, el firmante siempre responde.

Si el poder existe, la sociedad como *dominus* puede quedar vinculada, pero también es responsable quien actuó en su nombre. De admitir lo dicho antes, en el caso de la sociedad irregular sería una responsabilidad acumulada de carácter definitivo, mientras en la sociedad en formación resultaría claudicante al cesar con la posterior inscripción registral. En ausencia de una apariencia registral que el tercero esté en condiciones de invocar, se le ha de ofrecer, sin coste alguno de información a su cargo, la directa responsabilidad de aquel con quien contrató, normalmente más asequible que la de la sociedad no inscrita, por mucho que finalmente también quede obligada. Esta responsabilidad constituye así un incentivo para inscribir cuanto antes la sociedad y fuerza al representante a informar suficientemente a la otra parte del curso del proceso de inscripción, a fin de pactar lo que considere oportuno. En tal sentido no veo inconveniente en convenir expresamente con el tercero que no tenga lugar la responsabilidad prevista en el artículo 36 LSA, sin necesidad de tener que condicionar la eficacia del acto o contrato a la inscripción. El artículo 1.255 CC ampara este pacto, siempre que se haga saber a la otra parte que quizá se las tenga que acabar viendo con una sociedad no inscrita.

Menos problemático se presenta el supuesto de actuación sin poder, donde la responsabilidad de los actuantes es sustitutiva de la correspondiente a la sociedad, hasta que finalmente se inscriba y acepte el acto o contrato. Es un supuesto circunscrito a la sociedad en formación, por la posibilidad de moldear su régimen representativo antes de la inscripción.

En resumen, el sistema de responsabilidad del artículo 36 LSC es mixto acumulativo-sustitutivo. La concurrencia será acumulada de la sociedad y los actuantes cuando el acto o contrato se haya celebrado con poder, o haya razones para afirmar la vinculación de la sociedad en virtud de una apariencia de poder legalmente tipificada. En otro caso, la responsabilidad de los actuantes sustituye a la de la sociedad.

Aclarado lo anterior, hay que preguntarse por su naturaleza, y más precisamente si se trata de una mera responsabilidad genérica por el interés en el cumplimiento, o bien de una responsabilidad específica por el cumplimiento. Me inclino por la segunda calificación. La llamada responsabilidad contractual es sólo uno de los remedios disponibles por el acreedor frente al incumplimiento del deudor, que se caracteriza, en comparación a los restantes (pretensión de cumplimiento, resolución, *commodum representationis*), por requerir que la falta de

cumplimiento haya causado daño al acreedor y sea imputable al deudor. Su función es resarcitoria del daño. Así las cosas, limitarse a la exigencia de una responsabilidad genérica excluiría el empleo de los restantes remedios que la ley pone a disposición del acreedor, pero no tiene sentido negar la posibilidad de reclamar el cumplimiento mediante una ejecución en forma específica, cuando sea posible.

Por otro lado, y en un terreno más conceptual, incluso para hablar de responsabilidad contractual, alguien ha de quedar contractualmente obligado, y esta situación difícilmente concurre si no quedan vinculados por el contrato, ni la sociedad, ni la persona que en su nombre lo celebró, en cuyo caso lo más correcto sería acudir a la responsabilidad precontractual, limitada al interés negativo o interés en la confianza, con lo que el precepto de la LSC poco añadiría al sistema general. En mi opinión, quien actúa en nombre de la sociedad queda vinculado frente al tercero y asume la responsabilidad específica o por el cumplimiento, que es la manera de poner a disposición del acreedor todos los remedios previstos para el caso de incumplimiento de una obligación existente (alude la SJM de Palma de Mallorca de 11 de marzo de 2015, proc. 316/2013, a la posibilidad de que los acreedores exijan *«directamente el pago de unas deudas que en principio eran de la sociedad»*).

Esto supuesto, en los casos de actuación con poder el actuante queda vinculado además de la sociedad, no en vez de ésta, en términos no muy distintos a los del artículo 120 CCom, y lo hace como una obligación de refuerzo, en garantía del acreedor, muy similar a la fianza solidaria. Se debe insistir en esto último, pues el actuante asume una obligación con el mismo contenido que la garantizada, sin necesidad de decir que asume la misma cualidad de deudor, ya que la sociedad y él se obligan por distinto título: la primera por el negocio representativo y el segundo *ex lege*.

Por ese carácter solidario, que no creo limitado a la pluralidad de actuantes, sino que debe extenderse a la sociedad (en consonancia con el art. 120 CCom), llegado el vencimiento de la deuda el acreedor podrá dirigirse directamente contra el sujeto responsable, sin necesidad de requerir antes a la sociedad y, por supuesto, sin beneficio de excusión.

Por el contrario, en los casos de actuación sin poder, el actuante quedaría como único obligado y titular exclusivo de la deuda, aunque siempre a expensas de la posterior conducta de la sociedad.

La extinción de esta responsabilidad también dependerá de la existencia o no de una relación representativa. Cuando la haya, siempre que se trate de sociedad en formación que culmina el proceso constituyente con una inscripción tempestiva, cesa sin más la responsabilidad solidaria de administradores y representantes (art. 38.2 LSC). Como veremos después, muy distinto cuando se trate de una sociedad irregular inscrita tardíamente.

De haber actuado sin poder es necesario que la sociedad se inscriba y acepte aquellos actos dentro del plazo de tres meses desde su inscripción, pero nada obsta a una aceptación tácita, incluso anterior a la inscripción (la SAP de Asturias de 5 de abril de 2016, Rec. 119/2016, considera que hubo subrogación, por el mero hecho de seguir con los pagos; en la SAP de Girona de 1 de diciembre de 2014, Rec. 432/2014, deriva la subrogación en un contrato de *renting* del hecho de haber usado las máquinas que se encontraban en el local alquilado; admite la ratificación, aunque en la constitución de la sociedad el firmante pasa a ser administrador mancomunado, la SAP de Álava de 5 de diciembre de 2013, Rec. 466/2013 («D ... es administrador y apoderado de la misma desde su constitución, y ha seguido tratando, tras constituirse la sociedad, del contrato con los ahora apelados, y aunque sea administrador y apoderado con carácter mancomunado desde la constitución de la sociedad no resulta de lo actuado que se diera la misma situación cuando se suscribieron el contrato y su anexo, simplemente resulta que entonces era representante, por lo que la confirmación —aceptación o ratificación— se ha realizado por quien cuando se concertó la operación y sus consecuencias tenía plena, al menos aparente, representación, habiéndose hecho eco la jurisprudencia desde hace ya tiempo de la doctrina que entendía que debía ser mantenido en su contrato quien lo realizó de buena fe con un representante aparente»); en cambio, la ya citada STS de 31 de mayo de 2006, Rec. 3681/1999 parece rechazar la ratificación antes de la inscripción; de gran interés la STS de 14 de abril de 2008, Rec. 232/2001, que reconoce la eficacia *ex tunc* de la ratificación para concluir que la adquisición por su parte de acciones de una SA estaba dentro del plazo de suspensión de efectos del —entonces— art. 146 LS —ahora art. 123.1.II LSC—, retroactividad necesaria para salvar la regularidad de la compra, pues la ratificación sí que tuvo lugar pasado ese plazo). La cuestión es que la sociedad, al cumplir con esas condiciones, entra automáticamente en la posición del hasta entonces responsable, y asume cuanto se hizo en su nombre.

También es posible la aceptación posterior a los tres meses, pero no bajo el régimen especial del artículo 38.1 LSC, sino el general sobre novación subjetiva o como cesión de contrato, entonces con el consentimiento de la otra parte (para la cesión de contrato, v. STS de 6 de abril de 2006, Rec. 2805/1999). La finalidad del artículo 38.1 LSC no es interferir directamente en la posición y facultades del tercero según el artículo 1.259 CC, sino fijar la postura de la sociedad. Como excepción al régimen general en materia de ratificación, para ese tipo de actuaciones la sociedad sólo dispone de tres meses para colocarse en la posición de quien se obligó por cuenta suya, pero sin poder para ello. La norma pretende fijar los términos personales de la obligación contraída durante esa fase singular de sociedad en formación. Transcurrido ese plazo el vínculo se entabla con el representante en los términos ya vistos, y un futuro cambio de personas habrá de ser con la aquiescencia de la contraparte, que obviamente puede ser tácita. Insisto en esto, porque la consecuencia práctica de hablar de ratificación o de novación está en la necesidad de ese consentimiento, y si al final también se condiciona la rati-

ficación a la aceptación por la otra parte, realmente se estaría diciendo lo mismo (STS de 31 de mayo de 2006, Rec. 3681/1999, con cita de otra anterior que aplicaba la LSA de 1951, acoge la postura de la aceptación pasado dicho plazo, «*si así lo admite la otra parte*»). Mientras tanto, el tercero mantiene inalteradas sus facultades, entre ellas la de desligarse del negocio, aunque tampoco se trata de una facultad libérrima de la que pueda hacer uso en contra de las exigencias de la buena fe.

## 2. Responsabilidad de la sociedad en formación

La segunda modalidad de responsabilidad propia de esta fase es la que el actual artículo 37 LSC rubrica como responsabilidad de la misma sociedad en formación, concretada en el patrimonio que tuviere la sociedad, y no —como se decía antes de la LSC con notoria inexactitud— «*con el patrimonio formado por las aportaciones de los socios*».

El primer supuesto está integrado por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad. Son indispensables los gastos de la escritura, liquidación de impuestos (ahora exento de Operaciones Societarias) y derechos de inscripción en el RM. No parece que lo sean los informes o dictámenes técnicos y legales, aunque resulten de interés para el nacimiento o desarrollo de las actividades de la sociedad, y por eso deben buscar su encuadramiento en los otros dos supuestos de habilitación.

En segundo lugar se mencionan los actos y contratos realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción. En principio por administradores hay que entender sólo los titulares del cargo, no los otros apoderados. Por estos actos o negocios responde la propia sociedad, sólo cuando queden dentro del poder de representación que la escritura fundacional haya otorgado a dichos sujetos, expresamente para la fase fundacional. La exigencia de que los socios confieran facultades para dicha fase constituye una medida de protección de la propia sociedad, y por derivación de los socios, pues la finalidad del precepto es evitar su vinculación sin que haya mediado autorización para actuar en esa fase.

En principio, los socios no sólo deben autorizar expresamente tal posibilidad, también es preciso que atribuyan facultades específicas a los administradores para la fase anterior a la inscripción, las cuales podían ser todo lo limitadas y concretas que se desee, o llegar a comprender todo lo relacionado con las actividades integrantes del objeto social. Después de la Ley 56/2007 si los estatutos señalan como fecha de comienzo de las operaciones sociales la de otorgamiento de la escritura fundacional, se entiende que los administradores ya quedan facultados a partir de ese momento para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase

de actos y contratos, entiendo que en los términos del artículo 234 LSC, como si se tratara de sociedad inscrita. Aquí puede surgir una duda, pues si la habilitación legal resulta extensiva al otorgamiento de poderes por los administradores, y no hay razón para excluir que se trata de un acto relacionado con el pleno desarrollo del objeto social (Resolución de 25 de agosto de 1993), no creo que la vinculación de la sociedad se evite por el hecho de haber actuado un apoderado, en lugar del administrador, antes de la inscripción.

En ese sentido son posibles desviaciones singulares del modelo legal. Unas veces porque la fecha de inicio de las actividades sea posterior a la escritura, en cuyo caso, y sólo para el período de tiempo anterior a la inscripción, podrán conferirse habilitaciones específicas (no hay limitación representativa una vez inscrita, aunque la fecha de inicio sea posterior al registro; para un otorgamiento de poder, v. Resolución de 21 de abril de 2016). Otras porque expresamente se introduzcan limitaciones aunque coincidan aquellas fechas, pero entonces son las restricciones las que deben destacarse de forma expresa. Por ejemplo, en el caso anterior, y para precaverse ante la actuación de apoderados incontrolados, habría que excluir el otorgamiento de poderes por los administradores antes de la inscripción (si esos poderes, no obstante, se otorgasen, habrían de ser aceptados después, v. Resolución de 10 de abril de 2003).

Por último, el precepto se refiere a los actos o negocios estipulados en virtud de mandato específico —no formal— por las personas a tal fin designadas por todos los socios (no entraría en esta categoría el mandato para subsanar la escritura en el sentido de la calificación del RM; no era el caso en la Resolución de 16 de febrero de 1998). Se trata de un mandatario nombrado por todos los socios en cualquier momento entre el otorgamiento de la escritura y la inscripción de la sociedad (después ya no podrían, al tratarse de una competencia exclusiva del órgano de administración), y al que se faculta para realizar determinados actos o negocios antes de la inscripción, y sólo antes de la inscripción (por la misma razón de competencia orgánica de antes). Obsérvese que es un mandato de los socios, no del administrador, para actuar en nombre de la sociedad. ¿Qué ocurre entonces con la actuación de un apoderado designado por el administrador? Salvo que entren por las otras dos vías indicadas, solo quedan sujetos al artículo 36 LSC y la posible asunción posterior por la sociedad. Ahora bien, en el momento en que la sociedad pasa a la situación de irregularidad, cualquier restricción por este motivo desaparece, y se debe aplicar a los apoderados el régimen general de la representación, sin perjuicio de que el hecho mismo del apoderamiento deba quedar sujeto, también, a la aceptación por la sociedad.

Por último, la aceptación por parte la sociedad ha de entenderse referida a todos los socios antes de la inscripción (aunque ya funcione la Junta general, no bastaría un acuerdo mayoritario, por la lógica contractual que aún impera en el art. 37.1 LSC), y normalmente al órgano de administración después de inscrita

(salvo supuesto de competencia propia de la Junta derivado del art. 160 LSC). El resultado paradójico es que el administrador quizá deba ratificarse a sí mismo. Por ello, como la aceptación puede suponer en ocasiones que el administrador actuante quede exonerado de su responsabilidad personal, puede concurrir un conflicto de intereses que haga exigible el deber de abstención del artículo 228*c*) LSC, pero sólo en la relación interna. Frente al tercero la actuación habría quedado convalidada por la actuación del administrador *post* RM, sin perjuicio de que se haga reo de deslealtad frente a la sociedad.

### 3. Responsabilidad de la sociedad inscrita, ¿y de los socios?

Aclarada la situación de los gestores y de la sociedad, el siguiente tema es cómo quedan los socios, especialmente si la anticipación del régimen del tipo societario escogido también permite hablar de responsabilidad limitada de los socios.

La primera pista nos la ofrece el artículo 37.1 LSC al disponer que durante la etapa de sociedad en formación los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. La duda surge porque el socio de todos modos tendría que responder de la aportación pendiente, ¿qué *plus* añade entonces el régimen de la sociedad en formación, si es que ha de haberlo?

En este punto concreto me inclino por entender que ahora sólo se concede al acreedor una acción directa para reclamar el pago de los dividendos pasivos, siempre que previamente el acreedor se hubiera dirigido contra el patrimonio social y éste resultara insuficiente para atender su crédito. Cuestión distinta es si lo percibido ha de ingresar en el patrimonio de la sociedad, beneficiando a todos los acreedores, pero también al deudor, lo que ocurriría si el socio no hubiera podido oponer al acreedor una excepción que tiene contra la sociedad. Cabe plantear entonces que el acreedor recabe directamente para sí lo que fuera debido a la sociedad, sólo en la cuantía necesaria para hacerse pago de su crédito. En cualquier caso es una situación que cesa con la inscripción, quedando los socios a partir de ese momento sometidos, en cuanto a las aportaciones pendientes, sólo al régimen de los dividendos pasivos.

Pero es una forma de responsabilidad pensada exclusivamente para la SA, pues en la SRL no existen desembolsos pendientes, y no debemos confundirla con la responsabilidad por las aportaciones no dinerarias en la SRL (arts. 73-76 LSC), que ahora también se extiende a las aportaciones dinerarias no justificadas (art. 15.4.a).II Ley 14/2013), o con la responsabilidad por el desembolso del capital mínimo en el régimen de fundación sucesiva (art. 4*bis* LSC). Estas formas de responsabilidad son propias de la SRL y en teoría no hay razón para excluir su posible exigencia antes de la inscripción. Pero en esta fase la cuestión que se

plantea es mucho más profunda, y en gran medida hace irrelevante esas formas de responsabilidad vinculadas a la aportación, pues hay que determinar si realmente el socio sólo responde hasta el límite de su aportación.

La clave en este punto es la regla del artículo 38.3 LSC, al disponer que en el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos indispensables para cubrir la inscripción de la sociedad, fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia. Advuértase que esa cifra de capital puede ser insignificante en la SRL en régimen de formación sucesiva. En todo caso, la recuperación de esa equivalencia no es un requisito para la inscripción. Primero porque el RM no está en condiciones de controlarlo. Segundo, porque la finalidad de la norma sólo es que surja un deber de aportación complementaria a cargo del socio, el cual podrá hacerse efectivo en un momento posterior a la inscripción, pero no necesariamente antes, y menos aún como requisito previo a la misma. Es una reclamación que corresponde a la sociedad, sin perjuicio de una eventual acción subrogatoria de los acreedores *ex* artículo 1.111 CC.

Pero deducir de aquí que la sociedad en formación limita la responsabilidad de los socios corre el riesgo de generar una clara antinomia de valoración dentro del sistema, pues se hace de peor condición al socio si la sociedad se inscribe, que en caso contrario.

En efecto, si entendemos que el momento al cual ha de referirse la eventual diferencia entre el valor del patrimonio social y la cifra del capital no es otro que el de la inscripción resultaría que esta última da lugar a un deber de aportación complementaria que, en esencia, equivale a una responsabilidad de los socios por las obligaciones contraídas en nombre de la sociedad durante la fase fundacional en los casos del artículo 37.1 LSC, responsabilidad que puede ir más allá de sus respectivos compromisos de aportación en la escritura de constitución. Incluso, puede ir «mucho» más allá, pues nada permite suponer que el patrimonio, a consecuencia de las pérdidas habidas, no esté en valores negativos, situación que, de darse, obligaría a cubrir dicha diferencia con la realización de entregas muy por encima de las aportaciones pactadas.

Siendo así cuando la sociedad se inscribe, ¿*quid* si no lo es? Afirmar que de las deudas contraídas durante la fase de sociedad en formación sólo responden personalmente los socios hasta el límite del artículo 37.2 LSC, aunque después se convierta en irregular, en cuyo caso el nuevo régimen de responsabilidad sólo sería frente a las deudas posteriores, termina dispensando a los socios por las deudas anteriores mejor trato que si la sociedad se inscribiera, y eso es absurdo. En esta materia parece que la pauta ha de ser justo la contraria, optando por un *plus* de rigurosidad antes que un *minus*, si llegado el caso la sociedad no se inscribe, y así habrá de ser cuando se trate de acreedores anteriores que, por ese mismo motivo, bien pudieron contar con el *plus* asociado a la futura inscripción.

Para evitar este resultado no es necesario configurar la sociedad en formación y la sociedad irregular como dos supuestos que se excluyen recíprocamente, de manera que sólo es sociedad en formación la que finalmente se inscribe, y por eso una sociedad irregular nunca, en ningún momento de su existencia y actuación, ha sido sociedad en formación. En el régimen del artículo 39 LSC, la sociedad en formación precede al advenimiento de la irregularidad, pero ello no quita que la limitación de responsabilidad propia de la SA/SRL sólo resulte plenamente efectiva si la sociedad finalmente se inscribe. En otro caso, si la sociedad deviene irregular, no llega a surgir un deber de aportación complementaria en los estrictos términos del artículo 38.3 LSC, pero igual que en las hipótesis de transformación en sociedad personalista (art. 21.1 LME) los socios habrán de responder según el nuevo sistema de las deudas anteriores a la irregularidad. Cuestión distinta será determinar qué deudas merecen el calificativo de sociales, y aquí resulta relevante la especialidad del régimen representativo de la sociedad en formación, pero sólo durante ese período. Pero si la deuda es social, los socios terminan respondiendo personalmente.

No cabe desconocer que muy autorizadamente se ha argumentado con la limitación de responsabilidad de los socios en esta fase, por razón de la vigencia de la disciplina del capital antes de la inscripción. En su núcleo esta tesis reclama la correspondencia del capital nominal con el capital real, pero refiriendo la primera magnitud temporalmente al momento de la inscripción, con la consecuencia de que el ajuste podría conseguirse restituyendo el patrimonio mermado hasta cubrir la cifra del capital nominal, pero, también, mediante reducir el capital nominal al nivel del patrimonio. De entrada, al tener en cuenta el capital nominal, tampoco se elude el problema de fondo de que los socios se vean obligados a efectuar nuevos aportes por encima de lo previsto inicialmente. Si se está de acuerdo en esto, y la ley no deja mucho espacio a la discrepancia, carece de sentido sostener a todo evento la limitación de responsabilidad, pues al final el socio puede verse obligado a suplementar. Todo se limita entonces a cuál sea finalmente la cifra de capital nominal tenida en cuenta para el ajuste, pero esto afecta al *quantum*, no al *quale*.

Está claro que la ley busca esa correspondencia en el momento de la inscripción, y frente a los acreedores posteriores la única cifra relevante es la entonces publicada. Es el contrapunto a la posibilidad de disponer de los fondos sociales para ir —incluso— al pleno desarrollo del objeto. Pero no es tan claro respecto de los acreedores que hayan surgido en el intervalo, que sólo cuentan con aquella cifra de capital de la que hayan sido informados por los representantes de la sociedad. La idea de que la disciplina del capital ya les protege resulta un poco cándida, pues del mismo modo que podrían reducirlo con restitución de aportaciones y un hipotético derecho de oposición de los acreedores, también podrían comparecer de nuevo ante notario y sin más trámite rectificar la cifra de capital a la baja, recuperando en su caso parte de lo aportado. En ningún sitio está escrito que antes de la inscripción deje de operar la lógica contractual, hasta el extremo de hacer

imposible la modificación de la escritura fundacional en aspectos esenciales (la Resolución de 2 de enero de 2002 se refería a sociedad ya inscrita; no obstante, valora de forma conjunta el negocio fundacional y la posterior modificación: *«nada se opone a que mediante un nuevo acuerdo entre los mismos otorgantes que reúna todos los requisitos y elementos que exija su naturaleza y finalidad, pueda ser rectificadora la situación jurídica creada por la titulación de un acuerdo anterior, tanto en lo relativo a los efectos obligacionales pendientes de cumplimiento como en lo referente a las prestaciones jurídico-reales ya consumadas, siempre que en el tiempo intermedio no hayan sobrevenido terceros cuyo consentimiento sea imprescindible para la rectificación pretendida; y no cabe ignorar, dentro de los márgenes reconocidos a la autonomía privada, la significación jurídica inherente a esa voluntad modificativa en cuanto revela que su configuración no es la de un negocio totalmente autónomo sino un negocio integrante, con el inicial, de una única operación, lo que reclama una valoración conjunta de ambos y el consiguiente reflejo registral de esa dependencia y recíproco complemento —cfr. la Resolución de 2 de abril de 1991»*; los terceros a los que se refiere no son los meros acreedores sociales, sino los terceros que hubieran adquirido algún derecho sobre el bien aportado). Es a partir de la inscripción que la disciplina del capital se cierra herméticamente alrededor de la sociedad, pero antes el terreno resulta mucho más resbaladizo (Resolución de 4 de abril de 2013: *«con independencia de la buena o mala fe del tercero, la sociedad sólo podrá hacer valer frente a aquél las consecuencias que se deriven de la aplicación de las reglas específicas —por típicas— del régimen de responsabilidad correspondiente al tipo desde el momento de su inscripción en el Registro Mercantil. Las reglas de tutela de la intangibilidad del capital social previstas en la Ley de Sociedades de Capital sólo pueden actuarse en perjuicio de tercero desde la inscripción de la sociedad. Dicho de otro modo: inmatriculada la sociedad en el Registro Mercantil con una determinada cifra de capital, las alteraciones, al alza o a la baja, cualquiera que sea la causa que las explique, sólo podrán hacerse valer frente a terceros cuando exista el correspondiente acuerdo social adoptado con los requisitos previstos en la Ley para el aumento o reducción de capital social y una vez que el correspondiente acuerdo sea a su vez debidamente inscrito»*). Que esos terceros se vean sorprendidos por la inscripción de una cifra de capital distinta es algo que no deja de preocupar a los que mantienen la tesis de la limitación de responsabilidad, y por eso llegan a la conclusión de que el acto de reducción deviene inoponible frente al tercero y el socio sigue respondiendo en los mismos términos en que respondía antes del acuerdo de reducción de capital. Pero entonces poco se gana con esta tesis, si al final, en orden a la responsabilidad de los socios, la pretendida reducción no es oponible a terceros.

Que los socios respondan personalmente de la misma forma por todas las deudas sociales, así anteriores como posteriores al advenimiento de la irregularidad, me resulta más convincente que negar la responsabilidad personal por las primeras, sólo porque en el breve tiempo que fue sociedad en formación esos

acreedores estuvieron —teóricamente— protegidos por una disciplina del capital, que en su manifestación postrera del artículo 38.3 LSC no llegó a cumplirse, precisamente por falta de inscripción.

## V. SOCIEDAD DEVENIDA IRREGULAR

Concluida la fase de la sociedad en formación paso a la sociedad irregular. Con carácter general, la clave del tratamiento de la irregularidad está en la necesidad de dar una respuesta coherente a ciertos fenómenos societarios que emergen en la realidad del tráfico. Si existe una actuación societaria exteriorizada de forma voluntaria, la seguridad del tráfico hace necesario su desvío forzoso al tipo o concepto general que corresponda a la naturaleza del objeto social. Dicho esto, hay que dejar claro que el artículo 39 LSC, tras la aclaración del texto refundido, no regula la «*sociedad irregular*», sino la «*sociedad devenida irregular*». En otras palabras, no recoge el sistema general de la sociedad irregular, sino sólo el de los tipos específicos de las sociedades de capital, y lo hace después de haber transitado por el estadio previo de la sociedad en formación. Presupone, por tanto, un proceso fundacional que se puso en marcha con la correspondiente escritura. Fuera de este ámbito se aplicará el régimen de la sociedad irregular deducible de nuestro CCom (SAP de Valencia de 23 de enero de 2003, Rec. 666/2002).

Aclarado lo anterior, podemos precisar un poco más el doble supuesto de hecho del artículo 39.1 LSA. Es claro y no ofrece grandes dudas el transcurso de un año desde el otorgamiento de la escritura sin haber solicitado la inscripción, aunque la mera «presentación» del título en el límite del año sólo dejaría en suspenso el advenimiento de la irregularidad, a la espera de que la inscripción finalmente se practicara. No se evita así este resultado si el asiento de presentación o la anotación preventiva por defecto subsanable (art. 62.4 RRM) caducan sin haber sido subsanados los defectos apreciados por el RM en su nota de calificación, o no se recurriera dicha calificación, o la resolución final del recurso fuera contraria a la práctica de la inscripción (téngase en cuenta, además, lo previsto en el art. 74 RRM y la posibilidad de disponer de un nuevo plazo para subsanar los defectos). Se trata de un criterio objetivo que activa la irregularidad aunque los socios tengan voluntad de inscribir y su falta se deba al olvido o descuido de un socio, o del gestor.

Obviamente en los casos de inscripción inicial sin estatutos tipo basta con ésta para evitar la irregularidad.

En cuanto a la voluntad «verificada» de no inscribir la sociedad —llamada por algunos «irregularidad subjetiva»—, todo se resolverá en un problema de prueba a cargo del tercero que arguya la irregularidad antes del año. El mero transcurso del plazo de dos meses desde el otorgamiento de la escritura sin haber

solicitado la inscripción (art. 32.1 LSC) no determinaría por sí solo la irregularidad, aunque pueda constituir ya un primer indicio relevante al que podrán unirse otros elementos de convicción. De todos modos, en la época de la tramitación telemática «súbita», el mero hecho de apartarse de este sistema para pretender una gestión en papel tradicional ya revela poca voluntad de inscripción, y si después se consuma la irregularidad realmente no hay mucho motivo para aplicar un plazo de tolerancia superior a los dos meses.

Una vez devenida la sociedad irregular por cualquier causa —objetiva o subjetiva—, y sin que ello signifique desconocer la autonomía y precedencia de la fase de sociedad en formación, la carga de la prueba se invierte en el sentido de que han de ser los socios quienes prueben que en un momento determinado, y respecto de ciertas actuaciones de los representantes, todavía existía una voluntad de inscribir justificadora de la aplicación del especial régimen de la sociedad en formación. No es que desde el comienzo la sociedad se reputé irregular, sino que los terceros sólo han de probar que la sociedad ha devenido irregular, pero no con exactitud cuándo se verificó la voluntad rebelde a la inscripción —si antes del año—. Precisamente por la posibilidad de modular las facultades representativas durante la fase de sociedad en formación, reviste una importancia decisiva que un concreto acto o negocio se demarque dentro o fuera de ese período, pues de la fecha puede depender la vinculación de la sociedad.

Obviamente, si la sociedad ha permanecido inactiva todo el tiempo, no se dará la situación de irregularidad, como evidencia el artículo 39.1 al exigir, junto a las circunstancias del apartado anterior, que la sociedad haya iniciado o continúe sus operaciones. La disyuntiva temporal me parece bastante clara: «iniciado», cuando se dé comienzo a las mismas una vez verificada la voluntad de no inscribir o pasado un año desde el otorgamiento de la escritura; «continúe», cuando las hubiera iniciado con anterioridad, incluso sin habilitación estatutaria, y ahora sólo las continúe, sin perjuicio de que la falta de autorización haga problemático determinar si la sociedad queda vinculada por la actuación precedente.

Advenida la irregularidad se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, dependiendo de la naturaleza del objeto. Esto supone la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales, en mi opinión tanto anteriores como posteriores, con carácter solidario en entre sí cuando se trate de sociedad colectiva (art. 127 CCom; en cambio, para la sociedad civil, v. art. 1.698 CC; no obstante, v. SAP de Valencia de 26 de julio de 2012, Rec. 209/2012, con cita de la STS 8 de mayo de 1997, Rec. 1471/1993, que afirma su carácter solidario), y también con la sociedad según algunas resoluciones judiciales [SAP de Madrid de 15 de octubre de 2013, Rec. 352/2012 y SAP de Madrid de 23 de octubre de 2009, Rec. 229/2009, ambas con cita de la STS de 30 de enero de 1987 (ponente MARTÍN-GRANIZO), consideran que la previa excusión de los bienes sociales del art. 237 CCom no resulta de aplicación en supuestos

distintos de los de extinción o disolución de la sociedad, con fundamento en la localización del precepto en cuestión dentro de la Sección XIII, y por eso condena al socio con carácter solidario al pago del principal y de los intereses a los que la sociedad resultó condenada en el pleito precedente; para la SJM de Madrid de 22 octubre de 2015, proc. 562/2014, el socio responde directamente de las obligaciones].

Al margen de esto, creo que el alcance de esa subsunción ha de ser total, en el sentido de que se aplica en bloque la disciplina de la sociedad colectiva o de la civil, sin distinguir entre relaciones internas y externas. No tiene sentido que las consecuencias prácticas de la irregularidad se limiten a las normas que regulan esas últimas relaciones, con el argumento de que a los terceros sólo les interesa el régimen de responsabilidad, y no lo tiene porque esa responsabilidad justifica la mayor parte de los aspectos del régimen interno de esas sociedades. Además, al no producirse el efecto de publicidad de los pactos sociales inscritos, los terceros de buena fe podrán confiar en el régimen dispositivo del tipo general que se aplique, cuestión de gran importancia práctica en materia de representación de la sociedad, a la vista del modelo legal de socio-administrador de los artículos 129 CCom y 1.695.1 CC.

La idea de que estamos ante una SA/SRL, en la que los socios responden ilimitadamente de las deudas sociales, como si lo fueran de una colectiva, pero «nada más», ya que el objetivo del legislador es proteger a los terceros —relaciones externas—, mas no a los socios —relaciones internas—, me parece poco consistente, pues una sociedad de esa clase podrá ser muchas cosas, pero nunca una SA/SRL. La subsunción, por tanto, en la percepción la ley, ha de ser completa en el régimen de la sociedad colectiva o de la civil.

Lo anterior, sin embargo, no empece para que el contrato social module el régimen general de la sociedad colectiva o de la civil en aquello que sea dispositivo. Podrá existir así Junta general y adopción de acuerdos por mayoría, en los términos que resulten de los estatutos sociales, pues la falta de inscripción priva a los pactos sociales de su automática oponibilidad, mas no de vigencia y fuerza vinculante *inter partes*. Estaríamos, por eso, ante un típico supuesto de configuración contractual de las relaciones internas de una sociedad personalista, según el modelo corporativo de las sociedades de capitales, donde se admite la sustitución del carácter personal del voto por una regla en que la asignación del derecho de voto esté conectada al montante de la aportación.

Incluso, tampoco cabe excluir que a la hora de completar o de dar sentido a la regulación contractual, se pueda acudir subsidiariamente a las normas legales de la frustrada forma social, pues, como sistema supletorio, sirvieron de modelo al régimen paccionado. En la práctica llegaríamos a un resultado similar al de la tesis contradicha, pero considero preferible pasar por el cedazo de la disciplina de

la sociedad colectiva o de la civil, pues no se trata de que en parte la sociedad siga siendo SA/SRL —nunca ha llegado a serlo—, sino de integrar adecuadamente el contrato social, con la ayuda del tipo societario cuya regulación se tuvo en cuenta al tiempo de celebrarlo.

De todos modos, para la relevancia externa de ciertos pactos sociales no se debe olvidar el indudable valor legitimador de la escritura pública fundacional, que permite configurar un supuesto de hecho aparential ciertamente cualificado. De este modo, el tercero que haya contratado amparándose en el contenido de dicha escritura no lo tendrá, en su contra, demasiado fácil para pretextar después el desconocimiento de ciertos pactos sociales que pudieran afectarle, pero, en cambio, podrá invocar en su beneficio la «integridad» de la escritura sobre la base del artículo 1.219 CC.

Pero nada de esto significa que sea una sociedad colectiva o civil, sino un fenómeno societario disciplinado por los regímenes previstos para esos tipos. No hay conversión sustancial, ni mutación de la *causa societatis*, sino que en salvaguardia del valor constitutivo de la inscripción en determinados tipos societarios, se decreta la automática subsunción del supuesto con publicidad de hecho en la disciplina normativa que se reputa más idónea en aras a la protección de los terceros. A este resultado nos vemos abocados por la inercia misma del concepto de sociedad general, pero no supone que la situación, aunque se aplique su régimen jurídico, deba ser valorada definitivamente como sociedad colectiva o civil. El término conversión se emplea así con un valor más descriptivo que técnico. La importancia de esta matización se nos revelará después cuando llegue el momento de pronunciarse sobre la llamada inscripción tardía y marca una diferencia esencial con el supuesto de sociedad irregular «común».

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 LSC, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad. Se trata de una facultad de denuncia por causa legal, distinta de la general que tiene el socio de la colectiva o de la civil en las sociedades de duración indeterminada, y que también resulta aplicable por razón de la subsunción total dicha. En cualquier caso, aunque goce de causalización *ex lege*, no podemos prescindir de la exigencia de buena fe referida a su ejercicio, pues aquella debe presidir siempre el ejercicio de cualquier derecho o facultad, aunque sí deberá valorarse de forma distinta su tempestividad. Cuestión distinta es que falte el fundamento normativo de la denuncia y el resto de los socios se oponga por existir una voluntad «constatable» de inscribir la sociedad (a pesar de no haberse presentado la escritura en el plazo de dos meses, o de haber caducado el asiento de presentación) y no hubiera transcurrido aún el plazo de un año. Piénsese, por ejemplo, en fallos en la gestión encomendada a un tercero, o que estuviera en trámite la subsanación de los defectos alegados por el RM en su nota, o en estudio la interposición de un recurso contra la calificación. En tal caso, lógicamente, no debería prosperar.

En el texto de la LSC resultante de la refundición, la disolución es claramente de una sociedad que ya se ha convertido en irregular, motivo por el cual el régimen de responsabilidad de (todos) los socios será el de la sociedad civil o de la colectiva. El texto anterior podía resultar algo más confuso, pues hablaba de disolución de la sociedad en formación, pero la disolución constata la voluntad de no inscribir, y con ello el pase a la irregularidad.

No es necesario que el socio instantáneo sea «ajeno» a la situación de irregularidad. Recordemos que todos los socios fundadores tienen las facultades necesarias para la presentación de la escritura de constitución en el RM, así como para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes (art. 31 LSC). La mera «pasividad» no es argumento bastante para construir la buena fe de un socio y dejarle así al margen de las consecuencias de la irregularidad (SAP de Pontevedra de 17 de enero de 2008, Rec. 883/2007).

En conexión con lo anterior, es claro que la denuncia persigue poner fin a la situación de irregularidad mediante la disolución total de la sociedad. No tiene sentido configurarla como una causa de separación del socio «inocente», pues ya hemos visto que no hay tal, y, además, en última instancia, no sólo se trata de conseguir la desvinculación de todos los socios, también un objetivo «higienizante» del tráfico.

Como dije antes, la singularidad de la fase previa de sociedad en formación en materia de responsabilidad de los socios no está realmente en el ámbito del *quantum respondatur*, sino en el del *an respondatur*, en el sentido de que los socios sólo responderán de aquellas deudas que sean calificables como sociales, por haber sido contraídas en uso de las facultades conferidas ex artículo 37.1 LSC. La posible limitación de las facultades representativas que resulta de ese artículo decae tan pronto adviene la irregularidad, pero dicha conversión es inidónea para convalidar actuaciones previas llevadas a cabo con extralimitación de poder, por las cuales sólo responderán quienes las hubieran realizado en los términos del artículo 36.1 LSA.

Desde la anterior perspectiva sí que tiene sentido afirmar la precedencia de la sociedad en formación, mas no para extraer de ella dudosas limitaciones de responsabilidad por deudas que inequívocamente son de la sociedad, y mucho menos salvar la posición individual de un socio, que sin haber mostrado gran diligencia en obtener la inscripción, sí la ha tenido en cambio para ser el primero en denunciar.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la liquidación, se han de aplicar las normas propias de la sociedad colectiva o de la civil, aunque con la precisión de que muy probablemente se tratará de sociedades dotadas de una estructura corporativa. Con mayor precisión que su antecedente, el texto refundido de la LSC deja

claro que el socio recibirá la cuota correspondiente, previa liquidación del patrimonio social, y que aquella se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.

Por último, hay que plantear si cabe la regularización de la sociedad mediante su inscripción tardía como SA/SRL. Téngase en cuenta que el artículo 39.2 LSC explícitamente alude a la «posterior» inscripción de la sociedad y ese dato cronológico sólo puede referirse a una inscripción posterior al acceso de la irregularidad. Ciertamente una nueva escritura con toda probabilidad va a ser necesaria, aunque sólo para incorporar a un protocolo notarial la correspondiente certificación negativa de la denominación social, pues normalmente habrá transcurrido el plazo legal de reserva de la denominación. Pero la cuestión primordial es que no se ha de renovar consentimiento contractual alguno, del mismo que tampoco se han de hacer nuevas aportaciones, ni pulsar el estado de las antiguas.

Las aportaciones ya se hicieron en su día, como sucede con entera normalidad en la sociedad en formación que se inscribe en el límite del año, y en todo caso para hacer frente a posibles desfases patrimoniales que afecten a la cobertura del capital ya está el artículo 38.3 LSC. En apariencia, el precepto se refiere a la sociedad en formación que finalmente se inscribe, pero debe hacerse extensivo a la posterior inscripción como SA/SRL de una sociedad irregular. Por otro lado, nuestro derecho no consagra regla alguna de indisponibilidad de las aportaciones a capital antes de la inscripción, fuera de la prevista en el artículo 45 LSC para la fundación sucesiva, razón por la cual el hecho de que se hubiera dispuesto del patrimonio de la sociedad irregular no es un obstáculo dogmático insalvable. No veo qué necesidad hay de otorgar una nueva escritura para dejar constancia de las «reales» aportaciones, y aunque así fuera dicha escritura estaría siempre en conexión con las primitivas aportaciones de los socios, obligados como mucho a completarlas, es decir, algo no muy distinto a lo que impone el artículo 38.3 LSC, pero la escritura fundacional garantiza la permanencia de la identidad subjetiva de la sociedad. Todo lo más, la nueva escritura serviría para poner de manifiesto que no se ha instado la disolución de la sociedad y enervar así, al menos durante un tiempo prudencial y hasta que se obtenga la inscripción o fracase de nuevo, la facultad de denuncia de los socios.

Como dije antes, la sociedad devenida irregular no es propiamente una sociedad civil o colectiva, sino un fenómeno societario sometido al régimen previsto para esos tipos, lo cual es muy distinto. No hay auténtica y propia transformación en aquellos tipos, que hiciera necesario para abandonarlos el reinicio de todo el proceso fundacional o el recurso a una nueva transformación.

Ahora bien, sentado lo anterior, la regularización ha de rodearse de las debidas garantías para evitar que los acreedores, sean anteriores o posteriores a la misma, puedan verse perjudicados. Respecto de los anteriores, la solución está en

el artículo 39.2 LSA, precepto que en su actual redacción sólo declara inaplicable en caso de posterior inscripción la regla del artículo 38.2 LSC, pero no la del artículo 38.1 LSC, pues las limitaciones del artículo 37.1 LSC dejaron de aplicarse en el momento mismo de pasar a la situación de irregularidad. Por eso, la sociedad que consigue regularizarse, al haber actuado hasta entonces en el tráfico como si de una sociedad colectiva o civil se tratara, ha de continuar obligada por todos los actos y contratos celebrados con anterioridad en su nombre por los representantes sociales.

Volviendo al tema de la responsabilidad personal de determinados sujetos, hay que distinguir según se trate de los socios o de los representantes de la sociedad. Respecto de los primeros, siguen siendo responsables personalmente de todas las deudas sociales anteriores sin límite alguno, como partícipes de una colectiva o de una civil. Para ello hay que acudir a la aplicación analógica del artículo 21.1 LME a fin de que continúe la responsabilidad de los socios por las deudas sociales contraídas con anterioridad (SAP de Barcelona de 25 de septiembre de 1998, Rec. 842/1997, *«esa inscripción produce como efecto que la sociedad anónima adquiera personalidad jurídica, asumiendo frente a terceros los actos y contratos de la irregular, sin embargo, ésta [la irregular] continúa respondiendo como tal en cuanto a las deudas contraídas con anterioridad a su acceso al Registro. Respecto a éstas, la inscripción no tiene incidencia alguna; de otro modo resultarían perjudicados los acreedores que, con la simple inscripción —en ocasiones llevada a cabo días antes de la reclamación judicial— verían cómo se reduce el patrimonio del que debería responder de la obligación contraída por la sociedad irregular»*). Se remacha así la idea anterior de que la pretendida limitación de responsabilidad de los socios durante la fase de sociedad en formación sólo es tal cuando finalmente se inscriba sin haber pasado antes por el estadio excepcional de la irregularidad, y aún esa inscripción no exime al socio de tener que efectuar una aportación complementaria en los términos del artículo 38.3 LSC.

Tampoco se extinguirá la responsabilidad de los administradores y representantes de la sociedad por las deudas anteriores a la inscripción. Ya dije antes que el artículo 36.1 LSC es compatible con la situación de irregularidad, pues la falta de inscripción hace lógico el emplazamiento junto a la responsabilidad de la sociedad, de la personal de aquellos que hubieran celebrado los actos o contratos en su nombre. Ciertamente que ya responden los socios, pero no se olvide que su responsabilidad es meramente subsidiaria (en teoría, a la vista de las resoluciones judiciales citadas antes) y que la misma situación de falta de publicidad dificulta la acción de los acreedores contra ellos. En definitiva, estaríamos ante un plus de rigurosidad por la situación de irregularidad congruente con lo previsto en el artículo 120 CCom. Pues bien, lo único que nos da a entender el artículo 39.2 LSC es que los administradores y representantes de la sociedad, a pesar de la inscripción, seguirán siendo responsables por las actuaciones anteriores a la misma.

## VI. SITUACIONES ESPECIALES

A lo largo de mi exposición he querido evitar los debates «esencialistas» sobre conceptos muy generales, y por eso me he centrado en las diferencias prácticas de régimen jurídico, según se opte en cada situación por una u otra calificación. Pero la noción general de persona jurídica es un concepto «llave» que da acceso a consecuencias jurídicas muy variadas, aunque no siempre irrumpen de modo automático desde el inicio. Al contrario, en ocasiones ciertos efectos quedan condicionados al cumplimiento de requisitos específicos, y entre ellos puede estar la inscripción en el RM. Sólo para poner de manifiesto las dificultades que pueden surgir en la práctica me refiero brevemente a dos supuestos muy concretos.

### 1. Legislación procesal

La LEC reconoce la capacidad para ser parte de las personas jurídicas (art. 6.1.3.º), sin añadir nada más a su definición, aunque luego extiende análoga capacidad a otras entidades sin personalidad, «a las que la ley reconozca capacidad para ser parte» (art. 6.1.5.º). Frente al reconocimiento expreso e individualizado —por remisión— de las segundas, para las primeras bastaría entonces con la verificación genérica de esa personalidad, pero el más comprensivo de todos los preceptos implicados (art. 38 CC), a su vez opera una nueva remisión cuando describe —más que define— la personalidad por razón de los efectos. Resulta así que uno de los atributos que permite identificar una persona jurídica —el ejercicio de «acciones civiles o criminales»— es un rasgo que la ley procesal simplemente devuelve a la misma persona jurídica, según se defina en otro lugar. De este círculo vicioso se sale prestando atención a los otros atributos, en particular la capacidad de asumir obligaciones y ser titular de un patrimonio, que claramente podemos encontrar en la regulación general de la sociedad, y más específicamente en la de la sociedad en formación y la devenida irregular.

Sin embargo, a continuación, añade el artículo 6.2 LEC: «sin perjuicio de la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o a los partícipes, podrán ser demandadas, en todo caso, las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». Obsérvese que el precepto no alude a la constitución con arreglo a una determinada tipología societaria, sino en general al hecho de constituirse en «personas jurídicas». Corresponde a la ley sustantiva determinar el relieve constitutivo de cualesquiera requisitos, y si en dicha ley los efectos se refieren al tipo, pero no a la personalidad —con toda la elementalidad que se quiera de esta última—, la regla general aplicable es la del artículo 6.1.3.º, sin perjuicio de que —además— otros sujetos sean responsables,

y por eso también puedan ser demandados. Tampoco vale el argumento de que ya estaría para esas situaciones el artículo 6.1.5.º LEC, pues esta norma presupone un reconocimiento específicamente procesal, mientras en el caso de las personas jurídicas la capacidad va implícita en su mera condición de tales, de ahí que la alternativa, si se les niega personalidad, y a falta una declaración *ad hoc*, sólo sería el indeseable resultado de la falta de capacidad para ser parte, muy poco compatible con la posibilidad —reconocida *ex art. 38 CC*— de atesorar un patrimonio propio que luego serían incapaces de defender. No debemos excluir que la intención del legislador sólo fuera poner fin a cualquier asomo de duda respecto del supuesto más acuciante de la posición procesal pasiva, dejando muy claro que las entidades podrán ser demandadas, al margen de cualquier disputa sobre su personalidad, tanto si la tienen (apartado 1), como si no (apartado 2), pero al hacerlo de este modo legitima discutibles interpretaciones *a contrario* que expandan con desmesura ciertos requisitos constitutivos, singularmente el de la inscripción.

En ocasiones, los tribunales llevan a cabo una interpretación combinada de los apartados 1.5.<sup>a</sup> y 2 del artículo 6 LEC, que al no separar adecuadamente entre requisitos constitutivos del tipo y requisitos erectores de la persona jurídica, cuando se trata de entidades que no han dado cima a su proceso constituyente, les niega capacidad para ser parte activa por el primero de dichos apartados, a pesar de reconocerla —pero, pasiva— por el segundo de ellos. Situación agravada cuando meros requisitos de forma se elevan a la categoría de pretendidamente constitutivos, aunque no exista un registro propio para su inscripción (la sociedad civil). Se llega así al resultado contraproducente de que la entidad no podría ejercitar las pretensiones derivadas de los elementos patrimoniales que la forman, pero al mismo tiempo le permiten ser demandada, y en el límite lleva al absurdo de que en el mismo proceso donde se les reconoce ese último carácter, estén privadas de formular reconvencción (SAP de Les Illes Balears de 10 de enero de 2003, Rec. 513/2002, al considerar que el art. 6.2 LEC niega capacidad para ser parte demandante a las entidades que no hubiesen cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, sin que el precepto distinga entre las sociedades civiles y las mercantiles; AAP de Granada de 6 de junio de 2005, Rec. 663/2004; SAP de Málaga de 24 de febrero de 2016, Rec. 565/2013; SAP de La Coruña de 4 de marzo de 2016, Rec. 567/2015, «*no tienen personalidad jurídica propia. No pueden demandar, pero sí se les puede demandar, si bien finalmente soportarán la acción los socios, gestores o partícipes. Obsérvese que lo contrario supondría afirmar que tiene personalidad jurídica propia, y pueden actuar en el tráfico mercantil, cuando se ignora quiénes son los socios, qué capital tienen, cuál sería el límite de la responsabilidad, sus cuentas no están publicitadas, qué patrimonio, quiénes son sus administradores, etcétera. Serían sociedades opacas*»; SAP de Madrid de 8 de septiembre de 2011, Rec. 76/2010, «*la actuación procesal de las sociedades irregulares, como categoría específica de los entes sin personalidad, viene definida en el artículo 6.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

*... Las notas características de esta regulación son, resumidamente, las siguientes: 1.º Ante todo, la regulación legal tiene un exclusivo fin de protección de terceros con quienes el ente sin personalidad se haya podido relacionar en el tráfico jurídico y económico. Por eso, la concesión de capacidad para ser parte se ha de entender en el exclusivo beneficio del demandante, al que, de lo contrario, y en determinadas ocasiones, se le impediría o dificultaría la posibilidad de demandar a todos y cada uno de los integrantes de la unión sin personalidad. En ningún caso, la ficción jurídica de atribuir, aunque a limitados fines, capacidad a quien carece de personalidad, puede constituir un beneficio ni para la unión ni para sus componentes. 2.º Por la misma razón, la Ley restringe esa capacidad para ser parte a la puramente pasiva, esto es, para poder ser demandado el ente, pero nunca se le reconoce aptitud para actuar como demandante. 3.º Como la concesión de esa limitada capacidad para ser parte responde, en realidad, a una ficción jurídica, la Ley no impone responsabilidad a quien, por su carencia de personalidad, no puede tenerla, sino que se limita a facilitar al demandante un expediente que le permite llevar adelante el proceso, concentrándose luego esa responsabilidad en quien realmente, y según la regulación sustantiva, tiene que responder por la actuación de aquél. Por eso, el artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, pese a figurar en el título ejecutivo como deudor el ente sin personalidad, la ejecución se despache «frente a los socios, miembros o gestores que hayan actuado en el tráfico jurídico en nombre de la entidad», con tal que se acredite, ya en esa fase ejecutiva, no sólo la condición de socio, miembro o gestor, sino «la actuación ante terceros en nombre de la entidad», lo que no es sino aplicación concreta de la doctrina de la apariencia. 4.º Finalmente, la posibilidad de demandar al ente sin personalidad no excluye en modo alguno «la responsabilidad que, conforme a la ley, pueda corresponder a los gestores o partícipes» (artículo 6.2, primer inciso), responsabilidad que, lógicamente, no establece la Ley procesal, sino la sustantiva. Por ello, nada impide que sea demandado junto al ente el gestor, miembro o partícipe, como medio de lograr el título ejecutivo directamente ya respecto de alguno de los posibles responsables, sin excluir que por la vía del artículo 544 pueda extenderse después a otros»).*

Es una interpretación por completo rechazable, sobre todo en los casos de sociedad en formación o sociedad devenida irregular de los artículos 36-40 LSC. Si la sociedad no inscrita responde con su propio patrimonio en los términos del artículo 37 LSC, no es sólo porque pueda ser demandada, sino porque tiene personalidad jurídica, y en consecuencia también le ha de ser posible demandar el cumplimiento de las obligaciones a su favor.

## **2. Inscripción en los registros de bienes**

Según el artículo 383 RH: «no podrá practicarse a favor de la Sociedad mercantil ninguna inscripción de aportación o adquisición por cualquier título de

*bienes inmuebles o derechos reales, sin que previamente conste haberse extendido la que corresponda en el registro mercantil. Una vez practicada la inscripción en el registro de la propiedad, podrá volverse a presentar el título en el mercantil para que, por nota al margen de la respectiva inscripción, se hagan constar las inscripciones efectuadas en aquél».* En esta materia es fundamental la Resolución de 22/04/2000, al disponer que los bienes inmuebles adquiridos por una SRL en formación son susceptibles de inscripción a nombre de todos los socios fundadores en régimen de titularidad común, sin perjuicio de que posteriormente se haga constar por nota marginal en el RP la definitiva inscripción de la sociedad en el RM.

Este criterio está en línea con el de la Resolución de 25 de marzo 1993 a propósito de una Unión Temporal de Empresas, después extendida a las sociedades civiles en la Resolución de 31 de marzo de 1997. Parece que se inscribe a nombre de los socios, pero sin especificación de cuotas, como una excepción al artículo 54 RH, y dejando constancia solamente de *«la afección social de los bienes adquiridos para la Unión»* (en estos términos la Resolución citada de 1993). Pero no creo que la solución más correcta pase por aplicar a una sociedad externa, como es la sociedad en formación, una solución prevista para situaciones de comunidad, sin personalidad (insiste en la falta de personalidad de la UTE, *«cualquiera que sea el grado de consideración de las mismas como centro de imputación de determinadas relaciones jurídicas»*, la Resolución de 16 de febrero de 2012).

La solución razonable sería inscribir directamente a nombre de la sociedad en formación, y después mediante nota marginal dejar simplemente constancia de la definitiva inscripción en el RM. En el intervalo, y mientras no luzca esa inscripción, cada vez que la sociedad quisiera disponer de los bienes inscritos será necesario que el notario llegara al convencimiento de que el compareciente ostenta la representación de la sociedad sobre la base de la documentación exhibida, y la constatación por razón de fechas de que aún no ha *«devenido»* irregular, extremo de singular importancia, pues supone el alzamiento de las restricciones operativas y de representación impuestas a los administradores sociales durante el período fundacional (para una sociedad civil que figura como titular de un bien inmueble es interesante el supuesto de hecho de la Resolución de 28 de noviembre de 2013).

En su día pudo pensarse que el criterio de esa Resolución se enmarcaba en la especial situación creada por la Resolución de 31 de marzo de 1997, de la que en cierta medida venía a ser su complemento mercantil. Pero no ha sido así. La posterior Resolución de 26 de enero de 2005 no sólo considera que esta doctrina sigue vigente, sino que la hace extensiva al Registro de Bienes Muebles. Se dice en esta última Resolución: *«una cosa es la responsabilidad de aquellos que celebran contratos en nombre de la sociedad aún no inscrita o la fecha en que darán*

*comienzo las operaciones sociales, y otra muy distinta cuándo la sociedad adquiere personalidad jurídica corporativa como tal Sociedad de Responsabilidad Limitada. Para poder inscribir bienes a nombre de tal Sociedad de Responsabilidad Limitada es preciso la inscripción previa de tal sociedad en el registro mercantil ... cabría la posibilidad, tal y como se deduce de la resolución de este centro directivo de 20 de abril de 2000, de que la inscripción podría practicarse a favor de los socios como integrantes de la sociedad en formación».* Adviértase que ahora la DGRN habla de sociedad en formación, no de titularidad común, pero insiste en que la inscripción debe practicarse a favor de los socios, lo que deja las cosas en el mismo lugar. No se inscribe a nombre de la misma sociedad en formación, que es lo que debe hacerse.

Similares problemas pueden darse también en el RM cuando uno de los socios fundadores sea una persona jurídica no inscrita, y más en concreto una sociedad en formación o devenida irregular. Para la interesante Resolución de 16 de noviembre de 2005, *«tampoco es necesario acreditar los extremos recogidos en el artículo 38.2.2.º del Reglamento del registro mercantil, ya que la constancia de los datos de identificación registral de la persona jurídica es únicamente exigible en los supuestos en que su legislación específica determine la inscripción con carácter constitutivo, supuesto que no concurre con las asociaciones a que se refiere este recurso, en las que se establece como requisito para la adquisición de su personalidad jurídica el depósito de los estatutos y del acta fundacional en la oficina pública destinada al efecto».* Por eso, aunque se pueda aceptar respecto de otras personas jurídicas asociativas, o de la misma sociedad civil (siempre que lo sea efectivamente por su objeto, v. Resolución de 20 de abril de 2010), no parece posible que una sociedad en formación o devenida irregular aparezca como socio fundador de otra sociedad de capital.

## VII. LA POSIBILIDAD DE SUPUESTOS ATÍPICOS DE IRREGULARIDAD

### 1. Inscripción de las modificaciones estructurales

Entro ya en el tercero y último de los bloques anunciados, donde pretendo hurgar por fuera del sistema en la búsqueda de situaciones similares a las de la sociedad en formación o la irregularidad. He dado con dos casos que juzgo de interés. El primero es la inscripción de las modificaciones estructurales, y reconozco que su inclusión se debe a dos sentencias que encontré casualmente en la búsqueda que hice para esta ponencia. Se trata de dos sentencias de la misma sección del TSJ de Cataluña, con apenas un año de diferencia entre ellas, pero, eso sí, distintos magistrados. En ambos casos es una demanda por despido donde se pretende la condena del socio —único— por razón de irregularidad, pero la irregularidad no está relacionada con la constitución de una sociedad, sino con la transformación de una SA en SRL, que pasado más de un año aún no se había

inscrito. En la primera sentencia se rechaza la pretensión (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de julio de 2014, Rec. 2304/2014), pero en la segunda se acepta (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 de julio de 2015, Rec. 6463/2014, *«según reflejan los hechos probados, ... S.L.U. se transformó en sociedad anónima por acuerdo de 23.2.2012, según escritura pública extendida en el mismo día; si bien a fecha de 30.4.2013 aún no constaba inscrita en el Registro Mercantil como tal sociedad anónima, por lo que, conforme al art. 39 de la Ley de Sociedades de Capital había pasado a ser una sociedad irregular. Por tanto, las responsabilidades derivadas del despido de la actora habrán de ser asumidas por la socia única de la entidad, en tanto que el acto de constitución de la sociedad anónima carece de efectos frente a terceros. Además, dado que el acto del despido realizado en nombre de dicha sociedad, fue decisión última de sus administradores, por aplicación del art. 36 de la citada ley, corresponderá a éstos asumir también las responsabilidades derivadas del despido»*). Comprenderán mi sorpresa, ¿realmente podemos hablar de «irregularidad» en la transformación? ¿Y en la fusión/escisión con creación de una nueva sociedad?

Como partimos de un sociedad mercantil que ya está inscrita (para la transformación, art. 4.1 LME), el problema no se puede plantear en los mismos términos que en el escenario fundacional, aunque sigamos hablando de inscripción constitutiva. Es indudable que la modificación estructural acaba con el acto final de la inscripción en el RM, ya consista en el cambio de forma, o en la extinción de una sociedad y la transmisión en bloque del patrimonio por sucesión universal a favor de otra. Pero surgen dificultades en el intervalo, ya que las sociedades participantes siguen operativas, pero, también, inscritas.

Se sostiene por algunos autores que la llamada inscripción constitutiva sólo añade a la inscripción declarativa un rasgo ajeno a su propia eficacia, pero puerce sobre ella al excluir la oponibilidad extrarregistral en términos absolutos, de tal modo que el conocimiento extrarregistral del acto inscribible por el tercero no produce ningún efecto en su perjuicio, que en cambio podría aprovecharse de él. De acuerdo con esta posición doctrinal, si el negocio existe siempre, al margen y antes de la inscripción constitutiva, es obvio que producirá inmediatamente efectos entre las partes, ya que las partes no pueden invocar el contenido del registro, puesto que ellas lógicamente quedan ya vinculadas por el propio negocio. Otra cosa serán los terceros.

Pero pensemos en unos terceros muy concretos para «falsear» la regla: acreedores en el supuesto especial de fusión super-simplificada. Hasta la presentación de la escritura de fusión en el RM realmente el proceso puede seguirse de una manera casi clandestina, pues cabe prescindir de la publicación de anuncios. Al fijar el artículo 44.2.I LME la fecha para el nacimiento del derecho de oposición, priva a los acreedores posteriores a esa fecha del derecho de oposición, por mucho que se demore después la inscripción. Siendo así, y a pesar de la proclamada

constitutividad de la inscripción, habrá acreedores afectados por la fusión antes de su inscripción, que al relacionarse con las sociedades que se extinguen acaban arrollados por un proceso de fusión del que no han tenido conocimiento, pues sólo contrataron fiados en el contenido de los asientos entonces vigentes y sin posibilidad alguna de oponerse. Esto sin entrar en los problemas de fragmentación que provocaría esta eficacia externa *ad gustum* para el tercero, pues la fusión concatena finalmente dos efectos contrapuestos, el integrador del lado de la sociedad resultante y el extintivo de las otras, lo que supondría tener que admitir simultáneamente la existencia y la inexistencia de una sociedad. Por exigencias de la buena fe, y si me apuran de buen orden jurídico, no puede ser tan intrascendente su conocimiento previo de la modificación estructural.

Tampoco en la esfera interna las cosas son tan claras. La interesante SAP de Cantabria de 15 de mayo de 2013, Rec. 818/2011, se enfrenta al caso de una SA transformada en SRL en el año 1997, que en el año 2010 seguía sin estar inscrita. La AP da una importancia decisiva al hecho de que la sociedad siguió funcionando durante esos años como una SA (*«aun en la hipótesis de admitir que la inscripción no tiene naturaleza constitutiva o que ésta solo despliega sus efectos en la oponibilidad frente a terceros, y que la adopción del acuerdo de transformación no inscrito resulta vinculante en la esfera interna de la sociedad, resultando vinculados los socios, tampoco el motivo puede prosperar y ello por la simple consideración de que tras la adopción del acuerdo de transformación de mayo de 2007 han sido los propios accionistas reunidos en Junta universal los que en diversas ocasiones han reiterado su actuación como sociedad anónima. Así en Junta universal de 4 de febrero de 2000, también elevada a escritura pública el 18 de febrero de 2000, se toman acuerdos como sociedad anónima, entre otros el de modificación del art. 10 de los estatutos y la admisión del derecho de voto para el usufructuario de las acciones. En Junta universal de 15 de marzo de 2003 se aprueban las cuentas del año 2002, o en Junta universal de 15 de marzo de 2001 se aprueban las cuentas correspondientes al año 2000. Tales actuaciones reiteradas de la Junta universal no permiten deducir una voluntad firme de transformación, sino todo lo contrario, una voluntad decidida y sostenida en el tiempo de permanecer como sociedad anónima y ello pese a que interin se hayan producido otras actuaciones como sociedad limitada. Igualmente ha de señalarse que con posterioridad al acuerdo de transformación litigioso, en el tráfico jurídico la sociedad se ha comportado frente a terceros, en consonancia con la publicidad registral como sociedad anónima y no como sociedad limitada»*).

En este sentido está muy extendida la idea de que el ámbito de la fusión/escisión es inaplicable el régimen jurídico de la sociedad en formación, pues responsables son las sociedades participantes y cada una soporta las deudas y pasivos existentes en su patrimonio, cuya titularidad retiene hasta la inscripción. Pero los problemas pueden surgir cuando se emprendan actuaciones por cuenta y en nombre de la nueva sociedad, que ya tiene nombrados sus propios administradores,

sobre todo si —de hecho— los interesados ya han llevado a cabo el traspaso de los bienes, abdicando de su presencia en el tráfico las sociedades llamadas a extinguirse (no fue el caso de la SAP de Barcelona de 23 de marzo de 2011, Rec. 730/2010, donde la fusión no llegó a formalizarse, pero sí que se notificó a un acreedor; ante el impago el acreedor demanda a su contraparte en el contrato, pero también a la otra sociedad, por entender que había asumido la deuda en virtud de una fusión societaria; para el tribunal: *«la fusión societaria exige, para su consumación, de escritura pública e inscripción registral —art. 94 LSRL, art. 245 LSA y arts. 226 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil— y ni siquiera los actos preparatorios arrastran la responsabilidad de la empresa surgida de la fusión. No podemos apreciar una fusión de hecho, dado el rigor que la ley de sociedades de responsabilidad limitada exige para la apreciación de la personalidad jurídica»*).

Algunos autores, ante la posibilidad de una actuación unificada de las sociedades partícipes consolidada en el tiempo con perspectiva de continuidad, optan por acudir al ámbito propio de los grupos de sociedades. Esta solución resulta compatible con el carácter constitutivo de la inscripción de la fusión, pero también supone el reconocimiento de efectos anteriores al asiento. Otra cosa será que la noción de grupo resulte suficiente cuando la actuación unificada se proyecte externamente mediante la exhibición de una escritura de fusión vivificadora de la nueva sociedad y manifestando los administradores que contratan en su nombre. Quizá debamos seguir hablando de concentración empresarial desconectada de una fusión, pero en el tráfico se muestra algo evocador de un nuevo sujeto de derecho, y no tengo tan claro que la mejor respuesta pase por el completo desconocimiento de lo actuado hasta ese momento, por más que no se pueda hablar todavía de una fusión completada. Sobre todo por la vinculación de la nueva sociedad, o la posible extensión de la responsabilidad por ciertas deudas a todas las sociedades participantes, aunque mantengan su indiscutible individualidad jurídica.

Todo esto lo digo huyendo de cualquier planteamiento holístico, pues las respuestas siempre vendrán muy condicionadas por las circunstancias de cada caso, sin que rígidos posicionamientos *a priori* ya obliguen a tener que hacerlo en un sentido determinado, y tan exagerado resultará hablar entonces de una sociedad en formación como rechazar toda similitud con la figura, aunque sólo sea para conseguir resultados muy concretos, por ejemplo, que ya quede obligada la nueva sociedad resultante (aunque se trataba de una fusión por absorción, es de gran interés la STSJ de Cataluña [social] de 16 de diciembre de 2004, Rec. 6218/2004; en el caso realmente ya se había producido la transmisión de empresa por venta de las acciones y acuerdo de fusión, pero cuando se comunica al trabajador el despido por causas objetivas todavía la fusión no estaba inscrita, ni siquiera otorgada la escritura; parece que al recibir la comunicación de la sociedad absorbida el trabajador arguyó que aún no se daban las causas objetivas por falta de inscripción de la fusión, aunque la fecha de efectos contables sí que era anterior; afirma

el tribunal: *«ha existido en este caso el cambio de titularidad o transmisión de empresas al que se refiere el art. 44 del ET. El acuerdo alcanzado entre las empresas evidencia una transmisión de empresa susceptible de ser explotada desde el momento de la firma del acuerdo; siendo esto así, es claro que lo cedido fue una unidad productiva autónoma, es decir, de una empresa, sin que sea obstáculo que la inscripción en el registro mercantil se produjera en fecha posterior, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, y no cabe duda que en el caso de autos la cesión de los servicios antes relacionados son un negocio cuya titularidad se cede; como se dice en la Directiva 98/50 y de conformidad con lo ordenado en el art. 44 del ET, lo cedido fue una entidad económica con propia identidad, como conjunto de medios organizado. Circunstancias que permiten considerar que la responsabilidad de la sociedad absorbente surge en un momento anterior, de conformidad con la normativa propia del derecho del trabajo»).*

Con todas esas reservas sobre el estatus de la nueva sociedad resultante, y el riesgo de que se deje ver en el tráfico antes de haber completado la inscripción, lo que me resulta más difícil de aceptar es que aquí podamos hablar de irregularidad, especialmente para terminar aplicando el régimen de la sociedad civil o colectiva, entendiéndose como régimen vicario en ausencia de otro tipo societario, distinto si la sociedad realmente se transforma en sociedad colectiva, o ésta es la forma de la sociedad resultante de la fusión/escisión. En la irregularidad acudimos al régimen de la sociedad general en ausencia de otro tipo válidamente constituido, situación que ahora no concurre porque ya existe una —o varias— sociedad inscrita. Pero esto no excluye que el tercero, a despecho de la naturaleza constitutiva de la inscripción, pueda en ocasiones invocar en su beneficio el régimen de responsabilidad personal de los socios que corresponda a la nueva forma social, aunque la modificación estructural aún no esté inscrita. Indudablemente la irregularidad está vinculada con la eficacia de la publicidad registral, pero esta segunda tiene un ámbito de aplicación algo distinto (alude a la irregularidad en un caso de falta de inscripción de la escisión, aunque al objeto de mantener la capacidad de la sociedad para ser parte en el proceso, la STSJ de Andalucía/Málaga, Sala de lo social, de 24 de septiembre de 2015, Rec. 1064/2015). De todos modos, en el ámbito específico de la transformación, aunque no debemos hablar de irregularidad en sentido estricto, sí que tiene lugar una anticipación limitada del régimen de la nueva forma social, que en algo recuerda la que es propia de la sociedad en formación (art. 17.2 LME, Resolución de 8 de mayo de 2015).

Análogas reservas deben formularse a la aplicación en este ámbito de la responsabilidad del artículo 38.3 LSC. Está fuera de toda duda la exigencia de cobertura del capital social, también en la transformación, donde en realidad no hay traspaso patrimonial, y la exigencia se presenta más bien como un incentivo de regularización patrimonial (Resolución de 9 de octubre de 2012). Dicho esto, ni siquiera en el ámbito de la fusión/escisión está clara la aplicación del régimen

propio de las aportaciones no dinerarias en las sociedades de capital, pues la transmisión patrimonial no tiene lugar entre los socios, sino entre las mismas sociedades. Por otro lado, el procedimiento está sujeto a sus propios y muy estrictos controles, en particular el informe de expertos independientes, cuando corresponda. Por eso, cuando se cumplan todos esos trámites, quizá no tenga sentido aplicar en todo su rigor el régimen de aquellas aportaciones, ni siquiera cuando la fusión provoque la constitución de una nueva SA, a pesar de que la responsabilidad solidaria de todos los fundadores del artículo 77 LSC cohabita con el informe del artículo 67 LSC.

Es evidente que el problema existe cuando no concurre el informe de experto independiente, pues en estos casos bastará con manifestar la cobertura del capital en la escritura, pero sin posibilidad de un control efectivo por parte del RM. En el pasado ya se discutió acerca de la aplicabilidad en estos casos del régimen de responsabilidad por las aportaciones no dinerarias del artículo 21 LSRL (ahora art. 73 LSC), suponiendo que realmente pueda hablarse en la fusión/escisión de una aportación de este tipo. Como quiera que la actual LME exige el informe de experto independiente cuando alguna de las sociedades que participen en la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, aunque la resultante sea una SRL, la presencia de ese informe, con su correspondiente parte segunda (art. 34.3 LME), excluye *ad limine* esa responsabilidad por aplicación extensiva del artículo 76 LSC, pero tal exclusión no elimina el problema de la responsabilidad estricta del aportante, igual que ocurre en la SA (de hecho, puede no haber patrimonio no dinerario, en cuyo caso se prescinde del informe, Resolución de 19 de julio de 2016). Quedan, además, las otras fusiones en las que no intervienen esas formas sociales, sobre todo la fusión entre SSRL.

Por otro lado estaría el tema de la fecha relevante para concretar la cobertura formativa del capital a estos efectos, es decir, el día al que será necesario remitirse para apreciar si la cifra de retención se encontraba desembolsada en cuantía suficiente. A mi juicio, el momento ha de ser el de producción de efectos contables, por ser al que debe referirse la valoración de activos adquiridos y pasivos incurridos por la compañía adquirente con motivo de la modificación estructural (o su nueva forma, en caso de transformación). Si, en cualquier etapa posterior, se pone de manifiesto un déficit, el problema será de cobertura conservativa del capital, al que habrá de hacerse frente con las medidas adecuadas, fundamentalmente por medio de una reducción (que afectará a todos los socios por igual), mas no a través de una exigencia de responsabilidad a los aportantes. Con ello, se pone de manifiesto una vez más la relatividad del carácter constitutivo de la inscripción registral, con independencia de que ésta determine la adquisición del entero patrimonio de la absorbida por sucesión universal, o del cambio de forma. Pero una cosa es el momento de esa adquisición y otra el de la valoración a efectos de la cobertura del capital y con ello de la responsabilidad.

Pero ya dije antes que la responsabilidad *ex* artículo 73 LSC es distinta de la responsabilidad prevista en el artículo 38.2 LSC, pues esta segunda no tiene en cuenta la naturaleza de la aportación, sino el devenir patrimonial efectivo de la sociedad desde la escritura hasta la inscripción, aunque todas las aportaciones hubiesen sido dinerarias. Puede que en la fecha de efectos contables de la modificación estructural, incluso de la escritura si hubiese sido posterior, la cifra de capital hubiera estado cubierta. Pero, suponiendo que la inscripción se demore, y en el intervalo aquella cobertura se resienta, ¿surge la obligación de cubrir la diferencia a cargo de los socios de la sociedad transformada o participante en la fusión/escisión? Por las razones indicadas creo que la respuesta ha de ser negativa, pues la fecha relevante a estos efectos no ha de ser la de inscripción, aunque se trate de la fundación de una nueva sociedad como consecuencia de la fusión/escisión.

## **2. El cierre en falso del concurso de acreedores y la posibilidad de una irregularidad sobrevenida**

El segundo tema se sitúa en las antípodas de todas las cuestiones tratadas hasta ahora. Habiéndonos ocupado del nacimiento, en ocasiones prematuro de una sociedad, ahora nos encontramos justo con lo contrario, con una declaración de defunción de la sociedad, quizá antes de tiempo. El asunto se ha puesto muy de moda con ocasión del llamado por algunos «cierre en falso» del concurso, pero en realidad tiene «solera» propia.

Como recordarán, la DT 6.<sup>a</sup>2 de la Ley 19/1989, que después pasaría con el mismo número al TRLSA, dispuso que las SSAA que antes del 31 de diciembre de 1995 no hubieran adaptado su capital social al nuevo mínimo legal, *«quedarán disueltas de pleno derecho, cancelando inmediatamente de oficio el registrador los asientos correspondientes a la sociedad disuelta»*. Pero muchas de las sociedades afectadas por esta medida, ni estaban inactivas, ni fueron tan insumisas al cumplimiento del deber legal, pues sólo habían demorado la presentación en el RM de unos documentos otorgados con anterioridad. Queriendo limpiar un registro público de espectros, acabaron condenadas a la expulsión del RM sociedades que estaban muy lozanas.

Se explica así que el sector de la doctrina más vinculado a la práctica notarial-registral reaccionara con prontitud en la búsqueda de una doble solución al problema: de un lado, hacer posible la liquidación ordenada de estas sociedades, sobre todo cuando figuraran como titulares de bienes en el RP, por los graves inconvenientes que provoca la falta de un liquidador con cargo inscrito; de otro lado, viabilizar el regreso a una vida registral normalizada de sociedades activas y con propósito de enmienda, aunque fuera tardío. Un grupo de notarios de la provincia de Tarragona y su registrador mercantil, antes de que interviniera

la DGRN, lo intentamos desde los postulados dogmáticos de la irregularidad societaria, hablando para ello de irregularidad sobrevenida, como situación simétricamente inversa a la irregularidad originaria. Del mismo modo que la personalidad jurídica general no depende de la inscripción, pero sí la propia del tipo societario escogido, también se pierde esa tipicidad con una cancelación prematura, pero no la personalidad de modo absoluto. Y el problema realmente era general, no sólo por la DT 6.<sup>a</sup>, u otros supuestos de cancelación automática de oficio que se han incorporado después a nuestras leyes (DT 1.<sup>a</sup>3 Ley de Sociedades Profesionales —Resoluciones de 20 de julio de 2015, de 11 de enero de 2016—, DA 17 Ley de Marcas).

Por muy insólito que parezca, una vez practicada la cancelación formal ordinaria los socios quizá no pongan fin a sus actividades y de «hecho» continúen con ellas, sin confundirse entonces con su patrimonio personal una inexistente cuota liquidación. Probablemente no sea la misma sociedad disuelta la que reaparece y se trate de una nueva sociedad (en su caso, tácita), pero tampoco cabe desconocer que la transición de uno a otro supuesto puede producirse en la práctica sin un punto de discontinuidad (no reaparición, sino continuación), en cuyo caso quizá no fuera del todo desaconsejable que en garantía de los acreedores anteriores no satisfechos (lo que en situaciones normales calificamos de pasivo sobrevenido) se afirme la presencia de un principio de identidad subjetivo ligado a un cambio de régimen jurídico, para asegurarles la preferencia sobre unos bienes que siguen siendo sociales.

Al final la solución que se impuso en la práctica fue estrictamente registral, ya que la DGRN, desde su indudable posición de *imperium*, permitió el regreso de estas sociedades al RM, primero para liquidarlas, y después para reactivarlas, pero sin hacerse cuestión de cuál hubiera sido entretanto su situación. El tema no es baladí. En fecha reciente, la Resolución de 12 de marzo de 2013 DGRN tuvo que enfrentarse a la transformación reactivadora de una SA afectada por aquella cancelación, que no adoptó el acuerdo hasta agosto de 2012, ¿qué ha sido mientras tanto esta sociedad?, ¿una SA cancelada, pero SA al fin y al cabo?, ¿otra cosa?, ¿sujeta a qué régimen jurídico, especialmente si hubo actividad?

En la práctica no parece que hayan surgido muchos problemas por cuestiones estrictamente relacionadas con la calificación del tipo societario, sobre todo por la existencia de un régimen específico en la DT 6.<sup>a</sup> de responsabilidad personal y solidaria de los administradores/liquidadores por las deudas contraídas, «o que se contraigan en nombre de la sociedad» —a pesar de esa disolución/cancelación— que ha hecho innecesario entrar en mayores disquisiciones sobre una hipotética responsabilidad personal como socios colectivos, o directa de los gestores en la sociedad no inscrita (art. 120 CCom), otras veces porque el problema sometido a la contienda judicial no convertía esta cuestión en relevante (como ocurre si en el

proceso la sociedad aparece como actora, pues entonces resulta relevante su personalidad jurídica para continuar como parte procesal, no tanto que se haya convertido en sociedad colectiva; p. ej., SAP de Madrid de 22 de octubre de 2004, Rec. 537/2004; poco clara la STS de 22 de septiembre de 2003 Rec. 3985/1997, que atiende exclusivamente a la disolución, sin prestar atención al hecho de que —además— la sociedad estaba cancelada) y otras por tratarse de cuestiones internas de la sociedad, como una convocatoria judicial de Junta general (AAP de Madrid de 18 octubre de 2004, Rec. 17/2004). Curiosamente, una de las pocas alusiones a la irregularidad la encontramos en una sentencia del TC por una denuncia de dilaciones indebidas en el proceso, donde el Tribunal de forma implícita parece reconocerla como solución más correcta (STC 140/1998, de 29 de junio de 1998).

Al margen de esta cuestión, la DGRN sentó en aquellas resoluciones una doctrina que ha recuperado toda su actualidad con el «cierre en falso» del concurso. Por un lado, que la cancelación de asientos no implica la extinción de la personalidad jurídica, ni tal extinción puede anticiparse al agotamiento de todas las relaciones jurídicas pendientes de la sociedad. De otro lado, que la cancelación sólo es una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que bien puede preceder a la definitiva extinción de la personalidad de la sociedad, y en consecuencia tal situación tabular no puede ser considerada como obstáculo a la práctica de eventuales asientos posteriores que la subsistencia de esa personalidad implique y que sean compatibles con la transitoriedad y finalidad liquidatoria de esa subsistencia. Más tarde la DGRN también admitiría su reactivación en un momento en que esta figura aún no se contemplaba en la LSA. El punto y final lo puso la DT 8.<sup>a</sup> RRM, que *obiter* dio cobertura normativa expresa a la doble solución liquidadora y reactivadora, al disponer que la cancelación registral tendría lugar, «sin perjuicio de la práctica de los asientos a que dé lugar la liquidación o la reactivación, en su caso, acordada».

En paralelo, la doctrina del TS no ha sido especialmente clara. En un principio no parecía tener mayor problema en seguir la doctrina acuñada por la DGRN (STS de 10 de noviembre de 1997, Rec. 1568/1995, STS de 22 de septiembre de 2003, Rec. 3985/1997, STS de 27 de diciembre de 2011, Rec. 1736/2008). Pero la importante STS de 25 de julio de 2012, Rec. 1570/2009, apuntó en otra dirección, al insistir en que la cancelación de los asientos señala el momento de extinción de la personalidad jurídica. Matiza, no obstante, que no tiene carácter sanatorio de los posibles defectos de la liquidación, de ahí que la definitiva desaparición de la sociedad sólo tenga lugar cuando aquella responda a la situación real, y cita en su apoyo la doctrina ya conocida de la DGRN. La consecuencia práctica de mantener una tesis y la contraria es que se obliga a los socios y a los acreedores a tener que pedir la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación, pues esa nulidad es necesaria para recobrar una personalidad que efectivamente se habría perdido. Adviértase el detalle, no tendrá carácter sanato-

rio, pero matar, la cancelación mata, y por eso hay que resucitar a la sociedad, sin que al alto Tribunal parezca preocuparle mucho el movimiento patrimonial de ida y vuelta, desde la sociedad difunta, parece que hacia los socios, y desde éstos de vuelta a la sociedad renacida. Por cierto, a estos efectos procesales, ¿cuándo se recupera la personalidad?, ¿al interponer la demanda?, ¿al practicar el asiento mucho tiempo después?, ¿cómo se hará cuando la sociedad sea demandante?, ¿habrá de demandarse a sí misma para conseguir la cancelación de la cancelación? No es tan sencillo como pedirle al RM que rectifique, pues el asiento está bajo la salvaguarda de los tribunales.

Esta nueva orientación se ha dejado sentir en algunas AAPP. De gran interés resulta la SAP de Las Palmas de 27 enero de 2014, Rec. 246/2012, donde la sociedad cancelada, a través del que fue su liquidador, junto con éste en nombre propio y otra persona física, interpone una demanda de responsabilidad civil contra quien había sido el asesor fiscal de la sociedad. La sentencia, tras recordar la doctrina tradicional sobre el mantenimiento de la personalidad hasta la conclusión de todas las relaciones jurídicas, considera que ésta no es la solución que aplica la jurisprudencia más actual, y con cita de la anterior STS, afirma: «*en definitiva no cabe duda de que el liquidador podrá desarrollar los actos necesarios al fin de que la sociedad extinta y cancelada pueda reclamar esos créditos o atender deudas suyas que no se pudieron hacer figurar en el antecedente proceso de liquidación ... pero ello no significa que la sociedad extinta y cancelada recobre vida sin más sino que previamente será imprescindible formalizar una serie de actos al efecto que renazca su personalidad jurídica como ilustra el artículo 248 RRM, cuando en su apartado primero establece que en caso de que aparecieran bienes o derechos de sociedad cancelada, los liquidadores otorgarán escritura pública de adjudicación de la cuota adicional a los antiguos socios, que presentarán a inscripción en el Registro Mercantil en el que la sociedad hubiera figurado inscrita. Verificado lo cual ningún obstáculo habrá para que el liquidador de la sociedad resucitada acometa las acciones en pos de obtener el resarcimiento social por aquel presunto daño que le ocasionó el mal asesoramiento del experto fiscal aquí demandado*». Como puede verse, el mantenimiento a ultranza de esta tesis conduce a un auténtico callejón sin salida, del que sólo se puede salir pagando el precio de una cierta incoherencia, pues el liquidador, se supone para reclamar en nombre de la sociedad revivida, y ante la imposibilidad de que la sociedad difunta se demande a sí misma para conseguir la nulidad de su propia cancelación, deberá comportarse en la forma prevista para el activo sobrevenido (art. 248.1 RRM), es decir, adjudicar el activo a los socios en forma de una cuota adicional, en cuyo caso el liquidador podrá reclamar, se supone que en nombre de la sociedad ¡por un activo que habría sido asignado según el RM a los socios! Realmente el demandado lo tendrá muy fácil para oponerse a una nueva demanda que interponga en su contra una sociedad que ha sido resucitada, pero ya no es titular del activo, por haber sido adjudicado a sus socios ¡precisamente para resucitarla!

En cambio, en la más reciente STS de 20 de marzo de 2013, Rec. 1339/2010, vuelve a reconocer que la cancelación no implica la efectiva extinción de la personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara, en lo que se ha dado en denominar personalidad «controlada» o «condicionada». Para el TS: *«como establece la doctrina más autorizada al no haberse concluido el proceso liquidatorio en sentido sustancial, aunque sí formal, los liquidadores continuarán como tales y deberán seguir representando a la sociedad mientras surjan obligaciones pendientes o sobrevenidas, máxime cuando la inscripción de cancelación en el Registro Mercantil no tiene efecto constitutivo, sino meramente declarativo»*.

Algunas sentencias recientes de AAPP se apoyan en esta última STS para insistir en la naturaleza declarativa y no constitutiva del asiento de cancelación (SAP de Asturias de 13 de junio de 2014, Rec. 420/2013, —*«que la liquidación societaria no supone la extinción de la personalidad jurídica respecto de las obligaciones pendientes o sobrevenidas, pues la inscripción registral es meramente declarativa sin efectos constitutivos, motivo por el cual la actuación del demandado no ha generado un daño efectivo y determinado para el actor al no haberle privado de la posibilidad de ejercitar acciones frente a la sociedad constructora»*—; matiza la contradicción de la jurisprudencia del TS sobre la capacidad para ser parte de una sociedad cancelada, la SAP de Valencia de 5 de noviembre de 2013, Rec. 424/2013, —*«el designio de dar adecuada protección a los acreedores inspira también esa doctrina jurisprudencial que reconoce a la sociedad liquidada una personalidad controlada o condicionada para atender a las relaciones pendientes, que afecten a acreedores que contrataron con la sociedad antes de que se cancelara su inscripción en el Registro Mercantil. Así pues, la cancelación del asiento de las sociedades disueltas y liquidadas no extingue su personalidad de modo definitivo ni general, sino que presume, no determina, la extinción de la personalidad jurídica, surtiendo plenos efectos frente a los acreedores que hayan sido satisfechos pero no contra los que no han cobrado sus créditos. La razón jurídica de los efectos anudables a la inscripción de la liquidación es obvia, su emisión se basa en las manifestaciones que realizan los liquidadores acerca de las deudas que tiene la sociedad y del pago de las mismas ... Por lo tanto, puede concluirse que si por error o mala fe de los liquidadores quedan deudas por pagar, el acreedor conserva todos sus derechos y, en lo que a él respecta, continúa existiendo la sociedad y, aunque estén cancelados los asientos, el acreedor puede interponer su demanda contra la sociedad sin que encuentre respaldo una excepción de falta de personalidad jurídica»*—; SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2013, Rec. 73/2013).

Con este entorno jurisprudencial nos encontramos con una Ley Concursal —LC— que desde su reforma de 2011 dispone que podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso, cuando el JM aprecie de manera evidente la insuficiencia del patrimonio del

concurado y la escasa prosperabilidad de acciones reconstructoras del patrimonio o de responsabilidad de cualquier tipo. Es una declaración/conclusión simultánea, que no ofrece la posibilidad de nombrar un administrador concursal, o de llevar a cabo una mínima actuación encaminada a la realización del patrimonio social en el seno del concurso. En todos los casos de conclusión por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, la resolución judicial acordará su extinción y dispondrá la cancelación de su inscripción (art. 178.3 LC). Y es aquí donde tenemos el «cierre en falso» del concurso, por cuanto no se han agotado —de hecho, ni siquiera iniciado en el «concurso exprés»— las opciones de realización del activo societario, por muy insignificante que parezca.

En paralelo no se debe desconocer la evolución en materia societaria donde el TR de la LSC ha armonizado el régimen la liquidación de las sociedades de capital, sobre la base de la anterior disciplina de la LSRL. Esto se hace especialmente evidente a propósito del activo y pasivo sobrevenido (en realidad, por cómo se ha regulado, activo «o» pasivo sobrevenido), que ha llevado a una progresiva expansión de la tesis de la naturaleza constitutiva de la cancelación registral (arts. 398-400 LSC).

Ante este panorama, las soluciones aplicadas por los JJMM han sido muy bien sistematizadas por el AJM de Oviedo de 13 de febrero de 2015, proc. 92/2014:

1. Cumplir fielmente el mandato legal y acordar en el auto la extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción en el RM. Se obliga entonces al acreedor a iniciar un declarativo para conseguir la nulidad de la cancelación y, de forma acumulada, la condena de la sociedad «renacida».
2. Desoír al legislador y omitir en el auto la extinción de la persona jurídica, lo que permite al acreedor dirigirse contra ésta. Como se ha evitado la extinción de la personalidad jurídica y el auto de conclusión no produce efectos de cosa juzgada, nada impediría a un acreedor (o, incluso, al mismo deudor) volver a solicitar el concurso, entrando en una especie de bucle.
3. Desoír al legislador, omitir en el auto la extinción de la persona jurídica, pero, dando un paso más, remitir a los administradores/liquidadores a las normas de la liquidación societaria. Esta solución supondría, en el caso de liquidación concursal inconclusa, que lo que comenzó con una liquidación concursal concluya como una liquidación societaria. Es la tesis del JM de Palma de Mallorca, entre otros en el Auto de 2 de febrero de 2012, proc. 2/2012.

4. Desoír al legislador, omitir en el auto la extinción de la persona jurídica y dar comienzo a una suerte de liquidación societaria intraconcursal, supervisada por el JM del concurso, quien requiere a la sociedad para que aporte la aprobación por la JG del balance final liquidatorio, en cuyo momento se remitiría por el JM al RM el mandamiento de cancelación. Es la tesis patrocinada por el JM [1] de Madrid, hoy ya abandonada.

En el Congreso Nacional de Derecho Concursal de ARANZADI, celebrado en noviembre de 2014 y dirigido precisamente por el magistrado ovetense autor de esta resolución, Alfonso MUÑOZ PAREDES, ya manifesté que el mandato legal debe cumplirse, pero sus consecuencias también deben ser interpretadas. La resolución judicial que declara la extinción de la persona jurídica no puede provocar la desaparición automática del pasivo y la sucesión *ope legis* a favor de los socios de los activos. Y lo mismo cabe decir respecto de los procesos en los que sea parte y aún se encuentren en curso. Aquel resultado sería contrario a la función que cumple el instituto en nuestro sistema jurídico, al menos en su actual configuración. La extinción decretada ha de suponer hacia dentro un mandato para completar esa liquidación, aunque sea fuera del concurso, y hacia fuera su expulsión del RM por la vía de la cancelación. Pero el sujeto de derecho, aunque sometido al trance de una liquidación forzosa, existe fuera del RM, como es posible la personalidad jurídica originaria sin inscripción. Desaparece como sujeto inscrito, pero no como punto de referencia subjetiva de un conjunto de relaciones jurídicas que siguen ahí. Incluso, su liquidación societaria tampoco habría de quedar por completo al margen del RM, por la propia configuración de la cancelación como un simple cierre, que debe adaptarse en ocasiones a circunstancias excepcionales, haciendo posibles asientos posteriores.

En este sentido algunas resoluciones judiciales recientes dejan muy claro que la sociedad mantiene una personalidad jurídica «*residual*» hasta la completa extinción de sus relaciones jurídicas, y que sus liquidadores deberán hacer un uso responsable de la misma (AAP de Barcelona de 16 de febrero de 2015, Rec. 345/2014, con cita de otro anterior 2012, «*la extinción de la personalidad jurídica que dispone el art. 178.3 LC en el supuesto de que se declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, y el consiguiente cierre de la hoja registral, debe entenderse como una presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de terceros de buena fe (evitando así que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico)*», pero, de un lado, resulta inoperante respecto de los acreedores subsistentes, ya que éstos, según dispone el mismo art. 178 en su apartado 2, podrán iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona jurídica (pese a la declaración de extinción y a la cancelación registral), por lo que ésta ha de conservar, necesariamente, su personalidad jurídica o capacidad procesal para soportar en el lado pasivo esas reclamaciones, y de otro lado, no ha de impedir la subsistencia de su personalidad jurídica o bien de la capacidad procesal, para, en el lado activo, plantear o mantener demandas judi-

*ciales en reclamación de los créditos que ostente o crea que le asistan contra otros terceros, y así poder hacer frente, precisamente, a las reclamaciones de los acreedores insatisfechos»).* De todos modos, conviene destacar que el fundamento concursal de esta doctrina —art. 178.2 LC—, después de la catarata de reformas de los últimos años, ya no se expresa en aquellos términos, y de hecho ahora no parece aplicable a la persona jurídica, al haberse colado en el párrafo anterior un referencia expresa al deudor «persona natural». Por eso considero preferible el empleo de argumentos de mayor recorrido fundados en categorías generales del Derecho societario.

En cualquier caso, enfrentados al problema práctico de qué hacer con una sociedad en este estado, creo que el antes citado AAP de Oviedo responde muy bien a la pregunta: *«aclarado el tema de la subsistencia a estos efectos de la personalidad jurídica de la sociedad extinta, resta dilucidar la actitud que deben adoptar los administradores (o liquidadores si hubo liquidación societaria previa) ante el cierre de la vía concursal. Para ello hemos de partir de que los administradores continúan en sus cargos, toda vez que el concurso se ha declarado y concluido sin pasar por el trámite intermedio de la apertura de la liquidación, que lleva consigo el cese de aquéllos (art. 145.2). Vigente el cargo, varias opciones se abren ante ellos: a) Convocar Junta general (o celebrar Junta universal si fuere posible) para acordar la disolución (por concurrir causa de disolución, si existiere, o por mera voluntad del órgano decisorio) y liquidación societaria, procediendo, en su caso, al nombramiento de liquidador. b) Reestablecer el equilibrio patrimonial, mediante un aumento o reducción de capital. c) Reactivar la sociedad, toda vez que como no ha habido apertura de la fase de liquidación no entra en juego la limitación del art. 370 en relación con el art. 361.2. Limitándonos a la opción de liquidación societaria, que es la que ahora nos interesa, el órgano de liquidación llevaría a cabo una liquidación ordinaria, pagando a los acreedores hasta donde alcance con el producto de la enajenación de los bienes y derechos sociales y si, llegado el caso, no pudiese pagar a todos ellos, el obstáculo del cierre registral ya no sería tal, pues recordemos que el juez del concurso ya lo acordó en su auto. De esta forma, con la secuencia «declaración-conclusión y liquidación societaria» conseguiríamos agotar formal y materialmente el proceso de liquidación de la sociedad. Formalmente, porque el cierre registral que el Registro Mercantil nos denegaría ya lo obtuvimos previamente del juez; y materialmente porque hemos procedido a realizar aquellos bienes para los que el concurso no dio solución. Se evita, además, que prosperen demandas de responsabilidad interpuestas por socios o acreedores contra los administradores por haber permanecido pasivos cuando se les cerró la puerta del concurso y no haber adoptado medidas que impidieran la pérdida o deterioro de activos que, aun insuficientes para dar plena vida a un concurso, pueden tener valor económico. En el caso de autos, se combinan todos los escenarios apuntados al principio, dando lugar a una especie de «tormenta jurídica perfecta»: liquidación societaria previa, concurso y liquidación societaria consecutiva al concurso. Nada obsta, según lo expuesto,*

*para que los liquidadores (nunca cesados por este juzgado, recordemos) subsistan en sus cargos y culminen el proceso de liquidación en su día abierto».*

La única cuestión que no aclara completamente el Auto es de qué tipo societario se trata, cuestión capital para determinar el régimen jurídico aplicable: ¿el oxímoron de una sociedad de capital sin publicidad registral?, ¿una sociedad irregular sometida al régimen de la sociedad general del tráfico, la sociedad colectiva? No necesariamente esto último, pues la irregularidad presupone la actividad social, y si los afectados se limitan a completar la liquidación, no hay razón para aplicar un régimen diferente al de la —pretérita— forma registral, aunque deba ajustarse a la nueva situación. Caso de pretender la inmediata reactivación también podríamos aplicar la LSC. Ahora bien, si quieren seguir con su actividad, y para salir de la insolvencia restablecen el equilibrio patrimonial, forzosamente tendremos que acudir al régimen vicario de la sociedad general, sea la colectiva o la civil, con el añadido en el primer caso de la responsabilidad directa de los gestores (art. 120 CCom) y la posible pérdida de la exclusividad de la denominación. En definitiva, una situación de irregularidad, en este caso sobrevenida, porque accede después de haber sido sociedad regular.

Para terminar con este punto, simplemente dar cuenta de la «rectificación de la rectificación» en las recientes Resoluciones de 1 de agosto de 2016 y de 22 de agosto de 2016 de la doctrina de la DGRN sobre la posibilidad de cancelar la inscripción de una sociedad sin activo y sólo con un acreedor, sin necesidad de instar la declaración de concurso. Como se recordará, dos Resoluciones de 2 de julio de 2012 y de 4 de octubre de 2012 cambiaron el criterio de las previas Resoluciones de 13 de abril de 2013 y de 29 de abril de 2011. Ahora no interesa tanto el hecho de que se vuelva a reconocer aquella posibilidad, como la superación de la doctrina de las Resoluciones de 2012 en relación con el tema de la personalidad jurídica y el asiento de cancelación. Para justificar su postura, las Resoluciones de 2012 no dudaron en emplear un tono alarmista, que resultaba muy sorprendente a la vista de su propia doctrina a propósito de la DT 6.<sup>a</sup> Aquella alarma descansaba en que la cancelación supondría la desaparición de la sociedad del mundo de los sujetos de derecho, sin más (no dice, de los sujetos «inscritos»), careciendo el crédito de un tercero de sujeto pasivo o persona contra la que dirigir la acción de reclamación (*«parece evidente que en el caso que nos ocupa el liquidador no debe limitarse a constatar la existencia de un único acreedor y la inexistencia de bienes con que satisfacer su deuda, sino que debe cumplir con la obligación que le impone dicho precepto [art. 388.1 LSC] a fin de que el acreedor pueda reaccionar en defensa de sus derechos. Si así no lo hiciera, ese acreedor podría encontrarse sorpresivamente ante la situación de que cuando intentara el cobro de su crédito, bien por procedimientos de ejecución singular o bien por procedimientos de ejecución colectiva, su deudor habría desaparecido del mundo de los sujetos de derecho, careciendo su crédito de sujeto pasivo o persona contra la que dirigir la acción de reclamación»*). La argumentación resultaba profundamente

contradictoria, pues la misma Resolución reconocía en otro lugar que la personalidad jurídica continuaba, a pesar de esa cancelación (*«y es que la sociedad mantiene su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y por tanto su personalidad jurídica, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de las mismas»*). Sin cuestionar los robustos efectos del RM, tampoco conviene sacarlos de su cauce. Se presume la exactitud de lo que hay que presumir, pero nada más, y una cosa es la conclusión formal de las labores de liquidación y otra la extinción efectiva y real de la persona jurídica. El RM nos puede decir que la primera ha tenido lugar, y cerrar el historial de la sociedad con evidentes consecuencias sustantivas, pero lo segundo es algo que ya escapa a su área de influencia, al menos en la actual situación legal. Tanto es así, que resulta posible practicar asientos *post mortem*, que no supondrán una reapertura de aquel historial, pero sí el reconocimiento de una vida más allá —o más acá— del RM. Pues bien, la sombra de duda que las Resoluciones de 2012 pudieron traer ha de considerarse venturosamente despejada (no pueden ser más claras las Resoluciones de 2016: *«por otra parte, la cancelación de tales asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma ... La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de la disolución, es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación»*).

## VII. CONCLUSIÓN

Con esto ya concluyo. Empezamos nuestro trasiego con una «cierta» personalidad de la sociedad aún no formalizada, y lo hemos terminado con la personalidad «residual» de la sociedad prematuramente cancelada. Si esto supone reconocer distintos grados de persona jurídica, o un concepto general junto a otros especiales, o algo que no es persona jurídica, pero se le parece bastante, sinceramente no lo sé, y a estas alturas tampoco me importa mucho. La aproximación ha de ser flexible, siempre con el auxilio de categorías generales que aseguren una mínima coherencia, pero prestando atención a las consecuencias prácticas de una u otra calificación, y en este sentido si el resultado final viene a ser el mismo, tampoco vale la pena discutir por palabras. Rechacemos los excesos del dogma, pero sin caer en el relativismo dogmático. En el fondo, como dijera ALEJANDRO DUMAS, todas las generalizaciones son peligrosas, incluso ésta.

*(Trabajo recibido el 04/10/2016  
y aceptado para su publicación el 28/02/2017)*

# **FISCALIDAD DE LA EMPRESA**



## RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES: LA NUBE QUE TERMINÓ EN TORMENTA

ABEL GARCÍA RODRÍGUEZ

*Socio y director área fiscal de LIFE ABOGADOS*

### RESUMEN

El presente trabajo da cuenta de los cambios de criterio que se han ido sucediendo en los últimos años en materia de retribución de los administradores, fundamentalmente a efectos de su deducibilidad en el Impuesto de Sociedades, lo que ha ocasionado no poca inseguridad en las empresas, hasta llegar al punto en que nos encontramos, donde, a juicio del autor, el panorama está más despejado.

**Palabras clave:** retribución, administradores, deducibilidad, teoría del vínculo, Impuesto de Sociedades, previsión estatutaria.

## REMUNERATION OF DIRECTORS: THE CLOUD THAT BECAME A STORM

ABEL GARCÍA RODRÍGUEZ

*Partner Tax Department at LIFE ABOGADOS*

### ABSTRACT

This brief report summarizes the evolution of Corporate Income Tax deductions for the Board of Directors' compensation, from the uncertainty of what could be deducted to the recent ruling on which deductions are acceptable.

**Keywords:** salary/compensation, administrator/board of directors, tax deduction, functional absorption theory, Corporate Income Tax, by-law provisions.



Como suele suceder en ocasiones, son las pequeñas cosas las que cambian el mundo.

Todo empezó una soleada mañana de otoño, en la que nada hacía presagiar la tormenta «jurídica» que se desataría esa misma tarde, en la que negros nubarrones se cernieron en el cielo de la fiscalidad patria, haciendo temblar los pilares de la deducibilidad de las retribuciones de los administradores en el Impuesto sobre Sociedades (IS). De aquel aguacero muchos salieron empapados, otros sólo se mojaron los pies, y los menos vieron la lluvia desde la ventana, sin escuchar los truenos de la Inspección de los Tributos, pero obligados a tomar medidas para garantizar la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a sus administradores. Desde entonces, nada volvió a ser igual.

Las primeras gotas de lo que terminaría en borrasca fueron **dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo el día 13 de noviembre de 2008 (recursos de casación 2578/2004 y 3991/2004 —ambas caso Mahou—)**, en las que al Alto Tribunal anudó y condicionó la deducibilidad de la retribución de los administradores en el IS a que éstas estuvieran debidamente fijadas en los estatutos sociales «con certeza», lo que permitía entender al Tribunal que éstas [las retribuciones] eran *obligatorias*, y eran *necesarias* para la compañía, en clara contraposición a aquellas otras que —o bien por no estar contempladas en los estatutos sociales, o bien porque su importe excedía del importe máximo fijado—, pasaban a ser calificadas como *liberalidad*, con la penitencia de no ser deducibles en el IS.

Por lo tanto, el debate abierto por las citadas sentencias era doble, de un lado el relativo al cumplimiento de los requisitos mercantiles imprescindibles para que la retribución del órgano de administración estuviera dentro de la legalidad en puros términos mercantiles, y de otro —y siempre vinculado al cumplimiento de primero— que el gasto fuera «necesario», que es el requisito que la Ley del IS vigente en los supuestos enjuiciados (a la sazón, Ley 61/1978, del Impuesto sobre

Sociedades vigente hasta 1995) exigía para calificar cuándo un gasto tenía el carácter de deducible en el IS.

No obstante, el Tribunal Supremo, yendo más lejos en su interpretación, incorporó nuevos requisitos para considerar deducible la retribución de los administradores y, además de la necesaria mención de dicha retribución en los estatutos sociales para que la misma fuera obligatoria y necesaria, exigió que la retribución de los estatutos debería figurar en éstos «*con certeza*», debiendo precisarse en éstos, por remisión a su vez a la doctrina dictada por la **Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de abril de 2005 (rec.cas.número 249/2005)**: (i) el sistema retributivo —que no podrá dejarse al arbitrio de la Junta de accionistas—, (ii) en el caso en que la retribución fuera variable, no será suficiente que se establezca sólo un porcentaje máximo de participación en beneficios, sino que deberá indicarse el porcentaje concreto aplicable en cada caso, así como la base sobre la que dicho porcentaje específico debe aplicarse y (iii) cuanto ésta consistiera en una retribución fija, debiendo indicarse expresamente el «*quantum*» de la remuneración o los criterios que permitan la determinación de su cuantía sin ningún margen de discrecionalidad.

Por último, el debate no sólo se centró en el análisis de los requisitos de la necesaria mención de la retribución del órgano de administración en los estatutos sociales de la compañía con la suficiente certeza, sino que se adentró en otros derroteros jurídicos; en concreto, abordó y asumió de nuevo la *teoría del vínculo*, la cual, en sus orígenes, subsumía en la relación mercantil —la propia del ejercicio del cargo de administración o de la participación en el órgano de administración— cualquier otra función de alta dirección. Ello implicaba el análisis de la retribución de los administradores y miembros de los órganos de administración de las compañías y de los altos directivos que pertenecieran al órgano de administración, con las restricciones indicadas, y nunca como retribuciones por el desempeño de servicios personales (ya sea al amparo de relaciones laborales de carácter especial de alta dirección, o como trabajadores dependientes), al carecer éstos de la necesaria «*ajeneidad*» con la compañía.

De este modo, quienes al margen de su pertenencia al órgano de administración realizaban al tiempo funciones directivas y ejecutivas propias de los altos directivos, vieron subsumida o absorbida esta función directiva o ejecutiva en la relación de naturaleza mercantil derivada de la pertenencia al órgano de administración.

Lógicamente, y por motivos obvios, la concatenación de requisitos exigidos por esta doctrina del Tribunal Supremo caló pronto en la estrategia de regularización de los órganos de Gestión y de Inspección de los Tributos de la Agencia Tributaria, dando lugar a numerosas e importantes liquidaciones en las que se cuestionó la deducibilidad en el IS de las retribuciones satisfechas a los adminis-

tradores o miembros de los órganos de administración de miles de compañías, habida cuenta que muchos contribuyentes del impuesto no habían contemplado en sus estatutos la remuneración del órgano de administración, o las retribuciones satisfechas por el desempeño de funciones distintas al mero cargo de administrador excedían de las fijadas estatutariamente para el desempeño de dicho cargo.

No obstante, la **Dirección General de Tributos** trató de salir al paso de este desconcierto, y de poner importantes dosis de racionalidad en el debate, para lo cual emitió **un Informe de 12 de marzo de 2009** en el que reconoció expresamente:

- Que la doctrina rigorista del Tribunal Supremo derivada de las sentencias de 13 de noviembre de 2008 era únicamente aplicable a supuestos en que resultase de aplicación la Ley del IS vigente hasta 1995 (Ley 61/1978), que era la única que condicionaba la deducibilidad del gasto a su «obligatoriedad» y a su «necesariedad».
- La abolición del requisito de la «necesariedad» del gasto a partir de 1996, recordando para ello la sentencia del **propio Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2003**, así como de **la Audiencia Nacional de 29 de junio de 2006 y 30 de abril de 2007**, que desvinculaban la deducibilidad de la necesidad.
- Que el único requisito para considerar que un gasto es deducible a partir de 1996 (Ley 43/1995, posteriormente refundida a través del RD-Legislativo 4/2005) era su anotación contable, siempre que éste se hubiera realizado para la obtención de ingresos de la entidad y no tuviera la consideración de liberalidad.
- Que si los estatutos recogían el carácter remunerado del cargo de administrador, aun cuando no se cumplieran los requisitos de certeza exigidos por las sentencias del Tribunal Supremo, las retribuciones por tal concepto sí que tendrían la consideración de gasto fiscal deducible en el IS, bajo la redacción vigente a partir de 1996.

A pesar de la buena voluntad de la Dirección General de Tributos, que recordemos trataba de poner orden en el debate desatado, la doctrina rigorista del Tribunal Supremo, basada en las sentencias de 13 de noviembre de 2008, se extendió como la pólvora en todos los órdenes jurisdiccionales, y a ellas se sumaron otras que no sólo ratificaban su doctrina, sino que la perfilaron y afinaron, resolviendo casos en los que resultaba de aplicación tanto la Ley 61/1978, del Impuesto sobre Sociedades (vigente hasta 31-12-1995), como en los que resultaba de aplicación la Ley 43/1995 (vigente a partir de 1 de enero de 1996), sin tener en cuenta inicialmente el giro copernicano que se había producido en la definición de los

gastos deducibles en la redacción de ley del IS vigente a partir de 1996, en la que recordemos ya se habían desterrado los conceptos de «obligatoriedad» o «necesariedad» y únicamente se exigía la vinculación con la obtención de los ingresos y su anotación contable.

A modo de ejemplo cabe destacar las **Sentencias del Tribunal Supremo**, todas ellas de la **Sala de lo Contencioso de 15 de enero de 2009 (rec.10237/2004, FD Quinto a Octavo)**, y de **13 de mayo de 2010 (rec.7236/2004, FD Undécimo y siguientes)**, así como de **16 de mayo de 2012 (rec.1070/2008)**, que incidieron en que para permitir la deducción de las retribuciones de los administradores en el IS éstas debían figurar en los estatutos sociales «con certeza».

En esta misma línea se pronunció también el Tribunal Supremo, respecto de ejercicios iniciados ya bajo la vigencia de la Ley 43/1995 (es decir, para ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 1996), en **sentencias de 21 de febrero de 2013 (rec.1978/2010) y 26 de septiembre de 2013 (rec.4828/2011)**, en los que se sigue afinando la doctrina y se abunda en la teoría del vínculo, abordándose cuestiones nuevas, tales como la doble imposición generadas por la no deducibilidad en la sociedad y tributación en el socio, a pesar del sustancial cambio operado en la normativa del IS.

Avanzando en esta doctrina, el Tribunal Supremo vuelve a centrarse en el cumplimiento escrupuloso de los requisitos mercantiles para considerar que la retribución de los administradores es fiscalmente deducible, trasladando el debate en lo sucesivo desde la «necesariedad» del gasto hacia la «legalidad» de las retribuciones de los administradores, entendida ésta a partir del cumplimiento escrupuloso de los requisitos mercantiles de dichas retribuciones (mención en los estatutos y fijación de su importe con certeza). Conviene en este punto traer a colación las sentencias **del Tribunal Supremo de 5 de febrero (2) y de 28 de octubre de 2015 (rec.2448/2013 y 2795/2013, las primeras, y 2547/2013 la segunda)**, que concluyen que las funciones ejecutivas —incluidas las de prestación de servicios de ingeniería, como ingeniero jefe— se encuentran ínsitas en la relación mercantil y condicionan la deducibilidad de todos los conceptos al cumplimiento riguroso de las obligaciones mercantiles, considerando como no deducibles, como liberalidad, aquellas que no cumplan todos los requisitos mercantiles. Llegados a este punto queremos llamar la atención sobre el atinado voto particular de esta sentencia, que critica abiertamente la conclusión de la sala, al entender que el incumplimiento de los requisitos mercantiles de la retribución no convierte a éstas en meras liberalidades, por lo que calificar a éstas como no deducibles por tal motivo sería incorrecto, a su juicio.

Parece que, para cerrar este debate, el **Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC)** ha consolidado todo lo anterior, abriendo una pequeña puerta a la no aplicación a ultranza de la teoría del vínculo, al establecer en

**resolución dictada con fecha 5 de julio de 2016 (RG 06112/2015) en Unificación de Criterio**, que cuando resulte acreditado que las únicas funciones que realiza un administrador, además de las propias de la relación mercantil, son las tareas propias de un director general, debe prevalecer la calificación mercantil para ambas, no teniendo la consideración de gasto deducible en el IS la retribución que se perciba por dicha función de dirección o de gerencia, de no estar ésta prevista en los estatutos sociales. Ello nos lleva a entender que aquellas otras retribuciones por el desempeño de funciones y tareas distintas de las de un director gerente (las cuales deberán probarse adecuadamente) quedarán al margen de la citada limitación formal, de modo que si éstas son retribuidas (es decir, si las labores distintas a la pertenencia al órgano de administración, o las gerenciales, son objeto de retribución —como por ejemplo las que se deriven del desempeño de tareas propias de las relaciones laborales o del ejercicio de actividades profesionales—), las mismas podrán considerarse como fiscalmente deducibles en el IS, al margen de que en los estatutos sociales no exista previsión expresa sobre la retribución del órgano de administración (es decir, cuando se establezca que el desempeño del cargo es gratuito). En cualquier caso, esta doctrina del TEAC deberá ser tenida en cuenta tanto en lo que respecta a períodos comprendidos entre 1996 y 2014 los iniciados a partir de 2015, pues la misma no hace sino avanzar lo que posteriormente se ha reconocido abiertamente.

Parece que esta conclusión está más alineada con la última modificación **de la Ley del Impuesto sobre Sociedades llevada a cabo mediante la Ley 27/2014**, aplicable para los ejercicios iniciados a partir de 1 de enero de 2015, que claramente ha disociado las retribuciones derivadas del ejercicio de funciones de los administradores en su condición de tales de aquellas otras realizadas por los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección o por la realización de otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad, haciéndose eco de la disociación que también llevó a cabo la **Ley de Sociedades de Capital, en la reforma operada a través de la Ley 31/2014**, vigente igualmente desde el 1 de enero de 2015, la cual terminó con la polémica, al establecer una clara diferencia entre las funciones desempeñadas por los administradores y miembros de los órganos de administración «en su condición de tales», del resto de funciones distintas de las anteriores, ya fueran éstas de alta dirección o de otro tipo.

Es de agradecer la modificación de la normativa del IS en esta materia, saliendo al paso de la anterior polémica, al haber establecido reglas más claras para desvincular la deducibilidad de las retribuciones de los administradores —que seguirán condicionadas al cumplimiento de los requisitos mercantiles—, de las percibidas por los administradores por el desempeño de otras funciones, ya sean éstas de alta dirección o se trate de funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad.

Quedan, no obstante, algunas pequeñas lagunas pendientes de resolver, a nuestro juicio, como es la deducibilidad de las retribuciones satisfechas a personas que forman parte de órganos de administración simple (administradores únicos, solidarios o mancomunados), por el desempeño de funciones distintas a su condición de administradores, cuando los estatutos establecen la gratuidad del cargo, dada la fuerza atractiva del cargo de administrador respecto del resto de funciones desempeñadas, de modo que no se puede distinguir entre ellas, lo cual nos llevaría al punto de partida de la polémica. No obstante, entendemos que la lógica imperará en estos casos, y que se permitirá la deducción de las retribuciones satisfechas por el ejercicio de funciones distintas a la mera pertenencia al órgano de administración, aun cuando esté establecida la gratuidad del cargo. Al menos así lo ha entendido **la Dirección General de Tributos en consulta vinculante de 28 de noviembre de 2016, V5138-16**, que reconoce abiertamente la deducibilidad en el IS de las retribuciones de los socios profesionales de una compañía, aun a pesar de ser administradores solidarios de la misma y de estar establecida la gratuidad del cargo de administrador.

Parece que con las últimas reformas legales (tanto de la Ley del IS, como de la Ley de Sociedades de Capital) y con la reciente doctrina del TEAC y de la DGT las aguas han vuelto a su cauce, y los operadores tienen un marco legal seguro en materia de deducibilidad de la retribución de administradores. O al menos, eso pensamos.

*(Trabajo recibido el 03/04/2017  
y aceptado para su publicación el 16/05/2017)*

## **ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES**



## DERECHO CONTRACTUAL

### CUESTIONES VARIAS EN TORNO A LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL FIADOR \*

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM*

#### RESUMEN

El presente estudio se va a centrar en algunas de las cuestiones controvertidas relacionadas con la situación jurídica del fiador, como la relación de la fianza y el pacto comisorio, la consideración del fiador como consumidor y, por ende, la aplicación de toda la normativa de protección de consumidores y usuarios, en concreto, la doctrina jurisprudencial del control de transparencia cualificado a propósito de la cláusula suelo y las consecuencias de la declaración de abusividad. Asimismo, analizaremos la consideración de consumidor en los contratos de doble finalidad y, en fin, la no aplicación del control de transparencia cualificado al adherente no consumidor y la opción por el principio de buena fe como norma modeladora contractual ante la situación de desequilibrio o abuso por una de las partes.

**Palabras clave:** fiador, pacto comisorio, consumidor, empresario, cláusula abusiva, control de incorporación, control de transparencia y de abusividad, buena fe.

---

\* Este estudio de investigación se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de la UCM «Contratación. Empresa (CE)», dirigido por Fernando MARÍN BÁRCENA GARCIMARTÍN y Carmen CALLEJO RODRÍGUEZ, del que formo parte como miembro.

## SUNDRY ISSUES CONCERNING THE LEGAL SITUATION OF PARTIES STANDING SURETY

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Contracted Doctoral Lecturer in Civil Law. UCM*

### ABSTRACT

The present study focuses on some of the controversial issues relating to the legal status of the guarantor such as the relationship between the security and the commissoria lex clause, the consideration of the guarantor as a consumer and, as a consequence, the application of consumer's protection regulation, more particularly the existing jurisprudence about the qualified control of transparency of ground clauses and the consequences of their unfairness. Additionally, it analyzes whereas we can talk of consumers in double purpose contracts, how the qualified control of transparency does not apply to non-consumer preformulated standard contracts and the moulding function of the principle of good faith in situations of imbalance or abuse from one of the contractual parties.

**Keywords:** guarantor, consumer, businessman, abusive clause, control of transparency, contractual imbalance, good faith.

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. PACTO COMISORIO Y FIANZA.—III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 1. La noción de consumidor en los contratos de doble finalidad. 2. La condición de consumidor del fiador/avalista. 3.3. El control de abusividad y transparencia en materia de contratación con consumidores. Su aplicación al fiador como consumidor. 3. El control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

CASTILLA BAREA define la fianza como «la obligación de origen convencional o —más infrecuentemente— legal, en virtud de la cual una persona (fiador) se presenta como garante de la obligación de un tercero (afianzado o deudor principal), asumiendo el compromiso de responder frente al acreedor en el caso de que dicho tercero no cumpla lo debido». Y añade «es, por consiguiente, una obligación de garantía respecto de una obligación ajena a la que sirve de refuerzo, puesto que, en su virtud, el acreedor adquiere el derecho de agredir —en determinado modo y circunstancias— no sólo el patrimonio del deudor principal, sino también el del fiador para obtener la satisfacción de su interés (garantía personal)»<sup>1</sup>. Por su parte, MONSERRAT VALERO señala que «la obligación del fiador (obligación fideiusoria) es una verdadera obligación distinta de la obligación del deudor garantizado (obligación principal) frente a la doctrina más antigua que consideraba que había una obligación con dos deudores»<sup>2</sup>.

La fianza se regula en el título XIV del Libro IV —artículos 1822 a 1856— del Código Civil como una forma de garantía personal en virtud de la cual «*se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo* » (artículo 1822.1 del Código Civil). Puede provenir de un pacto celebrado entre el obligado principal y el acreedor (fianza convencional); de una prescripción legal (fianza legal) o del juez (fianza judicial). La fianza requiere la concurrencia de tres sujetos: el acreedor —titular del derecho de crédito—, el deudor y el fiador —que asume la obligación de garantía—. Ahora bien, cabe la concurrencia en la

---

<sup>1</sup> CASTILLA BAREA, M.: «Comentario al artículo 1822 del Código Civil», Comentarios al Código Civil, t. IX, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (director), Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 12462.

<sup>2</sup> MONSERRAT VALERO, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 51-52.

propia fianza de una pluralidad de sujetos que asumen de modo conjunto la obligación de garantía, bien de forma subsidiaria o solidaria, en cuyo caso estamos ante la figura de la cofianza (artículos 1837 y 1844 del Código Civil). En el primer caso se posibilita que el cofiador pueda ejercitar ante el requerimiento del acreedor el beneficio de división. También puede suceder que se constituya una fianza ulterior para garantizar no directamente el cumplimiento de la obligación principal, sino el cumplimiento de la obligación asumida por el fiador previamente, en lo que se denomina subfianza (artículo 1823.2 del Código Civil).

La fianza se caracteriza por ser una obligación accesorio, cuya existencia, subsistencia y vicisitudes depende de la obligación principal<sup>3</sup>. De este carácter deriva que la obligación de fianza no puede ser más extensa que la obligación principal (artículo 1826 del Código Civil), que una vez constituida la fianza no puede subsistir sin la obligación garantizada (artículo 1847 del Código Civil); y que el fiador puede oponer no solo las excepciones relativas a la obligación de garantía, sino que también puede hacer valer las excepciones propias del deudor que sean inherentes a la deuda (artículo 1853 del Código Civil). Otra característica de la fianza es la subsidiariedad, que el acreedor sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación al fiador, tras el previo incumplimiento del deudor principal. De la misma deriva la atribución al fiador del beneficio de excusión (artículo 1830 del Código Civil), que ha de ser opuesto en las condiciones establecidas en el artículo 1832. Si bien, hay supuestos en los que se excluye el beneficio de excusión (artículo 1831). Para CASTILLA BAREA el beneficio de excusión es «un plus, puesto que supone no solo la posibilidad de que, ante la reclamación del acreedor, el fiador le exija un previo requerimiento de pago al deudor principal, sino que además aquél deba perseguir e intentar ejecutar el patrimonio del obligado principal antes de proceder a la ejecución del patrimonio del obligado en garantía»<sup>4</sup>. Ahora bien, el fiador y el deudor se pueden obligar solidariamente frente al acreedor, siendo el régimen aplicable, además de los preceptos propios de la fianza, aquellos de la solidaridad de las obligaciones que facultan al acreedor para reclamar indistintamente la deuda a cualquiera de los obligados (artículos 1137 y 1144 del Código Civil)<sup>5</sup>. En todo caso, el pacto de solidaridad o la renuncia a los beneficios de orden, división o excusión pueden ser abusivos según la legislación de consumidores, como analizaremos.

<sup>3</sup> GUILARTE ZAPATERO V.: «Comentario al artículo 1822 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, ALBALADEJO, Manuel (director), Edersa, Madrid 1979, pp. 14 y 15, la califica de nota esencial de la fianza.

<sup>4</sup> CASTILLA BAREA, M.: «Comentario al artículo 1822 del Código Civil», *op. cit.*, p. 12465.

<sup>5</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «La fianza», *Curso de Derecho Civil II*, vol. II, *Contratos y responsabilidad civil*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coordinador), reimpresión de la 4.ª ed., Edisofer, Madrid, 2016, p. 340. Para CASTILLA BAREA, M.: «Comentario al artículo 1822 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 12473-12474: la fianza solidaria no es incompatible con la esencia de la propia fianza en sí, y considera como interpretación pausable la que considera que la fianza solidaria no es más que una fianza sin beneficio de excusión, aunque eso no supone necesariamente la pérdida de la subsidiariedad, que para la autora proviene del necesario vencimiento y desatención en ese momento de la obligación por parte del deudor principal.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en algunas cuestiones relacionadas con la situación jurídica del fiador, como la configuración de la fianza como un eventual pacto comisorio, la consideración del fiador como consumidor y, por ende, la aplicación de toda la normativa de protección de consumidores y usuarios, en concreto, la doctrina jurisprudencial del control de transparencia cualificado a propósito de la cláusula suelo y las consecuencias de la declaración de abusividad en relación con aquellas cláusulas de renuncia a los beneficios de orden, división o excusión o extinción que puede gravar de forma desproporcionada la posición del fiador; asimismo, analizaremos la consideración de consumidor en los contratos de doble finalidad y, en fin, la no aplicación del control de transparencia cualificado al adherente no consumidor y la opción por el principio de buena fe como norma modeladora contractual ante la situación de desequilibrio o abuso por una de las partes.

## II. PACTO COMISORIO Y FIANZA

DURÁN RIVACOBIA define el pacto comisorio en garantía, en su aspecto típico, como «el acuerdo entre el deudor y acreedor para que los bienes ofrecidos en garantía real por el primero ingrese de manera inmediata en el patrimonio del segundo, si llegado el vencimiento del crédito, cuya satisfacción aquéllos salvaguardan, no se cumple»<sup>6</sup>.

Asimismo, REGLERO CAMPOS, con carácter general, señala que el pacto comisorio puede conceptuarse como «aquel por el que las partes de un contrato convienen en que el acreedor (o un tercero designado por él) podrá adquirir el dominio de una o más cosas determinadas del deudor para el caso de que éste no lleve a cabo la prestación debida en el tiempo pactado»<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> DURÁN RIVACOBIA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Navarra, 1998, p. 68.

<sup>7</sup> REGLERO CAMPOS, L. F.: «El pacto comisorio», *Aranzadi Civil*, 2007-1, p. 1909. Asimismo, JIMÉNEZ PARIS, T.: «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVII, marzo-abril 2011, núm. 724, p. 1167, define el pacto comisorio como «aquel que se introduce con carácter previo o coetáneo, pero en cualquier caso, como condicionante del nacimiento de la obligación, que se garantiza con hipoteca o prenda, y por el que se conviene que, incumplida la obligación asegurada, la cosa dada en garantía pasa automáticamente a la propiedad del deudor»; asimismo, MARÍN LÓPEZ, M. J.: con Ángel CARRASCO PERERA y Encarna CORDERO LOBATO, *Tratado de los Derechos de garantía*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra 2008, p. 625, los conceptúa como «el acuerdo entre las partes de que, en caso de incumplimiento del deudor, la propiedad del bien se transmite al acreedor fiduciario con la condición de que éste se obligue a entregar, a abonar al deudor fiduciante, una suma igual a la diferencia entre el valor del bien, calculado de forma objetiva y la cuantía del débito». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013/2280), señala que «el pacto comisorio es, en esencia, aquel en virtud del cual el acreedor puede hacer suya la cosa —en propiedad— si el deudor incumple su obligación de pago. Lo cual viene proscrito desde el Derecho Romano, se prohibió en la época medieval en la que se utilizó como «venta a carta de gracia» (se vendían la cosa,

Su fundamento reside en impedir que el deudor sufra un perjuicio patrimonial desproporcionado por encontrarse en una situación económica angustiosa, al poder ser mayor el valor de la cosa objeto de garantía que la propia prestación y, precisamente, de tal situación angustiosa se vale el acreedor protegido por una garantía real<sup>8</sup>.

Ahora bien, esta prohibición, con base en que el acreedor, en caso de impago del crédito, no puede hacer suya la cosa dada en garantía, haciendo abstracción de su valor, tiene su origen en un texto del Derecho romano (Constantino, Libro VIII, Título XXXVI, Ley 3 del C.), fue acogida en nuestro Derecho histórico (Partidas 5.<sup>a</sup>, Ley 41 del Título V y 12 del Título XIII, y en el Proyecto de Código Civil de 1851, aunque no por el Anteproyecto de Código Civil de 1882)<sup>9</sup> y se encuentra recogida en los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, respectivamente, para la prenda e hipoteca, y la anticresis.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2000<sup>10</sup>, «la prohibición hace referencia únicamente al pacto contemporáneo (previo o simultáneo) a la generación del crédito, no a las adjudicaciones o transmisiones posteriores en pago, resultando indiferente que adopte la fórmula clásica de apropiación en el supuesto que se produzca el incumplimiento de la deuda, u otra distinta (aunque de efecto similar), como ocurre en el caso de transmisión simultánea o inmediata del dominio en el momento de generación del crédito con efecto claudicante si se abonare totalmente la deuda, mediante el ejercicio de una opción de compra, actuando el denominador «valor residual» como último plazo de amortización del préstamo».

En todo caso, la prohibición del pacto comisorio impide la apropiación causalizada en la concesión del crédito<sup>11</sup> y su vigencia está reconocida en la jurisprudencia<sup>12</sup>.

---

con pacto de retro y, si el vendedor prestatario no la recobraba con un incremento notable, la perdía a favor del comprador-prestamista) y se ha contemplado profusamente por esta Sala: sentencias de 26 de diciembre de 1995, de 29 de enero de 1996, de 18 de febrero de 1997, de 15 de junio de 1999, de 27 de abril de 2000, de 26 de abril de 2001, de 10 de febrero de 2005, de 20 de diciembre de 2007, que todas ellas declaran la nulidad del pacto, conforme el artículo 1859 del Código Civil».

<sup>8</sup> REGLERO CAMPOS, L. F.: «El pacto comisorio», *op. cit.*, pp. 1909-1910; DURÁN RIVACOBA R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, *op. cit.*, pp. 91-92.

<sup>9</sup> *Vid.*, en relación con el tratamiento histórico de la figura, DURÁN RIVACOBA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, *op. cit.*, pp. 15-25.

<sup>10</sup> RJ 2000/5082.

<sup>11</sup> BLASCO GASCÓ, Fco. de P.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. IV, Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (directores), 2.<sup>a</sup> ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra 2016, p. 1203.

<sup>12</sup> *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4789), que, como indica, se prohíbe el pacto comisorio tácito; de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1003); de 27 de enero de 2012 (RJ 2012/3658); de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013/2280).

En este contexto, dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura. En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. Y, en segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor<sup>13</sup>.

Ahora bien, el pacto comisorio no se circunscribe a la adquisición de lo dado en garantía mediante un negocio típico de esta naturaleza —hipoteca, prenda y anticresis—, sino también cuando el negocio es de carácter atípico —venta en garantía<sup>14</sup> o pacto de retroventa<sup>15</sup>, fiducia *cum creditore*<sup>16</sup>—. De forma que, si el pacto comisorio se añade a garantías atípicas con resultado equivalente, se habla de pacto comisorio autónomo y reviste, como hemos señalado, formas variadas<sup>17</sup>.

Pues bien, sobre la aplicación de la prohibición de pacto comisorio con los presupuestos indicados en la configuración y validez de las garantías atípicas, se ha pronunciado recientemente, en relación con una garantía personal como es la fianza, nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de febrero de 2017<sup>18</sup>. Se trata de un compromiso obligacional asumido unilateralmente por los deudores hipotecarios de transmitir la vivienda hipotecada a los fiadores en caso de incumplimiento total o parcial de la deuda. Para el Tribunal Supremo, con este pacto estamos ante la configuración de una garantía atípica otorgada a favor de los fiadores y reúne los presupuestos del pacto comisorio, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por el artículo 1859 del Código Civil y conlleva la nulidad absoluta del mismo. Y añade que, «desde la literalidad del compromiso obligacional asumido unilateralmente por los deudores hipoteca-

<sup>13</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de febrero de 2017 (*La Ley* 5779/2017).

<sup>14</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000/5082); y la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.ª, de 27 de mayo de 2009 (AC 2009/1578).

<sup>15</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9748).

<sup>16</sup> Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.ª, de 14 de diciembre de 2000 (AC 2002/712).

<sup>17</sup> DURÁN RIVACOBIA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, op. cit., p. 68; JIMÉNEZ PARIS, T.: «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», op. cit., p. 1169. La aplicación de esta prohibición de pacto comisorio a las garantías atípicas es admitida en el seno de la jurisprudencia; así, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2001 (RJ 2001/2037); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 22 de diciembre de 1999 (AC 1999/8493); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 14, de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/86736); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, de 19 de febrero de 2009 (AC 2009/1216).

<sup>18</sup> *La Ley* 5779/2017. En esta línea, con relación al avalista, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2008 (RJ 2008/4239); asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, de 26 de diciembre de 2002 (JUR 2003/131577).

rios se observa, con claridad, que la garantía otorgada se halla causalmente vinculada al nacimiento del futuro crédito de los fiadores, cuya indemnidad se garantiza de forma coetánea a la constitución del préstamo hipotecario, en la misma fecha y unidad de acto. De forma que la disposición de la vivienda a favor de los fiadores opera automáticamente ante el incumplimiento total o parcial de los deudores. Sin ningún procedimiento objetivable de realización del bien y con ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación por los pagos y gastos ya satisfechos por los deudores con relación al préstamo hipotecario suscrito. Del mismo modo, dichos deudores hipotecarios no reciben ninguna contragarantía por la disposición efectuada a favor de los fiadores, pues para la entidad bancaria continúan sujetos a la relación crediticia y, por tanto, siguen respondiendo de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario».

Sobre tales bases conviene precisar que la prohibición del pacto comisorio no impide la dación en pago o la dación para el pago como medio solutorio de la deuda, ni otros actos jurídicos, como el pacto comisorio que garanticen el cumplimiento de obligaciones persistentes<sup>19</sup>.

Finalmente, señalar, por un lado, que la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado de forma prácticamente unánime en el sentido de considerar nulo el pacto comisorio, siendo apreciable de oficio por los tribunales<sup>20</sup>, si bien, cabe una nulidad parcial del contrato, esto es, solo afectando al pacto comisorio y dejando a salvo el resto del contrato, incluida la garantía<sup>21</sup>; y, por otro, que también puede

<sup>19</sup> GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», *Comentario al Código Civil y legislaciones forales*, t. XXIII, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid 1990, p. 461. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 18 de octubre de 2010 (AC 2010/2032).

<sup>20</sup> *Vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.ª, de 1 de septiembre de 2003 (JUR 2003/256919).

<sup>21</sup> REGLERO CAMPOS, L. F.: «El pacto comisorio», *op. cit.*, p. 1911; del mismo autor, «El pacto comisorio», *Garantías reales mobiliarias en Europa*, M.ª Elena LAUROBA y Joan MARSAL (directores), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 256-257; GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1864; BLASCO GASCÓ, Fco. de P.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1204; DURÁN RIVACOBIA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, *op. cit.*, p. 121; JIMÉNEZ PARIS, T.: «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *op. cit.*, p. 1168. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1003); y de 27 de enero de 2012 (RJ 2012/3658); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, sección 2.ª, de 23 de julio de 2002 (JUR 2002/246855); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de enero de 2005 (JUR 2005/267660); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 10, de 1 de marzo de 2005 (JUR 2005/117439). En caso de nulidad parcial, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000/5082), señala que «por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de lo razonado, ocurre que la apreciación de la nulidad del pacto comisorio (o de su efecto jurídico) no implica normalmente la ineficacia de la garantía, la cual sigue desenvolviendo su función en los términos convenidos y con arreglo a su naturaleza y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, solo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación».

ser un cauce adecuado para la defensa de los deudores en contra de los abusos de los acreedores la normativa sobre consumidores y usuarios. Así, el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) considera abusivas la cláusula que suponga la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Sin duda esta cláusula comprende el pacto comisorio en relación con las garantías típicas y atípicas.

### III. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El artículo 1.1 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que el propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

El artículo 2 de la referida Directiva dispone que «*a efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) “cláusulas abusivas”: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3; b) “consumidor”: toda persona física que en los contratos regulados por la presente Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) “profesional”: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada*».

Así mismo, el artículo 2 del TRLGDCU establece que «*esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios*». Mientras que el artículo 3 del mismo cuerpo legal —reformado por la Ley 3/2014, de 7 de marzo— dispone que: «*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta nor-*

---

ción definitiva, por el acreedor, del bien, cuando se produce el incumplimiento de la obligación. Pero esta solución, de evidente aplicación en la hipótesis de utilización de la fórmula clásica (hacer suya dominicalmente hablando la cosa en caso de incumplimiento del pago del crédito), no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía. La nulidad parcial, de contemplación casuística, solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula (sentencias de 4 de diciembre de 1986, de 17 de octubre de 1987) y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio.

*ma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial».*

El TRLGDCU y otras leyes complementarias pretenden, asimismo, aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada. Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor, usuario y empresario.

Así, el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas».

El consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros<sup>22</sup>.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno) de 9 de mayo de 2013<sup>23</sup> en su Fundamento jurídico 233 c), el control de abusividad

---

<sup>22</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2017 (RJ 2017/22), que respecto al concepto de consumidor señala que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor de una persona física y lo hace en los siguientes términos: «(...) partiendo del expuesto concepto de consumidor o usuario como persona que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y dado que en el contrato se prevé la posibilidad de reventa, cabe preguntarse si es posible una actuación, en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, que se realice con ánimo de lucro. La jurisprudencia comunitaria ha considerado que esta intención lucrativa no debe ser un criterio de exclusión para la aplicación de la noción de consumidor, por ejemplo en la STJCE de 10 de abril de 2008 (asunto *Hamilton*), que resolvió sobre los requisitos del derecho de desistimiento en un caso de contrato de crédito para financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; o en la STJCE de 25 de octubre de 2005 (asunto *Schulte*), sobre un contrato de inversión». A lo que añade que «a su vez la reforma del mencionado artículo 3 del TRLGDCU, aunque no sea directamente aplicable al caso por la fecha en que se celebró el contrato, puede arrojar luz sobre la cuestión. En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que sólo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro. No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que al ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un período corto de tiempo podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1 del C. Com.».

<sup>23</sup> RJ 2013/3088.

únicamente puede referirse a contratos celebrados con consumidores y no puede extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. Pero, asimismo, en el Fundamento Jurídico 201 recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no al decir. «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.5 de la LCGC: «la redacción de las cláusulas deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez»; y el artículo 7 de la LCGC: «no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato (...); b) Las que sean legibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (...)». Asimismo, la Exposición de Motivos de la LCGC indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores al disponer que: *«El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios»*. Y añade: *«En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley»*. Es decir, cuando la Ley se refiere a cláusulas abusivas únicamente está remitiendo a las condiciones generales o a las cláusulas predisuestas que se incluyen en contratos celebrados con consumidores. Ello no quiere decir que los no consumidores no puedan defenderse frente a condiciones generales que incumplan los requisitos legales de incorporación y contenido, pero tendrán que hacerlo recurriendo a las normas generales de nulidad contractual en el procedimiento declarativo correspondiente.

En relación con los consumidores, el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva tiene la obligación, teniendo en cuenta el conjunto de las pruebas y, en particular, los términos de dicho contrato, de comprobar si el prestatario puede tener la condición de «consumidor» en el sentido de dicha Directiva (véase, por analogía, la sentencia Faber, C497/13, EU:C:2015:357, apartado 48).

Ahora bien, el artículo 3 del TRLGCU matiza el concepto del artículo 1.2 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios al afirmar que «*son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*». El citado artículo 1.2 de la Ley 26/1984 consideraba que tenían la cualidad de consumidores quienes actuaban como destinatarios finales de los productos y servicios, sin la finalidad de integrarlos en una actividad empresarial o profesional, por lo que se hacía descansar la noción de consumidor en el elemento positivo de que el consumidor ha de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de enero de 2017, el concepto del artículo 3 del TRLGCU procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición han quedado al margen del Texto de 2007. En cuanto a las Directivas cuya transposición ha quedado refundida por el citado TRLGCU coinciden con la Directiva 85/577, sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, artículo 2 la Directiva 93/13 —cláusulas abusivas, artículo 2b—; la Directiva 97/7, sobre contratos a distancia —artículo 2.2— y la Directiva 99/44, sobre ventas de consumo —artículo 1.2 a)—; en que el consumidor es «*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*», con ligeras variantes de redacción entre ellas. En cuanto a las Directivas cuyas transposiciones se encuentran fuera del TRLGDCU, la idea se reitera invariablemente, al aludir todas «*a la persona física*» (ninguna Directiva de consumo contempla las personas jurídicas en su ámbito) que actúe con un fin o propósito «*ajeno a su actividad comercial o profesional*» (Directiva 98/6, sobre indicación de precios, artículo 2 e); Directiva 2002/65, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2 d); Directiva 2008/48, sobre crédito al consumo, artículo 1.2 a), o «*a su actividad económica, negocio o profesión*» (Directiva 2000/31, sobre comercio electrónico, artículo 2 e), o a «*su actividad económica, negocio, oficio o profesión*» (Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales, artículo 2 a), y Directiva 2008/122, sobre contratos de aprovechamiento por turno, artículo 2 f).

En otras normas internacionales o comunitarias que están o han estado en vigor en España se adopta una noción similar. Así, el Reglamento 44/2001, del Consejo de la Unión Europea, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su artículo 15.1 para «*contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiera considerarse ajeno a su actividad profesional*». Concepto que reitera el artículo 17.1 del Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil que ha sustituido al anterior. A su vez, el Reglamento

593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, contempla también en su artículo 6 *«los contratos de consumo»* entendidos como los celebrados *«por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en el ejercicio de su actividad comercial o profesional»*.

En todo caso, esta diferencia de tratamiento según el adherente sea o no consumidor la han resaltado también, en similares términos, las sentencias 149/2014, de 10 de marzo (RJ 2014, 1467); 166/2014, de 7 de abril, y 688/2015, de 15 de diciembre. Esta última, además, respecto de la caracterización del control de las condiciones generales de la contratación en contratos entre profesionales, afirmó que: *«[l]a exigencia de claridad, concreción, sencillez y comprensibilidad directa del art. 7 b) LCGC no alcanza el nivel de exigencia que aplicamos al control de transparencia en caso de contratos con consumidores»*.

La sentencia 246/2014, de 28 de mayo, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: *«La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación»*. Y en fin, la sentencia 227/2015, de 30 de abril<sup>24</sup> estableció: *«en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente. [...] las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC»*.

## 1. La noción de consumidor en los contratos de doble finalidad

Sobre esta noción de consumidor, el problema que se plantea en este caso es si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales, pero también a actividades comerciales o profesionales. Ni el artículo 1 de la derogada Ley 26/1984, ni el actual artículo 3 del TRLGDCU, contemplan específicamente este supuesto, por lo que la

<sup>24</sup> RJ 2015/2019.

doctrina y la denominada jurisprudencia menor han considerado que son posibles varias soluciones: que el contratante siempre es consumidor —pues a veces usa el bien o servicio para fines personales—, que nunca lo es —ya que lo usa para fines profesionales—, o que lo será o no en atención al uso preponderante o principal.

La Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE, tampoco aborda expresamente este problema en su articulado. Pero en su considerando 17 aclara que, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor. Ante la ausencia de una norma expresa en nuestro Derecho nacional, resulta adecuado seguir el criterio interpretativo establecido en ese considerando de la Directiva, que además ha sido desarrollado por la jurisprudencia comunitaria. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 20 de enero de 2005<sup>25</sup> (caso Gruber contra Gruber —asunto C-464/01—), consideró que el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la sentencia). A su vez, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 3 de septiem-

---

<sup>25</sup> STJCE 2005/24. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 13, párrafo primero, del Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por el Convenio de 26 de mayo de 1989, relativo a la adhesión del reino de España y de la República portuguesa y por el Convenio de 29 de noviembre de 1996, relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del reino de Suecia —en lo sucesivo «Convenio de Bruselas»—. En su apartado 54 dispone al respecto que: «A la vista de la totalidad de las consideraciones que anteceden, procede responder a las tres primeras cuestiones planteadas que las reglas de competencia establecidas por el Convenio de Bruselas deben interpretarse de la siguiente manera: 1. Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 de dicho Convenio, salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional. 2. Corresponde al órgano jurisdiccional que conoce del asunto decidir si el contrato de que se trata se celebró para satisfacer, en gran medida, necesidades vinculadas a la actividad profesional de la persona interesada o si, por el contrario, el uso profesional solamente tenía un papel insignificante; 3. A tal efecto, dicho órgano jurisdiccional debe tener en cuenta el conjunto de elementos fácticos pertinentes que se deriven objetivamente de los autos; en cambio, no es preciso tener en cuenta las circunstancias o los elementos que el cocontratante podría haber conocido al celebrarse el contrato, salvo que la persona que invoque su calidad de consumidor se haya comportado de tal manera que diera la impresión a la otra parte contratante de que estaba actuando con fines profesionales».

bre de 2015<sup>26</sup> (caso Ovidlu Costea Horace contra SC Volksbank Rumanía, S. A. —asunto C-110/14—), señala en su apartado 26 que: «En efecto, un abogado que celebra, con una persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad profesional un contrato que, por no estar referido, en particular, a la actividad de su bufete no está vinculado al ejercicio de la abogacía, se encuentra con respecto a dicha persona en la situación de inferioridad contemplada en el apartado 18 de la presente sentencia». Añade en el apartado 27 que «en tal caso, aunque se considera que un abogado dispone de un alto nivel de competencias técnicas (véase la sentencia Siba, C-537/13, EU:C:2015:14, apartado 23), ello no permite presumir que, en relación con un profesional, no es una parte débil. En efecto, tal como se ha recordado en el apartado 18 de la presente sentencia, la situación de inferioridad del consumidor respecto del profesional, a la que pretende poner remedio el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, afecta tanto al nivel de información del consumidor como a su poder de negociación ante condiciones contractuales redactadas de antemano por el profesional y en cuyo contenido no puede influir dicho consumidor»; asimismo, dispone en el apartado 28, «por lo que respecta al hecho de que el crédito nacido del contrato de que se trata esté garantizado mediante una hipoteca contratada por un abogado en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de dicho abogado, como un inmueble perteneciente al citado bufete, procede declarar que, según ha señalado en esencia el abogado general en los puntos 52 a 54 de sus conclusiones, tal hecho carece de incidencia en la apreciación realizada en los apartados 22 y 23 de la presente sentencia»; y, en fin, en su apartado 29 dice que: «En efecto, el litigio principal versa sobre la determinación de la condición de consumidor o de profesional de la persona que celebró el contrato principal, a saber, el contrato de crédito, y no sobre la condición de dicha persona en el marco del contrato accesorio, esto, es, de la hipoteca que garantiza el pago de la deuda nacida del contrato principal. En consecuencia, en un asunto como el litigio principal, la calificación del abogado, con consumidor o como profesional, en el marco de su compromiso como garante hipotecario, no puede determinar su condición en el contrato principal de crédito», por lo que establece que: «Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no está vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

<sup>26</sup> TJCE 2015/330. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 267 del TFUE por la Judecătoria Oradea (Rumanía), mediante resolución de 25 de febrero de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 7 de marzo de 2014 en el procedimiento entre Ovidlu Costea Horace contra SC Volksbank Rumanía, S. A. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE.

Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete». En esta sentencia, el TJUE recuerda que, conforme al Derecho de la Unión, es consumidor toda persona física que en los contratos regulados por la Directiva 93/13/CEE actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional y que como tal consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional, idea que sustenta el sistema de protección establecido por la norma comunitaria. Y, al efecto de determinar la condición de consumidor del contratante, en el sentido de dicha Directiva, aclara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el juez nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias del caso susceptibles de demostrar con qué finalidad se adquiere el bien o el servicio objeto del contrato considerado y, en particular, la naturaleza de dicho bien o de dicho servicio. Y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015<sup>27</sup> (caso Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România S. A. y otros —Asunto C-74/15—) en su apartado 27 señala que: «A este respecto, procede recordar que el concepto de «consumidor» en el sentido del artículo 2 b) de la Directiva 93/13 tiene carácter objetivo (véase la sentencia Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21). Debe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión».

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 22 de abril de 2015, al igual que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de septiembre de 2015, sostiene en la actualidad que, conforme el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE, ha de entenderse por consumidor toda persona física que en los contratos regulados por la Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. Así razona la precitada sentencia del Tribunal Supremo argumentando al efecto que: «Conforme el artículo 2 b) de la Directiva ha de entenderse por consumidor toda persona física que en los contratos regulados por la Directiva actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional. La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, consideró consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, faci-

---

<sup>27</sup> TJCE 2015/386. Tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE por la Curtea de Apel Oradea (Tribunal de Apelación de Oradea, Rumanía) mediante resolución de 5 de febrero de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 18 de febrero de 2015, en el procedimiento Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România, S. A. y otros. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 1, apartados 1 y 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE.

litan, suministran o expiden, excluyendo de tal consideración a quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Y el vigente texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que entró en vigor a los pocos días de suscribirse la póliza de préstamo, considera consumidores a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión y a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Por tanto, que el dinero prestado no fuera destinado a bien de primera necesidad es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato esté excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores por razones subjetivas es necesario no solo que el adherente sea también profesional o empresario, sino que, siendo una persona física, conste que la celebración del contrato se realice en calidad de tal empresario o profesional por destinar el objeto del contrato a su actividad comercial, empresarial o profesional, valga la redundancia». En esta línea, recientemente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2017, en relación con los contratos de doble finalidad, señala al respecto que: «en fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean el contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba». Por lo que «sobre tales bases legales y jurisprudenciales, la sentencia recurrida considera probado que el destino profesional del préstamo no fue marginal o residual, sino que fue preponderante, ya que se utilizó primordialmente, entre otros fines, para reparar y acondicionar todo un edificio para dedicarlo a negocio de alquiler inmobiliario. En consecuencia, de acuerdo con los criterios interpretativos dimanantes del considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre y de las sentencias y auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citado, al ser predominante la finalidad empresarial en el contrato litigioso, el prestatario no puede tener la cualidad legal de consumidor».

Con anterioridad, con relación a la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2014, ya apuntó que «(...) la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlos, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de «su actividad» empresarial o profesional (la norma comunitaria para más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado «una actividad») resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final. El arrendamiento de un bien a terceros, como señala la sentencia recurrida, supone la incorporación directa a un proceso productivo, mediante la obtención de rentas a cambio de la cesión de su uso, pero si esta actividad no forma parte del conjunto de las actividades comerciales o empresariales de quien lo realiza, éste podrá seguir siendo considerado como consumidor con arreglo a la normativa vigente, en la medida en que no opera la circunstancia de exclusión incluida en el artículo 3.1. De esta manera, no existen obstáculos en la jurisprudencia —tampoco en la comunitaria, como sucedió en la sentencia Hamilton, de 10 de abril de 2008, en la que no se cuestionó la condición de consumidora de la sra. Hamilton, que había celebrado un contrato de crédito con un banco al objeto de financiar la adquisición de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria; también el asunto Schulte, de 25 de octubre de 2005)— para considerar consumidores a los inversores no profesionales de productos financieros que adquieren para revender o para especular con su valor, por lo que entendemos que, de la misma forma, si una persona física, al margen de su actividad profesional o empresarial, adquiere un bien para arrendarlo, y esta actividad no se realiza de forma habitual, formando parte de su profesión u oficio, tal actuación puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de los consumidores. En otras palabras, el ánimo de lucro no es un requisito que excluya de la protección de las normas específicas a los consumidores, siempre que la actividad no resulte habitual o forme parte de su profesión u oficio»<sup>28</sup>.

## 2. La condición de consumidor del fiador/avalista

El debate surge cuando en el negocio jurídico o contrato, frente al empresario o profesional que asume la posición que podríamos denominar «fuerte» o «domi-

---

<sup>28</sup> JUR 2015/8061. Esta misma línea se reitera en las sentencias de la Audiencia Provincial, sección 1.<sup>a</sup>, de 16 de febrero (JUR 2016/54639) y 30 de marzo de 2016 (AC 2016/606), que se refieren a la necesidad de poner en relación la finalidad de la operación contractual con la actividad habitual del interesado, a los efectos de valorar la condición en la que actúa.

nante» intervienen varias personas, alguna de las cuales participa en el normal desarrollo de su actividad profesional o empresarial, mientras que otras son ajenas a la operación, al menos desde la perspectiva de su profesión o desempeño laboral.

Tradicionalmente, en el seno de las Audiencias Provinciales, se ha mantenido como criterio unánime que es necesario atender a la naturaleza y características del contrato principal celebrado entre las partes en relación con la actividad profesional o empresarial de las mismas; de manera que, si tiene por objeto o está relacionado con la actividad habitual de quien actúa como titular de la relación jurídica base del negocio, su carácter se extiende al resto de los posibles intervinientes, tanto en el caso de que nos hallemos ante un único negocio contractual como si se trata de una relación jurídica accesoria. De esta forma, en el caso de un préstamo o crédito destinado a financiar la adquisición de mercancías o el pago de servicios o, en general, el circulante de una empresa, la relación se enmarca en el seno de la actividad empresarial de la misma, aunque junto a la propia sociedad aparezcan como prestatarias terceras personas que pueden ser administradores, socios o aún terceros ajenos, que no podrán invocar esa ajenez para desvirtuar el carácter empresarial o profesional de la operación respecto de ellos, dado que una misma operación no puede ser empresarial o de consumo en función de los distintos partícipes. La relación contractual es una y la misma para todos ellos; su caracterización dependerá del contenido obligatorio en relación con la actividad habitual del destinatario principal del bien o servicio. Este mismo razonamiento se aplicaba cuando no estábamos ante un contrato único, por ejemplo, un préstamo con varios prestatarios, sino ante dos contratos, uno accesorio de otro. Más concretamente, en el caso de contrato de fianza o aval, se consideraba que seguían a la operación principal, de forma que si el contrato base se celebraba entre empresarios o profesionales, la fianza o aval seguía igual suerte, aunque el fiador o avalista fuera ajeno a la actividad en el marco de la cual se celebró el negocio jurídico.

Esta situación ha variado tras el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 19 de noviembre de 2015 (caso (caso Dumitru Tarcău y Lleana Tarcău contra la Banca Comerciala Intesa Sanpaolo România, S. A. y otros —Asunto C-74/15—), con ocasión de dar respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por la Curtea de Apel Oradea. El Tribunal de Justicia se plantea qué condición tiene el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito celebrado por una sociedad inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar obligaciones que una sociedad mercantil asumió contractualmente frente a esa entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando dicha persona física no tiene ninguna relación profesional con la citada sociedad. En otras palabras, si en tales casos el fiador o garante que firmó contratos de fianza o de garantía inmobiliaria, accesorios del contrato de crédito

celebrado por una sociedad mercantil para el desarrollo de su actividad, puede considerarse o no como «consumidor» a los efectos de determinar la aplicación de la Directiva. Tras recordar que la Directiva 93/13 define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional (véanse las sentencias *Asbeek Brusse*, y de *Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 30, así como *Siba*, C-537/13 EU:C:2015:14, apartado 21), como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva, el TJUE señala que dicha «protección es especialmente importante en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado entre una entidad financiera y un consumidor. Tal contrato se basa, en efecto, en un compromiso personal del garante o del fiador de pagar la deuda asumida contractualmente por un tercero. Ese compromiso comporta para quien lo asume obligaciones onerosas, que tienen como efecto gravar su propio patrimonio con un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar» (apartado 25 del Auto). A continuación, el Tribunal explica, con cita de la sentencia *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111 (dictada en el contexto de la Directiva 85/577/CEE, del Consejo de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales) que, si bien el contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato de crédito principal del que emana la deuda que garantiza, lo cierto es que, desde el punto de vista de las partes contratantes, se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal (apartado 26). Se trata de evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión (apartado 27). Por lo que corresponde al juez nacional en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma, o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado (apartado 29). Dadas estas circunstancias, el Tribunal de Justicia declara que: «Los artículos 1, apartados 1 y 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

En el mismo sentido se ha pronunciado de nuevo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Auto de la Sala Décima, de 14 de septiembre de 2016, en

el asunto C-534/15, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Judecătoria Satu Mare (Juzgado de Primera Instancia de Satu Mare, Rumanía) mediante resolución de 30 de septiembre de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 12 de octubre de 2015 en el procedimiento entre Pavel Dumitras-Miorara Dumitras y BRD Groupe Societé Générale —Sucursala Județeană Satu Mare—. Como precisa el Tribunal de Justicia, «en el caso de autos, de los documentos que obran en los autos de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que, en el momento de la celebración de los tres contratos de préstamo entre los años 2005 a 2008 entre, por un lado, BRD Group Societé Générale, como prestamista, y por otro, Lanca, como prestatario, el Sr. Dumitras, que actuó como avalista hipotecario de esos contratos, era el administrador y socio único de esta última sociedad mercantil. Por tanto, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente, resulta que, en el momento de la celebración de esos contratos, el Sr. Dumitras actuó por razón de los vínculos funcionales que tenía con Lanca y no podría ser calificado así, a este respecto, de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13. Además de los documentos que obran en los autos resulta que el 30 de julio de 2009, por una parte, Lanca Constructii suscribió con BRD Group Societé Générale tres contratos de crédito sobre la refinanciación y el reajuste de los tres contratos de préstamo firmados por Lanca en los años 2005 a 2008. Por otra parte, por novación, Lanca Constructii sustituyó a Lanca como deudora de las obligaciones contraídas por esta última frente BRD Group Societé Générale. Como consecuencia de esta novación, Lanca quedó liberada de todas las obligaciones frente a BRD Group Societé Générale en virtud de los préstamos inicialmente concedidos. Asimismo, consta que ni el Sr. Dumitras ni la Sra. Dumitras tenían la condición de administradores de Lanca Constructii y que se comprometieron a garantizar como avalistas hipotecarios la obligación de esta última a raíz de la novación. Tampoco se desprende de la resolución de remisión que los demandantes del litigio principal tuvieran una participación significativa en el capital social de la referida sociedad. Por ello, sin perjuicio de las comprobaciones que corresponde realizar al tribunal remitente resulta que, en el momento de la conclusión de los contratos de crédito y de garantía inmobiliaria de 30 de julio de 2009, el Sr. y la Sra. Dumitras no actuaron por razón de vínculos funcionales que tuviera con Lanca Constructii. Corresponde también al tribunal remitente determinar si el Sr. y la Sra. Dumitras como avalistas hipotecarios de dicha sociedad actuaron con fines relacionados con su actividad profesional y de no haber actuado con tales fines, extraer de ello todas las consecuencias pertinentes para su eventual calificación de «consumidor» en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13. Así ocurriría, en particular, si el Sr. Dumitras, al convertirse en avalista hipotecario, hubiera actuado por razón de vínculos funcionales con Lanca, lo que incumbe determinar al tribunal remitente». En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Justicia declara: «Los artículos 1, apartados 1 y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores deben interpretarse

en el sentido que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria celebrado entre personas físicas y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en virtud de un contrato de crédito, cuando esas personas físicas actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezcan de vínculos funcionales con la citada sociedad, lo que corresponde determinar al tribunal remitente».

Sobre tales bases jurisprudenciales, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.<sup>a</sup>, de 6 de abril de 2016<sup>29</sup>, tiene por objeto determinar si, al constituirse en garante de la ejecución de las obligaciones de la mercantil «Lelut Ponteraeas, S. L. —que había solicitado la apertura de la línea de crédito para el giro o tráfico mercantil—, D. Adriano actuó en el marco de su actividad profesional o con motivo de los vínculos profesionales que pudiera mantener con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o si, por el contrario, actuó con fines de carácter privado. Pues bien, la prueba permite constatar: primero, que D. Adriano intervino como fiador del contrato de apertura de crédito celebrado entre NCG Banco SA de un lado y la entidad «Lelut Ponteraeas, S. L.» de otro lado; segundo, que los socios de esta última sociedad eran D.<sup>a</sup> Adelina y D. Argimiro; tercero, que D.<sup>a</sup> Adelina era además administradora única de la citada mercantil; cuarto, que D. Adriano no tenía participación en «Lelut Ponteraeas, S. L.», ni consta que mantuviese relación laboral con la misma; quinto, que D. Adriano era funcionario; y sexto que D.<sup>a</sup> Belén y D. Adriano eran los progenitores de D. Argimiro. Si el fiador D. Adriano trabajaba como funcionario no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro (o ex suegro, según parece) de la otra socia y administradora única de la empresa, por lo que cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que realizaba a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses. En consecuencia, concluye el Auto de la Audiencia que «D. Adriano actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal». En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 8.<sup>a</sup>, de 18 de noviembre de 2016<sup>30</sup>, estima que cuando los fiadores actuaron al constituir la hipoteca sobre un bien de su propiedad y otorgar la fianza lo hicieron con un propósito ajeno a su actividad profesional y, en tal caso, a los mismos ha de estimarse que les es aplicable la legislación de consumo.

<sup>29</sup> JUR 2016/105461.

<sup>30</sup> JUR 2016/269261.

### 3. El control de abusividad y transparencia en materia de contratación con consumidores. Su aplicación al fiador como consumidor

En la contratación en masa el contenido del contrato se redacta previamente, pensando en su utilización por uno de los contratantes —empresario o profesional— en una pluralidad de contratos del mismo tipo que ese contratante celebre, ya sea y principalmente con consumidores, ya sea con otros profesionales.

El artículo 51 de la Constitución establece como uno de los principios reguladores de la política económica y social la promoción y defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Así, el referido precepto constitucional dispone que los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

En nuestro Derecho, en aras de una adecuada protección del consumidor, son varias las fuentes legales existentes: por un lado, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), y las disposiciones que la desarrollan. Esta Ley es consecuencia de la Directiva 93/13/CEE, 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con los consumidores. Junto al régimen legal aplicable a las condiciones generales de la contratación, esta Ley 7/1998 modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a fin de establecer un régimen de protección específico y más intenso, cuando el adherente es un consumidor. Este régimen de protección se encuentra ahora regulado en los artículos 80 a 91 del TRLGDCU. Sin embargo, este régimen no gira en torno al concepto legal de condición general, sino que se refiere a la idea más amplia de cláusulas no negociadas individualmente (artículo 82.1), es decir, predispuestas e impuestas. De forma que las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos son un tipo concreto de cláusulas no negociadas individualmente. Por lo que tal como establece el artículo 1.1 de la LCGC son condiciones generales de la contratación: *«las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»*.

En consecuencia, son requisitos comunes a las condiciones generales y a las cláusulas no negociadas individualmente la contractualidad, la predisposición y la imposición y, tratándose de condiciones generales, se añade además que se trata de cláusulas predispuestas destinadas a regir en una pluralidad de contratos. En todo caso, en estos contratos bajo condiciones generales existe consentimiento contractual válido, si bien la voluntad del consumidor se ve limitada al no hallarse en situación de igualdad, pues se limita a aceptar o no las condiciones que le

ofrece el predisponente —la contraparte—<sup>31</sup>. Sobre tales bases hay que señalar que el régimen de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, por un lado, es más amplio que el del Real Decreto 1/2007, puesto que se aplica no solo a los contratos con consumidores, sino también a los celebrados entre profesionales; mientras que este último se aplica únicamente al adherente-consumidor; y por otra parte, el régimen de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación es más limitado que el del Real Decreto 1/2007, pues solo afecta a las cláusulas no negociadas individualmente destinadas a una pluralidad de contratos, mientras que el Real Decreto 1/2007 incluye, además de éstos, los contratos particulares que hayan sido redactados, en todo o en parte, por uno de los contratantes, esto es, cuyas cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de contratación resulta irrelevante: a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. En este sentido, la Exposición de Motivos de la LCGC indica en el preámbulo que *«la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual»*, y que *«las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores»*.

Asimismo, la ley identifica a las partes del contrato como predisponente y adherente. El predisponente es el profesional, persona física o jurídica, que en sus negocios jurídicos con terceros hace uso de cláusulas prerredactadas que han sido elaboradas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos. Debe tenerse en cuenta que la norma se aplica tanto a sujetos de Derecho privado como de Derecho público. Mientras que el adherente puede ser consumidor o no, pudiendo ser también otro profesional que no actúe en el marco de su actividad, puede ser persona física o jurídica. Cuando el adherente sea otro profesional, la posición de abuso o dominante podrá plantearse en el marco de las normas gene-

---

<sup>31</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 22 de abril de 2015 (RJ 2015/1360); señala, asimismo, que «cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores pueden ser consideradas como no negociadas». Y añade: «esta “imposición de contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de «obligar a contratar». Es el consumidor el que ponderando sus intereses en el ejercicio de su libertad de contratar deberá decidir si contrata o no o con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (de ahí incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aún intervenido notarialmente en el contenido del contrato, con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

rales de la contratación, no en el específico cauce de las cláusulas abusivas, como lo hemos analizado. La *ratio* del artículo 1 de la LCGC determina que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando en este supuesto nos encontramos ante cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por parte del consumidor medio; de forma que la norma no exige que la condición se incorpore «a todos los futuros contratos que firme cualquier consumidor, sino a una pluralidad de ellos».

En este contexto, el artículo 82 del Real Decreto 1/2007 introduce dos previsiones relativas concretamente a la calificación de una cláusula no negociada individualmente: 1. «El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato» (apartado 2); y 2. La carga de la prueba acerca de si una cláusula ha sido o no negociada individualmente incumbe al profesional que afirme que ha sido negociada individualmente (artículo 82.2.II).

En cuanto a la **incorporación de las condiciones generales a la reglamentación contractual**, se reconduce a tres reglas:

1. Las reglas de control de inclusión o incorporación que incluye el control de transparencia —claridad, concreción y sencillez en la redacción de las cláusulas— y establecen los requisitos previos que deben reunir las condiciones generales para formar parte del contenido de un contrato, esto es, el conjunto de exigencias legales para que una cláusula pueda considerarse válidamente incluida en un contrato (artículos 5 y 7 a 10 de la Ley de Condiciones Generales y el artículo 80.1 del Real Decreto 1/2007).

De la dicción del artículo 5 LCGC pueden inferirse los siguientes requisitos para la válida incorporación de las condiciones generales de la contratación:

- a) Aceptación por el adherente de su incorporación al contrato y que éste sea firmado por todos los contratantes.
- b) El contrato haga referencia a las condiciones generales incorporadas.
- c) El predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de la existencia de condiciones generales de la contratación.
- d) El predisponente haya facilitado un ejemplar de las mismas; y
- e) La redacción de las cláusulas se ajuste a los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Establece así mismo el artículo 5 en sus apartados primero, segundo y tercero determinadas concreciones en relación a la información que ha de realizar el pre-disponente de la condición general en función de si la contratación fuese telefónica, electrónica o el contrato no deba formalizarse por escrito.

Y, en relación con la transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contrato suscritos con consumidores, ésta incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato —control de transparencia cualificado.

2. Las reglas de interpretación de las condiciones generales, que establece criterios de interpretación favorables al adherente (artículos 6 de la Ley de Condiciones Generales y 80.2 del Real Decreto 1/2007).

3. Las reglas de control de contenido dirigidas a censurar las condiciones cuyo contenido sea abusivo, o las contrarias a la Ley.

Nuestro Derecho establece solo normas de control de contenido referidas específicamente a las cláusulas predisuestas en contratos con consumidores (artículos 80 y 82 del Real Decreto 1/2007). De forma que no hay un sistema de control de contenidos específicos para las condiciones generales de los contratos —fuera de los derivados genéricamente en los artículos 6.3 y 1255 del Código Civil—, sino solo para aquellas condiciones generales en las que el adherente es consumidor.

Por su parte, hay que señalar que el artículo 7 LCGC completa los requisitos de incorporación en su vertiente negativa, al establecer que no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato. Y, asimismo, el artículo 5 de la LCGC, en su apartado cuarto, establece una disposición imperativa en cuanto a la redacción de las cláusulas. La expresión «deberá» determina que si la redacción de las cláusulas generales no se adaptase a los requisitos mencionados, la misma no sería válida y debería ser expulsada del contrato o no incorporada a la misma.

Por todo ello, de no cumplirse los requisitos de inclusión, si la cláusula merece el calificativo de condición general, no se incorpora al contrato por aplicación del citado artículo 7 de la Ley de Condiciones Generales, y si no merece tal calificativo es nula de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil).

Por su parte, el control de contenido de cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores exige que el contenido de las mismas responda a los principios de *«buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas»* (artículo 80.1 c) del Real Decreto 1/2007). Además, el artículo 82.1 establece que: *«se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*; y, por último, se consideran abusivas en todo caso las cláusulas contenidas en los artículos 85 a 90 del Texto Refundido. De calificarse una cláusula de abusiva conlleva la nulidad parcial con integración del contrato (artículo 1258 del Código Civil) o la nulidad total de éste. En todo caso, conforme al artículo 82.4 del Real Decreto 1/2007 son, en todo caso, abusivas las cláusulas que: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) Limiten los derechos del consumidor y usuarios; c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; y f) Contravengan las reglas de la competencia y derecho aplicable <sup>32</sup>.

En todo caso, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección Pleno, de 22 de abril de 2015 <sup>33</sup>, «la jurisprudencia de esta Sala (sentencias núm. 496/2012, de 18 de junio; número 241/2013, de 9 de mayo; núm. 166/2014, de 7 de abril; núm. 246/2014, de 28 de mayo; núm. 464/2014, de 8 de septiembre; núm. 677/2014, de 2 de diciembre) ha considerado que la contratación bajo condiciones generales constituye un auténtico modo de contratar, claramente diferenciado del paradigma del contrato por negociación regulado en el Código Civil. Su eficacia exige que, además de la prestación del consentimiento del adherente a la inclusión de unas cláusulas redactadas de un modo claro y comprensible, y transparente en sus consecuencias económicas y jurídicas, el profesional o empresario cumple unos especiales deberes de configuración del contrato predispuesto en el caso de cláusulas no negociadas en los contratos celebrado con consumidores que supongan el respeto, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

Ahora bien, en relación con el **control de transparencia**, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2013 <sup>34</sup>, considera que el

<sup>32</sup> CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona 2013, p. 96.

<sup>33</sup> RJ 2015/1360.

<sup>34</sup> *La Ley* 45886/2013.

control referido al criterio de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo; y la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 9 de mayo de 2013<sup>35</sup>, sostiene que cabe un doble control de transparencia: el control de inclusión que supone la observancia de las exigencias contenidas en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de manera que las cláusulas generales han de ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez para que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato y que no sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles; y, asimismo, la observancia de las formalidades establecidas en la Orden de 5 de mayo de 1994, vigente al tiempo de los hechos y hoy sustituida, como recordamos, por la Orden EHA/2899/2011; y que, una vez incorporadas las condiciones al contrato, las mismas han de superar el control de transparencia —del propio contenido de las condiciones incorporadas en el contrato—, es decir, que las cláusulas han de ser claras y comprensibles. Este último, en realidad, constituye un control de abusividad abstracto de validez de la cláusula predispuesta, distinto del error propio o error vicio del consentimiento que supondría un control sobre el caso concreto y que tiene por objeto que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, con la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (parágrafo 210 de la sentencia). Se trata, en consecuencia, de constatar que la información suministrada permite al consumidor determinar si se trata de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y le permite tener un conocimiento real y razonable completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (parágrafo 212). Por lo que no se supera el control de transparencia si estas cláusulas están «enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro». En todo caso, este control de transparencia que se identifica con un control de contenido exige que el consumidor pueda conocer la carga económica real del contrato para poder

---

<sup>35</sup> RJ 2013/3088.

valorar correctamente si lo quiere celebrar, y para poder comparar de manera adecuada las diferentes ofertas de productos dentro del mismo sector<sup>36</sup> y, asimismo que el consumidor adherente sea específica y suficientemente informado respecto del significado y alcance que tiene la cláusula suelo como elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues dichas cláusulas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, se transforman en la *praxis* en un préstamo hipotecario con tipo de interés fijo por la inclusión no informada de tal cláusula. En consecuencia, la oferta de interés variable, no completada con una información adecuada, se revela engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas.

Al respecto, los criterios que enumera el Tribunal Supremo en tal sentencia de 9 de mayo de 2013 para valorar la falta de transparencia, y que según el auto de aclaración no constituyen lista cerrada son: a) Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenario diversos relacionado con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertan las mismas; y e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

Este control de transparencia, según indica la sentencia de 9 de mayo citada, revela únicamente si una cláusula es clara y comprensible. En caso afirmativo no cabe realizar el control de contenido, es decir, no puede examinarse si la cláusula es abusiva. Pero si no se supera el control de transparencia, habrá que analizar este extremo, porque no necesariamente la cláusula oscura e incomprensible —falta de transparencia— es abusiva. Este control de contenido consiste en valorar si, en contra de las exigencias de la buena fe, la cláusula causa en el consumidor el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Así se deriva del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82.1 del TRLGDCU. Es por ello que el Tribunal Supremo considera nulas por abusivas las cláusulas suelo de los contratos sometidos a enjuiciamiento porque, al beneficiar exclusivamente a la entidad de crédito, provocan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que resultan contrario a la buena fe porque no se informa de manera clara y comprensible sobre este extremo y el consumidor suscribe el contrato, pues cree que la carga económica del mismo es otra, más beneficiosa para

<sup>36</sup> MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo 2014, p. 336.

él que la que realmente está contratando<sup>37</sup>. Si el consumidor hubiera aceptado de forma libre, voluntaria y consciente estas cláusulas, comprendiendo su verdadero alcance, aun cuando comportasen un desequilibrio, no podrían entenderse abusivas porque el control de transparencia legitimaría su validez.

En síntesis, ese doble control de transparencia supone que: a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente; y b) La transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. La falta de transparencia de una condición general puede dar lugar a no considerar incluida la cláusula en el contrato de adhesión (principal efecto del control de inclusión), incluso puede ser causa de nulidad de la cláusula (por abuso formal). El control de la cláusula por falta de transparencia sólo procede cuando hay casos graves de oscuridad. Cuando una cláusula es realmente incomprensible, es obvio que la cláusula no puede formar parte del contrato, y si ha llegado a formar parte de él entonces (en el caso de que el adherente sea un consumidor o usuario) debe considerarse abusiva. La regla «*contra proferentem*» rige, como ya ha tenido oportunidad de señalar la doctrina científica, para casos de transparencia menos graves, cuando la cláusula es simplemente dudosa o ambigua. El carácter dudoso de una cláusula puede derivar de su carácter indeterminado, por ejemplo, cuando el adherente no puede saber en qué casos se va a aplicar la condición general y en cuáles no, siendo suficiente que existen dudas razonables acerca del sentido o alcance de una determinada cláusula. Estos criterios de graduación deben ser tenidos en cuenta en todo contrato de adhesión. En aquellos casos en los que la cláusula sea simplemente dudosa en cuanto a la interpretación de la misma, deberemos acudir a la disposición del artículo 6 de la LCGC, determinando la interpretación y efectos de la misma de acuerdo con el tenor de dicho artículo.

---

<sup>37</sup> Vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, de 21 de marzo de 2014 (AC 2014/648); y el auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, de 30 de abril de 2014 (AC 2014/1000), falta de información suficiente y ausencia de simulaciones de escenarios diversos; en consecuencia, falta de transparencia.

Ahora bien, a diferencia de la anterior resolución de 9 de mayo de 2013, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de septiembre de 2014<sup>38</sup>, no se refiere al doble filtro de transparencia, sino que únicamente aplica el control de transparencia real —segundo filtro de transparencia según la citada sentencia de 9 de mayo—, implícita en el marco general del control de abusividad; por tanto, el ulterior control de contenido —juicio de abusividad— derivado de la falta de transparencia de la cláusula desaparece. Por lo que, actuando únicamente sobre el control de transparencia real, y en la línea con la doctrina jurisprudencial de esta Sala (sentencia de 18 junio 2012<sup>39</sup>, 15 enero 2013<sup>40</sup>, 17 y 18 de enero de 2013<sup>41</sup>, 18 de noviembre de 2013<sup>42</sup> y 30 de junio de 2014<sup>43</sup>) se destaca que con ello «se opera conforme al acervo y el peso de la formación del derecho contractual europeo que, a tenor de sus principales textos de armonización, se advierte la profundidad de este proceso, a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las directrices del orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual. En síntesis, este proceso en el ámbito concreto de las condiciones generales tiende a superar la concepción meramente «formal» de los valores de libertad e igualdad, referidos únicamente a la estructura negocial del contrato y por extensión al literalismo interpretativo (*pacta sunt servanda*), en aras a una aplicación material de los principios de buena fe y conmutatividad en el caso de validez, control y eficacia del fenómeno de las condiciones generales de la contratación».

En este contexto, el control de transparencia delimitado en la jurisprudencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido también reflejo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (C-26/2013)<sup>44</sup>, que analiza la posible abusividad de una cláusula en un préstamo multidivisa que facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas, sobre la base de cotización de venta de divisa aplicada por la entidad bancaria cuando el importe del préstamo se había obtenido conforme a la cotización de compra que generaba un beneficio a favor del banco, y declara, entre otros extremos, que: «1. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que: a) Los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarca una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado de divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia,

<sup>38</sup> La Ley 143790/2014.

<sup>39</sup> RJ 2012/8857.

<sup>40</sup> RJ 2013/2276.

<sup>41</sup> RJ 2013/1819 y RJ 2013/1604.

<sup>42</sup> RJ 2014/2233.

<sup>43</sup> RJ 2014/3526.

<sup>44</sup> TJCE 2014/105.

lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza; b) Tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivadas de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no puede ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 91/13. 2. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. 3. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

Ahora bien, en cuanto al **control de abusividad**, el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE dispone que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. A continuación, el artículo 3.2 de la citada Directiva ahonda en el concepto de cláusula abusiva. De forma que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. En clara correspondencia con la Directiva 93/13/CEE, el TRLGDCU dispone en su artículo 82 que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del

consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El mencionado artículo 82 del TRLGDCU, en lo que se refiere al artículo 3.2, determina que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente asumirá la carga de la prueba. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 establece, en relación al control abstracto del carácter abusivo de una condición general predispuesta para ser impuesta en contratos con consumidores, lo siguiente:

a) Para decidir sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula impuesta en un concreto contrato, el juez debe tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en la fecha en la que el contrato se suscribió, incluyendo, claro está, la evolución previsible de las circunstancias si éstas fueron tenidas en cuenta o hubieran debido serlo con los datos al alcance de un empresario diligente, cuando menos a corto o medio plazo. También deberá valorar todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. Estas reglas deben matizarse en el caso de acciones colectivas de cesación, en las que es preciso ceñir el examen de abusividad de la cláusula o cláusulas impugnadas en el momento de la litispendencia o en el momento posterior en que la cuestión se plantee en el litigio, dando oportunidad de alegar a las partes, y sin que puedan valorarse las infinitas circunstancias y contextos a tener en cuenta en el caso de impugnación por un concreto consumidor adherente.

b) No impide el control del carácter abusivo de las cláusulas el hecho de que se inserten en contratos en los que el empresario o profesional no tenga pendiente el cumplimiento de ninguna obligación. No existe en el Derecho de la Unión, ni en el Derecho nacional, norma alguna que refiera el desequilibrio entre los derechos y obligaciones exclusivamente a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas —aquellas en los que los sujetos son a la vez acreedores y deudores entre sí, de tal forma que la prestación de cada una de las partes constituye para la otra la causa de la propia, de tal forma que funcionan como contravalor o contraprestación—, y menos aún para limitar su aplicación a aquellos en los que la reciprocidad se proyecta en la ejecución del contrato; y c) Las cláusulas contenidas en los contratos de préstamo están sometidas a control de su carácter eventualmente abusivo.

Del artículo 2 de la Directiva y del artículo 82 del TRLGDCU se deduce también un requisito negativo, cuya concurrencia determinará la imposibilidad de calificar una cláusula como abusiva. Dicha nota es la de negociación individual o consentimiento expreso de la práctica abusiva, deben entenderse reproducidas las argumentaciones contenidas en el anterior apartado de la presente monografía, a

los efectos de determinar cuándo una cláusula contractual no haya sido negociada individualmente. Lo cierto es que, para que una cláusula contractual pueda ser calificada como abusiva, ha de contravenir las exigencias de la buena fe.

En relación con el concepto de buena fe, es doctrina comúnmente admitida que la exigencia de ajustar el ejercicio de los derechos a las pautas de la buena fe, según lo previsto en el artículo 7.1 del Código Civil, constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico que exige rechazar aquellas actitudes que no se ajustan al comportamiento considerado como honrado y justo<sup>45</sup>. Igualmente, es doctrina constante y reiterada que la buena fe es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, y leal, que supone una exigencia de actuación coherente y de protección de la confianza ajena<sup>46</sup>. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de marzo de 2002<sup>47</sup>, es cierto que el principio de buena fe, como concepto jurídico indeterminado, no se puede definir con generalidad, «y será preciso el estudio personalizado de cada caso para su determinación, sobre todo porque para ello no se puede utilizar el método declarativo de la analogía».

Al respecto, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Barcelona, de 7 de diciembre de 2016<sup>48</sup>, señala que «del análisis del artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE y del artículo 82 TRLGDCU, podemos extraer las siguientes notas generales para caracterizar a las cláusulas abusivas: a) Estipulaciones no negociadas individualmente. Entendiendo por tales las que hayan sido redactadas previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido; b) No hayan sido consentidas expresamente por el consumidor; c) Contravengan las exigencias de la buena fe; d) Se estipulen en perjuicio del consumidor; y e) Causen un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En esta sentencia se declara abusiva y se decreta la nulidad de la cláusula primera y de la cláusula novena del contrato de préstamo hipotecario de 26 de junio de 2006, manteniéndose la vigencia del contrato sin la aplicación de las siguientes cláusulas: — Cláusula novena.— «Garantía adicional. Con inde-

---

<sup>45</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001/2588).

<sup>46</sup> Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de julio de 2002 (RJ 2002/6047).

<sup>47</sup> RJ 2002/2301.

<sup>48</sup> JUR 2017/1911. Asimismo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 12 de junio de 2017 (AC 2017/494 y AC 2017/495), en las que, con respecto a una cláusula sobre fianza en un préstamo hipotecario, se indica que la cláusula no es clara por cuanto el avalista desconocía el significado de la renuncia a los derechos de orden, excusión y división, y creía que respondería de la deuda solo después de exigir a los prestatarios el pago de la deuda con todos sus bienes. Si bien, en la primera sentencia, se señala además que se aceptó el aval estando su consentimiento viciado por error, que fue esencial y excusable; y en la segunda se dispone que se contrató el aval para ayudar a su hermana, desconociendo las verdaderas consecuencias de esta cláusula.

pendencia de la hipoteca establecida en la cláusula correspondiente de la presente escritura y demás garantías personales o reales que se hayan podido pactar en el presente contrato, se garantiza especialmente el cumplimiento de las obligaciones dimanadas del mismo, solidariamente con el deudor principal y con las consiguientes renunciaciones a los beneficios legales de orden, excusión y división, por ... los cuales se constituyen en fiadores solidarios de la presente operación....» y — cláusula primera.— «Sin perjuicio de la responsabilidad personal solidaria e ilimitada de la parte prestataria en garantía de la obligación principal de la amortización del préstamo que se formaliza en la presente escritura». Las cláusulas impugnadas suponen la renuncia de los fiadores a los beneficios de excusión, división y orden y además configura para los deudores principales una responsabilidad personal e ilimitada que se añade a la garantía hipotecaria establecida. No consta en las actuaciones prueba con suficiente consistencia que permita inferir que por parte de la entidad financiera se explicó de manera comprensible las implicaciones económicas que tenían las cláusulas primera y novena que son objeto de impugnación. Información que resultaba en el presente caso aún más necesaria, al suponer la instauración de tres garantías y además la renuncia a beneficios legalmente concedidos a los fiadores. Lo expuesto lleva a concluir que las cláusulas analizadas superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores. No se ha probado, en ninguno de los casos, por la entidad demandada que la misma haya cumplido con su deber de transparencia en los términos definidos por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo (con su aclaración de 3 de junio), pues no se ha acreditado por la entidad demandada que haya informado perfectamente a sus clientes de la trascendencia económica de dichas cláusulas y cómo operarían. Debe destacarse que el que la cláusula resulte clara a la hora de leerla no implica que el consumidor haya comprendido, por la información que le facilita el banco, cómo jugará la citada estipulación en la vida del contrato. Por lo que para la Sala, «sentadas las anteriores consideraciones, no cabe sino concluir que la cláusula analizada no es transparente, ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. No aporta la demandada extremo alguno que acredite tal información previa, al margen de la mera lectura en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario; b) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la operatividad de las cláusulas que determinan garantías adicionales a la propia hipoteca; c) No hay información previa clara y comprensible sobre la incidencia económica que tendrían las referidas cláusulas de garantías adicionales y cómo operarían en función del valor de la finca sobre la que se constituía la hipoteca. Ningún elemento probatorio al respecto se aporta por la demandada; y d) En el caso de las utilizadas por la demandada, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

BALLUGERA GÓMEZ señala al respecto que el resultado de la sentencia le parece ajustado a Derecho y no comparte las críticas de algunos juristas que dicen que «es contraria a la seguridad jurídica y anula el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil». Y añade que, «como dice el juez que ha firmado la sentencia, él se ha limitado a declarar nulas por abusivas dos cláusulas de una hipoteca, pero no ha derogado ni se ha cuestionado el artículo 1911 del Código Civil»<sup>49</sup>. Lo cierto es que, junto a la garantía hipotecaria y la fianza solidaria a cargo de tercero, se fija una condición general relativa a la responsabilidad patrimonial del deudor, que puede comportar una sobregarantía en los términos que se impone (artículos 82.4 d) y 88 del TRLGDCU). En todo caso, nos mostramos acordes con el citado autor, en la línea de entender que el juez ha operado correctamente al considerar abusivas las mencionadas cláusulas primera y novena del préstamo hipotecario.

No obstante, destacar que, en cualquier caso, la intervención notarial se ubica dentro del requisito del control de inclusión, no del de transparencia.

La doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia aplicada a las cláusulas suelo fijada en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, se mantiene en las sentencias de este mismo Tribunal de 8 de septiembre de 2014<sup>50</sup>, de 24 de marzo de 2015<sup>51</sup>, de 25 de marzo de 2015<sup>52</sup>, de 29 de abril de 2015<sup>53</sup> y de 23 de diciembre de 2015<sup>54</sup>. Esta jurisprudencia, asimismo, se encuadra en lo que respecta al fundamento y al alcance del control de transparencia en la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, principalmente, en la sentencia, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler —asunto C-26/13—)<sup>55</sup> y en las más recientes de la Gran Sala, de 21 de diciembre

<sup>49</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Ni la responsabilidad patrimonial universal ni la fianza impiden la dación en pago o la limitación de la responsabilidad al precio del piso hipotecado», *La Ley*, número 8913, sección doctrina, 2 de febrero de 2016, p. 4 (www.laley.es).

<sup>50</sup> RJ 2014/4660.

<sup>51</sup> *La Ley* 30005/2015.

<sup>52</sup> *La Ley* 30006/2015.

<sup>53</sup> *La Ley* 65308/2015.

<sup>54</sup> *La Ley* 204975/2015.

<sup>55</sup> TJCE 2014/105. Como recordamos, la citada sentencia señala que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecidas por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (apartado 71), sino que «esa exigencia debe entenderse de manera extensiva» (apartado 72). En el caso al que se refiere esta sentencia, ya mencionado en líneas precedentes, relativa a la cláusula controvertida que contenía un mecanismo de conversión de la divisa extranjera, el tribunal concluye: «75. (...) la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible gramaticalmente se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjero al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar,

de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo —asunto acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15—)<sup>56</sup> y, de la Sala Primera, de 26 de enero de 2017 (caso Primus y Gutiérrez García —asunto C-421/14—)<sup>57</sup>. Para la sentencia de 21 de diciembre de 2016, después de recordar que «el control de transparencia material de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato procede del que impone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE (apartado 49), añade: «50. Ahora bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencia de 21 de marzo de 2013 RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44). 51. Por tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular». Por su parte, la reciente sentencia de 26 de enero de 2017, con relación a la consecuencia o efecto que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución no pase el control de transparencia, señala al respecto que: «62. (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, solo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 41, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, EU:C:2015:447, apartado 50). (...) 67. (...) En caso de que el órgano jurisdiccional remitente considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios, como la controvertida en el litigio principal, no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (...)».

basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo».

<sup>56</sup> TJCE 2016/309.

<sup>57</sup> JUR 2017726895.

Volviendo a la sentencia de 9 de mayo de 2013, la *ratio* de la misma es básicamente que la ausencia de una información suficiente por parte del banco de la existencia de una cláusula suelo, y de sus consecuencias en el caso en que bajara el tipo de referencia más allá de aquel límite y la inclusión de tal cláusula en el contrato de forma sorpresiva, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alternación subrepticia del precio del crédito, sobre el que los prestatarios creían haber dado su consentimiento a partir de la información proporcionada por el banco en la fase precontractual. De tal forma que un consumidor con la información suministrada entendiera que el precio del crédito estaría constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactado. Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquél le proporcionó<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 18 de noviembre de 2013 (JUR 2013/381171), en relación con la supuesta negociación de la cláusula y conocimiento de la misma por el consumidor al pactarse la novación del contrato, señala que «dicha modificación no cumple ninguno de los requisitos de transparencia exigidos por el Alto Tribunal, dado que la «cláusula suelo» se introdujo en un documento modelo, redactado unilateralmente por el banco, firmado entre los prestatarios y la entidad sin que interviniera notario alguno. Falta por tanto todo control en la negociación de dicha cláusula. pero, además, lo relevante para que se declarara su validez es acreditar que el consumidor tuvo perfecto y claro conocimiento de la cláusula y de sus efectos y trascendencia en el contrato. Para ello, el Tribunal Supremo ha establecido y concretado unos requisitos y exigencias que no se han cumplido en este caso». A esto añade que «existe, incuestionablemente, una clara carencia informativa y comprensiva en dichos documentos, hasta el extremo que la modificación de suelo es una imposición de la entidad financiera que no obedece a negociación de tipo alguno y, por tanto, carece de transparencia. Conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, estas cláusulas limitativas sólo son lícitas si su transparencia permite al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal y conocer el real reparto de riesgos derivado de la variabilidad de los tipos, es decir, que esté informado de que en realidad lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio, porque los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia da cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustra las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como variable». Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 29 de diciembre de 2016 (AC 2016/2114) señala, respecto de la cláusula suelo, que no supera el control de incorporación, pues aunque tienen una redacción relativamente sencilla y clara, lo cierto es que se encuentran inserta en documentos extensos, de difícil lectura y no exenta de complejidad, por lo que fácilmente puede pasar desapercibida al consumidor en una operación de este tipo la existencia de una limitación al interés variable y tan importante; precisamente por ello, para evitar que pase desapercibido un elemento esencial del contrato, en cuanto forma parte de las estipulaciones que fijan el precio a pagar por el prestatario, y para asegurar la transparencia del mismo, se instaura la exigencia de que expresamente se llame la atención al usuario antes de firmar el contrato sobre estos límites que pueden convertir la variabilidad en exclusivamente al alza. En el caso de autor no se ha respetado esas precauciones para garantizar la transparencia de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato. Por lo que procede la nulidad de tal cláusula suelo. Asimismo, en esta línea, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Massamagrell,

Sobre tales bases, y partiendo de la licitud de la cláusula suelo, en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 2017<sup>59</sup>, se destaca que la cláusula suelo impugnada cumple los parámetros establecidos por la doctrina jurisprudencial para considerar superado dicho control de transparencia. En este sentido señala que «en una acción individual como la presente el juicio sobre la transparencia de la cláusula no tiene por qué atender exclusivamente al documento en el cual está inserta o a los documentos relacionados, como la previa oferta vinculante, sino que puede tener en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia de que la cláusula en cuestión no pasara inadvertida para el consumidor y que éste estuviera en condiciones de percatarse de la carga económica y jurídica que implicaba». Es decir, el Tribunal Supremo considera que la transparencia de una cláusula suelo no solamente

---

de 6 de marzo de 2017 (*La Ley* 8709/2017), se examina el contrato de préstamo suscrito por un consumidor para la financiación de su vivienda habitual y anula varias de sus cláusulas. Se trata de la modalidad «hipoteca tranquilidad» ofertada por el Banco Santander, en la que se pactaba un tipo fijo de interés (5,75%) durante los primeros diez años y un tipo de interés variable a partir del décimo año. Además se pactó un sistema de amortización de cuotas crecientes, de tal manera que las cuotas se incrementarían cada año y durante toda la vida del préstamo en un 2% respecto de la cuota del año anterior. Se considera que, si bien las cláusulas están redactadas de forma y gramaticalmente de forma correcta —superando el control de incorporación—, no superan el control de transparencia exigido jurisprudencialmente. El consumidor no tuvo la oportunidad de conocer y comprender las características del préstamo hipotecario que estaba firmando ni la carga hipotecaria que le supondría. No se le ofreció documentación sobre el informe del coste del préstamo en comparación con otras modalidades supuestamente ofrecidas, ni documento de oferta vinculante o documento semejante, o cuadro de amortización. Además, subraya el juzgador la dificultad de comprensión de un préstamo como el examinado por una persona lega, inexperta y sin conocimientos financieros. Declara, en consecuencia, el carácter abusivo de dichas cláusulas, constatándose un desequilibrio importante en derechos y obligaciones, indicando que el cliente podría haberse encontrado en un escenario de ver incrementado el nominal de su deuda con devengo de nuevos y mayores intereses si se hubiera dado una subida de los tipos de interés. Declarada la nulidad de las cláusulas litigiosas, el Juzgado decreta su expulsión de las mismas del contrato hipotecario objeto de autos, el cual subsistirá en sus restantes elementos y sin aplicación de las cláusulas nulas. Además el banco debe volver a calcular las cuotas del préstamo sin devengo de intereses desde que se suscribió y hasta la fecha prevista de vencimiento. También deberá devolver las cantidades resultantes de los intereses cobrados en virtud de las cláusulas declaradas nulas.

<sup>59</sup> *La Ley* 6541/2017. El origen de la demanda se remonta a 2009, cuando los demandantes firmaron un contrato hipotecario con Caja Rural de Teruel que incluía una cláusula suelo, la cual enunciaba que el tipo aplicable al devengo de los intereses ordinarios no podría ser, «en ningún caso, superior al 8% nominal anual ni inferior al 3% nominal anual». D. Roque y doña Agustina interpusieron una demanda contra la entidad en la que pedía que esta cláusula se eliminara del contrato y se les recalcularan las cuotas de la hipoteca como si dicha cláusula nunca hubiera existido. La sentencia del Juzgado de primera Instancia número 1 de Teruel, de 24 de febrero de 2014, desestimó la demanda y fue recurrida en apelación por los demandantes. Este recurso de apelación fue desestimado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, sección 1.ª, de 27 de mayo de 2014, tras lo cual los demandantes presentaron recurso de casación al considerar que la sentencia incumplía la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en su sentencia de 9 de mayo de 2013. En concreto, el recurso de casación cuestionaba que la sentencia de la Audiencia hubiera seguido los parámetros exigidos por el Tribunal Supremo para aplicar el control de transparencia a este tipo de cláusulas.

tiene que estar reflejada en el contrato hipotecario, sino que pueden tenerse en cuenta otros elementos que informen al cliente de la cláusula que se le aplica. En concreto, se señala en la sentencia que puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas —con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo— y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. En el presente supuesto, la Audiencia tuvo en cuenta la citada doctrina jurisprudencial y llevó a cabo el control de transparencia a la vista de la prueba practicada. Además, se indica en la citada resolución que los hechos acreditados en la instancia ponen en evidencia que la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato de tal forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, «sino que se muestra como una cláusula principal del contrato que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma, que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual que aparecía resaltado en negrilla. Se añade a continuación que la prueba practicada acredita que la cláusula fue negociada individualmente entre los demandantes y la Caja Rural, como lo muestra que se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad y que la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés. A la vista de lo anterior, concluye el Tribunal Supremo que los demandantes «conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida “cláusula suelo” que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negocial». Por lo que la cláusula cumple los requisitos de transparencia exigido por la Sala, si bien no resulta necesario que en el análisis del control de transparencia se tengan que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia de 9 de mayo de 2013. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

Ahora bien, una de las cuestiones que más relevancia tienen en términos económicos en los procesos sobre condiciones generales de la contratación es la relativa a los efectos de una eventual declaración de nulidad de las mismas por abusivas. Se trata de establecer, en concreto, **si esa declaración ha de tener o no efectos retroactivos** y poder determinar, en su caso, la restitución de la parte de las cantidades entregadas desde la celebración de nulidad de la cláusula reputada abusiva.

Sin ánimo de exhaustividad, señalar que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 25 de marzo de 2015<sup>60</sup>, fija como doctrina jurisprudencial: «Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014 —se entiende que

---

<sup>60</sup> RJ 2015/735.

es una errata y se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014— y la de 24 de marzo de 2015 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013». Dicha doctrina se asienta como *ratio decidendi* en los Fundamentos Jurídicos números 9 y 10 de esta sentencia. Así, si bien es cierto que el Tribunal Supremo toma como base la regla general de la ineficacia de la cláusula abusiva y de referirse a la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, a continuación señala que esa regla general de ineficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, como la que se aplicó en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 con base en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013, donde radican los elementos básicos en los que el Tribunal Supremo funda la irretroactividad de la misma, a saber, la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que pueden afectar al orden público económico. En concreto, respecto del trastorno grave del orden público económico, al que se alude de nuevo en esta sentencia, se refiere la letra «k» del párrafo 293 de la sentencia de 9 de mayo de 2013, donde se señalaba que «es notorio que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico, al extremo que el Ministerio Fiscal, pese a recurrir la sentencia de apelación, se pronuncia en el sentido de que no procede reconocer efectos retroactivos a la decisión de nulidad de las cláusulas controvertidas».

La novedad de esta sentencia de 25 de marzo de 2015 radica en que curiosamente esta misma solución que se adopta en la sentencia de 9 de mayo de 2013 para un supuesto de acción de cesación se extiende ahora a las acciones individuales. Lo cierto es que, como señala la sentencia, en su Fundamento Jurídico quinto: «al apreciarse que la acción de cesación no se acumularon pretensiones de condena y concretas reclamaciones de restitución, mientras que en la presente acción individual sí se formulan de esta naturaleza, es por lo que no cabe estimar que en la presente *litis* tenga fuerza de cosa juzgada el pronunciamiento de la sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la cuestión relativa a la restitución o no de los intereses pagados en aplicación de la cláusula declarada nula, sin que tampoco quepa estimar cualquier otra excepción que impida ofrecer respuesta al recurso de casación»<sup>61</sup>.

A pesar de esta doctrina jurisprudencial fijada en sendas sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, lo cierto es que no ha sido unánime el seguimiento de la misma por la jurisprudencia de los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales. Así, hay tres posiciones:

<sup>61</sup> En la línea de esta resolución, se pronuncia este mismo Alto Tribunal, en sentencia, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 29 abril 2015 (RJ 2015/2042).

1) Las que siguiendo los fundamentos y resoluciones de la doctrina jurisprudencial de la sentencia de 9 de mayo de 2013 han proclamado que la declaración de nulidad no tiene efectos retroactivos y, en consecuencia, ha desestimado las pretensiones de restitución de las cantidades cobradas por causa de su aplicación<sup>62</sup>;

2) Las sentencias que han estimado que debe aplicarse de forma literal y mecánica el artículo 1303 del Código Civil y, por tanto, proclaman el carácter retroactivo de la declaración de nulidad y se estiman las pretensiones restitutorias de los actores<sup>63</sup>; y

3) Los que optan por seguir la doctrina fijada en la sentencia de 25 de marzo de 2015 y considerar que la retroactividad de los efectos es parcial, esto es, desde la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 18 junio 2013 (JUR 2013/243461); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, 18 junio 2013 (AC 2013/1479); de la misma Audiencia y sección, de 20 de junio de 2013 (AC 2013/1747); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, 14 enero 2014 (AC 2014/14); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, 10 febrero 2014 (AC 2014/493); la limitación de los efectos de la nulidad no viene determinada por el tipo de acción que se ejercite, individual o colectiva, sino por la necesidad de garantizar la seguridad jurídica; de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, 20 octubre 2014 (AC 2014/2005); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, 17 noviembre 2014 (JUR 2014/282950); efectos *ex nunc* desde la sentencia de primera instancia; de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, 21 noviembre 2014 (JUR 2015/46438); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 15 enero 2015 (AC 2015/409) y Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, 8 abril de 2015 (JUR 2015/126410).

<sup>63</sup> Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 9 julio 2013 (AC 2013/1538); de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, 30 julio 2013 (JUR 2013/300401); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, 16 diciembre 2013 (JUR 2014/19672), efectos *ex tunc* desde el momento de conclusión del contrato; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, 12 marzo 2014 (JUR 2014/76962); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 1.ª, 17 marzo 2014 (JUR 2014/91823); de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 3.ª, 21 marzo 2014 (AC 2014/648); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, 27 marzo 2014 (AC 2014/490), no hay razones de seguridad jurídica ni riesgo de grave trastorno económico a la entidad; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, 9 de junio 2014 (AC 2014/1043); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 1 septiembre 2014 (JUR 2014/300453); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, 20 enero 2015 (JUR 2015/107955), desde la fecha de celebración del contrato; de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 27 enero 2015 (AC 2015/421), retroactividad de la nulidad desde la interposición de la demanda; de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.ª, 4 febrero 2015 (JUR 2015/126568), de la Audiencia Provincial de Alicante, sección Tribunal de Marca Comunitaria, 26 febrero 2015 (AC 2015/711); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, 20 marzo 2015 (JUR 2015/126360); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, 25 marzo 2015 (AC 2015/665); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 2.ª, 25 marzo 2015 (AC 2015/730); de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1.ª, 30 marzo 2015 (JUR 2015/141573) devolución de los intereses desde la interposición de la demanda; de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, 30 abril 2015 (JUR 2015/165524).

<sup>64</sup> Vid. las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 8.ª, de 12 junio 2013 (AC 2013/545); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, 20 junio 2013 (AC 2013/1747); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.ª, 23 de febrero de 2015 (JUR 2015/121952); de

Ante esta situación, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016<sup>65</sup>, se pronuncia tras sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 del TFUE por el Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Granada (C-154/15), mediante auto de 25 de marzo de 2015, recibido en el Tribunal de Justicia el 1 de abril de 2015, así como por la Audiencia Provincial de Alicante (C-307/15 y C-308/15), mediante autos de 15 de junio de 2015, recibido por el Tribunal de Justicia el 1 de julio de 2015 en los procedimientos entre Francisco Gutiérrez Naranjo y Cajasur Banco SAU (asunto C-154/15), Ana María Palacios Martínez y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S. A. (BBVA) (asunto C-307/15), Banco Popular Español S. A. y Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15), en línea contraria a dichas sentencias del Tribunal Supremo y opta por la eficacia retroactiva total de los efectos de la nulidad, al declarar que: «72. La limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, que el Tribunal Supremo acordó en la sentencia de 9 de mayo de 2013 equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula durante el período anterior al 9 de mayo de 2013. 73. De lo anterior se deduce que una jurisprudencia nacional —como la plasmada en la sentencia de 9 de mayo de 2013—, relativa a la limitación en el tiempo de los efectos jurídicos derivados de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, sólo permite garantizar una protección limitada a los consumidores que hayan celebrado un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula suelo con anterioridad a la fecha del pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró dicho carácter abusivo. Así, pues, tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2012, Ariz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60). Por lo que declara al respecto que, «De todas las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, aparta-

---

la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, 5 marzo 2015 (JUR 2015/105936); de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, 21 abril 2015 (JUR 2015/169191); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, 23 abril 2015 (JUR 2015/169135); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3.ª, 13 mayo 2015 (JUR 2015/143518); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, 15 mayo 2015 (JUR 2015/142337), y de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 30 de marzo de 2016 (AC 2016/606). Asimismo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 28 enero 2014 (AC 2014/250) y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Sevilla, número 22, de 21 de abril de 2016 (sentencia núm. 100/2016), que condena a la entidad bancaria a reintegrar a la demandante las cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013 hasta la actualidad, más los intereses legales desde la fecha de emplazamiento, cantidad que se tendrá que determinar en la ejecución de la sentencia, pero que podría ascender, de principal, a más de 6.000 euros.

<sup>65</sup> TJCE 2016/309.

do 1, de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor, por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión»<sup>66</sup>.

En este contexto hay que tener en cuenta que las sentencias prejudiciales son obligatorias —artículo 91 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, versión consolidada de 25 de septiembre de 2012— y que tienen como regla la eficacia *ex tunc* desde su pronunciamiento, sin perjuicio de que el Tribunal de Justicia pueda limitar su dimensión temporal cuando concurren consideraciones imperiosas de seguridad jurídica (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de julio de 2011, Nispeanu, C-263/10). Se trata de una fuerza obligatoria *erga omnes*, por lo que son vinculantes no solo para el juez remitente, sino también para cualquier juez nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada, con independencia de que sus decisiones sean recurribles o no en el ordenamiento nacional de los Estados miembros de la Unión Europea (la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 6 de marzo de 2003, Kaba, C-446/005) y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09; de 19 de abril de 2016, DI, C-441/145) y de 1 de julio de 2016, Ognyanov SIC, C-614/14)).

Por todo ello, procedía modificar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, establecida sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo. De ahí que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil (Pleno), de 24 de febrero de 2017<sup>67</sup>, desestime el recur-

---

<sup>66</sup> El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fundamentado el fallo en dos razonamientos esenciales: en primer lugar, la sentencia considera que la apreciación de la abusividad por falta de transparencia material que realizó el Tribunal Supremo, tiene por fundamento el artículo 4, apartado 2, de la Directiva en relación con el artículo 3; implica, al respecto que sea suficiente la información facilitada al consumidor en lo que atañe al alcance tanto jurídico como económico de su compromiso contractual, y que no cabe apreciar que el Tribunal Supremo hubiera ido más allá del ámbito definido por la propia Directiva (apartados 48 y 51 de la sentencia); y, en segundo lugar, afirma que la cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de modo que ha de restaurarse la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor en esta situación, toda vez que, de otro modo, se pondrían en cuestión el efecto disuasorio pretendido por el artículo 6 de la mencionada norma europea, si se atribuyese al juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas (apartados 60, 63 y 66 de la sentencia).

<sup>67</sup> RJ 2017/602. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 15, de 16 de diciembre de 2013 estimó el recurso de apelación interpuesto por D. Hermenegildo contra la sen-

so de casación interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya, S. A. —sucesora procesal de la Unnim Banc S. A.—, puesto que la sentencia recurrida se ajusta a lo que ha venido a resolver posteriormente la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la

tencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona, de 19 de julio de 2012 contra Unnim Banc, S. A., y declara la nulidad de la cláusula suelo incluida en el apartado F del pacto tercero bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el día 27 de mayo de 2005, condena a la demandada a eliminar la cláusula referida del contrato o bien a tenerla por no puesta; asimismo, condena a la demandada a devolver al actor la suma de 5.485,77 euros, importe del exceso cobrado por el banco hasta la fecha de la demanda, 7 de marzo de 2012, en virtud de la cláusula declarada nula y a pagar los intereses legales correspondientes desde la fecha de cada cobro y, en fin, condena a la demandada a devolver al actor el importe del exceso cobrado por el banco desde la fecha de la demanda hasta la firmeza de la sentencia, en virtud de la cláusula declarada nula y a pagar los intereses legales correspondientes desde cada cobro.

Con posterioridad a esta sentencia del Pleno de 24 de febrero de 2017, en que se modifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en concordancia con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, se ha dictado la sentencia de 20 de abril de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100240). Ponente. Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres, en la que se estima el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Martina y D. Ildefonso por infracción de los artículos 8 y 9 de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con el artículo 1303 del Código Civil, y la infracción del artículo 1.1 del Código Civil en relación con el artículo 1303 del Código Civil, frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2014, en la que se estimaba el recurso de apelación interpuesto por Caja Laboral Popular Coop. Crédito, y dejaba sin efecto la condena a la mercantil demandada a devolver a los actores las cantidades que abonaron éstos por aplicación de la cláusula declarada nula desde la fecha del inicio de la vigencia del contrato hasta la fecha de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula, sin expreso pronunciamiento sobre las costas causadas en ninguna de las instancias. A tal efecto, el Tribunal Supremo señala que, si bien no se aprecia que los artículos 8 y 9 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, sean de aplicación al caso, sí que lo es el artículo 1303 del Código Civil, también citado como infringido. Y sin necesidad de examinar los restantes motivos de casación, ha de asumirse la instancia y desestimarse íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la entidad financiera demandada, a fin de confirmar también en su integridad la sentencia de primera instancia. Precisamente, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, en sentencia de 21 de octubre de 2012 había fallado declarando la nulidad, por tener el carácter de abusiva por falta de transparencia, del último párrafo de la cláusula tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario otorgado en fecha de 9 de enero de 2007 por Ipar Kutxa Rural, S. Coop. de Crédito a favor de doña Martina e Ildefonso y condenaba a la mercantil a la devolución a los demandantes de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de dicha cláusula y que hasta el mes de mayo de 2013 se cifran en 9.194,42 euros, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro o pago de cuota sobre la base de recalcular los pagos que hubiese tenido que efectuar en caso de que la cláusula nula nunca hubiese existido y, asimismo, a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo. Igualmente, siguiendo la doctrina de 24 de febrero de 2017, en sentencia de la misma fecha de 20 de abril de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100239) y del mismo ponente estima el recurso de casación interpuesto por doña Monserrat, d. Cándido, d. Emilio y d. Germán, doña Vicenta, Doña Ángela, Doña Covadonga y Doña Gabriela contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4.<sup>a</sup>, de 14 de abril de 2014 y desestimar íntegramente el recurso de apelación formulado por Ipar Kutxa Rural S. C. C. contra la sentencia número 138/2013, de 25 de junio —rectificada por auto de 5 de julio de 2013— que, confirman. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao declaró la nulidad, por tener carácter de abusivas por falta de transparencia de una serie de estipulaciones contenidas en las escrituras de préstamos hipotecarios que se relacionan en la misma y la condena a la mercantil de la devolución a los demandantes de las cantidades cobra-

Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, y aunque lo planteado en dicho recursos en su momento era acorde con la jurisprudencia de esta Sala, no lo es una vez que la misma ha de acomodarse a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión. La desestimación del motivo único de casación también implica la desestimación de la pretensión subsidiaria formulada en el escrito de alegaciones sobre los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los intereses devengados por las cantidades que han de devolverse.

Por su parte, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 (RJ 2017/2561) ha resuelto desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación formulados por NCO Banco, S. A. —ahora Abanca—, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de abril de 2014, que confirmó el fallo estimatorio de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ourense, número 4, de 12 de noviembre 2012, en el que se declaró la nulidad de las cláusulas suelo insertas en dos contratos de préstamo hipotecario por abusivas, en atención a la falta de reciprocidad, pues la limitación al alza era «totalmente desproporcionada, no existiendo equivalencia económica entre las obligaciones que asume cada parte», asimismo, se dispuso que tales cláusulas debían tenerse por no puestas y se condenaba a la restitución de todas las cantidades cobradas de más en aplicación de las mismas, más el interés legal desde la fecha de cada cobro hasta su completa satisfacción, así como a recalcular y rehacer los cuadros de amortización de los préstamos hipotecarios.

El Tribunal Supremo, en dicha resolución, rechaza, en primer término, que se proceda el sobreseimiento solicitado por la parte recurrente después de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, con base en la cosa juzgada material de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo. La Sala considera que se trata de una cuestión nueva y que no existe el pretendido efecto

---

das indebidamente en aplicación de dicha cláusula con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, sobre la base de recalcular los pagos que hubiesen tenido que efectuar los demandantes en el caso de que la cláusula declarada nula nunca hubiere existido; a reintegrar a los demandantes todo lo que hubiese obtenido en exceso en concepto de intereses y a amortizar en cada préstamo/crédito la cantidad que se determine; y, en fin, a recalcular de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo hipotecario desde su constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el fin del préstamo/crédito. También en esta línea, tres sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de mayo de 2017, del mismo ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres (RJ 2017/2227, *Fundamento Jurídico* 2.º; RJ 2017/2204, *Fundamento Jurídico* 4.º; RJ 2017/2220, *Fundamento Jurídico* 2.º), en las que se reitera la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia del Pleno de este Alto Tribunal de 24 de febrero de 2017, y la inexistencia de cosa juzgada; de 1 de junio de 2017 (RJ 2017/2499) (*Fundamento Jurídico* 3.º), y de 6 de junio de 2017 (JUR 2017/148878) (*Fundamento Jurídico* 2.º) que, de nuevo, reitera tal doctrina jurisprudencial.

Asimismo, en esta línea se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.<sup>a</sup>, de 29 de diciembre de 2016 (JUR 2017/8398) que opta por la retroactividad y por la devolución desde la constitución del préstamo.

de cosa juzgada material —entre acciones colectivas e individuales—, de acuerdo con el análisis de la cuestión ya efectuado en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero. Podría, en todo caso, haber estado justificada la invocación de la cosa juzgada material para limitar los efectos de devolución de cantidades cobradas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas, sin perjuicio de que tal pretensión hubiera sido desestimada por la inexistencia de eficacia de cosa juzgada material (*Fundamento Jurídico segundo*). Asimismo, la Sala señala que, de acuerdo con la sentencia, también del Pleno 1381/2015, de 24 de marzo, cuando la condición general es una cláusula suelo, por su contenido y por el contrato de préstamo hipotecario a largo plazo de interés variable, en el que está incorporada, la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondría obtener el préstamo con «cláusula suelo» en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. La Sala entiende que su jurisprudencia, en cuanto parte de la base que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor» (sentencia 241/2013, de 9 de mayo), se acomoda a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), que, a la hora de aplicarse a un caso como el presente —cláusula que fija un suelo en un préstamo a interés variable—, obliga a tener en cuenta que «el desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», ha de venir referido como establecía la sentencia 2221/2015, de 29 de abril, «al equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar al consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación» (*Fundamento Jurídico cuarto*).

En cuanto al segundo motivo de casación, que se funda en la infracción del artículo 1303 del Código Civil, en relación con el artículo 9.3 de la Constitución Española y los principios generales del Derecho de seguridad jurídica, buena fe y orden público económico, tal y como han sido interpretados y aplicados por la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo derivada de la falta de transparencia, resulta también desestimado, pues lo referente al alcance retroactivo de la nulidad de la cláusula suelo representa una cuestión no planteada en apelación y además resuelta por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo a partir de la sentencia 1231/2017, de 24 de febrero, de acuerdo con la que es correcta la condena a la devolución de las cantidades cobradas indebidamente en aplicación de la cláusula suelo. Finalmente, la Sala rechaza la pretensión de Abanca, formulada en trámite de alegaciones sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a los intereses devengados por las cantidades que ha

de devolverse, en los términos fijados en la sentencia 123/2017, de 24 de febrero, en esencia, porque la restitución, conforme al artículo 1303 del Código Civil, incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles y fundamentalmente por tratarse de una cuestión nueva no planteada con anterioridad por la parte recurrente, pudiendo haberlo sido (*Fundamento Jurídico quinto*).

En estas circunstancias, ante el previsible incremento de demandas por los consumidores afectados, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, con el objeto de solicitar la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de las cláusulas suelo, se ha arbitrado un procedimiento sencillo y ordenado de carácter voluntario para el consumidor, sin coste alguno adicional para éste, de solución extrajudicial e imperativo para las entidades de crédito, con el fin de facilitar que ambas partes puedan llegar a un acuerdo a los efectos de restitución de las cantidades debidas. Este procedimiento ha sido objeto de la correspondiente regulación mediante **Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo** —adoptado por el Consejo de Ministros y objeto de acuerdo de convalidación por el Pleno del Congreso de los Diputados<sup>68</sup>—, que exige a las

---

<sup>68</sup> BOE núm. 18, de 21 de enero de 2017, sec. I, pp. 5379 a 5386. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, el Congreso de los Diputados, en su sesión de 31 de enero de 2017, acordó convalidar el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, mediante Resolución que ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del citado Real Decreto-Ley 1/2017 (BOE, núm. 32, de 7 de febrero de 2017, sec. I, p. 8294).

Por su parte, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 9 de mayo de 2017, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1960-2017, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea del Congreso de los Diputados contra el Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (BOE número 115, de 15 de mayo de 2017, sec. I, p. 39761).

Asimismo, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, mediante acuerdo de 25 de mayo de 2017, ha aprobado la especialización de 54 juzgados de primera instancia —uno por provincia en la península y uno en cada una de las principales islas de los archipiélagos canario y balear—, que a partir del 1 de junio de 2017 van a conocer de manera exclusiva y no excluyente de los litigios relacionados con las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyos prestatarios sean personas físicas, sin perjuicio de poder atribuir en el futuro esta competencia a otros órganos del mismo u otro partido judicial diferente de la provincia, siempre que hubiera razones que lo justificasen, en atención a la carga de trabajo y al mejor servicio de la justicia. Asumirán los asuntos relativos a cláusulas suelo y otros relacionados con el vencimiento anticipado, intereses moratorios, gastos de formalización de hipoteca o hipotecas multidivisas.

El Consejo General de la Abogacía ha presentado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recurso contra el citado acuerdo. Este recurso se ha presentado en cumplimiento del acuerdo del Pleno extraordinario del Consejo General de la Abogacía Española reunido en Granada el 1 de junio de 2017. El Consejo de la Abogacía considera que el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial altera el derecho al juez predeterminado por la ley y reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, ya que impide que los jueces competentes, con arreglo a los criterios legalmente establecidos, tengan conocimiento de los litigios sobre la materia hipotecaria. Además recuerda que la determinación del juez que ha de conocer de un asunto con-

entidades de crédito implantar un sistema de reclamación previo a la interposición de la demanda. Así, este sistema se diseña de modo que, una vez recibida la reclamación por parte de las entidades de crédito, deberán éstas efectuar un cálculo de la cantidad a devolver y remitirle una comunicación al consumidor desglosando dicho cálculo; en ese desglose la entidad de crédito ha de incluir necesariamente las cantidades que corresponde a los intereses. El consumidor deberá manifestar si está de acuerdo con el cálculo. Si lo estuviera, la entidad de crédito acordará con aquél la forma de devolver el efectivo. El plazo máximo para que el consumidor y la entidad lleguen a un acuerdo es de tres meses desde la presentación de la reclamación. Si bien, el procedimiento extrajudicial se dará por finalizado: 1. Si la entidad considera que la devolución no es procedente, comunicando las razones en que basa su decisión al consumidor; 2. Si finaliza el plazo de tres meses sin comunicación alguna; 3. Si el consumidor no está de acuerdo con el cálculo de la cantidad a devolver efectuada por la entidad de crédito o rechaza la cantidad ofrecida; y 4. Si en el plazo de tres meses no se ha puesto a disposición del consumidor de modo efectivo la cantidad ofrecida. En todo caso, las medidas previstas en este Real Decreto-Ley solo se aplicarán a los contratos de préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria que incluyan cláusulas suelo y cuyo prestatario sea un consumidor.

Ahora bien, en este contexto se ha planteado, asimismo, la posibilidad de revisión de sentencias ya firmes con el objeto de aplicar la nueva doctrina jurisprudencial de la sentencia de 24 de febrero de 2017. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo, en Auto de la Sala de lo Civil (Pleno) de 4 de abril de 2017 <sup>69</sup> dispone que no es posible admitir a trámite la demanda de revisión de sentencias ya firmes, argumentando al respecto que: «De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala no es posible obtener la revisión de una sentencia firme por el hecho de que una sentencia posterior establezca una jurisprudencia que sea incompatible con los argumentos que fundamentan el fallo de la sentencia anterior. Esa sentencia posterior no es un documento a efectos de lo previsto en el artículo 510.1.1.º de la LEC. Nuestro ordenamiento jurídico preserva la firmeza de las sentencias frente a modificaciones posteriores de la jurisprudencia, adoptadas por la propia iniciativa del Tribunal Supremo o impuestas por la doctrina sentada en las resoluciones del Tribunal Constitucional. Solo es posible la revisión de una sentencia civil firme en ciertos casos excepcionales cuando una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declare que dicha sentencia ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocido en el CEDH, por prevenirlo expresamente el artículo 510.1 de la LEC». Asimismo, añade que «la jurispuden-

---

creto corresponde a la ley y que no es admisible constitucionalmente la existencia de jueces excepcionales o especiales. El Consejo General de la Abogacía pide como medida cautelar la suspensión del acuerdo del Consejo General del Poder Judicial para evitar que se consoliden situaciones procesales de difícil o imposible reparación, como puede ser que se tramite por un órgano judicial incompetente un proceso civil en materia de cláusulas suelo.

<sup>69</sup> JUR 2017/78859.

cia del TJUE ha reconocido la importancia del principio de cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales, pues garantiza tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia». A tal fin, se indica que «el TJUE ha declarado que la posibilidad de revisar una sentencia firme dictada por un tribunal nacional de un Estado miembro como consecuencia que se haya dictado una sentencia del propio TJUE que sienta una doctrina incompatible con la que sustenta esa sentencia firme del tribunal nacional, se rige por los principios de efectividad y de equivalencia».

Sobre tales bases, se ha de concluir que la sentencia del TJUE sobre los efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo no es un «documento recobrado» que, conforme al artículo 510.1.1 de la LEC, permita la revisión de una sentencia firme en la que se acuerda la devolución de las cantidades cobradas tras la publicación de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013.

Por otra parte, en cuanto a los efectos de cosa juzgada de la declaración de nulidad de una cláusula limitativa de la variación del tipo de interés —cláusula suelo— en el correspondiente proceso entablado a tal fin, y la solicitud en otro posterior del reintegro de todas las cantidades pagadas con su aplicación, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 26 de mayo de 2016<sup>70</sup>, tras confirmar la sentencia dictada en primera instancia, desestima la excepción de cosa juzgada, condenando a la entidad bancaria a reintegrar a la demandante la cantidad percibida como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada nula. A tal fin, argumenta que el efecto preclusivo previsto en el artículo 400 de la LEC se refiere a los fundamentos de la acción y no a las pretensiones deducidas con ella, por lo que dicha excepción no es aplicable en aquellos supuestos en los que se piden cosas distintas o se plantean cuestiones que no alteran una situación jurídica ya resuelta. En este caso, las pretensiones ejercitadas en ambos procesos son diferentes: así, por un lado, la sentencia firme que contiene un pronunciamiento declarativo de nulidad de una condición de un contrato por abusividad —aplicación de las normas especiales de protección de consumidores y usuarios— y, por otro, el presente proceso en el que se plantean las consecuencias jurídicas derivadas del anterior pronunciamiento declarativo de nulidad mediante una pretensión de condena y reclamación dineraria. Ciertamente, añade la citada resolución que la solicitud de reintegro de las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la aplicación de la cláusula suelo, declarada nula, se podría haber hecho valer junto a la pretensión de nulidad, pero, salvo que algún precepto lo establezca imperativamente, no puede imponerse a las partes el ejercicio de acciones. Y, no habiendo ningún motivo para imponer una acumulación objetiva de acciones, la pretensión declarativa de nulidad y la de condena pueden ejercitarse

---

<sup>70</sup> La Ley 84873/2016.

de forma separada en procesos diferentes. En este caso, la parte actora optó primero por pedir un pronunciamiento declarativo y, conseguido éste, con posterioridad plantear acción para la liquidación de las consecuencias jurídicas de tal nulidad.

Por tanto, en este caso no se produce efecto de cosa juzgada ni concurre el efecto preclusivo previsto en el artículo 400 de la LEC cuando las pretensiones son diferentes y no se articulan artificiosamente para eludir precisamente el efecto preclusivo de dicho precepto, o cuando las nuevas pretensiones no van encaminadas a alterar de algún modo la misma situación jurídica ya resuelta. No cabe duda que la pretensión de ambos procedimientos es completamente diferente y no hay norma que imponga la exigencia de acumular la pretensión declarativa y la de condena en una suerte de acumulación objetiva de acciones.

Por otra parte, la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2017 (RJ 2017/2509) ha declarado la nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario otorgado por Banco de Andalucía, S. A., posteriormente fusionado con el Banco Popular que, fijaba el tope mínimo del tipo de interés en el 5,50%. La Sala revoca la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 9 de septiembre de 2014, declara la nulidad de la cláusula suelo reiterando que no basta con que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que es necesario que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever sus consecuencias económicas y condena al Banco Popular a devolver a la parte demandante las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de dicha cláusula con sus intereses legales, de acuerdo con la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, que esta Sala ha seguido a partir de la sentencia 127/2017, de 24 de febrero. Lo cierto es que, en el caso litigioso, el tipo máximo fijado en la cláusula suelo para el interés del préstamo era de un 5,50%. En el momento de suscripción del préstamo, la aplicación del índice de referencia (el Euribor a un año) más el diferencial de 0,90 puntos porcentuales hubiera dado un interés del 5,547%, esto es, prácticamente el fijado como «suelo». Los prestatarios solo podrían beneficiarse de una bajada irrelevante del interés, del 0,047%, por más que el índice de referencia descendiera. De esta forma, el préstamo concertado no era propiamente un préstamo a interés variable, en el que las variaciones del índice de referencia podían beneficiar al banco, pues aunque el Euribor descendiera significativamente, los prestatarios apenas podrían beneficiarse de la bajada, mientras que, si subía, los prestatarios se verían perjudicados por la subida (*Fundamento Jurídico sexto números 11 y 12*).

Asimismo, y esto constituye materia de importancia, la sentencia aborda la cuestión de los efectos que debe tener la sentencia estimatoria firme de una acción colectiva en un posterior litigio en que un consumidor ejercita una acción individual sobre nulidad, por falta de transparencia, de la misma cláusula suelo.

Se declara al respecto que la sentencia que estimó la acción colectiva debe traer como consecuencia que, en aquellos litigios pendientes en los que se ejercita una acción individual respecto de esta cláusula suelo, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia, salvo cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales, referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de los que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las acciones de abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual. En concreto, pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que el Banco Popular hubiera suministrado una información precontractual adecuada en la que se resaltara, en línea con los criterios establecidos en nuestra sentencia 241/2013, no solo la existencia de la cláusula suelo, sino también su trascendencia en el desarrollo del contrato, de modo que el consumidor pudiera tomar plena consciencia, sin necesidad de un análisis exhaustivo del contrato, de que no estaba contratando un préstamo a interés variable, sino un préstamo en que la variación a la baja del interés resultaba limitada por la existencia de un suelo (*Fundamento Jurídico segundo, números 8, 9 y 10*).

También destaca esta Sala que la suscripción de un *swap* de tipo de interés conjuntamente con un préstamo con cláusula suelo no sólo se muestra la transparencia de dicha cláusula suelo, sino que, por el contrario, confirma que los prestatarios no recibieron la información oportuna sobre la trascendencia económica de dicha cláusula, pues el efecto combinado de la cláusula suelo y del *swap* se traduce en que, cuando el índice de referencia baja, el prestatario no ve *reducida* la cuota de su préstamo, al contrario de lo que ocurre en los préstamos cuyo interés variable carece de límites a dicha variabilidad y que además tiene que pagar al banco liquidaciones negativas del *swap* (*Fundamento Jurídico sexto, números 18, 19 y 20*). De todas formas, no se ha declarado, pues no existe prueba de ello, que con anterioridad a la contratación, cuando el Banco de Andalucía ofertó a la demandante y su marido el préstamo hipotecario les hubiera suministrado una información clara y precisa sobre la existencia de la cláusula suelo, la trascendencia que la misma tenía sobre el contrato que, como se ha dicho, resultaba ser prácticamente un contrato a tipo fijo si el índice de referencia bajaba, mientras que el interés podía variar al alza, si el índice de referencia subía (*Fundamento Jurídico sexto, número 22*). Por último, la sentencia considera que, como ya se dijo en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, que «en la contratación de préstamos hipotecarios puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia ( ... )», en estas circunstancias, cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la

información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo en los supuestos en los que se ha suministrado una previa información precontractual adecuada, esta intervención no puede, por sí sola, sustituir dicha información (*Fundamento Jurídico sexto, número 23*).

#### **4. El control de las condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con profesionales o empresarios. Caracterización legal y jurisprudencial**

El control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor. Así, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: *«esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios»*.

Sin embargo, lo expresado en la Exposición de Motivos carece de desarrollo normativo en el texto legal, lo que suscita el problema de delimitar, desde el punto de vista de la legislación civil general, a la que se remite, los perfiles de dicho control del abuso contractual en el caso de los adherentes no consumidores. A su vez, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, rechazó expresamente en su Fundamento Jurídico 233 c) que el control de abusividad pueda extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario. La sentencia de este mismo Alto Tribunal, de 28 de mayo de 2014, fijó la siguiente doctrina jurisprudencial: «La compraventa de un despacho para el ejercicio de una actividad profesional de prestación de servicios queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación». Y en fin, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de abril de 2015<sup>71</sup>, estableció: «[en nuestro ordenamiento jurídico, la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente]. [...] «las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición

<sup>71</sup> RJ 2015/ 2019.

legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el artículo 8.1 LCGC». Dicho control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

En este contexto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, en la sentencia de 3 de junio de 2016<sup>72</sup>, ha resuelto desestimar el recurso de casación interpuesto por la parte demandante-apelada contra la sentencia dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, con fecha 29 de mayo de 2014, en el recurso de apelación n.º 93/2014 y determinar que el control de transparencia no se extiende a la contratación bajo condiciones generales en que el adherente no tiene la condición legal de consumidor.

La demandante, que había suscrito un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, formuló una demanda contra la entidad bancaria, en la que solicitó la nulidad de la cláusula de limitación del interés variable (cláusula suelo) incluida en el contrato.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y ordenó la eliminación de la cláusula litigiosa del contrato celebrado entre las partes. Interpuesto recurso de apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial lo estimó tras confirmar la calificación de la demandante como no consumidora y de la cláusula analizada como una condición general de la contratación. Consideró que la información ofrecida a la prestataria había sido suficiente, que no se trataba de una cláusula ilegible, ambigua e incomprensible, y que el denominado segundo control de transparencia únicamente era aplicable en contratos con consumidores.

La cuestión jurídica que se plantea en el recurso de casación interpuesto por la demandante contra la sentencia de apelación es si las condiciones generales incluidas en los contratos con adherentes no consumidores pueden someterse a lo

---

<sup>72</sup> RJ 2016/2306.

que la jurisprudencia de esta Sala ha denominado segundo control de transparencia, o control de transparencia cualificado.

En la sentencia analizada, la Sala recuerda que tiene declarado que el control de transparencia supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Es decir, que provocan una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Por lo que señala al respecto que, como ya se dijo en la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre y en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 138/2015, de 24 de marzo, este doble control de transparencia consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato: «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la «carga jurídica» del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

También destaca que este control de transparencia, diferente del mero control de inclusión, está reservado en la legislación comunitaria y nacional y, por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen a Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Y, asimismo, que ha resaltado en varias sentencias que el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y concluye que, precisamente, esta aproximación entre transparencia y abusi-

vidad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor. Ni el legislador comunitario ni el español han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. Y no corresponde a los tribunales la configuración de un «tertium genus» que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores.

Establecidas las conclusiones precedentes, la Sala Primera analiza el caso sometido a enjuiciamiento teniendo en cuenta la remisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace la exposición de motivos de la LCGC a las normas contractuales generales y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, y que los artículos 1.258 Código Civil y 57 Código de Comercio establecen que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, principio general capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, al menos, las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente.

En esa línea destaca que puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre, y 1141/2006 de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que «*causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato*» (art. 4:110,1) y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «*concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible*», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art. 4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

Desde esta perspectiva, en el caso sometido a enjuiciamiento, al no haberse discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su compresión

bilidad gramatical, y que la sentencia recurrida declara como hecho probado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias —base fáctica de la que se ha de partir al no haberse sostenido recurso de infracción procesal—, la Sala primera concluye que no se puede afirmar que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista, ni que su comportamiento haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1.256 y 1.258 Código Civil y 57 CCom.

Frente a esta sentencia se presenta voto particular concurrente con el fallo que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno. Después de manifestar respeto a la decisión de la mayoría de los magistrados y compañeros de la Sala indica que el voto particular concurrente que formula, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial de la cuestión objeto de examen, se realiza desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de transparencia y su íntima conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales, incluido en este fenómeno la contratación entre empresarios. Asimismo, señala que la formulación de este voto particular también responde a un compromiso de coherencia interna con la doctrina que ha sustentado, desde el principio, a la hora de abordar este complejo fenómeno jurídico, claramente reconocible en la sentencia citada de 18 de junio de 2012. Por lo que el desarrollo de la fundamentación técnica que acompaña a este voto particular, dada la unidad y sistematización señalada del fenómeno, guarda una necesaria razón de lógica jurídica con los anteriores votos particulares formulados en el ámbito de esta materia; principalmente con relación a la sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo, relativa al alcance del efecto restitutorio de las denominadas cláusulas suelo y a la sentencia núm. 705/2015, de 23 de diciembre, relativa a las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad del vencimiento anticipado respecto de la ejecución hipotecaria instada. Tras exhaustivos argumentos en los que basa su posición, concluye que «salvo la presente sentencia, de ahí la justificación de este voto particular, la doctrina jurisprudencial de esta Sala no se había pronunciado expresamente sobre la asimilación entre el control de transparencia y el concepto de abusividad a los efectos de excluir dicho control de la contratación entre empresarios bajo condiciones generales. Por lo razonado, este planteamiento doctrinal resulta incorrecto y debe ser corregido. No hay razones de fundamentación técnica que objeten la interpretación extensiva de este control que aquí se propugna. Pero, sobre todo, no las hay en el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de la aplicación, esto es, la LCGC, que, por una parte, sienta las bases de su aplicación en la reglamentación predispuesta y en la posición de inferioridad del adherente y, por la otra, justifica su regulación especial como una reacción contra el clausulado abusivo por ser injusto, (contrario a derecho) y, a su vez, por vulnerar los bienes jurídicos que deben ser tutelados en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales (...). Por lo que la doctrina jurisprudencial de esta Sala, relativa a la no aplicación del control de transparencia en la

contratación entre empresarios o profesionales (fundamento de derecho tercero y cuarto de la sentencia), desatiende el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sin que dicha exclusión encuentre tampoco apoyo en la concreción técnica de las variantes que pueden configurar el control de legalidad de la misma (abusividad/incorporación). Por lo que dicha doctrina debe ser rectificada en el sentido de reconocer la aplicación del control de transparencia a la contratación entre empresarios»<sup>73</sup>.

Ciertamente, en esta sentencia de 3 de junio de 2016, el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en el que se dirime si procede la nulidad de una cláusula suelo presente en un contrato hipotecario suscrito por una persona física para la adquisición de un local en el que se va a instalar una farmacia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del TRLGCU, la prestataria no tiene la condición de consumidor, dado el carácter esencialmente comercial del préstamo hipotecario. No obstante, también conviene recordar que un empresario que suscribe un contrato de préstamo hipotecario puede tener la condición de consumidor si actúa en un ámbito ajeno a su actividad comercial o profesional. En el supuesto de personas jurídicas, como analizamos, lo determinante era la falta de ánimo de lucro. Ahora bien, de no tener la condición de consumidor no puede beneficiarse de las normas protectoras de consumidores y usuarios, por lo que el doble control de transparencia —o control de transparencia cualificado— que fija la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 no resulta aplicable a aquellas cláusulas insertas en contratos hipotecarios suscritas por empresarios o profesionales<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> En esta línea, CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, número 3, julio-septiembre de 2015, p. 95, señala al respecto que «los controles legales deberían haberse previsto solo porque es una especial manera de contratar la que se realiza con condiciones generales y no sobre la base de los contratantes. Los especiales controles deberían haberse dispuesto en todo caso y con independencia de que los contratantes sean consumidores o empresarios, esto es, siempre que en el contrato se realice incorporando condiciones generales de la contratación. En este sentido, lo que debería haber sido el núcleo de una Ley de Condiciones Generales, es decir, una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del que generalmente es aplicable a todos los contratos, nuestra ley no lo tiene, estableciendo únicamente este especial control para el contrato celebrado con un consumidor (artículo 8.2 de la LCGC)».

<sup>74</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3.ª, de 18 de junio de 2013 (AC 2013/1880) insiste en que la cláusula analizada no es plenamente transparente y ello por cuanto que falta la información suficiente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Y a continuación señala que «se debe tener en cuenta que en la normativa bancaria se utiliza un término más amplio que el de consumidor o usuario, que es el de «clientela», como ámbito subjetivo merecedor de protección y que entronca con el concepto de adherente —consumidor o profesional— que emplea la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es cierto que las cláusulas suelo están admitidas por la normativa sectorial bancaria (incluso en las normas especiales aplicables a las personas físicas), pero como concluye la sentencia 241/13 en su Fundamento Jurídico 178, ello «no es óbice para que la LCGC sea aplicable a los contratos de préstamo hipotecario». Parece referirse a las exigencias de transparencia de la LCGC en su aplicación a los contratos con empresarios. De todas formas, a continuación señala que «no tratándose la prestamista de consumidora no sería aplicable el doble control de transparencia que se desarrolla en la sentencia

Tampoco será aplicable el control de contenido y, por ende, el control de abusividad y la consecuente nulidad de la cláusula. Si bien, como regla general, las cláusulas suelo no son susceptibles de control de contenido en cuanto son definitivas del objeto principal tal y como ha reiterado insistentemente la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En todo caso sí será aplicable el control de incorporación que tiene su base legal en la LCGC<sup>75</sup>. Precisamente, la propia Exposición de Motivos de esta Ley señala que en los contratos entre empresarios pueden existir desequilibrios y abusos de la posición dominante de una parte sobre la otra, y para la protección de la misma frente a esta situación abusiva considera que se debe aplicar la buena fe como norma modeladora del contenido contractual (artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio). En todo caso, para determinar la posible nulidad aplicando el principio de buena fe, tal y como establece esta sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2016, se ha de tratar de cláusulas predisuestas que perjudiquen al adherente en cuanto causen un desequilibrio de su posición contractual aquellas que, como dice la citada sentencia, «modifiquen subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato». Lo que se muestra acorde con los Prin-

---

del TS 241/13, pero ello no impide que puedan tomarse en consideración las normas generales sobre consentimiento contractual (...). En este caso, teniendo en cuenta la diferencia de posición entre una entidad de crédito de grandísima importancia en el mercado financiero de la provincia y una pequeña sociedad que explota un hotel de una estrella, las consideraciones que hace el Banco de España sobre la imposición de estas cláusulas a la clientela y la falta de prueba de que efectivamente la cláusula de limitación de intereses se negociara realmente y la prestataria fuera consciente de su alcance (insistimos que no contrataba un préstamo a interés variable, sino uno a interés fijo variable al alza), no podemos sino confirmar, aun por razonamientos jurídicos diferentes, la sentencia de instancia, que califica como nula la cláusula suelo objeto de controversia». Se tiene en cuenta por la sentencia el tamaño de la empresa como factor relevante a la hora de determinar la aplicación del criterio de buena fe.

<sup>75</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2016 (JUR 2017/7602) señala al respecto que las condiciones generales pueden ser objeto de control de inclusión tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores por la vía de su incorporación, a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 y 7 de la LCGC y, en consecuencia, considera que la cláusula litigiosa no supera el control de incorporación, pues la propia prueba aportada por la parte apelante en el acto del juicio consistente en la declaración del empleado del banco que negoció con la parte actora las condiciones del préstamo en que se incluyó la cláusula suelo evidencia que la base fáctica del supuesto enjuiciado no es la de la sentencia de 3 de junio de 2016, pues no hubo negociaciones entre las partes y la prestataria no tuvo conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusulas de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio por la falta de información de la entidad financiera. Así, el referido testigo, especialmente cualificado por ser el empleado bancario que llevó las negociaciones y que por tal circunstancia fue propuesto por la propia entidad bancaria para desmontar la alegación de la actora de la abusividad de la cláusula, declaró de manera incontestable que la cláusula suelo ni se la mencionó a los representantes de la entidad actora, pues «debía ir sí o sí», que la actora no recibió ninguna documentación escrita del préstamo y que únicamente se le entregó una copia de la escritura después de su firma en la notaría. Como bien se concluye en la sentencia apelada en el caso examinado, no es que faltara transparencia en la información, sino que se produjo una falta absoluta de información.

cipios de Derecho Europeo de los Contratos formulados por la Comisión Lando, que prevén la nulidad de las cláusulas abusivas sea cual fuere la condición de consumidor o no del adherente.

En este contexto, señala RUIZ MARTÍNEZ que «el artículo 1.258 del Código Civil no es una herramienta que pueda servir para que todos los empresarios, en todos los casos, puedan protegerse de la cláusula suelo, igual que tampoco lo han sido los controles destinados a consumidores. Si en ese caso era importante estudiar caso por caso, en el nuestro lo será aún más. Los controles que protegen a consumidores se centran principalmente en la actuación del predisponente, para ver si éste cumplió con sus deberes de información, porque la legislación de consumidores ya supone que éstos necesitan ser informados por su poca especialización o desconocimiento en comparación con el predisponente. En el caso de empresarios, el artículo 1.258 del Código Civil habrá que estudiar en profundidad la actuación de ambas partes»<sup>76</sup>. Efectivamente, habrá que analizar caso por caso, si bien corresponde al predisponente la carga de demostrar que se ha informado al adherente de la existencia de tales cláusulas y que éste ha conocido su alcance, de lo contrario se optaría por su nulidad, esto es, que ha actuado de buena fe. En el caso que resuelve la citada sentencia de 3 de junio de 2016, como se ha señalado, hubo negociaciones entre las partes, que la prestamista fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> RUIZ MARTÍNEZ, Fco. A.: «La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios: un estudio jurisprudencial», *La Ley*, núm. 8967, sección doctrina, 25 de abril de 2017, pp. 10-11 ([www.laley.es](http://www.laley.es)).

<sup>77</sup> La sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Jaén, número 6, de 4 de noviembre de 2016 (JUR 2017/12087), en un caso de demanda de nulidad de una cláusula suelo interpuesta por una sociedad que destinó el importe del préstamo a su actividad, por lo que no tiene la condición de consumidora, señala al respecto que debe analizarse si la cláusula es contraria al principio de buena fe que genera una legítima expectativa en el contrato entre las partes y que sirve para modelar el contenido del contrato tal y como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016. Partiendo de dicho principio, dispone que «no consta negociación alguna del contrato en el presente caso. La demandada no ha aportado prueba alguna de la que resulte que la cláusula, como sostiene, fue negociada o que se le ofreció a la parte actora la posibilidad de contratar diferentes productos de la entidad (por ejemplo, un tipo fijo) para que pudieran elegir. (...) no consta que se le explicaran las condiciones relativas a un elemento tan importante como es el precio con claridad y que, en especial, se le explicara a la parte actora la existencia de la cláusula suelo y la trascendencia que la misma podía tener *de facto* en la vida del préstamo si se producía una bajada del euribor. (...) Los argumentos expuestos permiten declarar la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Por tanto, impera el principio de la buena fe frente a las cláusulas abusivas, sea o no consumidor el adherente. En este caso, la cláusula origina un desequilibrio notable entre los derechos y obligaciones de las partes fijados en el contrato y afecta al objeto principal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de los prestatarios que lo firman, con la convicción de que es un préstamo a interés variable, cuando es un préstamo a interés fijo mínimo, extremo que hubiera sido determinante de la contratación por parte de la actora».

Por su parte, resultan acertados los argumentos de PERTÍNEZ VILCHEZ sobre el recurso de la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil para expulsar del contrato condiciones no negociadas en contratos con empresarios, al indicar que «puede tener un significado distinto cuando lo que se demanda es la ineficacia de una cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado que cuando se demanda su exclusión por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se había representado el adherente. En el primer caso, lo que se pretende es utilizar la buena fe como un criterio para enjuiciar la validez de una cláusula por su contenido, que se sumaría de este modo a la ley imperativa, la moral y el orden público (artículo 1.255 CC) cuando se tratase de una condición general en un contrato con un adherente empresario. Sin embargo, en el segundo caso, cuando estamos en presencia de una cláusula sorpresiva, como puede ser el supuesto de las cláusulas que alteran subrepticamente el objeto principal de un contrato, no se demanda su desincorporación del contrato porque sea desequilibrada, sino porque entra representado el consumidor a partir de la información incompleta proporcionada en la fase precontractual». Ante esta pugna de contenidos, añade que «debe prevalecer el contenido que, conforme a la buena fe, se creía legítimamente haber consentido, frente a un contenido contractual que simplemente se ha incorporado al contrato por el cumplimiento de los requisitos de incorporación». En relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 precisa que está haciendo una aplicación de la denominada regla de las «cláusulas sorprendentes»<sup>78</sup>.

Ahora bien, en esta línea de exclusión de la posibilidad de control de abusividad en contratos en que el adherente no es consumidor y, por ende, la no aplicación del denominado control de transparencia, conocido también como segundo control de transparencia o control de transparencia cualificado, y optando en relación con los contratos entre profesionales por el régimen general del contrato por negociación por la normativa contractual prevista en los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2017<sup>79</sup>, de 20 de enero de

<sup>78</sup> PERTÍNEZ VILCHEZ, Fco.: «Buena fe ex artículo 1.258 del Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *Indret* 4/2016, pp. 14-15.

<sup>79</sup> RJ 2017/922. En el caso analizado por la citada sentencia de un préstamo contratado para financiar la compra de un local con destino a oficina, al ser el adherente un empresario o profesional se aplica el control de incorporación y, no siendo discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la sentencia recurrida no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por lo que no se puede afirmar en este trámite casacional que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente, ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio.

2017<sup>80</sup> y 30 de enero de 2017<sup>81</sup>; y, en la jurisprudencia menor, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 18 de noviembre de

---

<sup>80</sup> RJ 2017/926. En relación con la consideración abusiva de una cláusula suelo y después de indicar la improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales a los empresarios o profesionales, señala que, en el caso que nos ocupa y siendo evidente que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la sentencia recurrida no considera probado que hubiera un déficit de información, ni que la prestataria diera su consentimiento de manera viciada. Por lo que no puede anularse la condición general controvertida por vicio de consentimiento.

<sup>81</sup> RJ 2017/371. En relación con la abusividad de la cláusula suelo en préstamo con garantía hipotecaria suscrito con entidad bancaria por una sociedad mercantil que, al actuar en su ámbito empresarial, no se puede considerar consumidora. No procede aplicar los controles de transparencia y abusividad a contratantes no consumidores, sino que se aplica a los empresarios o profesionales las normas generales de nulidad contractual y el régimen legal de las cláusulas negociadas, así como la buena fe como parámetro de interpretación contractual con la regla de las cláusulas sorprendentes que requieren de prueba por parte del adherente al contrato. Al igual que en los otros supuestos, no procede el recurso de casación. Por otra parte, a los contratos de préstamo no se les aplica la normativa MiFID al no tener la consideración de contratos de inversión o instrumento financiero ni actuar el banco como empresa de servicios de inversión. Se formula voto particular por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno en el que, después de expresar su absoluto respeto a la decisión de los magistrados y compañeros de la Sala, indica que desde ahora el voto que formula, aunque necesariamente discrepa con la doctrina jurisprudencial objeto de examen, se realiza tanto desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión de la naturaleza y alcance del control de transparencia, como desde la coherencia de los planteamientos que viene sustentando en esta materia. En este contexto, hasta que el legislador nacional se ocupe de esta importante cuestión social que afecta a criterios de justicia contractual y a los intereses generales, sustenta que «la noción jurídica de la transparencia, como principio general del derecho, permite que la protección dispensada por el control de transparencia se extienda también a la contratación entre empresarios. En efecto, como ya tuve ocasión de desarrollar en el voto particular que formulé a la STS 367/2016, de 3 de junio, a cuyos fundamentos jurídicos me remito, no puede negarse que en el plano axiológico y teleológico de la normativa objeto de aplicación, esto es, la LCGC, sienta los presupuestos de su aplicación en los siguientes aspectos. Por una parte, en la correlación entre una reglamentación predispuesta y la posición de inferioridad del adherente. Situación de inferioridad que se traduce tanto en su posición negocial (la cláusula viene impuesta, sin posibilidad de negociación), como de conocimiento en los casos de asimetría de información respecto de las consecuencias que comporta su aplicación. Por otra parte, el fundamento de su aplicación responde a una reacción del ordenamiento contra el clausulado abusivo tanto por su carácter injusto (contrario a Derecho), como por comportar una vulneración de los bienes jurídicos que deben ser objeto de tutela en el tráfico patrimonial de la contratación bajo condiciones generales. De ahí que, para el carácter informador del principio jurídico que se deriva del concepto normativo de transparencia, sea indiferente la condición del consumidor, de empresario o de la empresa que resulte perjudicada por la cláusula declarada abusiva por falta de transparencia, siempre que su posición negocial, como se ha señalado, sea la de un mero adherente de la reglamentación predispuesta; sin posibilidad de negociación. Además, tampoco se puede cuestionar que una plasmación de esta extensión, ya se haya producido en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 9 de la Ley 3/2004, de Lucha contra la Morosidad (LLCM) prevé el control de abusividad entre empresas en el ámbito de su aplicación. Avance que conforma a las Directivas 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011, también recoge la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y se resalta en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 2 de diciembre de 2016».

2016<sup>82</sup>, y de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 14 de diciembre de 2016<sup>83</sup>.

De forma que, en las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, puede considerarse que la virtualidad del principio general de la buena fe como norma modeladora del contenido contractual es capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, y defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente,

---

En virtud de lo razonado y dado que la sentencia de la Audiencia consideró acreditado que la entidad prestamista no cumplió con sus especiales deberes de transparencia, concluye que «las cláusulas litigiosas debieron calificarse de abusivas por aplicación del control de transparencia con la consiguiente nulidad de pleno derecho de las mismas».

<sup>82</sup> JUR 2016/273800. En el supuesto concreto objeto de esta sentencia se ha considerado probado que la finalidad del préstamo hipotecario solicitado por la sociedad de capital era para refinanciar deuda, a cuyo efecto se hipoteca un edificio de dos plantas, la baja destinada a sala de recepción, sala de despacho, obrador, cámaras, secaderos artificiales y la planta baja destinada a oficinas, aseos, secadero artificial y natural, de modo que la hipoteca contratada forma parte de una operación de financiación que se concede dentro de una actividad empresarial y para el ejercicio del objeto social propio de la mercantil. No se trata, pues, de un préstamo concertado para la adquisición de bienes y productos de consumo para satisfacer una necesidad final de la prestataria, sino para la financiación de su actividad mercantil. Nos hallamos, pues, ante un contrato entre una sociedad mercantil y una entidad bancaria a la que no le es de aplicación tal legislación tuitiva. Examinada la demanda, se puede comprobar que la acción no se ejercita con base a las normas generales sobre nulidad contractual expuestas en el Código Civil, sino por violación de la LCGC y de Consumidores y Usuarios. Precisamente por carecer la actora de la condición de consumidor, la juzgadora de instancia desestima la demanda y la absolución de la demandada de las pretensiones en su contra formulada. En definitiva, no existiendo error en la valoración de la prueba ni infracción de los preceptos citados, procede desestimar el recurso y conformar la sentencia de instancia.

Con anterioridad, la sentencia de esta misma Audiencia y sección, de 29 de noviembre de 2013 (AC 2013/2295), dictamina que la entidad prestataria no ostenta la condición de consumidor y se considera que la cláusula suelo en sí misma no es contraria a la buena fe ni por sí misma puede entenderse como una estipulación que cause un desequilibrio económico a las partes del contrato.

<sup>83</sup> JUR 2017/7602. A diferencia de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de junio de 2016, donde se considera que la cláusula litigiosa supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, pues en la sentencia recurrida se declara como hecho privado que hubo negociaciones entre las partes, que la prestataria fue informada de la cláusula suelo y que se le advirtió de su funcionamiento y consecuencias. Esto no sucede en el supuesto sometido a conocimiento de esta Sala, pues de la propia prueba aportada por la parte apelante en el acto del juicio, consistente en la declaración del empleado bancario que negoció con la parte actora las condiciones del préstamo en que se incluyó la cláusula suelo, evidencia que la base fáctica del supuesto enjuiciado no es la de la sentencia de 3 de junio de 2016, pues no hubo negociaciones entre las partes y la prestataria no tuvo la conciencia de la existencia y funcionalidad de la cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés remuneratorio por la falta de información de la entidad financiera. Así, el referido testigo, especialmente cualificado por ser el empleado bancario que llevó las negociaciones y que por tal circunstancia fue propuesto por la propia entidad bancaria para desmontar la alegación de la actora de la abusividad de la cláusula, declara de manera incontestable que la cláusula suelo ni se la mencionó a los representantes de la entidad actora, pues «debía ir sí o sí», que la actora no recibió ninguna documentación escrita del préstamo y que únicamente se le entregó una copia de la escritura después de su firma en la notaría. Como bien se concluye en la sentencia apelada en el caso examinado no es que faltara la transparencia en la información, sino que se produjo una falta absoluta de información.

es decir, aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido que puede resultar contrario a la buena fe intentar obtener ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente. Así, el artículo 1.258 del Código Civil ha sido invocado para blindar frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como contenido natural del contrato —las consecuencias que, conforme a la buena fe y según las circunstancias (publicidad, actos preparatorios, etc.) se derivan de la naturaleza del contrato—. En este contexto puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comporten precisamente una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente. Tal forma de proceder es acorde con las previsiones de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, formulados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos («Comisión Lando»), que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (artículo 1:201), prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiendo por tales las que «causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato» (artículo 4:110.1) y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que «concreten el objeto principal del contrato, siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible», ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (artículo 4:110.2).

Ahora bien, como quiera que el adherente no es consumidor, operan las reglas generales de la carga de la prueba. Por lo que habrá de corresponder a quien pretenda la nulidad de una condición general, desde el punto de vista de la buena fe, alegar la existencia de una estipulación sorprendente que desnaturaliza el contrato y frustra sus legítimas expectativas y, asimismo, acreditar la inexistencia o insuficiencia de información e indicar cuáles son sus circunstancias personales que pueden haber influido en la negociación y en qué medida la cláusula le fue impuesta abusivamente. A tal efecto, habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo y la diligencia empleada, por ejemplo, por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y los posibles efectos futuros de la condición general discutida sobre el coste del crédito. Diligencia exigida al empresario adherente que dependerá en gran medida de sus circunstancias subjetivas, como personalidad jurídico-mercantil, volumen de negocio, estructura societaria, experiencia, conocimientos financieros, asesoramiento, etc. En todo caso, con la limitación que conlleva el control sobre el precio (interés remuneratorio), en el supuesto específico de la denominada cláusula suelo, el carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación de dicha variabilidad proveniente de una condición general. Este criterio entronca con la

regla de las «cláusulas sorprendentes», conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y la naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podía haberlas previsto razonablemente. Lo que, a su vez, conecta con la mención de la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación al abuso de la posición dominante, en el sentido que el predisponente hace un mal uso de su capacidad de imposición de las condiciones generales para introducir cláusulas que desnaturalizan el contenido del contrato.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Ni la responsabilidad patrimonial universal ni la fianza impiden la dación en pago o la limitación de la responsabilidad al precio del piso hipotecado», *La Ley*, núm. 8913, sección doctrina, 2 de febrero de 2016.
- BLASCO GASCÓ, Fco. de P.: «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. IV, Ana CAÑIZARES LASO, Pedro DE PABLO CONTRERAS, Javier ORDUÑA MORENO y Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ (directores), 2.<sup>a</sup> ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra 2016.
- CAÑIZARES LASO, A.: «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. II, número 3, julio-septiembre de 2015.
- CARBALLO FIDALGO, M.: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Bosch, Barcelona 2013.
- CASTILLA BAREA, M.: «Comentario al artículo 1822 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. IX, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (director), Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- DURÁN RIVACOBIA, R.: *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Navarra, 1998.
- GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentario al artículo 1822 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, ALBALADEJO, Manuel (director), Edersa, Madrid 1979.
- «Comentario al artículo 1859 del Código Civil», *Comentario al Código Civil y legislaciones forales*, y. XXIII, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, Edersa, Madrid 1990.
- JIMÉNEZ PARIS, T.: «Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVII, núm. 724, marzo-abril 2011.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: con Ángel CARRASCO PERERA y Encarna CORDERO LOBATO, *Tratado de los Derechos de garantía*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Navarra 2008.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C.: «El control de transparencia y la validez de la cláusula suelo», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 133, enero-marzo 2014.

MONSERRAT VALERO, A.: *El contrato de fianza y el aval a primer requerimiento*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2017.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «La fianza», *Curso de Derecho Civil II*, vol. II, *Contratos y responsabilidad civil*, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos (coordinador), reimpresión de la 4.<sup>a</sup> ed., Edisofer, Madrid, 2016.

PERTÍNEZ VÍLCHEZ, Fco.: «Buena fe, ex artículo 1258 del Código Civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios», *Indret* 4/2016.

REGLERO CAMPOS, L. F.: «El pacto comisorio», *Aranzadi Civil*, 2007-1.

— «El pacto comisorio», *Garantías reales mobiliarias en Europa*, M.<sup>a</sup> Elena LAUROBA y Joan MARSAL (directores), Marcial Pons, Madrid, 2006.

RUIZ MARTÍNEZ, Fco. A.: «La ineficacia de las cláusulas suelo en contratos de préstamo con empresarios: un estudio jurisprudencial», *La Ley*, núm. 8967, sección doctrina, 25 de abril de 2017.

(Trabajo recibido el 13/05/2017  
y aceptado para su publicación el 31/05/2017)

## **DERECHO SOCIETARIO**

### **COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 2015 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA TRAS LA NUEVA ENTRADA EN VIGOR DEL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL**

**LUIS ALCOZ COLL**

*Socio responsable Dpto. Derecho Mercantil de LIFE ABOGADOS*

#### **RESUMEN**

El presente artículo tiene por objeto analizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015, por ser especialmente exhaustiva y servir de guía para aclarar algunos de los conceptos deficientemente regulados en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que se encuentra, desde el 1 de enero de 2017, de nuevo en vigor. Finalmente el artículo examina, brevemente, los presupuestos necesarios, no analizados por la sentencia por no ser discutidos por las partes, para que surja el derecho de separación del socio en caso de que la Junta no acuerde la distribución de un dividendo mínimo.

**Palabras clave:** dividendo mínimo, derecho de separación.

## COMMENTS ON THE JUDGMENT DATED MARCH 26TH, 2015, FROM THE PROVINCIAL COURT OF APPEAL IN BARCELONA FOLLOWING THE ENTRY INTO FORCE OF ARTICLE 348 BIS OF THE CAPITAL CORPORATIONS ACT

LUIS ALCOZ COLL

*Partner responsible for the Company Law Dept. at the LIFE ABOGADOS law firm*

### ABSTRACT

This article aims to analyze the Judgment of the Barcelona Provincial Court of 26 March 2015, as it is especially exhaustive and serves as a guide to clarify some of the concepts poorly regulated in article 348 bis of the Capital Companies Act, which is again in force since 1 January 2017. Finally, the article briefly reviews the necessary budgets, not analyzed by the Judgment for not being discussed by the parties, so that the right of separation of the partner arises in case the General Shareholders Meeting does not agree the distribution of a minimum dividend.

**Keywords:** minimum dividend, right of separation.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—II. ANTECEDENTES. LA SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2013 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 9 DE BARCELONA.—III. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 26 DE MARZO DE 2015. 1. La suspensión del precepto y la irretroactividad de las normas. 2. El voto a favor del reparto de dividendos. 3. El concepto de beneficios propios de la explotación del objeto social.—IV. LOS PRESUPUESTOS NO DISCUTIDOS. 1. Que la sociedad lleve inscrita cinco ejercicios en el Registro mercantil. 2. Que los beneficios sean legalmente repartibles. 3. Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de celebración de la Junta. 4. Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de celebración de la Junta. V. CONCLUSIÓN.

## **I. INTRODUCCIÓN: EL ARTÍCULO 348 BIS DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL**

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que regula el derecho de separación del socio en caso de que la Junta no acuerde la distribución de un dividendo mínimo, se encontraba desde el 24 de junio de 2012 suspendido de aplicación hasta el 31 de diciembre de 2014. Dicha suspensión fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2016 por la disposición final primera del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre.

Todo hacía pensar —dado el sentir mayoritario de la doctrina mercantilista muy crítica, tanto con la redacción defectuosa del precepto como por el contexto de crisis que todavía vivimos— que dicha suspensión sería de nuevo alargada, llegando a rumorearse que el mismo iba a ser modificado o incluso derogado.

Sin embargo, esta nueva suspensión no se ha producido y, desde el 1 de enero de 2017, el artículo 348 bis LSC ha cobrado de nuevo vigencia en los mismos términos y sin ninguna variación respecto de la redacción que se le dio inicialmente en el año 2011. Dicho artículo establece:

*«1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la Junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.*

*2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta general ordinaria de socios.*

*3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.»*

La relevancia de este artículo 348 bis LSC es, tanto para los socios mayoritarios como para los minoritarios, muy significativa. A partir de ahora (como ya lo fue durante el breve período de aproximadamente nueve meses que estuvo vigente), en cualquier acuerdo de aplicación del resultado que se tome: (i) los minoritarios deben conocer su derecho a separarse de la sociedad, obligando a ésta, si se cumplen determinados presupuestos, a pagar el valor razonable de su participación social en un plazo muy breve desde su ejercicio; y (ii) los mayoritarios deben conocer, y por tanto estar preparados para —con independencia, en principio, de la situación económica en que se encuentre la sociedad— repartir un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, si no quieren que surja el derecho del socio que hubiera votado a favor del reparto de separarse de la sociedad.

Así, cobra ahora especial importancia revisar la jurisprudencia —abundante para el poco tiempo que estuvo en vigor— del artículo 348 bis LSC, que ha tratado y analizado los presupuestos para que surja el derecho de separación previsto en este precepto.

De entre estas sentencias destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 175/2014, de 26 de marzo de 2015, por ser especialmente exhaustiva en su análisis y servir de guía para aclarar algunos conceptos deficientemente regulados en la norma.

## **II. ANTECEDENTES. LA SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2013 DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 9 DE BARCELONA**

Con carácter previo al análisis de cada una de las cuestiones que la Audiencia Provincial examina, recordamos los antecedentes del caso y la resolución en primera instancia de las cuestiones planteadas.

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona conoce de la demanda en ejercicio del derecho de separación de tres socios contra la entidad Laboratorios Miret, Sociedad Anónima. Los hechos del caso, resumidamente, son los siguientes: celebrada junta general ordinaria de aprobación de cuentas, la Junta acuerda aprobar las cuentas, destinando una parte del beneficio a dividendos a repartir y otra a reservas voluntarias. En este contexto, varios socios ejercitan su derecho de separación. La sociedad, por su parte, considera que no procede el ejercicio de este derecho al haberse repartido más de un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social.

La sentencia de primera instancia falla a favor de la mercantil, al considerar que los accionistas no tenían derecho a separarse de la sociedad, dado que se habían repartido como dividendos más de un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social.

La sentencia es recurrida en apelación por los socios que ejercitaron su derecho de separación por entender que el Juzgado de primera instancia interpreta erróneamente el concepto de «*beneficios propios de la explotación del objeto social*» del artículo 348 bis LSC.

### **III. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 26 DE MARZO DE 2015**

Tres son las cuestiones fundamentales que analiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona: (i), en primer lugar, cómo afecta la suspensión de la norma a su aplicación, es decir, si la suspensión de la vigencia del artículo 348 bis afecta a las acciones iniciadas con anterioridad a ella; (ii), en segundo lugar, cómo debe entenderse el requisito «*del voto a favor de la distribución de los beneficios sociales*»; y (iii), en tercer lugar, qué debe entenderse por «*beneficios propios de la explotación del objeto social*».

Pero antes de entrar en estas cuestiones, la Audiencia comienza recordando los presupuestos que establece el artículo 348 bis para que surja el derecho de separación, así como los tiempos de vigencia y suspensión del artículo 348 bis. Señala la Audiencia los siguientes presupuestos: «(i) *que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. La norma, por tanto, solo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios*; (ii) *que la Junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo*; (iii) *que los beneficios sean legalmente repartibles*; (iv) *que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos*; (v) *que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de celebración de la Junta*; y (vi) *que no se trate de una sociedad cotizada*».

Expuestos los presupuestos que exige la norma a juicio de la Audiencia, entramos a analizar las distintas cuestiones que aborda la sentencia.

#### **1. La suspensión del precepto y la irretroactividad de las normas**

Tanto el Juzgado de lo Mercantil como la Audiencia coinciden en sus razonamientos en este punto y en la conclusión que expresan. Así, ambos órganos

entienden, con acierto a nuestro modo de ver, que la suspensión no afecta a las acciones iniciadas con anterioridad a la suspensión, tal y como ocurre en el caso enjuiciado, donde los socios realizaron todos los actos previstos para el ejercicio del derecho de separación, encontrándose vigente el artículo 348 bis LSC.

En este sentido, la Audiencia Provincial manifiesta que *«los demandantes realizaron todas las actuaciones legalmente previstas para el ejercicio del derecho de separación. Tanto la Junta general con el acuerdo favorable de los socios a la distribución de beneficios, como la comunicación a la sociedad ejercitando el derecho de separación tuvieron lugar estando vigente el artículo 348 bis»*. Por su parte, el Juzgado de lo Mercantil concluye que *«aquellas solicitudes que pidan la separación de los socios en base al artículo 348 bis LSC que se emitieran cuando dicho precepto estaba vigente tienen eficacia y deben continuar su tramitación sin que queden suspendidas por la disposición transitoria incorporada a la LSC por la Ley 1/2012, pues lo contrario podría suponer una vulneración de diversos principios constitucionales como el de la seguridad jurídica»*.

Parecen lógicos los razonamientos que llevan a cabo ambas instancias, teniendo en cuenta las normas de derecho transitorio del derecho civil y del principio de irretroactividad de las leyes, que tienen que llevarnos a concluir que una vez que se haya ejercitado el derecho de separación —encontrándose vigente la norma—, la suspensión de la misma no puede afectar a su desarrollo posterior.

## 2. El voto a favor del reparto de dividendos

Cuando el artículo 348 bis regula este presupuesto únicamente establece que podrá separarse «el socio que hubiera votado a favor de la distribución». Como señala la Audiencia Provincial en la sentencia, *«la doctrina ha destacado que la redacción del precepto es muy desafortunada, por cuanto, interpretado literalmente, cualquier socio, incluidos los integrantes de la mayoría que propugnan un reparto de beneficios inferior al legal, podría separarse por haber votado formalmente a favor. La lógica del precepto exigiría entender que el voto favorable lo ha de ser a una propuesta de distribución de beneficios superior al tercio de los obtenidos en el ejercicio anterior»*.

Respecto a esta cuestión coinciden de nuevo los razonamientos del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial, que ponen de manifiesto la deficiente redacción del artículo. En este sentido, la Audiencia considera que *«ante un texto tan equívoco, entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la Junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la Junta acuerde una distribución distinta (inferior) de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se*

*limitaron a votar a favor de la distribución de la propuesta, sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación».*

Por otro lado, también rechaza la Audiencia una interpretación formalista de este presupuesto, considerando que *«una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas»*. Y no le falta razón. Imaginemos que no se incluyera en el orden del día a tratar una propuesta de distribución de dividendos, sino, por ejemplo, que fuera la aplicación del resultado a reservas voluntarias. ¿Significa esto que, en la medida en que no puede existir formalmente el voto a favor del reparto de dividendos, no se debería aplicar la norma? ¿Estarían, por tanto, obligados los socios a pedir un suplemento de convocatoria introduciendo un punto en el orden del día con la votación del reparto de dividendos? Como señalábamos anteriormente, la Audiencia rechaza esta interpretación formalista argumentando que si se admitiera tal interpretación se *«vedaría “de facto” el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el cumplimiento de la convocatoria»*.

En definitiva, la Audiencia y el Juzgado de lo Mercantil coinciden en entender que el derecho de separación estuvo bien ejercitado, ya que los socios no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta, sino que hicieron constar en el acta de la Junta que esa propuesta era insuficiente y anunciando en ese momento el ejercicio del derecho.

### **3. El concepto de beneficios propios de la explotación del objeto social**

Es con certeza esta cuestión una de las de mayor relevancia y complejidad que analiza la Audiencia, ya que el término *«beneficios propios de la explotación del objeto social»* es un concepto que no está definido ni en nuestra normativa societaria ni en la contable y, por tanto, nos obliga a movernos en un terreno conflictivo y de inseguridad jurídica.

La Audiencia Provincial acude a los antecedentes legislativos para tratar de encontrar la luz que ilumine esta cuestión. En este sentido recuerda que la enmienda 21 que introdujo el Grupo Parlamentario Popular y que dio lugar al precepto señalaba que *«(...) De otra parte, con la forma que se propone se evita tener que repartir como dividendos las ganancias extraordinarias (como, por ejemplo, las plusvalías obtenidas por la enajenación de un bien que formaba parte del inmovilizado fijo). La expresión “beneficios propios de la explotación” del objeto social, específicamente introducida con esta finalidad, proviene del artículo 128.1 de la Ley de Sociedades de Capital»*.

Por lo que respecta al artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital, la Audiencia recuerda que este precepto *«atribuye al usufructuario, una vez extinguido el usufructo de acciones o participaciones, la facultad de exigir del nudo propietario el incremento del valor experimentado por las participaciones o acciones usufructuadas que corresponda a los beneficios propios de la explotación de la sociedad integrados durante el usufructo en las reservas que figuren en el balance de la sociedad, cualquiera que sea la naturaleza o denominación de las mismas»*.

La Audiencia, al igual que el Juzgado de lo Mercantil, concluye que para fijar la base del reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. Para ello parte, como veníamos explicando, tanto de la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC como de la justificación de la enmienda que modificó la Ley.

Sin embargo, la Audiencia discrepa de la sentencia de primera instancia en que no se puede identificar *«beneficio propio de la explotación del objeto social con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social»*. Y entiende que no se puede constreñir *«el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros»*.

A continuación y para aproximarse al concepto de *«beneficios extraordinarios o atípicos»* revisa tanto el Plan General de Contabilidad de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, como el nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, que contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a *«ingresos excepcionales»*, que son definidos como *«beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa»*.

En definitiva, la Audiencia concluye que el legislador pretende excluir del resultado del ejercicio los *«beneficios extraordinarios o atípicos»* añadiendo que son tres los requisitos que deben concurrir para que puedan considerarse los mismos como extraordinarios: (i) que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa; (ii) que sea de cuantía significativa respecto al importe neto de la cifra de negocio; y (iii) que los ingresos no sean recurrentes (es decir, que tengan su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia). Literalmente, la Audiencia señala: *«En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado beneficio extraordinario. No es, sin embargo un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación al importe neto de*

*la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia».*

En el caso en cuestión y por lo que respecta a las «partidas» objeto de controversia, la Audiencia coincide con el Juzgado de lo Mercantil en considerar la partida «imputación de subvenciones de inmovilizado no financiero y otras» como beneficios propios de la explotación del objeto social (y, por tanto, no teniendo la consideración de beneficio extraordinario) al entender que estos ingresos (referidos al traspaso al resultado del ejercicio 2011 de la condonación del último plazo de amortización de una subvención concedida) no son en absoluto ajenos al objeto social de la demandada.

Sin embargo, discrepa de la exclusión que hizo el Juzgado de lo Mercantil de la partida de «ingresos financieros de valores negociables y otros instrumentos financieros de terceros» que hacían referencia a los intereses obtenidos por los excedentes de tesorería. A juicio de la Audiencia Provincial, *«que el objeto social de la sociedad no incluyera la actividad financiera no implica que cualquier ganancia procedente de inversiones financieras sea ajena o extraña al objeto social y deba considerarse «beneficio extraordinario».* Es evidente que esos ingresos contribuyen a la consecución del fin social». Asimismo considera que esos ingresos (por importe de 154.781,25 euros) no representan una cuantía significativa respecto al importe neto de la cifra de negocios (28.772.806,11 euros) y que se trata de ingresos periódicos o recurrentes al ser similares a los obtenidos por la sociedad en el ejercicio anterior.

Y del mismo modo discrepa de la exclusión del Juzgado de lo Mercantil de la partida «otros resultados» que hacían referencia a ingresos derivados de una indemnización por el retraso de una constructora en la entrega de un edificio, al entender que estos ingresos proceden de un acto vinculado directamente con el objeto social de la demandada.

En opinión de la Audiencia, estas partidas, excluidas por el Juzgado de lo Mercantil, también deberían haberse computado en el concepto de *«beneficios propios de la explotación del objeto social»* y, en consecuencia, deberían haberse tenido en cuenta a la hora de cuantificar el tercio de los beneficios que debían repartirse a los socios, por lo que la Audiencia concluye que los socios demandantes ejercitaron correctamente el derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis LSC.

#### **IV. LOS PRESUPUESTOS NO DISCUTIDOS**

Como es lógico, la Audiencia Provincial no entró a valorar todos los presupuestos que establece el art. 348 bis al no ser discutidos por las partes. Sin embar-

go, a efectos de tener una visión completa del precepto y su aplicación, realizamos un breve repaso a los presupuestos no analizados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y algunas de las cuestiones que plantean.

### **1. Que la sociedad lleve inscrita cinco ejercicios en el Registro mercantil**

Únicamente tienen derecho de separación los socios de sociedades inscritas, como mínimo, cinco ejercicios antes del ejercicio de este derecho. La Audiencia Provincial pasa de puntillas sobre este presupuesto, que no es objeto de conflicto, señalando que el precepto *«solo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios»*. Es decir (y esto ha sido criticado por la doctrina), no se requiere que el socio minoritario lleve siendo perjudicado durante cinco años sin reparto de dividendos, sino que el mero hecho de llevar la sociedad cinco ejercicios inscrita permite a los socios separarse de la misma.

### **2. Que los beneficios sean legalmente repartibles**

Como bien señala el Juzgado de lo Mercantil, *«se podrán no repartir beneficios cuando se justifique en una limitación legal, como por ejemplo en la necesidad de compensar pérdidas o de dotar reservas legales o estatutarias»*. Es decir, que la base para el cálculo de los beneficios que se reparten se obtiene una vez sean descontados estos conceptos (pérdidas y reservas legales y estatutarias).

### **3. Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de celebración de la Junta**

El propio precepto establece el plazo de un mes para el ejercicio de la acción. En cuanto a este plazo podría plantearse cuándo se inicia su cómputo, si desde la aprobación del acta de la misma (momento en el cual adquiere firmeza), o si desde la celebración de la Junta. Parece que en este caso hay que atender a la literalidad de la norma.

### **4. Que no se trate de sociedades cotizadas**

Es el supuesto de exclusión de la norma que el propio art. 348 bis LSC prevé en su inciso tercero. Este derecho de separación no ampara a los socios de las sociedades cotizadas, dado que el mercado bursátil ya concede una posibilidad de salida al socio. Asimismo, y aunque no lo contempla el propio precepto, también

quedan excluidos los socios trabajadores de las sociedades laborales en virtud del artículo 16.2 de la Ley 44/2015, de sociedades laborales y participadas.

## V. CONCLUSIÓN

Como señalábamos anteriormente, la actual redacción del precepto ha sido duramente criticada por la doctrina. Pero mientras el artículo 348 bis LSC siga en vigor en los términos actuales, no tenemos ninguna duda de que su aplicación va a dar lugar a un aumento de la litigiosidad. Por ello, destacamos la conveniencia de conocer las pistas que la Audiencia Provincial de Barcelona nos ha dado sobre este precepto y en particular sobre el concepto de «*beneficios propios de la explotación del objeto social*».

*(Trabajo recibido el 03/05/2017  
y aceptado para su publicación el 31/05/2017)*



# PODERES EXTRANJEROS Y JUICIO DE EQUIVALENCIA

JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO

*Notario de Valladolid*

## RESUMEN

Este trabajo parte de un análisis de cuál es la normativa actualmente vigente en nuestro país para la admisión de los documentos extranjeros y del concepto de juicio de equivalencia, cuya aplicación adquiere especial relevancia tratándose de poderes de representación autorizados en el extranjero, máxime si se trata de documentos procedentes de países del *common law*, donde la función desempeñada por los funcionarios que más se asemejan a los notarios españoles difiere notablemente. A partir del análisis tanto de la normativa aplicable como de la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el autor profundiza en el sentido que tiene el juicio de equivalencia, su significado y la problemática planteada por la documentación procedente de determinados países de nuestro entorno, apuntando de forma genérica algunas soluciones a los problemas planteados. Finalmente, el autor se detiene en la competencia de los registradores en relación al juicio de equivalencia y su relación con el juicio de suficiencia de competencia notarial.

**Palabras clave:** poder extranjero, juicio de equivalencia, juicio de suficiencia, notario, países del *common law*, calificación registral.

# FOREIGN POWERS OF ATTORNEY AND CONSIDERATION OF THEIR EQUIVALENCE

JESÚS MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO

*Notary Public of Valladolid*

## ABSTRACT

This paper starts from an analysis of the regulations currently in force in our country for the admission of foreign documents and the concept of consideration of their equiva-

lence, the application of which takes on special relevance in the case of powers of attorney authorized abroad, particularly in the case of documents from common law countries, where the functions performed by the public servants most similar to Spanish notaries public are notably different. Starting from an analysis of both the applicable regulations and the recent opinions formulated by the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public, the author explores the meaning of considerations of equivalence, their significance and the problems posed by the documentation from certain countries close to us, highlighting certain generic solutions to the problems considered. Finally, the author discusses the competency of registrars with respect to the consideration of equivalence and its relationship with the consideration of sufficiency within the scope of notaries public.

**Keywords:** foreign powers of attorney, consideration of equivalence, consideration of sufficiency, notary public, common law countries, registry classification.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. NORMATIVA APLICABLE. 1. Admisión general del documento extranjero en España. 2. Ley aplicable a la representación. 3. Forma del documento extranjero. 4. Ley aplicable a la inscripción. 5. Juicio de equivalencia.—III. NOVEDAD DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA.—IV. FINALIDAD O SENTIDO DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA.—V. CONTENIDO DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA. 1. Que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar la fe pública. 2. Y que el autorizante de fe garantice: a) la *identificación* del otorgante, y b) su *capacidad* para el acto o negocio que contenga.—VI. ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN RELACIÓN CON EL JUICIO DE EQUIVALENCIA.

## I. INTRODUCCIÓN

La seguridad jurídica es el fundamento último de las profesiones notarial y registral y constituye un requisito *sine qua non* para el tráfico jurídico y la buena marcha de la economía de una nación. Más allá del sano debate en la esfera doctrinal, la incertidumbre en el mundo jurídico es un mal a evitar. En lo posible hay que eludir en nuestro ámbito profesional los vaivenes y cambios bruscos de criterio que, desgraciadamente, tan frecuentes son en otros campos como el tributario o el administrativo. Es fundamental, por tanto, que legislador, jurisprudencia y doctrina administrativa se coordinen, fijando unos criterios uniformes que contribuyan a generar seguridad jurídica y no a socavarla.

Siendo un bien inestimable, la seguridad jurídica no es en sí un absoluto. Una legislación desmedida, reiterativa y en ocasiones contradictoria, el solapamiento y duplicidad de funciones entre los actores clave y hacer interpretaciones excesivamente rigoristas y alejadas de la realidad pueden convertir cualquier negocio en una carrera de obstáculos.

Hasta aquí los principios, vamos con los hechos. Según la Estadística Registral Inmobiliaria que cada año publica el Colegio de Registradores de España, en el año 2016 el 13,25 % de todas las compraventas de vivienda registradas realizadas en España fueron efectuadas por extranjeros. De dicho porcentaje en un 19 %, casi una de cada cinco, los compradores tenían nacionalidad británica. A ese gran número de operaciones tenemos que añadir aquellas otras que, estando también realizadas por ciudadanos británicos, no han tenido su reflejo en el anuario del Colegio de Registradores. Por todo ello es decisivo para nuestro mercado inmobiliario y para la imagen exterior de nuestros operadores jurídicos la fijación de unos criterios claros sobre la admisión o no de los poderes extranjeros y, en particular, la determinación de la extensión del juicio de equivalencia.

## II. NORMATIVA APLICABLE

Ante un documento extranjero acreditativo de la representación que pretenda surtir efectos en España y dar lugar (como documento complementario) a una modificación del contenido del registro español, lo primero que hay que plantearse es cuál es el derecho aplicable a dicho documento. A tal efecto hay que distinguir:

### 1. Admisión general del documento extranjero en España

La admisión y eficacia del documento extranjero en nuestro ordenamiento está garantizada con carácter general por el artículo 11.1 del Código Civil, y más específicamente a efectos de su carácter inscribible, si cumple ciertos requisitos, por los artículos 56 y siguientes de la Ley 29/2015 y por el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria. Ello significa que el hecho de que el documento sea extranjero no implica *per se* que dicho documento no surta ningún efecto en España. Ahora bien, ha de sujetarse a las normas que vemos a continuación.

### 2. Ley aplicable a la representación

No resulta aplicable el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Su artículo 1.2.g) excluye expresamente de su ámbito de aplicación *«la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica»*. Ello excluye su aplicación tanto a la representación voluntaria como a la orgánica. No existe, en consecuencia, normativa de la UE relativa a esta materia.

En defecto de normativa comunitaria, en derecho español la representación voluntaria en cuanto a tal relación jurídica, conforme al artículo 10.11 del Código Civil, se regirá *«de no mediar sometimiento expreso»*, por *«la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas»*. Como estamos estudiando operaciones relativas a inmuebles sitos en España, el derecho aplicable, por tanto, será el derecho español, que será al que se sujetará el ejercicio de las facultades otorgadas al representante por el representado.

Distinta de la ley aplicable a la representación es la ley aplicable al contrato del que el documento acreditativo de la representación es complementario a efectos de obtener la inscripción (normalmente una compraventa o préstamo hipotecario), que estará sujeto a lo dispuesto en el antes mencionado Reglamento 593/2008, del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 (conocido como Roma I). Dicho Reglamento prima la libre elección de las partes (ar-

título 3), y en defecto de acuerdo (artículo 4), aplica la ley del lugar de situación del inmueble (en los casos que estudiamos, la española).

### 3. Forma del documento extranjero

Admitida con carácter genérico la circulación en España de documentos extranjeros, en cuanto a la forma del documento extranjero que acredite la representación voluntaria, el artículo 11.2 del Código Civil dispone que *«si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero»*. Como hemos visto, la ley reguladora del contenido del contrato es, en defecto de acuerdo, la española. Y el legislador español impone en el artículo 1280.5 del Código Civil que deberá constar en documento público aquel poder *«que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública»*.

El fundamento último de la exigencia de documento público no solo está en el artículo 1280.5 del Código Civil, sino también en la extensión de la exigencia de escritura pública del artículo 3 de la Ley Hipotecaria no solo a los propios títulos inscribibles, sino también a los documentos complementarios o auxiliares de éstos, como los poderes (art. 33 Reglamento Hipotecario). La exigencia de documento público por motivos registrales es válida aunque dicha forma no fuere exigible con arreglo al derecho extranjero conforme al cual se ha otorgado el documento, como ha aclarado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>1</sup>.

Aclarada la necesidad de documento público auténtico, el problema pasa a ser cómo acreditar qué documentos extranjeros reúnen dicha condición. En derecho español son documentos públicos, por la clase de funcionario del que procedan, los documentos públicos judiciales, administrativos y los notariales. A estos últimos se refiere con más énfasis el artículo 1216 del Código Civil, para el cual son

<sup>1</sup> STJUE de 9 de marzo de 2017, asunto C-342/15. En dicha sentencia se hacen varios pronunciamientos que refuerzan categóricamente las funciones notarial y registral frente a virtuales alegaciones del principio de libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE. Expongo las más importantes: «la intervención del notario es importante y necesaria para proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que la participación de dicho profesional no se limita a la confirmación de la identidad de la persona que ha estampado su firma en un documento, sino que implica igualmente que el notario se ha informado del contenido del acto de que se trata a fin de garantizar la legalidad de la transacción prevista y ha comprobado la capacidad de la persona interesada para otorgar actos jurídicos». Y «el hecho de reservar las actividades relacionadas con la autenticación de documentos relativos a la creación o la transferencia de derechos reales inmobiliarios a una categoría específica de profesionales, depositarios de la fe pública y sobre los que el Estado miembro de que se trate ejerce un control especial, constituye una medida adecuada para alcanzar los objetivos de buen funcionamiento del sistema del Registro de la Propiedad y de legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares».

documentos públicos «*los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley*». Centrándonos en la esfera del derecho internacional privado, el artículo 43.e) de la Ley 29/2015 considera documento público «*cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin*».

Este último artículo introduce tres elementos importantes:

El documento ha de tener la condición de público en el país de origen.

- Lo asegurado por la fe pública, lo garantizado frente a terceros, es no solo la identidad de los firmantes, sino también el contenido del mismo.
- El otorgante puede ser una autoridad pública (como lo son los notarios continentales) «*u otra autoridad habilitada a tal fin*», esto es, determinados profesionales especialmente cualificados al efecto, pero que no reúnen la condición de funcionarios públicos.

La condición de documento público auténtico es fácilmente acreditable en los documentos españoles, pero ante la dificultad de hacerlo en relación con los extranjeros, es necesario que el notario, en cumplimiento del artículo 36 del Reglamento Hipotecario y del artículo 98 de la Ley 24/2001, reseñe a los efectos formales, para su posterior comprobación por el registrador al calificar:

- Los datos identificativos del documento extranjero, entendiendo por tales la fecha y lugar de autorización, nombre y cargo de la autoridad ante la que se otorgó.
- Legislación aplicable a su otorgamiento y prueba del mismo (o afirmación de su conocimiento por el notario español otorgante, sin perjuicio de su conocimiento o ignorancia por el registrador y las consecuencias que de ello se deriven).
- Requisitos necesarios para demostrar su carácter de documento público en territorio español (apostilla del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, legalización o demás modos de acreditar la autenticidad de dicho documento en España).
- Idioma o idiomas en que se encuentra redactado el documento presentado al notario español.

#### 4. Ley aplicable a la inscripción

Si bien, como hemos visto, el contrato que produce la transmisión del dominio puede estar sujeto a la ley que las partes elijan, y solo subsidiariamente a la ley del lugar de situación del inmueble, la inscripción en el Registro de la Propiedad español y los requisitos formales para el acceso al mismo estarán sujetos necesariamente al derecho español. Eso dispone el artículo 58 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, por el que *«El procedimiento registral, los requisitos legales y los efectos de los asientos registrales se someterán, en todo caso, a las normas del Derecho español»*. Por esta razón, aun cuando con arreglo a la ley aplicable a la representación no fuere exigible documento público para la misma, lo sería por exigencia de los artículos 3 y 4 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria española.

#### 5. Juicio de equivalencia

Para que el documento extranjero sea inscribible en registro español no es suficiente que sea público. Independiente y distinto de la valoración de los requisitos formales del documento es el juicio de equivalencia, que pasamos a estudiar en profundidad.

### III. NOVEDAD DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, exige, para que un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial sea título hábil para inscribir el hecho o acto de que da fe, que dicho documento cumpla una serie de requisitos, siendo el segundo de los mismos que *«la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen»*. Ese mismo texto, literalmente, se repite en el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, por el que *«los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento, desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen»*.

Dejando aparte el hecho de que nuestro legislador sea incapaz de coordinarse para no transcribir literalmente un mismo artículo en dos leyes publicadas con

menos de un mes de diferencia en el *Boletín Oficial del Estado*, hay que hacer notar que la introducción expresa del juicio de equivalencia en relación con los documentos extrajudiciales extranjeros no constituyó entonces ninguna novedad para nuestra doctrina administrativa. A modo de ejemplo, la RDGRN<sup>2</sup>, previamente a la publicación de ambas leyes, ya hablaba de que «con independencia de la validez formal del documento, de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (artículo 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (artículos 36 y 37 del Reglamento Hipotecario), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro», aclarando que «el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe garantice la identificación del otorgante, así como su capacidad para el acto o negocio que contenga»<sup>3</sup>.

Ambos artículos son aplicables exclusivamente a los «documentos inscribibles», por lo es preciso matizar que, si bien no son directamente aplicables a los documentos extranjeros por los que se confiere la representación, sí que lo son en cuanto que dichos poderes son complementarios a los títulos verdaderamente inscribibles (art. 33 Reglamento Hipotecario). No parece que puedan «escapar» al juicio de equivalencia los poderes extranjeros por el mero hecho de no ser directamente inscribibles.

#### IV. FINALIDAD O SENTIDO DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA

El hecho de que se admita en España la circulación de documentos extranjeros y en particular que dichos documentos puedan ser —si reúnen ciertos requisitos— objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad<sup>4</sup> (directamente o como complementarios de otros), no significa que cualquier documento otorgado ante autoridades extranjeras vaya a tener automáticamente dichos efectos.

Cuando nuestro ordenamiento jurídico, a través de artículos como el 1280 del Código Civil o el 3 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, exige escritura

---

<sup>2</sup> El texto citado procede de una RDGRN de 23 de febrero de 2015, previa por tanto a la publicación de las leyes referidas. El origen de su doctrina, numerosas veces reiterada, data de la RDGRN de 11 de junio de 1999.

<sup>3</sup> RDGRN de 23 de febrero de 2015. También versan sobre el juicio de equivalencia las RRDGRN de 20 de enero de 2011, 22 de febrero de 2012, 31 de octubre de 2013 ó 5 de marzo de 2015, así como la STS 998/2011, de 19 de junio.

<sup>4</sup> Conforme a los artículos 4 del Texto Refundido de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario, por un lado, y al artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, por el otro.

pública lo hace consciente de que ésta no solo garantiza que formal y externamente ese documento reúne una serie de características, sino que se ha producido un control por parte del notario, quien da fe pública<sup>5</sup> (garantiza *erga omnes* y bajo su responsabilidad) «la identidad de los otorgantes», «que a su juicio tienen capacidad y legitimación», «que el consentimiento ha sido libremente prestado» y «que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes». Cuando el artículo 17.bis LN advierte que el notario ha de garantizar que el otorgamiento se adecua a la legalidad, evidentemente se refiere a la del ordenamiento jurídico español, y la voluntad de las partes intervinientes ha de estar suficientemente «informada» por parte del notario autorizante.

Sería una quiebra inadmisble de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva que, malinterpretando las necesidades de agilidad del comercio internacional, se admitiesen documentos extranjeros que, aun siendo públicos, no reunieran en su otorgamiento unos efectos mínimamente equiparables a los que la intervención notarial aporta a las escrituras notariales. El interés jurídicamente protegido no es la inatacabilidad de los asientos de los Registros españoles, sino la seguridad jurídica en sentido amplio y el propio interés de los otorgantes; que éstos conocen el alcance y los efectos del acto que están otorgando.

En efecto, como hemos visto, el carácter público y auténtico del documento extranjero que pretende surtir efectos en España son cuestiones de forma ajenas al juicio de equivalencia. Lo que éste pretende es que efectivamente, realmente, los otorgantes o intervinientes son quienes dicen ser, son capaces para hacer lo que pretenden y conocen las consecuencias jurídicas del documento que están otorgando. Como luego veremos en profundidad, la autoridad extranjera debe dar fe de la capacidad de los otorgantes con relación al acto o contrato de que se trate. Ello exige que una autoridad análoga a los notarios españoles verifique que los otorgantes tenían al tiempo del otorgamiento información suficiente sobre las consecuencias jurídicas del acto o contrato de que se trate. Esa es la razón última de que no se equiparen al documento público en España los documentos en que la intervención de la autoridad se limite a legitimar la firma. Incluso aunque con dicha legitimación de firma se presuma veraz (como se ha defendido por algunos autores), la identidad de los firmantes e incluso su presencia (cosa más dudosa), así como su capacidad (con el argumento de que si el otorgante que firma en su presencia no fuera capaz no le legitimarían la firma), en ningún caso habrá habido labor de asesoramiento alguna por la autoridad interviniente, ni podrá ésta defender que ha desempeñado funciones equivalentes a las de los notarios españoles.

<sup>5</sup> Conforme a los artículos 17.bis de la Ley del Notariado y 145 del Reglamento Notarial.

## V. CONTENIDO DEL JUICIO DE EQUIVALENCIA

Ante la generalidad de los términos utilizados por el legislador ha sido necesario el desarrollo por la doctrina administrativa de su contenido, que considera<sup>6</sup> que el juicio de equivalencia exige que concurren en el documento extranjero los elementos estructurales que dan fuerza al documento público español y que son:

1. Que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar la fe pública.
2. Y que el autorizante dé fe, garantice: a) la identificación del otorgante, y b) su capacidad para el acto o negocio que contenga<sup>7</sup>.

Por tanto, para superar el juicio de equivalencia, este primer punto conlleva un doble requisito: 1) Que el documento haya sido autorizado por los depositarios de la fe pública en el país de otorgamiento; y 2) Que la fe pública de la autoridad extranjera se extienda sobre la identidad y capacidad de los otorgantes en relación al acto o contrato de que se trate.

### 1. Que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar la fe pública

Podríamos definir la fe pública como la autorización oficial por la que algunos funcionarios avalan la autenticación de un documento y la veracidad de su contenido. En España, la fe pública extrajudicial está depositada en los notarios (artículo 1 L. N.). Como aclara el artículo 60 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, a efectos del juicio de equivalencia se exige «*que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate (...)*». Con tan solo este primer requisito debería rechazarse la documentación procedente de países con sistema anglosajón, pues en puridad no existe en ellos ningún funcionario que desempeñe función análoga a la de los notarios españoles. De hecho, en algunos países ni siquiera es una autoridad pública la depositaria de la fe pública, sino que se faculta para legitimar firmas a abogados con facultades especiales de certificar. Dicha salvedad, sin embargo, no sería un obstáculo inamovible, puesto que la propia Ley de Cooperación Jurídica Internacional, en su artículo 43, admite como documento público aquel cuya

---

<sup>6</sup> RDGRN de 17 de abril de 2017.

<sup>7</sup> Todo ello se deduce, en mayor o menor medida, tanto del artículo 323 LEC, del artículo 2.c) del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas, refundido—, así como de las RRDGRN de 23 de febrero de 2015, 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017.

autenticidad haya sido establecida *«por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin»*.

La autoridad extranjera ante la que se otorgue el documento, se denomine como se denomine ésta, debe desempeñar en el otorgamiento funciones equivalentes a las de los notarios españoles. La función de los notarios españoles, conforme al artículo 17.bis de la Ley del Notariado, consiste en dar fe pública (garantizar *erga omnes*, bajo su responsabilidad) de *«la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes»*.

Esta exigencia encuentra serias dificultades de aplicación en relación con los países del *common law*, en los que no existe un notariado como el continental o latino claramente depositario de la fe pública y con funciones análogas a las de los notarios españoles. Es más, con relación a los países del *common law* se llega a dudar incluso de la propia existencia en dichos sistemas del documento público extrajudicial<sup>8</sup>, si bien la legalización o apostilla suple dicha dificultad técnica.

Con carácter general, los notariados latinos o continentales son equiparables al español por desempeñar funciones análogas a las descritas en el artículo 17.bis L. N. Esa equivalencia de funciones no significa, sin embargo, que automáticamente cualquier documento procedente de un notario de un sistema análogo al nuestro supere el juicio de equivalencia, puesto que en muchos de dichos países se admite el otorgamiento por parte de sus notarios de documentos en los que la intervención notarial se limita a la mera legitimación de firmas (por ejemplo, caso de los notarios alemanes). Como hemos dicho anteriormente, la intervención de los notarios en esos casos no es equiparable a la de sus pares españoles por razón de la función que realizan en el otorgamiento y, por tanto, el juicio de equivalencia deberá ser negativo.

Más difícil es el caso de los países del mundo anglosajón. No solo es que carezcan de un notariado análogo al nuestro, sino que en muchos casos (como en muchos estados federados de los Estados Unidos) la figura del notario les es por completo ajena, siendo lo más con lo que podemos encontrarnos normalmente con profesionales facultados por las autoridades para legitimar las firmas de documentos. Las sutiles distinciones entre los profesionales<sup>9</sup> de los distintos paí-

<sup>8</sup> La Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008 decía «la institución del documento público no existe en los sistemas de Common Law, en particular en el Derecho de Inglaterra y Gales o en los países nórdicos; aunque en Inglaterra y Gales existen *solicitors* (abogados-procuradores) que actúan como notarios públicos y hay *scrivener notaries* (notarios), **estos juristas no pueden establecer documentos públicos, sino simplemente certificar firma**».

<sup>9</sup> La RDGRN de 14 de septiembre de 2016 generó con su distinción entre *notary public* y *notaries-at-law* o *lawyer notaries* una gran inquietud al respecto.

ses del mundo anglosajón, la relativa libertad de forma de los documentos por ellos intervenidos y la ausencia en países importantes, como Estados Unidos, de una regulación única explican la inseguridad con la que en muchos casos los aplicadores del derecho español afrontan documentos procedentes de dichos sistemas.

En algún caso se ha considerado que la DGRN debería elaborar un listado de países cuyo sistema notarial sea equivalente al nuestro para así facilitar la labor de los notarios españoles a la hora de realizar el juicio de equivalencia. De esa forma los documentos procedentes de dichos países, autorizados por funcionarios equiparables a los notarios y con una intervención y efectos equivalentes a los españoles, serían admisibles sin problemas.

Ello no obstaría a que hubiera documentos de dichos países y autoridades que deberían rechazarse por los mismos motivos<sup>10</sup>, pero al menos el listado facilitaría las cosas a los aplicadores del derecho y descargaría de responsabilidad a los notarios españoles.

En mi opinión, en muchos casos el problema no es tanto si el sistema anglosajón y las autoridades existentes en el mismo son o no equivalentes, puesto que a todas luces no lo son y nadie lo discute<sup>11</sup>. Tampoco lo son los documentos por dichas autoridades intervenidos (por mucho que en esos sistemas sean los documentos con que se circula en el tráfico, su eficacia es muy inferior a la del documento público español). La duda es si debe o no superar el juicio de equivalencia un documento público extrajudicial extranjero acreditativo de la representación procedente de un país anglosajón o sin notariado latino, por el mero hecho de que la autoridad otorgante no resista comparación con los notarios españoles.

¿Puede una autoridad extranjera de un país del *common law* autorizar un documento admisible en España por cumplir la autoridad en ese caso concreto funciones equivalentes a los de una autoridad española?

Y si admitimos dicha posibilidad, ¿es suficiente para acreditar el cumplimiento de dichas funciones que la autoridad manifieste en el documento o en su autorización que ha identificado a las partes y asegura su capacidad para el concreto negocio de que se trate, o deberemos rechazarlo por tratarse de una mera mani-

---

<sup>10</sup> La RDGRN de 21 de abril de 2003 ya rechazó un documento procedente de notario alemán (en principio equivalente al español) porque su función no lo había sido, sino que se había limitado a legitimar las firmas puestas en su presencia de los intervinientes sin ni siquiera entender el idioma en que estaba redactado el documento que legitimaba.

<sup>11</sup> A título de ejemplo, es difícil el juicio de equivalencia cuando en la *web* destinada a informar sobre los *notary public* de Texas se dice expresamente que: «*A notary public is not a notario or notario público*» y que «*A notary public may not give legal advice or prepare legal documents*». <https://www.sos.state.tx.us/statdoc/notary-public.shtml>.

festación sin contenido jurídico alguno realizada por alguien que en su propio ordenamiento carece de dicha atribución y de la formación necesaria para asesorar imparcialmente sobre las consecuencias jurídicas del negocio a los otorgantes?

Con respecto a la primera pregunta no parece razonable el negar tajantemente cualquier posibilidad de aceptar documentos anglosajones por considerar que no existe en ellos autoridad análoga a los notarios continentales. Debe descartarse esta opción por cuanto sí existen en dichos sistemas autoridades competentes para otorgar fe pública aunque tan solo con el alcance de legitimar o certificar firmas en toda clase de documentos y por tanto no realizan en principio funciones equivalentes. Es cierto que sus funciones y el alcance de su intervención no son paralelos a los españoles, y que la autorización estandarizada que utilizan de ordinario en muchos casos no reúne los demás requisitos de equivalencia que hemos enumerado, pero al menos la autoridad otorgante es la «adecuada» a efectos del juicio de equivalencia, sin perjuicio de que su intervención deba reunir determinados requisitos adicionales para ser admisible a nuestros efectos.

En cuanto a la segunda pregunta, qué requisitos adicionales ha de reunir el documento público extrajudicial anglosajón para superar el juicio de equivalencia, parece que no bastará con rellenar un mero formulario *ad hoc* enviado desde España, redactado en términos que puedan «satisfacer» a las autoridades españolas.

## 2. Y que el autorizante de fe garantice:

a) La identificación del otorgante, y b) su capacidad para el acto o negocio que contenga<sup>12</sup>.

Lo que el fedatario público extranjero debe garantizar es no solo la firma o identidad del otorgante, sino también su capacidad al tiempo del otorgamiento. Por sentido común y en consonancia con el artículo 17.bis de la Ley del Notariado, aunque no se detalle por la doctrina administrativa, la autoridad extranjera también ha de dar fe de que el otorgante, a quien juzga capaz, conoce el contenido y efectos del acto o negocio que está otorgando. Es esa garantía de que el otorgante es consciente de lo que hace, de los efectos y límites del contenido del documento, lo que en definitiva diferencia la mera legitimación de firmas propia del derecho anglosajón de la labor propia del notariado latino. Precisamente el mayor obstáculo para juzgar equivalente un documento público extranjero es, a estos efectos, que el notario español tenga la certeza de que el compareciente ante

<sup>12</sup> Todo ello se deduce en mayor o menor medida tanto del artículo 323 LEC, del artículo 2.c) del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—, así como de las RRDGRN de 23 de febrero de 2015, 14 de septiembre de 2016 y 17 de abril de 2017.

la autoridad extranjera, debidamente identificado por ésta, conoce los términos del acto representativo que está otorgando. No son tanto los efectos probatorios o de otro orden del mismo, sino la propia prestación del consentimiento. En un informe emitido por el secretario de Educación del Colegio Notarial de Inglaterra y Gales se asegura que *«el juicio de capacidad realizado por el notario a este respecto puede ser implícito o explícito en una certificación notarial en función del modo en que se formalice»*. Parece, sin embargo, arriesgado a nuestros efectos presumir que dicho juicio de capacidad existe en todo documento expedido por *notary public* inglés que en realidad tan solo contenga una legitimación de firmas.

A la hora de garantizar la identidad es requisito esencial que los otorgantes hayan estado en presencia de la autoridad extranjera, sin que pueda admitirse en ningún caso la autorización de documentos ya firmados. La razón es simple, solo de esa manera puede la autoridad garantizar (de forma creíble a nuestros efectos) la capacidad de los otorgantes y que éstos fueron informados por la autoridad del contenido y consecuencias del documento que estaban otorgando.

En lo relativo a la capacidad, ésta siempre ha de juzgarse en relación con el acto o contrato de que se trate. Los actos de administración extraordinaria de inmuebles (que son normalmente los que tienen acceso a los registros españoles) exigirán el otorgamiento conforme a persona capaz según su ley personal (artículo 9.1 CC) y conforme a su régimen económico matrimonial (artículo 9.3 CC).

En relación con los apoderamientos otorgados por entidades mercantiles resulta fundamental que, unido al documento extranjero otorgado por la autoridad correspondiente, se incorpore o acompañe un «Certificate of Good Standing», también llamado «Certificate of Existence» o «Certificate of Authorization. Se trata de un documento emitido por autoridad extranjera competente (*«Companies House»* en U. K.) en el que se afirma la existencia de una compañía, sus datos de inscripción en registros administrativos —nombre, fecha de constitución, domicilio, que no está en disolución—, su representación e incluso si está al corriente en el pago de los impuestos. Dicho documento, unido a un documento extrajudicial autorizado por autoridad competente confiriendo poder en representación de la compañía, obviamente ha de ser suficiente a los efectos de superar el juicio de equivalencia. Y ello pese a que en puridad la autoridad no desarrolla funciones «equivalentes» a las del notario español. Como vemos, no se puede interpretar el juicio de equivalencia en sentido excesivamente estricto tratándose de documentos anglosajones porque el resultado sería la inadmisión de todos ellos. Por otro lado, por los motivos expuestos, tampoco se puede admitir cualquier documento anglosajón que confiera la representación, puesto que no superará el juicio de equivalencia.

## VI. ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN RELACIÓN CON EL JUICIO DE EQUIVALENCIA

La normativa e interpretación aplicables al juicio de equivalencia no suscitan grandes diferencias en la doctrina más allá de la inseguridad inherente al examen de los documentos representativos anglosajones. Ni siquiera la propia noción de juicio de equivalencia encuentra rechazo. No se discute que una mera legitimación de firma, por sí sola, aun autorizada por notario extranjero, no es título inscribible por no ser equivalente al documento público exigido por el artículo 1280.5 de nuestro Código Civil. La RDGRN de 14 de septiembre de 2016 no generó revuelo o polémica por ese punto, sino por la genérica (y a mi juicio inexacta) afirmación de la DGRN de que «en los sistemas notariales anglosajones la equivalencia de los documentos notariales difiere notablemente. El *notary public* no emite juicio de capacidad de los comparecientes y no puede considerarse equivalente; mientras que los *notaries-atlaw* o *lawyer notaries* sí pueden considerarse equivalentes». Dicha arrojada afirmación, que generó dudas en los notarios españoles, ha sido rebatida y matizada tanto por una respuesta a consulta formulada por el Consejo General del Notariado a la asociación de Notarios de Inglaterra y Gales, firmada por el secretario de Educación del Colegio Notarial de Inglaterra y Gales, así como por el informe 193 de 2016, de la Vocalía de Relaciones Internacionales del Colegio de Registradores de España.

Conforme a lo comentado, la doctrina y la práctica ya tenían en cuenta ese juicio de equivalencia mucho antes de que el legislador cerrara esa laguna en el verano del año 2015. Y no solo eso, la genérica solución adoptada por la ley no supone variación alguna respecto al concepto que del juicio de equivalencia sostenía nuestra Dirección General de los Registros y del Notariado. Por tanto, si en principio podríamos decir que *nihil novum sub sole*, ¿por qué han generado tanta controversia las últimas resoluciones que han tratado el tema<sup>13</sup>?

La razón es que, con motivo del examen del juicio de equivalencia, han aflorado a la superficie dos problemas. El primero, al que ya hemos hecho referencia, es la admisión expresa por la DGRN de que un documento público extrajudicial elaborado por «notary public» o similar anglosajón puede superar el juicio de equivalencia reuniendo ciertos requisitos que han de ser clarificados por el C. G. N. para evitar incertidumbre en los aplicadores del derecho y, en particular, los notarios que, no olvidemos, son responsables últimos de dicho juicio.

El segundo, en el que ahora vamos a centrarnos, es la delimitación de la labor calificadora de los registradores respecto del juicio de equivalencia emitido por el notario.

<sup>13</sup> RRDGRN de 14 de septiembre de 2016, 17 de abril de 2017 y, en menor medida, 5 de enero de 2017.

La pregunta es si el hecho de que el juicio de equivalencia no sea lo mismo que el juicio de suficiencia, aunque sea previo y necesario para el mismo, excluye la aplicación al juicio de equivalencia del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y de toda la doctrina administrativa que emana de él. Dicho artículo delimita con meridiana claridad el alcance de la calificación de los registradores en relación con el juicio notarial de suficiencia de la representación, determinando que: *«La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación»*<sup>14</sup>.

El artículo citado ha sido siempre el centro de numerosas polémicas entre notarios y registradores, lo cual tiene cierta lógica, puesto que es un elemento fundamental en la delimitación de funciones entre ambos cuerpos. Con el paso de los años se ha generado una más o menos razonable doctrina administrativa para interpretarlo, que ahora corre serio peligro de ser burlada respecto de los poderes extranjeros con la excusa de que no es aplicable por ser el juicio de equivalencia distinto al de suficiencia.

El argumento vendría a ser que, si el juicio de equivalencia es distinto y no forma parte estructural del juicio de suficiencia, entonces no está sujeto, en cuanto al alcance de la calificación por los registradores y la documentación que se les ha de aportar o reseñar, a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 24/2001.

Para ello se ha malinterpretado y sacado de contexto una frase de la RDGRN de 17 de abril de 2017: «este juicio o informe de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001 (...)». La DGRN afirmaba eso en el sentido de que así como el juicio de suficiencia es exclusivo de los notarios, el juicio de equivalencia no tiene necesariamente que ser practicado por notario español (puede practicarse por documentación complementaria expedida por notario español o extranjero, o por otro funcionario o autoridad, como la consular). En última instancia, como el notario español no está obligado a conocer la legislación extranjera, ni las funciones que desempeña en su país de origen, la autoridad otorgante del documento extranjero, el juicio de equivalencia no tiene necesariamente que ser realizado por el notario español al que se presente el documento (y menos teniendo en cuenta la importante responsabilidad civil que ello pudiera conllevar).

---

<sup>14</sup> Este artículo ha de cohonestarse con lo dispuesto en el artículo 166 del Reglamento Notarial.

Ahora bien, aclarado eso, es evidente que para que el notario autorizante considere suficiente la documentación acreditativa de la representación que se le haya aportado, ha de juzgar, como paso previo, equivalente el documento auténtico extranjero acreditativo de dicha representación. O lo que es lo mismo, no puede haber representación suficiente si, mediando documentación extranjera, ésta no supera el juicio de equivalencia. Por eso afirma la DGRN que «siendo juicios distintos el de suficiencia y el de equivalencia, aquél, cuando se produce de forma expresa, necesariamente ha de implicar el de que el poder es equivalente». Por tanto, el juicio de equivalencia es un requisito previo, *sine qua non*, para que el notario considere el documento extranjero como suficiente para acreditar la representación alegada.

Es evidente que, si un notario español juzga suficientemente acreditada la representación alegada, ello implica que la documentación extranjera aportada para acreditarla es equivalente conforme al derecho español, porque de no serlo no sería suficiente. En ese sentido es defendible la postura de la DGRN de que el mero hecho de no usarse expresamente las palabras *juicio de equivalencia* o similares no puede justificar una calificación negativa por parte del registrador de la propiedad. Como el juicio positivo del notario se presume al haberse emitido el juicio de suficiencia, dicho juicio de equivalencia no puede desvirtuarse por el registrador sin motivación. Así, pues, el registrador no puede presumir que no se ha emitido juicio de equivalencia por el hecho de que éste no haya sido expresamente mencionado por el notario al realizar el juicio de suficiencia de la representación acreditada con documento extranjero.

Como la competencia para juzgar o no suficiente el documento extranjero acreditativo de la representación es del notario, y como éste no puede estimar suficientemente acreditada la representación alegada si no estima equivalente la documentación extranjera aportada (personalmente o en base al juicio positivo de equivalencia emitido por otra autoridad), la consecuencia lógica es presumir que si el notario emite un juicio de suficiencia es porque previamente ha considerado equivalente a estos efectos la documentación extranjera aportada. Para desvirtuar dicho juicio de equivalencia no bastará al registrador con alegar que el notario ha omitido la expresión «juicio de equivalencia» o similares. Por el contrario, el registrador, al igual que con el juicio de suficiencia, al calificar negativamente por esta razón, deberá fundamentar las razones por las que considera que de la reseña de la documentación aportada y de las circunstancias referidas por el notario resulta que dicha documentación no supera el juicio de equivalencia que para el notario sí fue suficiente a estos efectos (por ejemplo, porque la autoridad emisora no tiene delegada en su país de origen la facultad de dar fe pública, o porque siéndolo no ha desempeñado en el otorgamiento funciones equivalentes a las del notario español, limitándose a legitimar las firmas, etc.).

Ahora bien, desde el punto de vista de la técnica notarial, no parece muy correcto omitir por parte del notario que juzga suficiente la representación alegada al menos una referencia al juicio de equivalencia (bien sea porque resulta de documentación adicional practicada por otra autoridad o porque es el propio notario autorizante quien ha realizado dicho juicio de equivalencia). Este argumento cobra mayor fuerza si se piensa que la reseña que debe hacer el notario de los elementos formales del documento extranjero (art. 98 Ley 24/2001) es el único elemento de juicio de que va a disponer el registrador para comprobar la validez del juicio de equivalencia practicado por el notario. Una cosa es no usar formas sacramentales<sup>15</sup> y otra omitir el juicio de equivalencia en la escritura hasta el punto de que no resulte elemento alguno que permita comprobar que efectivamente se ha practicado más allá de la propia autorización del documento.

En mi opinión, el registrador ha de contar en la escritura (o en la documentación relativa al juicio de equivalencia con ella aportada) con elementos para comprobar que se ha practicado dicho juicio por parte del notario, y que dicho éste es coherente con el negocio de que se trate. Conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, el registrador no puede exigir que se transcriba o acompañe el documento en cuestión, pero eso no obsta a que de la reseña de las características esenciales del documento y del juicio de suficiencia hecho por el notario deba resultar claramente que el documento extranjero de que se trate ha superado el juicio de equivalencia. En resumen, si bien es cierto que el juicio de suficiencia presume el de equivalencia del documento extranjero, ello no obsta a que dicha equivalencia deba ser afirmada por el notario o, al menos, que al emitir éste el juicio de suficiencia se desprenda del mismo la equivalencia del documento extranjero acreditativo de la representación. No olvidemos que en la DGRN de 17 de abril de 2017 se incorporó por diligencia posterior por la notario autorizante una diligencia en la que ésta afirmaba que el poder reunía a su juicio «los requisitos para ser considerado documento público por el ordenamiento español». Aunque la notario no usaba las palabras «juicio de equivalencia», dicho juicio se deducía claramente del juicio de suficiencia emitido inicialmente por la notario y de la diligencia posterior.

Por lo anterior podemos concluir:

---

<sup>15</sup> De forma un tanto contradictoria, la RDGRN de 17 de abril de 2017 primero dice que «el juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales» y a continuación y contrariamente a lo dicho afirma que basta que «el notario en base a las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley extranjera hiciera constar bajo su responsabilidad que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de (...), entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional».

- Que el juicio de equivalencia es distinto del de suficiencia y puede ser emitido por autoridad distinta al notario autorizante. Es por tanto previo al mismo y no forma parte estructural del mismo.
- Que la equivalencia puede resultar de documentación aportada emitida por autoridad distinta del notario autorizante. Al no tener los notarios el deber de conocer el derecho extranjero no les es exigible la emisión del juicio de equivalencia.
- Que el notario no puede considerar suficiente la representación alegada si ésta se basa en documentos públicos extrajudiciales extranjeros que no superen el juicio de equivalencia con sus pares españoles.
- Que al ser requisito *sine qua non* para el juicio de suficiencia, el juicio de equivalencia está sujeto al artículo 98, Ley 24/2001 y su doctrina, en cuanto a los datos a reseñar por el notario y el alcance de la calificación registral.
- Que cuando el notario autoriza una escritura por considerar suficiente la representación alegada, se entiende tácitamente que la documentación acreditativa de dicha representación ha superado el juicio de equivalencia.
- Que la mera omisión de la práctica del juicio de equivalencia no es bastante para denegar la inscripción del documento si éste ha superado el juicio de suficiencia notarial y como tal se ha expresado. Será necesario que el registrador, al denegar la inscripción justifique motivadamente por qué considera que el documento público extrajudicial extranjero utilizado en el caso concreto no supera a su entender el juicio de equivalencia, para lo cual debe contar al calificar con una completa reseña del mismo.

*(Trabajo recibido el 06/06/2017  
y aceptado para su publicación el 21/06/2017)*



## DERECHO CONCURSAL

### REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y CIERRE EN FALSO DEL CONCURSO: UN *THRILLER* EN TRES EPISODIOS... QUE YA VEREMOS CÓMO ACABA

RICARDO CABANAS TREJO  
LETICIA BALLESTER AZPITARTE  
*Notarios de Torredembarra*

#### RESUMEN

Quedando aún muchas cuestiones por resolver en el concurso sin masa, la Resolución de la DGRN de 14 de diciembre de 2016 constituye un buen punto de partida, especialmente por lo que se refiere a los efectos de la cancelación de la inscripción en el Registro mercantil y el mantenimiento de la personalidad jurídica de la sociedad cancelada como garantía para los acreedores. En todo caso, no existe remisión de deudas (sólo está prevista para la persona física en el art. 178.bis LC) ni sucesión *ope legis* de los bienes a los socios, por lo que se podrán iniciar nuevas ejecuciones singulares. Se analiza igualmente el supuesto de liquidación societaria tras la cancelación y la problemática del nombramiento de liquidador para llevarla a cabo, cuestión que aborda la Resolución de 10 de marzo de 2017.

**Palabras clave:** concurso sin masa, concurso exprés, Registro mercantil, liquidación societaria, nombramiento de liquidador, remisión de deudas.

## **PROPERTY REGISTER AND EARLY CLOSURE OF INSOLVENCY: A THRILLER IN THREE EPISODES ... WE WILL SEE HOW IT ENDS UP**

RICARDO CABANAS TREJO  
LETICIA BALLESTER AZPITARTE  
*Notaries Public from Torredembarra*

### **ABSTRACT**

Although there are still some unresolved issues regarding the arrangement procedure with creditors when there is no property nor assets to face the liabilities, the resolution of the General Direction of Registries and Notaries of December 14th 2016 is a good starting point, especially in what concerns the effects of the cancellation of the company's registration at the Commercial Registry, and the continuation of its legal personality as a guarantee for creditors. In any case, there is no debts discharge (since it is only contemplated in article 178bis of the Spanish Insolvency Law for natural persons), nor transmission of assets to the shareholders; therefore, seizure of individual assets could be requested anew. The article also analyses the procedure for winding up the company after the cancellation of its registration and the complexities concerning the appointment of the liquidator or clearing partner: both of which issues are contemplated by the resolution of March 10th 2017.

**Keywords:** no asset procedure (NAP), express insolvency procedure, Commercial Registry, winding up of companies, appointment of liquidator or clearing partner, debts discharge.

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN.—II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. CONCURSO SIN MASA Y CONCURSO EXPRES. EFECTOS DEL ASIENTO CANCELATORIO.—III. ALTERNATIVAS TRAS EL CIERRE EN FALSO DEL CONCURSO. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CANCELADA. PROBLEMÁTICA DEL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR: REFLEJO REGISTRAL Y LEGITIMACIÓN FRENTE A TERCEROS.

## I. PRESENTACIÓN

A estas alturas el tema de la incidencia en el Registro de la Propiedad —RP— del cierre en falso del concurso presenta la estructura propia de un apasionante *thriller*, cuya trama empieza con un primer episodio de presentación o introductorio, sigue con un segundo donde la historia toma forma y todos los personajes revelan su papel, y de momento culmina con un tercero que ya anuncia el desenlace final. En nuestro caso, la introducción fue la «rectificación de la rectificación» que llevaron a cabo las Resoluciones de 1 de agosto de 2016 y de 22 de agosto de 2016, sobre la posibilidad de cancelar la inscripción de una sociedad sin activo y sólo con un acreedor, sin necesidad de instar la declaración de concurso. Para llegar a buen puerto en el tema central del cierre en falso era necesario desembarazarse de la doctrina sentada por las Resoluciones de 2 de julio de 2012 y de 4 de octubre de 2012, que a su vez había cambiado la de las previas Resoluciones de 13 de abril de 2011 y de 29 de abril de 2011.

La segunda entrega fue la Resolución de 14 de diciembre de 2016, que se enfrenta por vez primera con el tema de las implicaciones registrales de un concurso que ha concluido con la cancelación de la sociedad en el Registro Mercantil —RM—, pero dejando inmuebles inscritos a su nombre en el RP. En el caso se trataba del supuesto más sencillo de una ejecución seguida contra esos bienes, cuestión que la DGRN resuelve con pleno acierto al dejar que continúe la ejecución con la correspondiente anotación preventiva de embargo, sin necesidad de proceder a la reapertura del concurso. En la resolución, sin embargo, se ponen todas las premisas para entrar en un momento posterior en el núcleo de la trama, cosa que ocurriría cuando no se tratara de una ejecución «en contra» de la sociedad extinta, sino de un negocio «de» la sociedad extinta con un tercero, cuya inscripción se pretenda en el RP. Esta es la verdadera prueba del nueve que había de pasar la DGRN.

Ese «momento posterior» ha llegado con la tercera, y de momento última Resolución (en realidad, dos idénticas y de la misma fecha), de 10 de marzo de 2017. Se trataba de una sociedad ya cancelada en virtud de un concurso exprés que formaliza la venta del inmueble inscrito, procediendo en escritura separada a la cancelación del préstamo hipotecario que la grava, previa condonación a la deudora de la parte de crédito no cubierta con el importe de la venta y otorgando carta de pago por la totalidad de la deuda. La DGRN pasa revista a las posibles soluciones apuntadas por la doctrina, todas ellas coincidentes en la necesidad de proseguir con una liquidación societaria ajustada «en lo posible» a la excepcional «personalidad controlada» que mantiene la sociedad, sin excluir una posible situación de irregularidad sobrevenida —con su corolario en términos de responsabilidad, también para los socios— en el supuesto más e xtremo de continuación extramuros del RM de la actividad societaria.

## **II. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA. CONCURSO SIN MASA Y CONCURSO EXPRÉS. EFECTOS DEL ASIENTO CANCELATORIO**

Como es sabido, en su redacción inicial, la LC había establecido como causa de conclusión del concurso la comprobación, en cualquier estado del procedimiento, de la inexistencia de bienes y derechos del concursado y de terceros responsables con los que satisfacer a los acreedores (art. 176.1.4.º LC de 2003). En estos casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos del deudor persona jurídica, la resolución judicial que la declare acordará su extinción (no la mera disolución de pleno derecho) y dispondrá el cierre (no la cancelación) de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, singularmente el RM. El problema surgió en la práctica cuando, existiendo bienes, éstos no eran suficientes para atender el pago de los mismos créditos que se generaban en contra de la masa, en lo que se llamó por algunos el «concurso del concurso». Era una insuficiencia que en ocasiones se podía constatar desde el comienzo y que llevó a algunos Juzgados Mercantiles —JM— a considerar improcedente la declaración misma de concurso, ya que la existencia de un patrimonio mínimo en cuantía suficiente para hacer frente a esos gastos se vino a concebir como un presupuesto de la declaración.

Sobre el tema incidió legislativamente la reforma de la LC de 2011, que separa la causa de conclusión del concurso, consistente en la finalización de la fase de liquidación (art. 176.1.2.º LC), de aquella otra que tiene lugar por la comprobación, en cualquier estado del procedimiento, de la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 176.1.3.º LC). Con singular detalle se pasa a regular en la LC la conclusión por insuficiencia de masa activa, que procederá cuando no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros, ni la calificación del concurso

como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el JM considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente (art. 176 bis LC). La AC deberá pagar entonces los créditos contra la masa conforme a un orden específico y, en su caso, a prorrata dentro de cada grupo, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Pero se trata de una liquidación en sentido amplio, pues el concurso pudo no haber entrado todavía en esa fase.

Pero la reforma de 2011 fue un poco más lejos, al disponer que también podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso, cuando el JM aprecie de manera evidente esa insuficiencia del patrimonio del concursado y la escasa prosperabilidad de acciones restructuradoras del patrimonio o de responsabilidad de cualquier tipo. Es una declaración/conclusión simultánea, que no ofrece la posibilidad de nombrar un administrador concursal —AC—, o de llevar a cabo una mínima actuación encaminada a la realización del patrimonio social en el seno del concurso, de tal modo que la sociedad insolvente sale del JM de la misma forma que entró. De ahí el nombre que recibió de «concurso exprés».

En todos estos casos de conclusión por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica, la resolución judicial acordará su extinción y dispondrá (ahora sí) la cancelación de su inscripción (art. 178.3 LC). Y es aquí donde tenemos el «cierre en falso» del concurso, por cuanto no se han agotado —de hecho, ni siquiera iniciado en el «concurso exprés»— las opciones de realización del activo societario, por muy insignificante que parezca.

En el caso de la Resolución de 14/12/2016, más que un cierre en falso del concurso, realmente lo que tenemos es un concurso mal concluido, pues, habiéndose seguido el procedimiento de liquidación concursal, un determinado inmueble queda descolgado del mismo, probablemente por error, pues no se incluyó en la unidad productiva objeto de enajenación mediante subasta. El resultado fue la conclusión del concurso, con la oportuna cancelación de la sociedad en el RM, pero en el Registro de la Propiedad —RP— aquella seguía figurando como titular de un inmueble. Sobre el mismo, un Juzgado de lo social despacha orden de ejecución. En su calificación, el RP considera procedente la reapertura del concurso y que conste la conformidad del JM a la práctica de la anotación preventiva de embargo.

La DGRN rechaza que sea necesaria la reapertura del concurso, pues no se trata de la aparición de un nuevo bien, pero sí considera necesario que se acredite, mediante la oportuna resolución del JM, si la finca se incluyó en la masa activa y si se vio afectada o no por las operaciones aprobadas en el plan de liquidación. Acreditado esto último, ningún problema en practicar la anotación y seguir la ejecución singular contra el bien de la sociedad «cancelada» en el RM.

Dejando de lado las circunstancias muy singulares del caso, la Resolución de 2016 se enfrenta a la problemática más general del cierre en falso del concurso, en términos que conviene transcribir: *«la conclusión del concurso por esta causa [NOTA: por “esta causa” se han de entender todos los supuestos de cierre en falso —la DGRN prefiere hablar de concurso sin masa— de los arts. 176.3 y 176.bis.4 LC] conllevará la extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción registral. Pero, como también ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, esto no significa que se produzca una extinción, vía condonación, de las deudas de la sociedad, ni que los bienes que permanezcan a nombre de la sociedad pasen a ser “res nullius”. La extinción de la personalidad jurídica que dispone el artículo 178.3 de la Ley Concursal debe entenderse como una presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de terceros de buena fe, evitando así que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico. Pero resulta inoperante respecto de los acreedores subsistentes, ya que éstos, según dispone el mismo artículo 178, en su apartado 2, podrán iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona jurídica, por lo que ésta ha de conservar su personalidad jurídica o capacidad procesal para soportar en el lado pasivo esas reclamaciones. Esta postura ha sido asimismo seguida por este Centro Directivo ... manteniendo que incluso después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, de forma que la cancelación de sus asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas de la misma. La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de liquidación es que se considere terminada la liquidación».*

La doctrina de esta Resolución debe ponerse en conexión con la «rectificación de la rectificación» llevada a cabo en las Resoluciones de 1 de agosto de 2016 y de 22 de agosto de 2016 de la doctrina de la DGRN sobre la posibilidad de cancelar la inscripción de una sociedad sin activo y sólo con un acreedor, sin necesidad de instar la declaración de concurso. Como se recordará, dos Resoluciones de 2 de julio de 2012 y de 4 de octubre de 2012 cambiaron el criterio de las previas Resoluciones de 13 de abril de 2013 y de 29 de abril de 2011. Ahora no interesa tanto el hecho de que se vuelva a reconocer aquella posibilidad, como la superación de la doctrina de las Resoluciones de 2012 en relación con el tema de la personalidad jurídica y el asiento de cancelación. Para justificar su postura, las Resoluciones de 2012 no dudaron en emplear un tono alarmista, que resultaba muy sorprendente a la vista de su propia doctrina a propósito de la DT 6.<sup>a</sup> de la Ley 19/1989. Aquella alarma descansaba en que la cancelación supondría la desaparición de la sociedad del mundo de los sujetos de derecho, sin más (no dice de los sujetos «inscritos»), careciendo el crédito de un tercero de sujeto pasivo o

persona contra la que dirigir la acción de reclamación (*«parece evidente que en el caso que nos ocupa el liquidador no debe limitarse a constatar la existencia de un único acreedor y la inexistencia de bienes con que satisfacer su deuda, sino que debe cumplir con la obligación que le impone dicho precepto [art. 388.1 LSC] a fin de que el acreedor pueda reaccionar en defensa de sus derechos. Si así no lo hiciera, ese acreedor podría encontrarse sorpresivamente ante la situación de que cuando intentara el cobro de su crédito, bien por procedimientos de ejecución singular o bien por procedimientos de ejecución colectiva, su deudor habría desaparecido del mundo de los sujetos de derecho, careciendo su crédito de sujeto pasivo o persona contra la que dirigir la acción de reclamación»*).

La argumentación resultaba profundamente contradictoria, pues la misma Resolución reconocía en otro lugar que la personalidad jurídica continuaba a pesar de esa cancelación (*«y es que la sociedad mantiene su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y por tanto su personalidad jurídica, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de las mismas»*). Sin cuestionar los robustos efectos del RM, tampoco conviene sacarlos de su cauce. Se presume la exactitud de lo que hay que presumir, pero nada más, y una cosa es la conclusión formal de las labores de liquidación y otra la extinción efectiva y real de la persona jurídica. El RM nos puede decir que la primera ha tenido lugar, y cerrar el historial de la sociedad con evidentes consecuencias sustantivas, pero lo segundo es algo que ya escapa a su área de influencia, al menos en la actual situación legal. Tanto es así, que resulta posible practicar asientos *post mortem*, que no supondrán una reapertura de aquel historial, pero sí el reconocimiento de una vida más allá —o más acá— del RM. Pues bien, la sombra de duda que las Resoluciones de 2012 pudieron traer ha de considerarse venturosamente despejada (no pueden ser más claras las Resoluciones de 2016: *«por otra parte, la cancelación de tales asientos no perjudica al acreedor, toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma ... La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de la disolución es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación»*).

En lo fundamental mostramos nuestra sintonía con la doctrina de las Resoluciones de 2016, especialmente la de 14 de diciembre de 2016 que ahora nos ocupa, pero tampoco ocultamos algunas reservas. La primera más bien es una sorpresa, pues el argumento legal que invoca (art. 178.2 LC) es incorrecto. No obstante, como después veremos, es un error disculpable que también cometen los tribunales. Recapitulemos un poco para comprobarlo.

En la versión inicial de la LC, el apartado segundo del art. 178 LC podía referirse indistintamente al concurso de persona natural o de persona jurídica, pues el precepto no distinguía. Sin embargo, la Ley de Emprendedores de 2013, al dar cabida a la exoneración parcial del pasivo en el concurso de persona física, quizá de forma inadvertida, suprimió del art. 178.2 LC la opción de los acreedores de iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso. Es con la Ley 25/2015 que se vuelve a recuperar, pero en un apartado referido —ahora sí— sólo al concurso de persona natural, de ahí el error de la DGRN al incluir una referencia a la persona jurídica que no está en el precepto mencionado.

La mera interpretación literal del precepto no da base para llegar a esa conclusión, pero sí otros criterios de interpretación, especialmente el sistemático y el teleológico, por razón de la persistencia de la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación, a pesar de la cancelación, que es el núcleo duro de la tesis de la DGRN. Siendo así, ningún inconveniente ha de haber en proseguir con ejecuciones singulares y consiguientemente en que mantenga su capacidad procesal. Concluido el concurso cesan las limitaciones que pesaban sobre los acreedores, hubieran sido reconocidos o no en el concurso, para iniciar esas ejecuciones, y ninguna razón hay para considerar que se produce una exoneración del deudor por todo —y sólo por— el pasivo reconocido en el concurso que reste insatisfecho, como consecuencia concursal propia de aquella extinción. La remisión de deudas sólo está pre vista para la persona física (art. 178 bis LC), y pretender inferir de la extinción de la persona jurídica una condonación general incurre en una petición de principio, ya que interpreta aquella extinción de una determinada manera, poco compatible con la posibilidad misma de reapertura del concurso, que forzosamente ha de ser para el pago de unas deudas que no han desaparecido, y siguen siendo de la sociedad, pues se reabre «su» concurso (art. 179.2 LC). Además, del lado activo tendría lugar la sucesión a favor de los socios en los bienes y derechos que quedaren, con el resultado inasumible de que el concurso favorecería a los socios, que reciben los despojos del activo, pero libres de toda responsabilidad por las deudas sociales desaparecidas, incluso de los embargos que se hubieran trabado con anterioridad al concurso, pues ya no habría deuda.

Si pasamos ahora al «núcleo duro» de la Resolución de 2016 nuestra coincidencia con la DGRN es completa, y en todo caso ha sido el Centro Directivo el que no ha seguido en el pasado tan razonable doctrina «suya». No obstante, y aquí estaría nuestra segunda reserva, sí que nos fastidia un poco la necesidad que la DGRN siente de hacer un brindis al sol, en forma de una exageración de los efectos propios del asiento cancelatorio, como una presunción de extinción de la sociedad «a favor o en garantía de terceros de buena fe» (también se deja ver en resoluciones judiciales, como ejemplos, v. SAP de A Coruña [3] de 20 de marzo de 2009, rec. 427/2008; SAP de Barcelona [15] de 9 de febrero de 2012, rec. 950/2009)

En nuestra opinión conviene huir un poco de los tópicos hipotecarios y aplicar algo más de cautela a la hora de hablar de una presunción de extinción en esos términos, que se pretende a favor o en garantía de los terceros de buena fe. Recordemos que «oponibilidad» es la utilización de datos que el sujeto inscrito hace frente al tercero, mientras que la «invocabilidad» es la utilización de datos que el tercero hace frente al sujeto inscrito. Por eso, el objetivo que la sociedad persigue con la inscripción (y publicación) de sus pactos durante la vida activa es asegurarse la oponibilidad de los mismos frente a terceros, pues aunque en el tráfico subsista otro supuesto de hecho aparential, y dando por supuesto que la realidad ha cambiado, el tercero pierde la posibilidad de invocarlo frente a un distinto contenido registral acorde con la nueva realidad. Pero el mismo RM se vuelve en contra de la sociedad inscrita cuando el tercero está en condiciones de invocar sus asientos con éxito frente a una realidad extrarregistral que ha cambiado por voluntad de aquélla. Mientras esa realidad no cambie, a la sociedad le puede resultar indiferente la inscripción —por ejemplo— del cargo de administrador, pero no a los terceros con quienes se relacione, ya que éstos, deseosos de precaverse frente a lo que pudiera ser una «falsa» apariencia de representación, y evitar así los elevados costes de información asociados a toda actividad indagatoria, reclamarán la apariencia legalmente tipificada de la inscripción registral, con la que se aseguran la invocabilidad del contenido del RM frente a la sociedad, aunque aquél fuere inexacto.

Por consiguiente, con la cancelación serán los terceros quienes pierdan la posibilidad de invocar en su beneficio los asientos registrales relativos a una sociedad activa, por ejemplo, la condición de representante de la misma, poniendo sobre sus espaldas mayores riesgos y costes de información. Si se quiere decir así, le damos una bofetada a la sociedad cancelada, pero en la mejilla del tercero despistado que se haya relacionado con ella. Convirtiendo a la sociedad en una leprosa se supone que los terceros la evitarán (o no, en el tráfico hay muchas sociedades civiles o sedicentes comunidades de bienes de inequívoca actividad mercantil), favoreciendo su definitiva desaparición, pero no digamos de forma tan enfática que la presunción, así entendida, les protege. Por eso se han forjado precisamente los conceptos de irregularidad societaria y de sociedad general del tráfico. Pero esto nunca vale con terceros por relaciones anteriores a la cancelación, tanto si la sociedad se sitúa en el lado pasivo de una reclamación como si lo hace en el activo, ante la evidente mala fe del tercero que invoque la cancelación posterior para liberarse de sus obligaciones. Y nos vale todavía mucho menos si la sociedad prematuramente cancelada tiene que llevar a cabo un trámite de seudo-liquidación, en el que inevitablemente tendrá que relacionarse con unos terceros interesados —quizá— en cobrar lo que se les debe, o en adquirir bienes de la sociedad para pagar con su importe aquellas deudas.

Hemos de evitar una comprensión demasiado «legitimista» del asiento de cancelación, como sinónimo de una efectiva y abrupta desaparición real de la

sociedad, que impida la práctica de nuevos asientos. De forma un poco más modesta sólo ha de verse en la cancelación una fórmula de mecánica registral, de poderosos y robustos efectos sin duda, y «casi» definitivos, pero sólo «casi», pues excepcionalmente han de ser posibles nuevos asientos posteriores, de eficacia y ámbito muy limitado, que nunca supondrían la reapertura completa del historial registral, que ha de seguir cerrado. El «cierre en falso» del concurso constituye uno de los mejores ejemplos de esta necesaria flexibilidad.

### **III. ALTERNATIVAS TRAS EL CIERRE EN FALSO DEL CONCURSO. LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CANCELADA. PROBLEMÁTICA DEL NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADADOR: REFLEJO REGISTRAL Y LEGITIMACIÓN FRENTE A TERCEROS**

Supuesto lo anterior, la Resolución de 2016 supone un paso firme en la buena dirección, pero no resuelve totalmente el problema. Su doctrina nos parece idónea cuando de proseguir una ejecución singular se trata, pero ¿qué hacer en aquellos casos donde ni siquiera se ha puesto en marcha la liquidación, como ocurre en el concurso exprés?, ¿hay que esperar a que todo el patrimonio se agote por la vía de ejecuciones singulares?, ¿deben los administradores y, en su caso, los socios hacer algo?

Ante este panorama, las soluciones aplicadas por los JJMM han sido muy bien sistematizadas por el AJM de Oviedo [1] de 13 de febrero de 2015, proc. 92/2014:

1. Cumplir fielmente el mandato legal y acordar en el auto la extinción de la persona jurídica y la cancelación de su inscripción en el RM. Se obliga entonces al acreedor a iniciar un declarativo para conseguir la nulidad de la cancelación y, de forma acumulada, la condena de la sociedad «renacida».
2. Desoír al legislador y omitir en el auto la extinción de la persona jurídica, lo que permite al acreedor dirigirse contra ésta. Como se ha evitado la extinción de la personalidad jurídica y el auto de conclusión no produce efectos de cosa juzgada, nada impediría a un acreedor (o, incluso, al mismo deudor) volver a solicitar el concurso, entrando en una especie de bucle.
3. Desoír al legislador, omitir en el auto la extinción de la persona jurídica, pero, dando un paso más, remitir a los administradores/liquidadores a las normas de la liquidación societaria. Esta solución supondría, en el caso de liquidación concursal inconclusa, que lo que comenzó con una liqui-

dación concursal concluya como una liquidación societaria. Es la tesis del JM [1] de Palma de Mallorca, entre otros, en el Auto de 2 de febrero de 2012, proc. 2/2012.

4. Desoír al legislador, omitir en el auto la extinción de la persona jurídica y dar comienzo a una suerte de liquidación societaria intraconcursal, supervisada por el JM del concurso, quien requiere a la sociedad para que aporte la aprobación por la JG del balance final liquidatorio, en cuyo momento se remitiría por el JM al RM el mandamiento de cancelación. Es la tesis patrocinada por el JM [1] de Madrid, hoy ya abandonada.

En el Congreso Nacional de Derecho Concursal de ARANZADI, celebrado en noviembre de 2014, y dirigido precisamente por el magistrado ovetense autor de esta resolución ALFONSO MUÑOZ PAREDES, ya manifestamos que el mandato legal debe cumplirse, pero sus consecuencias también deben ser interpretadas. La resolución judicial que declara la extinción de la persona jurídica no puede provocar la desaparición automática del pasivo y la sucesión *ope legis* a favor de los socios de los activos. Y lo mismo cabe decir respecto de los procesos en los que sea parte y aún se encuentren en curso. Aquel resultado sería contrario a la función que cumple el instituto en nuestro sistema jurídico, al menos en su actual configuración. La extinción decretada ha de suponer hacia dentro un mandato para completar esa liquidación, aunque sea fuera del concurso, y hacia fuera su expulsión del RM por la vía de la cancelación. Pero el sujeto de derecho, aunque sometido al trance de una liquidación forzosa, existe fuera del RM, como es posible la personalidad jurídica originaria sin inscripción. Desaparece como sujeto inscrito, pero no como punto de referencia subjetiva de un conjunto de relaciones jurídicas que siguen ahí. Incluso, su liquidación societaria tampoco habría de quedar por completo al margen del RM, por la propia configuración de la cancelación como un simple cierre, que debe adaptarse en ocasiones a circunstancias excepcionales, haciendo posibles asientos posteriores.

En este sentido, algunas resoluciones judiciales recientes dejan muy claro que la sociedad mantiene una personalidad jurídica «*residual*» hasta la completa extinción de sus relaciones jurídicas, y que sus liquidadores deberán hacer un uso responsable de la misma. Así, el AAP de Barcelona [15] de 16 de febrero de 2015, rec. 345/2014, con cita de otro anterior 2012: «*la extinción de la personalidad jurídica que dispone el art. 178.3 LC en el supuesto de que se declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, y el consiguiente cierre de la hoja registral, debe entenderse como una presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de terceros de buena fe (evitando así que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico), pero, de un lado, resulta inoperante respecto de los acreedores subsistentes, ya que éstos, según dispone el mismo art. 178 en su apartado 2, podrán iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona jurídica (pese a la declaración de extinción y a la cancelación*

*registral), por lo que ésta ha de conservar, necesariamente, su personalidad jurídica o capacidad procesal para soportar en el lado pasivo esas reclamaciones y, de otro lado, no ha de impedir la subsistencia de su personalidad jurídica o bien de la capacidad procesal, para, en el lado activo, plantear o mantener demandas judiciales en reclamación de los créditos que ostente o crea que le asistan contra otros terceros, y así poder hacer frente, precisamente, a las reclamaciones de los acreedores insatisfechos» (como puede verse, también se cita equivocadamente el art. 178.2 LC en su actual redacción).*

En cualquier caso, enfrentados al problema práctico de qué hacer con una sociedad en este estado, el antes citado AAP de Oviedo responde muy bien a la pregunta: *«aclarado el tema de la subsistencia a estos efectos de la personalidad jurídica de la sociedad extinta, resta dilucidar la actitud que deben adoptar los administradores (o liquidadores si hubo liquidación societaria previa) ante el cierre de la vía concursal. Para ello hemos de partir de que los administradores continúan en sus cargos, toda vez que el concurso se ha declarado y concluido sin pasar por el trámite intermedio de la apertura de la liquidación, que lleva consigo el cese de aquéllos (art. 145.2). Vigente el cargo, varias opciones se abren ante ellos: a) Convocar Junta general (o celebrar Junta universal si fuere posible) para acordar la disolución (por concurrir causa de disolución, si existiere, o por mera voluntad del órgano decisorio) y liquidación societaria, procediendo, en su caso, al nombramiento de liquidador. b) Restablecer el equilibrio patrimonial mediante un aumento o reducción de capital. c) Reactivar la sociedad, toda vez que, como no ha habido apertura de la fase de liquidación, no entra en juego la limitación del art. 370 en relación con el art. 361.2. Limitándonos a la opción de liquidación societaria, que es la que ahora nos interesa, el órgano de liquidación llevaría a cabo una liquidación ordinaria, pagando a los acreedores hasta donde alcance con el producto de la enajenación de los bienes y derechos sociales y si, llegado el caso, no pudiese pagar a todos ellos, el obstáculo del cierre registral ya no sería tal, pues recordemos que el juez del concurso ya lo acordó en su auto. De esta forma, con la secuencia «declaración-conclusión y liquidación societaria» conseguiríamos agotar formal y materialmente el proceso de liquidación de la sociedad. Formalmente, porque el cierre registral que el Registro Mercantil nos denegaría ya lo obtuvimos previamente del juez; y materialmente porque hemos procedido a realizar aquellos bienes para los que el concurso no dio solución. Se evita, además, que prosperen demandas de responsabilidad interpuestas por socios o acreedores contra los administradores por haber permanecido pasivos cuando se les cerró la puerta del concurso y no haber adoptado medidas que impidieran la pérdida o deterioro de activos que, aun insuficientes para dar plena vida a un concurso, pueden tener valor económico. En el caso de autos, se combinan todos los escenarios apuntados al principio, dando lugar a una especie de «tormenta jurídica perfecta»: liquidación societaria previa, concurso y liquidación societaria consecutiva al concurso. Nada obsta, según lo expuesto, para que*

*los liquidadores (nunca cesados por este Juzgado, recordemos) subsistan en sus cargos y culminen el proceso de liquidación en su día abierto».*

La única cuestión que no aclara completamente el auto es de qué tipo societario se trata, cuestión capital para determinar el régimen jurídico aplicable, ¿el oxímoron de una sociedad de capital sin publicidad registral?, ¿una sociedad irregular sometida al régimen de la sociedad general del tráfico, la sociedad colectiva? No necesariamente esto último, pues la irregularidad presupone la actividad social y, si los afectados se limitan a completar la liquidación, no hay razón para aplicar un régimen diferente al de la —pretérita— forma registral, aunque deba ajustarse a la nueva situación. Caso de pretender la inmediata reactivación también podríamos aplicar la LSC, según el tipo correspondiente a la sociedad cancelada. Ahora bien, si quieren seguir con su actividad, y para salir de la insolvencia restablecen el equilibrio patrimonial, forzosamente tendremos que acudir al régimen vicario de la sociedad general, sea la colectiva o la civil, con el añadido en el primer caso de la responsabilidad directa de los gestores (art. 120 CCom) y la posible pérdida de la exclusividad de la denominación. En definitiva, una situación de irregularidad, en este caso sobrevenida, porque accede después de haber sido sociedad regular.

Pero ahora queremos insistir en la opción más razonable —y probable— de llevar a cabo una liquidación ordenada, sin pretensión alguna de continuar «a futuro» con las actividades sociales, liquidación que sólo puede ser societaria y según la normativa propia del tipo societario cancelado. No vamos a entrar en su estudio detallado, pero sí referirnos brevemente a dos cuestiones que estimamos de capital importancia. Por un lado, la orgánica, pues alguien ha de gestionar y —sobre todo— representar a la sociedad durante ese tiempo. De otro lado, la registral, por la posibilidad de continuar limitadamente con el historial «post mortem» de la sociedad en el RM, sobre todo en relación con los órganos sociales.

Pero como cuestión previa hay que plantearse si ha de existir algún tipo de tutela o de control judicial de esa liquidación, y nuestra respuesta es que no ha de ser muy distinta a la que ya está prevista en la legislación societaria para la liquidación ordinaria, que no se presenta como una tarea jurisdiccional. A pesar de ello, la disciplina de la liquidación resulta esencialmente imperativa y las funciones del liquidador, a diferencia de lo que sucede con los administradores, se dirigen tanto a defender los intereses de los socios como de los terceros, acreedores sociales. Tanto es así que la LSC permite intromisiones judiciales (tras la Ley de Jurisdicción Voluntaria, también registrales), insólitas durante el período de vida activa. Es posible por eso el nombramiento judicial/registral del liquidador (art. 377.2 LSC), la separación judicial/registral del cargo cuando concurra justa causa (art. 380.1 LSC) y hasta la formalización judicial directa de actos jurídicos tras la cancelación (art. 400 LSC).

Ciertamente, los tribunales vacilan a la hora de reconocer la amplitud de esa intervención, y mientras unas AAPP se decantan por la solución de la aplicación analógica del art. 377 LSC, otras se pronuncian en sentido contrario (SAP de Córdoba [1] de 13 de mayo de 2014, rec. 333/2014; SAP de Zamora de 22 de octubre de 2013, rec. 148/2013). Por su parte, el TS insiste en el carácter excepcional de la designación judicial del liquidador, pero no la descarta en situaciones de acefalia a petición de quien acredite interés legítimo (STS de 24 de febrero de 2012, rec. 2119/2008, STS de 11 de abril de 2011, rec. 2289/2007). Sin perjuicio de forzar alguna otra intervención judicial en el proceso que ahora nos ocupa, más por razones prácticas que por verdadera convicción, la regla es que estamos ante una liquidación societaria extraconcursal, a desplegar con arreglo a las normas del Derecho de sociedades, y no ante una liquidación societaria intraconcursal supervisada en su conjunto por el juez del concurso.

Dicho esto, en el trance de liquidar la sociedad ya cancelada, bien por empezar de cero con la liquidación, bien porque se reanude la liquidación iniciada antes del concurso, desde el momento en que la resolución judicial declare la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa, se ha de poner en marcha o proseguir la liquidación societaria, y para eso lo primero que necesitamos es un liquidador. Presupuesta la posibilidad en el régimen societario general de un nombramiento por el JM, algunos autores propugnan una aplicación analógica del art. 389.2 LSC cuando se trata del «cierre en falso» del concurso, especialmente para hacer posible el nombramiento de liquidador sin necesidad de convocar una JG. En nuestra opinión, la regla ha de ser la observancia de la normativa societaria, lo que obliga a contemplar varias situaciones posibles.

Una primera sería que la sociedad hubiera preservado su órgano de administración o liquidación, ya sea el anterior al concurso que ha continuado durante el mismo, ya se trate de otro nombrado en el curso del procedimiento, pues la declaración de concurso no afecta al regular funcionamiento de los órganos sociales (art. 48 LC, STS de 24 de abril de 2012, rec. 1004/2009), y con ello la posibilidad de hacer nuevos nombramientos. En caso de suspensión, las facultades de administración y disposición propias del órgano de administración o liquidación pasarán a la AC, pero aquel órgano no desaparece, ni sus titulares se ven despojados del cargo, por mucho que sus facultades queden mermadas. Siendo así, con la conclusión del concurso, el órgano social recupera la normalidad, lo que significa, en el caso de un liquidador nombrado antes de su declaración, que deberá retomar la liquidación societaria en la situación en que el concurso hubiera dejado a la sociedad. Aunque el requisito ya esté cumplido con anterioridad, al concurrir una situación nueva, como ha sido el trámite concursal, creemos oportuno que el liquidador formule en el plazo de tres meses un inventario y un balance de la sociedad con referencia al día de la conclusión del concurso (art. 383 LSC). Más complejo cuando se trate de un administrador, cuyo cese en el cargo ha de entenderse automático con la apertura de la liquidación societaria por efecto del

cierre del concurso, lo que obligará a un nuevo nombramiento, pero de liquidador. Ningún inconveniente en que opere la conversión automática del art. 376.1 LSC, aunque la referencia temporal ha de entenderse hecha a la conclusión del concurso, y a no la disolución de la sociedad, debiendo acudir en otro caso al nombramiento por la JG.

Una situación especial surge cuando se hubiera abierto la fase de liquidación en el concurso, ya que se produce inevitablemente el cese de los administradores o liquidadores, que son sustituidos por la administración concursal, sin perjuicio de continuar aquéllos en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte (art. 145.3 LSC). En este caso, la conclusión del concurso no puede provocar la resurrección del órgano societario, y realmente la sociedad se encontraría en una situación de acefalia, que también impide la conversión automática del administrador, pues su cargo no estaría vigente.

En todos estos casos en que sea necesario un nombramiento de liquidador por la JG, el mayor problema está en la convocatoria de la misma, ya que falta un cargo vigente para llevarla a cabo. Aunque los administradores/liquidadores de la sociedad hubieran sido cesados por la apertura de la fase de liquidación, no han desaparecido completamente, pues subsiste una vinculación con la sociedad que les legitima —de hecho, obliga— para el llamamiento asambleario, que siempre podría ser judicial/registral (para una sociedad cancelada por la DT 6.<sup>a</sup>, v. AAP de Madrid [25] de 18 de octubre de 2004, rec. 17/2004), sin perjuicio de forzar la analogía con el art. 173 LC para hacer posible una convocatoria por la AC, cuando exista.

Ahora bien, qué ocurre si los administradores/liquidadores omiten toda actuación, amparándose en su cese por efecto de la liquidación concursal y en que ha tenido lugar la cancelación registral de la sociedad. No hay una responsabilidad por las deudas sociales equiparable a la del art. 367 LSC para «castigar» el incumplimiento de esta obligación (sobre la improcedencia de extender la responsabilidad por deudas, v. STS de 23 de junio de 2011, rec. 686/2008), pero sí que están vinculados todavía con la sociedad en términos que les obligan, cuando menos, a intentar mediante la convocatoria de la JG un nuevo nombramiento que haga posible la liquidación (no se ha de ir más lejos, v. Resolución de 29 de septiembre de 2014), siendo responsables de los daños y perjuicios que se causen por su omisión. En ningún caso se pueden cruzar de brazos con la excusa de la cancelación. Cuestión distinta es que al final resulte imposible la designación por la JG, quizá por falta de candidatos, o la desidia de los socios en la constitución del órgano, en cuyo caso será forzoso acudir al nombramiento judicial/registral a instancia de cualquier interesado (art. 377.2 LSC).

Visto lo anterior, si prestamos atención al grado de dificultad que presentaba el supuesto que dio lugar a la reciente Resolución de 10 de marzo 2017, realmen-

te se trataba de la versión más sencilla, pues la sociedad había entrado y salido del concurso exprés con su órgano de administración intacto, de ahí que no planteara demasiados problemas identificar quién debía firmar la escritura en nombre de la sociedad. Para la DGRN: *«el vacío legal existente en torno a la forma de proceder a la liquidación patrimonial requiere buscar una solución que salvaguarde, por un lado, los legítimos intereses de los acreedores y por otro los de los socios, facilitando al mismo tiempo la operatividad de la sociedad y su representación hasta la extinción material de la misma, todo ello teniendo en cuenta la dicción literal del artículo 178.3 de la Ley Concursal, que ordena la cancelación de la hoja de la sociedad con carácter imperativo y del que se infiere que la conclusión del concurso, la disolución de la sociedad concursada y su cancelación registral deben acordarse en la misma resolución judicial. Cualquier posibilidad razonable debe partir necesariamente de la existencia de unos bienes cuya existencia es perfectamente conocida por el Juzgado que acuerda la conclusión de su concurso y de los que se tiene que poder disponer so pena de congelar la vida jurídica de dicho bien y, en consecuencia, su historial registral. Pero también de la especial situación de la sociedad, disuelta y cancelada, pero que ... mantiene su personalidad jurídica hasta su extinción material, lo que implica que debe existir un órgano que pueda representarla a tal fin. En esta situación, con la sociedad disuelta, sin que se haya efectuado por el juez del concurso el nombramiento de administrador concursal y habiendo cesado las limitaciones a las facultades del deudor; la situación es equiparable a aquellas en que la Junta social no ha designado liquidador alguno, lo que por otra parte en este caso no podría efectuarse, ya que la sociedad se ha extinguido en sede concursal. La consecuencia ha de ser, por tanto, la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores, de forma que el último administrador con cargo inscrito sea quien, actuando como liquidador, mantenga su poder de representación, si bien limitado, como sucede con la personalidad de la sociedad, a las operaciones de liquidación. Para ello deberá proceder conforme a la regulación establecida en la LSC, ya que concluido el concurso cesa la aplicación de los preceptos de la Ley Concursal a la enajenación de los bienes sociales para el pago de deudas de los acreedores hasta donde sea posible, teniendo en cuenta que, acreditada en sede concursal la insuficiencia del activo, el procedimiento de liquidación concluirá sin lograr alcanzar plenamente la finalidad solutoria, no planteándose cuestión alguna en cuanto al cierre registral, pues el juez del concurso ya lo acordó en su auto. Todo ello con sujeción al régimen de responsabilidad del 397 LSC y sin perjuicio de la posibilidad de que tanto los socios como los acreedores puedan, conforme a las normas generales, ejercitar cuantas acciones les asistan en defensa de sus intereses. Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones liquidatorias que afecten a los inmuebles que, como en este supuesto, permanezcan en el haber social será necesario además que se acredite que no se ha solicitado la reapertura del concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley Concursal».*

Todo lo anterior, además, puede tropezar con un serio escollo registral. Aunque la personalidad jurídica sobreviva a la cancelación, la necesidad de proseguir o acometer la liquidación de una sociedad cuyo concurso se ha cerrado en falso tiene el inconveniente de haber perdido el cargo inscrito. Para el tercero que adquiera bienes de la sociedad o pague una deuda a la misma no resulta indiferente la inscripción para precaverse frente a lo que pudiera ser una «falsa» apariencia de representación. Esta pérdida de amparo registral también se produce en los casos de continuidad del órgano de administración/liquidación por no haber llegado el concurso a la fase de liquidación, ni decretado la suspensión en la fase común, y con mayor fuerza aún en los casos de conversión del administrador en liquidador. Aunque los representantes sociales permanezcan en el cargo, o se deba entender producida la conversión por efecto de la ley, el historial de la sociedad en el RM ha quedado cerrado, y con ello la condición de cargo inscrito del último nombramiento vigente. Pero insistimos en que esta circunstancia no está reñida con la permanencia de su vigencia.

A pesar de esto, siempre será posible configurar una robusta legitimación extrarregistral para el nuevo cargo. Ésta resulta indudable si hay nombramiento judicial/registral del liquidador, pero también parece posible cuando se nombre por la sociedad. Será necesario redactar entonces la escritura de elevación a público del nombramiento con especial cuidado, dando cuenta de todos los avatares que han conducido a esa situación, tanto los relativos a la cancelación de la sociedad por conclusión del concurso como los atinentes a la convocatoria y celebración de la JG. Incluso cabe instar un acta notarial de Junta con cierta implicación del notario en la verificación de la legitimación de los asistentes (posibilidad que no aceptamos como regla, pero en una situación tan excepcional puede ser admisible, siempre que se combine con la cautela del art. 111 RRM).

Un problema singular puede surgir cuando existan bienes inscritos, especialmente en el RP. Entendemos que el RP debe admitir la actuación de liquidadores no inscritos, igual que ha de hacerlo cuando se trata de administradores, con mayor razón ahora que no hay una presunción registral que ampare un posible nombramiento discrepante. Todo dependerá, una vez más, del detalle con el que fundamente el notario su juicio de suficiencia de las facultades representativas en la intervención de la escritura, dando cuenta del nombramiento y de los datos relevantes que consten en el RM, aunque se trate de sociedad cancelada, como pudiera ser la identidad del último administrador inscrito, al objeto de improvisar una mínima cautela en forma de una notificación análoga a la del art. 111 RRM. Otro tanto cuando no haya un nuevo nombramiento, sino que se trate de último representante social que continúe, o del administrador convertido en liquidador.

De todos modos, tampoco ha de haber inconveniente en inscribir al liquidador, ya que se trata de una vicisitud posterior a la cancelación de la que interesa obtener reflejo registral, siempre que se deje muy claro en el nombramiento que

su función queda limitada a la liquidación del patrimonio del que se ha dejado constancia en el concurso, aunque sea exprés, pues la aparición de otros nuevos bienes cortocircuita —de momento— esa liquidación y obliga a la reapertura del concurso. Es el matiz que está detrás de la negativa a inscribir —confirmada— en la Resolución de 17 de diciembre de 2012, pues el liquidador fue nombrado para hacer efectivos determinados créditos que, se afirma, se habían puesto de manifiesto (se lee en la Resolución: *«a semejanza de la existencia de activo sobrevenido en el supuesto de funcionamiento ordinario de la sociedad, que se traduce en la continuación de las labores de liquidación, cuando la sociedad se extinguió como consecuencia de la existencia de una situación concursal, el precepto señala un efecto similar. Pero a diferencia del supuesto ordinario en el que dichas operaciones se llevan a cabo en el ámbito interno de la sociedad y de conformidad con las reglas ordinarias ahora, y como no puede ser de otro modo, la aparición de activo sobrevenido produce el efecto de reanudar las operaciones liquidatorias en el ámbito del procedimiento concursal y bajo la dirección del mismo Juzgado que conoció anteriormente. Consecuencia inevitable es que dichas operaciones a realizar en el ámbito del procedimiento concursal sean llevadas a cabo por las personas legalmente previstas al respecto... Es evidente que el recurso no puede prosperar y que la pretensión del escrito de recurso de que por aparición de activo sobrevenido se considere que la sociedad en concurso ha dejado de estarlo y se proceda como si aquél no existiera carece de toda base legal»*).

Para hacer frente a los posibles reparos del RM siempre resultará preferible el nombramiento judicial/registral del liquidador. En todo caso, contra la negativa del RM podrá interponerse un recurso judicial antes que un recurso gubernativo. En cualquier caso, así será por una consideración de orden táctico, pues en nuestra opinión se ha de estar a las reglas societarias, que no pasan por extender el nombramiento judicial/registral con carácter general (de gran interés el AJM de Pon-tevedra [3] de 10 de abril de 2012: *«la cancelación de la sociedad en el registro mercantil —efecto formal de la conclusión del concurso— no puede impedir las eventuales transmisiones de bienes que puedan realizar un órgano de administración con plenitud de facultades —ex artículo 178.1—, sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades en que dicho órgano de administración incurra para con socios y terceros. La propia LSC permite, en su artículo 400, fórmulas para la formalización de actos jurídicos tras la extinción de la sociedad, referidas en primer lugar a los antiguos liquidadores —que no existen en nuestro supuesto—, y que pasan en última instancia por la formalización por el juez del domicilio social, siendo así que es inscribible la resolución judicial en que conste la persona designada por éste —artículo 248 RRM— a pesar de la extinción; aunque dichos preceptos piensen en el supuesto de activo sobrevenido —ya veremos después que no es el caso—, no se observa, a la luz de dichas previsiones, inconveniente registral de capacidad a las transmisiones realizadas por el administrador de un concurso concluido inicialmente por insuficiencia de masa activa»*).

Una singular paradoja puede darse cuando se quiera inscribir como tal vicisitud la mera permanencia del anterior liquidador societario inscrito, pues realmente no se trataría de un hecho nuevo posterior a la cancelación, y mucho sentido no tiene improvisar una JG para la mera «confirmación» en el cargo. Habría que admitir una especie de reinscripción sobre la base del anterior nombramiento y de la resolución judicial sobre la conclusión del concurso. Distinto en los casos de conversión automática del administrador en liquidador, donde realmente sí que hay un hecho nuevo, pero no un nuevo título, lo que obligaría a una solicitud específica de inscripción, pero sobre la base de los mismos títulos del supuesto anterior. Lo más sencillo será que en estos casos el propio JM decrete en la resolución que se mantiene al liquidador, o su conversión, y solicitar del RM que deje constancia de esta circunstancia en asiento posterior al cierre.

Una cuestión en la que no entra el Centro Directivo en su Resolución de 2017 es los eventuales criterios de preferencia que debe seguir el liquidador para el pago: no daba base para ello el caso resuelto, donde no hubo sobrante, y sólo cobró el acreedor hipotecario. Algunos autores consideran que las reglas de los arts. 1.921 y ss. CC tienen carácter general para su aplicación también al margen del proceso y por ello deben observarse las reglas legales sobre la graduación cuando realiza el pago a los acreedores. Se invoca en tal sentido el art. 1.028.II CC sobre la herencia aceptada a beneficio de inventario, que no impide el pago cuando consta que hay otro acreedor conocido preferente, pero exige previa caución a favor de éste, caución que deberá constituir el mismo acreedor que cobra primero. La idea, formulada en estos términos, nos suscita algunas dudas. Pensemos en varios acreedores con garantía real sobre un mismo bien que optan por no ejecutarla, ¿qué hace el liquidador?, ¿vende a un tercero con subsistencia de las cargas, pero sin asunción por aquél de la deuda, por una cifra ridícula que deba poner a disposición de esos acreedores privilegiados? Téngase en cuenta, siguiendo la tesis de la propia DG, que estamos en una liquidación societaria, no concursal, y consiguientemente no tiene lugar la cancelación forzosa de cargas y gravámenes, que siguen adheridos al bien que se transmite.

Otro tanto con los privilegios generales, ¿tiene sentido que el deudor discrimine a los acreedores según conste su crédito en escritura pública y por razón de antigüedad?, ¿no deberían ser todos iguales con independencia del soporte documental?, ¿qué ocurre con una posible compensación alegada por un acreedor ordinario? No creemos que el liquidador deba aplicar el principio de la *par conditio* de forma estricta, pero tampoco todas sus excepciones legales, no siempre de fácil valoración, sobre todo fuera del ámbito de una ejecución, ya sea singular o universal, pero sí observar unas mínimas reglas de prudencia, al menos para evitar la acusación de dolo o culpa en el desempeño del cargo y la consiguiente responsabilidad. En concreto, debe evitar el pago de los créditos a favor de personas especialmente relacionadas con el concursado, quizá dar preferencia a ciertos créditos que podemos considerar sensibles (salariales, SS, tributarios), pagar a los garan-

tizados con el precio de venta, y respecto de los demás créditos satisfacer los vencidos según se vayan presentando, hasta que se acabe. En este sentido conviene recordar que el liquidador societario tiene que cumplir unos deberes de información también frente a los acreedores. Cosa distinta es que en el ámbito de una ejecución singular reiniciada después de la conclusión del concurso se apliquen sus reglas propias sobre cancelación de cargas posteriores (en su caso, embargos nuevos o que sobrevivieron al concurso) y destino del sobrante.

El proceso ha de terminar con la aprobación del balance final de liquidación, sin división del patrimonio social, pero con acreedores insatisfechos. Excepcionalmente también podrían quedar bienes. Pensemos, nuevamente, en el bien sujeto a garantía real, que el acreedor no realiza, pero nadie quiere comprar, precisamente por ese gravamen. Profesionalmente nos encontramos con esa situación en un acta notarial de JG en la que el socio titular de la mitad de las participaciones era una sociedad extinguida y cancelada en un concurso-exprés, pero tenía aquellas participaciones —su único activo relevante— pignorado a favor de unas entidades de crédito que no ejecutaban la garantía. En un caso así puede resultar imposible continuar con la liquidación, y la sociedad ya está cancelada. Probablemente lo más oportuno sea aprobar el balance final, sin adjudicar el bien a los socios, y dejar que los acreedores ejecuten cuando les parezca, pues resulta difícil el traspaso a los socios como terceros poseedores, ya que los socios no están obligados a asumir personalmente la deuda, y con una cuota de liquidación que resultaría de muy difícil concreción.

En este sentido, con las debidas adaptaciones, el liquidador habrá de otorgar una escritura de pseudo-extinción de la sociedad, donde dé cuenta de todas estas incidencias, escritura que ha de provocar el correspondiente asiento en el RM, a pesar de la cancelación, pues sólo se trata de reflejar una vicisitud más de la sociedad, de interés también para el liquidador, que tiene derecho a que conste en el RM el efectivo cumplimiento de su mandato, por razones de responsabilidad y posible prescripción. Además, con ocasión del asiento, será posible cumplir con la obligación de depositar en el RM los libros y documentos de la sociedad extinguida (art. 396.3 LSC). Excepcionalmente, si gracias a una repentina revalorización de los activos, o la intervención de un tercero generoso, al final el liquidador consigue pagar a todos los acreedores, y hasta quedan bienes para su reparto entre los socios, será necesario inscribir la cuota de liquidación, aunque la sociedad esté cancelada, igual que se hace en los casos de activo sobrevenido.

Por último, tampoco se ha de excluir una aprobación judicial del balance final cuando resulte imposible su aprobación por los socios, como de hecho también se admite en la liquidación societaria (una de gran interés, la SAP de La Coruña [4] de 17 de abril de 2013, rec. 441/2011, que confirma la revocación de una nota de calificación del RM, contraria a inscribir la extinción porque el balance final había sido aprobado por el juez, ante la imposibilidad de hacerlo en la sociedad

por la existencia de dos grupos enfrentados al 50%). Con mayor razón en una situación tan excepcional como ésta.

Pero el concurso siempre se yergue amenazante, pues ejerce una irresistible fuerza de atracción en el momento en que aparecieran nuevos bienes o derechos. En tal caso deberá declararse la reapertura, o al menos intentarse, pues cabe una reapertura-exprés si el JM considera que los activos descubiertos tampoco cubren los posibles créditos contra la masa, lo que obligaría a continuar con la liquidación societaria en un enloquecido *ritornello*. En todo caso, será una reapertura muy singular, pues hubo «vida» societaria durante el inter vallo, con salida de bienes y posible responsabilidad de los liquidadores.

La reapertura del concurso nos lleva a considerar poco viable la reactivación, al menos en una primera instancia, para todos los supuestos de conclusión por insuficiencia de la masa activa. Con carácter más general, si la reapertura hace posible el pago de la totalidad de los créditos reconocidos, parece que ha de revisarse la causa de conclusión anterior, que tampoco constituye cosa juzgada, pues el concurso reabierto habría concluido con éxito. Por el mismo motivo, si ha sido la liquidación societaria la que sorpresivamente ha conseguido ese resultado, la única forma de revisar la causa de conclusión anterior —si es que se tiene interés en ello— pasa por esa reapertura, aunque sólo sea para su comprobación y la declaración de una nueva conclusión del concurso por esa causa. La cuestión es que el auto judicial que cambie el motivo de la conclusión en ningún caso supondría que la sociedad resucita. Sólo se trata de una ulterior vicisitud de la sociedad que puede reflejarse también en el RM, pero no supone por sí misma un nuevo inicio de la vida registral. Para esto será necesaria una reactivación societaria excepcional, que ahora se hace posible gracias al cambio en la causa de conclusión y su constancia en RM, en los términos que ya se indicaron *supra*.

Queden estas ya largas reflexiones como una simple prueba de que el tema del «concurso sin masa», o del cierre «en falso» del concurso, especialmente en los casos de «concurso exprés», todavía tiene que dar mucho juego, pues quedan cuestiones por resolver. Y muchos de esos temas han de pasar por el RM y, consecuentemente, por la posibilidad de un pronunciamiento final de la DGRN. La doctrina venturosamente «recuperada» del Centro Directivo sobre la función del asiento de cancelación y el mantenimiento de una personalidad jurídica «limitada» o «controlada» durante un tiempo constituye un inmejorable punto de partida que se consolida con la última Resolución de 2017, pero podemos decir que la trama aún no ha concluido. Aún queda por plantearse en sede de recurso una cuarta y última situación, en modo alguno improbable en la práctica: que la sociedad salga del concurso sin órgano de administración, quizá por haberse abierto la fase de liquidación, con el consiguiente cese de sus administradores, pero con bienes inscritos a su nombre que sea necesario liquidar. En este caso, la principal duda es si cabe reconstruir la normalidad orgánica de la sociedad mediante un

nombramiento que sólo puede ser de liquidador, ya sea por los propios socios o por el juez. Incluso, llegado el caso, si sería posible inscribirlo en el RM, para vencer la habitual renuencia de algún RP a aceptar cargos no inscritos.

Esperemos a ver qué dice la DGRN, aunque debemos reconocer que un poco nos preocupa su afirmación, deslizada *obiter* en la última Resolución, de que la designación de liquidador «no podrá efectuarse, ya que la sociedad se ha extinguido en sede concursal». Derivar de esa «extinción» que no existe Junta general capaz de nombrar un liquidador nos parece una inferencia errónea, muy poco compatible además con algunas de las premisas de las que parte la misma DGRN. Parece que todo se solventaría entonces con la presencia de un representante que pueda firmar en nombre de la sociedad, pero con los socios, cuyos legítimos intereses la propia DGRN reconoce como dignos de protección, en auténtica desbandada, incapaces de constituirse en Junta general y con ello de ejercitar las competencias propias de este órgano, entre otras las de control y seguimiento de la liquidación. Auténticos *walking deads* perdidos y sin rumbo. Confiemos, de darse el caso en relación con una liquidación «societaria» posterior al concurso fallido, en lugar de una mera ejecución singular, que la DGRN resuelva en forma coherente con sus acertadas premisas, lleve sus postulados hasta sus consecuencias finales y no termine por convertir un buen *thriller* en un decepcionante *soap opera*.

(Trabajo recibido el 29/03/2017  
y aceptado para su publicación el 15/04/2017)

## **RECENSIONES**



# **GARANTÍAS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIETARIA. SU ANÁLISIS EN DERECHO ESPAÑOL Y DERECHO COMPARADO Y SUS ANTECEDENTES EN DERECHO ROMANO**

Autor: M.<sup>a</sup> TERESA GARCÍA LUDEÑA

Tesis doctoral dirigida por Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN,  
Catedrático de Derecho Romano en la Facultad de Derecho de la UNED

CRISTINA MARQUÉS MOSQUERA  
*Notaria*

La tesis doctoral escrita por M.<sup>a</sup> Teresa GARCÍA LUDEÑA, bajo la dirección de Federico FERNÁNDEZ DE BUJÁN, fue presentada el pasado 5 de febrero de 2016 en la UNED, obteniendo la máxima puntuación, sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

La obra se divide en dos amplias partes, la primera de ellas dedicada al estudio de la *societas* romana y de la responsabilidad civil surgida a raíz de la misma, y la segunda dirigida al análisis de la responsabilidad societaria en el derecho actual.

El interés de la **primera parte** radica en un prolijo estudio tanto del contexto socioeconómico, dentro del cual se configura la *societas* romana y su diferente tipología, como del concepto de responsabilidad societaria.

En primer término, la autora nos ofrece la visión de un derecho romano del comercio mediterráneo en expansión, gracias a la multiplicación de las transacciones monetarias y al crecimiento de la artesanía en competencia con la manufactura a gran escala, y del surgimiento, como consecuencia de todo ello, de varias ramas en el derecho dirigidas sobre todo a la regulación del comercio, del transporte y de los instrumentos financieros.

Y en cuanto a la responsabilidad surgida a partir de la *societas*, la misma se analiza desde distintos prismas: su concepto, fundamento, vías para su exigibilidad, con especial hincapié en la *actio pro socio*; factores determinantes de la extensión de la responsabilidad de los socios; incidencia de la administración social en el régimen de responsabilidad, reglas relativas al capital social como garantía de su efectividad, etc. Además, la autora profundiza en la responsabilidad en el seno de la *societas publicanorum* y sus distintas modalidades; se detiene en la figura de los inversores financieros unidos por vínculo societario y su responsabilidad, la *societas argentariorum*. Finalmente, GARCÍA LUDEÑA se detiene en el estudio de la mecánica hipotecaria en esta época y de supuestos concretos de responsabilidad social en la época posclásica.

La **segunda parte**, por el contrario, nos ofrece un análisis del estado actual de la responsabilidad societaria realizando una comparación con su articulación en la época romana.

En ella, la autora, sin perder de vista el derecho comparado, a través del cual nos ofrece los distintos criterios empleados por los derechos de nuestro entorno para articular este tipo de responsabilidades, desgrana cuál es la posición adoptada en nuestro ordenamiento en materia de responsabilidad societaria, tanto en lo relativo a la tutela de los acreedores, como, tratándose de la responsabilidad por deudas surgidas en el ejercicio de la actividad profesional, la posible concurrencia de responsabilidad societaria y extracontractual, la responsabilidad ante situaciones de insolvencia y la posición concreta que ostentan hoy los administradores en derecho societario. Finaliza GARCÍA LUDEÑA con una referencia a las líneas seguidas en Europa en materia de responsabilidad contractual.

Como señala la autora en su trabajo, a la hora de articular la responsabilidad como consecuencia de los daños originados por el incumplimiento o cumplimiento irregular de las obligaciones generadas con ocasión del desarrollo de cualquier relación contractual, incluida la societaria, los ordenamientos han ido desarrollando diversos sistemas, entre los que destaca el denominado sistema latino, que es el que, al menos aparentemente (si nos atenemos al tenor del artículo 1107 del Código Civil), ha consagrado el derecho español. Partiendo de esta premisa, GARCÍA LUDEÑA se dedica a analizar en su obra en qué medida se aplican realmente los criterios de delimitación del daño del sistema latino: consecuencias necesarias y previsibilidad del daño. Y, además, dedica parte de su exposición a la buena fe y cómo la misma ha servido como criterio moderador a la hora de graduar la responsabilidad en los sistemas de Derecho continental, no así, al menos tradicionalmente, en los de *common law*.

Con todo ello, a lo largo de las casi 600 páginas de su interesante obra, la autora nos hace viajar a través del tiempo para poder entender dónde están las raíces de nuestro derecho, en qué medida nuestra normativa actual en el campo de

la responsabilidad societaria es fiel al derecho romano y qué elementos comunes proporciona el mismo a los Códigos civiles europeos y al derecho privado de la Unión Europea que, a juicio de GARCÍA LUDENA, *«el irreversible proceso unificador nos deparará en el futuro»*.

*(Trabajo recibido el 11/04/2017  
y aceptado para su publicación el 16/05/2017)*



## NORMAS DE PUBLICACIÓN

- Los trabajos han de ser originales.
- Los trabajos habrán de ser aprobados por la Dirección y por el Comité Evaluador Externo.
- El título del trabajo a publicar ha de figurar en mayúscula.
- Los trabajos tendrán una extensión mínima de 5.000 palabras.
- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 puntos; interlineado: sencillo.
- Todos los estudios deben ir precedidos de un breve resumen en español y en inglés (con un mínimo de seis líneas cada uno), palabras claves en español e inglés (con un mínimo de cinco). Asimismo, los estudios doctrinales irán precedidos de un SUMARIO, que seguirá el siguiente esquema:
- Los epígrafes habrán de redactarse en mayúscula e ir numerados con números romanos.
- Los subepígrafes habrán de ir en minúscula y numerarse a partir del 1 de forma correlativa.
- De existir epígrafes dentro de los subepígrafes se redactarán también en minúscula y se numerarán como 1.1, 1.2, etc.
- Habrá de finalizar el trabajo con la BIBLIOGRAFÍA, a no ser que la misma haya quedado debidamente reflejada mediante las notas a pie de página.
- Para las citas a pie de página se seguirán las siguientes normas:
  - a) Si se trata de libros:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Título del libro*, editorial, lugar y fecha de edición.
  - b) Si se trata de artículos:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Título del libro», *Título de la revista*, número \*, fecha, pp. \* a \*.

# PRINCIPIOS ÉTICOS DE PUBLICACIÓN

La revista *Cuadernos de Derecho y Comercio* está comprometida con los principios éticos que deben presidir la actividad científica y reflejo de ello son las normas éticas de publicación que siguen:

## 1. Aceptación de las normas y responsabilidad de los autores

- La remisión de cualquier trabajo a la revista presupone la aceptación de todas las normas editoriales y de publicación de aquélla.
- Todos los autores que suscriben un trabajo a la revista deben haber contribuido de manera real y relevante a su elaboración y no podrán excluir a otros autores.
- Los trabajos que se remitan a la revista han de ser inéditos.
- Todos los datos e informaciones utilizados para la elaboración de los trabajos deben ser reales. Ante cualquier sospecha sobre la posible falsedad o inexactitud de alguno de dichos datos, los autores tienen la obligación de ponerlo en conocimiento de la revista.

## 2. Normas sobre autoría

Todos los trabajos que sean remitidos a la revista deben ser plenamente respetuosos con las normas vigentes en cada momento sobre propiedad intelectual y, en particular, con aquéllas que persiguen el plagio y demás clases de fraude científico. A título ejemplificativo, se considera como plagio la copia literal o sustancial de contenidos sin entrecomillar y/o sin citar la fuente, el parafraseo o reproducción de ideas sin citar la fuente y la reutilización abusiva o encubierta de textos propios ya publicados. Y se considera como fraude científico, entre otros supuestos, el uso deliberado de informaciones o datos falsos o falseados, la usurpación de trabajos ajenos y el ocultamiento de la existencia de un conflicto de interés relevante que afecte al autor.

## 3. Obligaciones del Consejo de Dirección

- El Consejo de Dirección se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Dirección asume la responsabilidad de aceptar o rechazar los trabajos recibidos, basando sus decisiones en criterios científicos y en el juicio emitido por los evaluadores externos.
- El Consejo de Dirección se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constata que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Dirección velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.