



Cuadernos de Derecho y Comercio **70**

**Consejo General
del Notariado**

**Diciembre
2018**



Cuadernos de Derecho y Comercio 70

Diciembre 2018
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. Diríjase a CEDRO, Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org, si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Todos los trabajos publicados son originales.

© Consejo General del Notariado
Silvano, 55 - 28043 Madrid
Correo de contacto: cdc@notariado.org

Edita: LEFEBVRE-EL DERECHO, S. A.

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

Preimpresión:
PRINTING'94, S. L.
C/ Orense, 4 (2.ª planta)
28020 Madrid

Imprime:
GRAMADOSA, S. L.
Avda. del Moncayo, 2, nave 3
28703 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 Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel García Collantes Notario de Madrid
Carmen Alonso Ledesma Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Rafael Illescas Ortiz Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid
Alberto Alonso Ureba Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid	Josep Massaguer Fuentes Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelo- na
M.ª Luisa Aparicio González Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid	Xavier O'Callaghan Muñoz Catedrático de Derecho Civil. Magistra- do de la Sala Primera del Tribunal Su- premo
José M.ª de la Cuesta Rute Catedrático emérito de Derecho Mer- cantil de la Universidad Complutense de Madrid	Santiago Ortiz Navacerrada Catedrático de Derecho Procesal.
Alberto Díaz Moreno Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla	José Cándido Paz-Ares Rodríguez Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
José Miguel Embid Irujo Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Valencia	Fernando Rodríguez Artigas Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid
Salvador Torres Ruiz Notario de Granada	Angel Rojo Fernández-Río Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid
Gaudencio Esteban Velasco Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid	Patricio Toscano Romero 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 Córdova 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	Fernando Rodríguez Prieto
Antonio Lopera Perales	Luis Rojas Martínez del Mármol
María López Mejía	Jorge Sáez-Santurtún Prieto
Manuel Lora-Tamayo Villacieros	José Francisco Velasco Peche
Jesús Lleonart Castro	Miguel Vicente-Almazán Pérez de Pe- tinto
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

ESTUDIOS DOCTRINALES

El largo camino recorrido por las «suelas rojas» de <i>Louboutin</i> . A propósito del asunto C-163/16 <i>Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV</i> ./ The long path followed by the “red soles” of Louboutin. Apropos of case C 163/16 Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV, <i>por Luz Sánchez García</i> ..	13
Alcance actual del derecho de eliminación de los datos personales en relación con los motores de búsqueda / Current scope of the right to have personal data eliminated in connection with search engines, <i>por Trinidad Vázquez Ruano</i>	37
Las características del servicio de <i>cloud computing</i> y su relevancia jurídica en la distribución de responsabilidades entre proveedor y suscriptor./ Characteristics of a cloud computing service an their legal relevance for the distribution of liabilities between suppliers and subscribers, <i>por Francisca María Rosselló Rubert</i>	77
Cesión de cartera de créditos. La necesaria reforma del artículo 1535 del Código Civil/ Assignment of credit portfolios. The necessary reform os section 1.535 of the Civil Code, <i>por Rafael Ángel Salas Marín</i>	97

SUMARIO

PRÁCTICA JURÍDICA

- Ejercicio del cargo y ámbito de actuación de los liquidadores en las sociedades de capital / Exercise of positions and scope of action of capital corporation liquidators, *por Blanca de la Cámara Entrena y Lucía Gil López de Sagredo* 117

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

- Tratamiento tributario del *bitcoin* y demás criptomonedas / Tax treatment of bitcoins and other cryptocurrencies, *por Íñigo Egea Pérez-Carasa* .. 129
- Régimen fiscal de los socios de una empresa familiar configurada como entidad: Impuesto sobre el Patrimonio e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones / Tax regime for partners in a family-owned business set up as a separate entity: Wealth tax and tax on successions and donations, *por Enrique Sanz de Sandoval* 181

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

Derecho contractual

- Las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios por impago de una sola cuota: situación actual a raíz de la STS de 27 de enero de 2017, breve resumen, posibles consecuencias y soluciones / Early maturity clauses in mortgage loans due to non-payment of a single instalment: current status following the supreme court judgment dated January 27th., 2017, brief summary, possible consequences and solutions, *por Pedro Fernández Yáñez* 195
- La protección del tercero de buena fe ante el poder extinguido (a propósito de la RDGRN de 10 de mayo de 2018) / The protection of third parties acting in good faith in the face of extinguished powers of attorney (apropos of the DGRN resolution dated, May 10th, 2018), *por Esteban Manuel García Martín* 209
- Transacción, novación y protección de los consumidores / Compromises, novations and consumer protection, *por Ana Isabel Berrocal Lanzarot* . 217

SUMARIO

Derecho societario

Derechos de acompañamiento y arrastre, prohibición de constitución de derechos reales sobre participaciones y su inscribibilidad (comentario a la resolución de 30 de junio de 2018 de la DGRN) / Drag-along and joint participation rights, prohibition on the establishment of in rem rights on stock certificates and their eligibility for registration (comment on the DGRN resolution dated June 30th, 2018), <i>por Blanca Caffarena Pérez</i>	305
---	-----

Derecho concursal

Comentarios a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2018 (B.O.E. de 21 de junio de 2018) / Comments of the resolution adopted by the Directorate General for Public Registries and Notaries Public on June 4th, 2018 (B.O.E. dated June 21st, 2018), <i>por Antonio Domínguez Mena</i>	317
---	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL LARGO CAMINO RECORRIDO POR LAS «SUELAS ROJAS» DE LOUBOUTIN

A propósito del asunto C-163/16

Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV

LUZ SÁNCHEZ GARCÍA

Profesora Ayudante Doctor

Universidad Católica de Murcia

RESUMEN

El color rojo ha distinguido desde sus inicios las «suelas de zapato» creadas por *Christian Louboutin*. Este signo pronto llegó a convertirse en icono de la moda del calzado, por lo que el diseñador procedió a su registro en diferentes ordenamientos. Dependiendo de la estrategia registral llevada a cabo, la marca ha permanecido estable en algunos de ellos mientras que en otros se ha cuestionado su validez. La última controversia se ha suscitado en el Benelux por una infracción cometida por la sociedad *Van Haren Schoenen BV*, tras haber vendido en 2012 zapatos provistos de una suela de color rojo. A raíz de este conflicto, se abre de nuevo el debate acerca de la validez del registro del color *per se* como marca y su tratamiento separado de la forma del producto que identifica.

Palabras clave: marca, color, suelas rojas, distintividad sobrevenida.

LUZ SÁNCHEZ GARCÍA

THE LONG PATH FOLLOWED BY THE “RED SOLES” OF LOUBOUTIN

Apropos of case C-163/16

Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV

LUZ SÁNCHEZ GARCÍA
Assistant Doctoral Lecturer
Catholic University of Murcia

ABSTRACT

Christian Louboutin’ soles have been characterized by color red since the very beginning. This sign soon became an icon of footwear fashion, so the designer proceeded to register it in different orders. Depending on the registration strategy carried out, the trademark has remained stable in some of them while in others its validity has been challenged. The last dispute has arisen in the Benelux due to a trademark infringement committed by *Van Haren Schoenen BV* society, having sold shoes with red soles in 2012. This new case reopens the discussion on the possibility of registering a color *per se* as a trademark and its separate treatment from the form of the product it identifies.

Keywords: trademark, color, red soles, secondary meaning.

SUMARIO: I. TRAYECTORIA REGISTRAL DE LAS «SUELAS ROJAS» DE LOUBOUTIN.—II. PROTECCIÓN DEL COLOR *PER SE* COMO MARCA. 1. Protección del color en EE.UU. 2. Protección del color en la UE. 3. Breve referencia a la doctrina del «*secondary meaning*» de una marca de color como elemento común a ambos ordenamientos.—III. LA VALIDEZ DE LAS «SUELAS ROJAS» DESDE UN PRISMA COMPARADO.—IV. LA ÚLTIMA ANDADURA DE LAS «SUELAS ROJAS».—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. TRAYECTORIA REGISTRAL DE LAS «SUELAS ROJAS» DE LOUBOUTIN

En la década de los noventa, el diseñador *Christian Louboutin* comenzó a usar el color rojo en las suelas de sus creaciones¹. Desde entonces, dicho signo pasó a convertirse en icono de la moda del calzado, trayendo consigo controversias al respecto. Dependiendo de la estrategia llevada a cabo para su registro, la marca ha permanecido estable en algunos ordenamientos mientras que en otros se ha cuestionado su validez².

La trayectoria registral seguida para las «suelas rojas» en Estados Unidos (EE. UU.) difiere de la europea, aunque, como veremos, en algunos puntos se encuentran entrelazadas. Las notas discordantes provienen de la aplicación de las normas relativas al régimen de marcas contenidas en los diferentes ordenamientos que, *alla fine*, permiten que prospere o no el registro de un signo.

En el año 2000 se solicitó por primera vez en EE. UU. el registro de la «suela de zapato color rojo» (*shoe sole color of red*)³, como marca figurativa, no llegando dicha solicitud a materializarse al abandonar el diseñador su pretensión⁴.

¹ Este apunte es bien conocido en el mundo de la moda. Prueba de ello es la ingente cantidad de fuentes que así lo constata. En todo caso, y a efectos meramente ilustrativos, puede consultarse la biografía del diseñador y con ello su trayectoria en <https://www.biography.com/people/christian-louboutin-21105389> (consultado el 12 de junio de 2018), entre otras.

² Véanse *infra*, el apartado III, relativo a la validez de la marca en Estados Unidos y en Europa.

³ Solicitud de registro núm. 76.261.832, en la Sección 44 d), basado en un registro anterior en Francia con el núm. 3.067.674.

⁴ Uno de los motivos por los que se desistió de esta solicitud podría ser que esta misma marca fue cuestionada en Francia en el asunto *Zara France, SARL v. Christian Louboutin, S.A.* Cour d'Appel de París, Pôle 5, Chambre 9, no. 165, June 22, 2011. Véase *infra*, apartado III.



Imagen 1

En 2006 se realizó una nueva solicitud⁵ que, tras sufrir ciertas modificaciones, finalmente reivindicaba el color rojo representando una suela estilizada y siendo el color una característica de la marca (*the color red appears in the design representing a stylized red sole. The color(s) red is/are claimed as a feature of the mark*). La cuestión controvertida que suscitaba esa solicitud tenía que ver, precisamente, con la utilización de la marca, ya que a pesar de encontrarse registrada para designar productos contemplados en la clase 18 —esto es, calzado, sombreros, guantes, entre otros—, la manera en que quedaba representada se consideraba que era más oportuna para su utilización en etiquetas, cajas de zapatos, perfumes, etc.⁶, pero no tanto en la suela del zapato, como parecía la intención del diseñador⁷.



Imagen 2

Por ello, tras varias modificaciones en su redacción⁸, se solicitó la marca figurativa consistente en «una suela roja lacada en el calzado que contrasta con el color de la parte contigua (superior) del zapato. Las líneas de puntos no son

⁵ Solicitud de registro núm. 79.030.715, basada en un registro anterior en Francia con el núm. 63.414.903.

⁶ Sobre estas y otras cuestiones acerca de la trayectoria registral de *Louboutin* en EE. UU., véase H. HOCKING, A./DESMOUSSEAU, A.: «Why Louboutin matters: what red soles teach us about the strategy of trade dress protection», en *The Trademark Reporter*, vol. 105, núm. 6, 2015, pp. 1337-1388, p. 1344 y ss.

⁷ Esto lo refrenda el hecho de que en la actualidad esta marca se encuentre registrada (núm. 11.113.611) para las clases 3, 9 y 14 que, precisamente, se refieren a productos tales como perfumes, cosmética, fundas protectoras de móviles, ordenadores y joyas y relojes, respectivamente. Este nuevo registro, además, reivindica el diseño de una suela roja (*the mark consist of a shoe sole design colored red*).

⁸ La solicitud inicial presentada en 2007 reivindicaba «una suela roja lacada en el calzado» (*a red lacquered outsole on footwear*).

parte de la marca, pero están destinadas a mostrar la ubicación de la marca» (*a red lacquered outsole on footwear that contrasts with the color of the adjoining («upper») portion of the shoe. The dotted lines are not part of the mark but are intended only to show placement of the mark*)⁹.



Imagen 3

Como se aprecia, esta marca ubica de manera precisa el color rojo dentro del producto que designa, evitando así un posible conflicto en la delimitación del signo distintivo. Además, la misma se encuentra registrada para la clase 25, en concreto para calzado de diseño de alta moda de mujer.

Las «suelas rojas» también han alcanzado su protección en la UE, tanto a nivel de Estados miembros como a nivel europeo, a través del título único otorgado por la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (EUIPO). Así, la marca figurativa de la imagen 2 fue solicitada, por primera vez, en 2006 para las clases 18 y 25¹⁰ y en 2012 para las clases 3, 9 y 14¹¹ (tal y como sucedió en EE. UU.), conviviendo ambas actualmente.

En 2010 se registró la marca figurativa de la imagen 3, consistente en el color rojo (Pantone 18-1663TP) aplicado sobre una suela de zapato, especificando su titular que el contorno del zapato no forma parte de la marca, pero sirve para mostrar la concreta posición de la misma (*the trademark consists of the colour red (Pantone 18.1663TP) applied to the sole of a shoe as shown (the outline of the shoe is therefore not part of the trademark but serves to show the positioning of the trademark)*). Destaca de este registro la indicación de la tonalidad exacta de rojo, referida a un sistema internacional de identificación, comparación y comunicación del color para las artes gráficas (*Pantone Matching System*). Tal y como sucede en EE. UU., la marca se encuentra registrada para la clase 25, si bien con la especificación de que la protección se reivindica para zapatos de tacón —excluidos los ortopédicos—¹². La misma protección fue solicitada para el Benelux¹³, ámbito geográfico y ordenamiento, donde ha tenido lugar la última

⁹ Solicitud de registro núm. 77.141.789

¹⁰ Solicitud de registro núm. 5.282.322

¹¹ Solicitud de registro núm. 11.113.611.

¹² Registro núm. 8.845.539.

¹³ Registro núm. 874.489.

controversia marcaría de las «suelas rojas» que se analizará en el último epígrafe del presente trabajo¹⁴.

II. PROTECCIÓN DEL COLOR *PER SE* COMO MARCA

El acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de 1994 establece que puede constituir una marca «cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos» (art. 15.1). Como se aprecia, la disposición se refiere a la combinación de colores, sin aludir al color en sí mismo. Pero al no tratarse de una lista exhaustiva de lo que pudiera constituir una marca, *a priori* cabría entender que no se excluye que un color individualmente considerado pueda tener cabida en ella¹⁵.

Lo que se desprende de la definición transcrita es que la función fundamental de una marca es identificar el origen empresarial de un producto o servicio¹⁶. Precisamente, se entiende que una marca goza de distintividad cuando provoca una asociación inmediata con el origen empresarial de los productos o servicios que designa¹⁷ sin que genere riesgo de confusión en el consumidor¹⁸. Y, con carácter general, se predica la falta de carácter distintivo del color¹⁹ basada en la consideración que el público hace de éste, al entenderlo como una mera ornamentación del producto principal²⁰.

En tal sentido, aunque los colores pueden utilizarse para inducir emociones, estados de ánimo o para ejercer influencia en el consumidor, ayudando de esta manera a las empresas a posicionarse en el mercado y a diferenciarse de la competencia²¹, en la práctica suelen apreciarse como elementos integrantes de la apa-

¹⁴ En concreto, se trata del caso *Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV*, asunto que será abordado en el apartado IV.

¹⁵ GERVAIS, D.: *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*, 2.ª edición, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2003, p. 167.

¹⁶ Sobre las funciones de una marca, FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 66 y ss.

¹⁷ KUDRJAVCEVA, J.: «Issues surrounding registration of colour trade marks», en *RGLS Research Papers*, núm. 9, 2012, pp. 1-63, p. 20.

¹⁸ Al respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 88 y ss.

¹⁹ BAINBRIDGE, D. I.: «Smell, sound, colour and shape trade marks: an unhappy flirtation?», en *Journal of Business Law*, núm. 219, pp. 219-246, p. 232.

²⁰ LABADIE-JACKSON, G.: «Un arco iris de lentes con los que mirar. La protección del color único como marca en los Estados Unidos, en España y en la Unión Europea», en *Richmond journal of Global Law & Business*, vol. 7, núm. 2, 2008, pp. 111-131, p. 128.

²¹ ASLAM, M. M.: «Are you selling the right colour? A cross-cultural review of colour as a marketing cue», en *Journal of Marketing Communications*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 15-30, p. 15.

riencia externa del producto. De esta manera se considera que quien pretende registrar un color como marca tiene la intención de reservarse una característica de los objetos que protege²². Sin embargo, a nuestro juicio (y por el contrario), esta actuación podría entenderse como un argumento potenciador del reconocimiento del color por sí mismo como marca²³. Además, de la propia concepción tradicional del vocablo «color» se desprende el ánimo diferenciador que provoca en el objeto al que afecta, al entenderlo como aquella «cualidad especial que distingue el estilo»²⁴; sin olvidar que el color supera la barrera del lenguaje²⁵, lo que favorece la utilización internacional de una marca de color.

Como es sabido, la protección del color como marca puede defenderse acudiendo a diversas categorías: i) como un elemento de la marca tradicional; ii) como un elemento esencial de la presentación o imagen del producto (*get-up* o *trade dress*)²⁶; o iii) el registro del color *per se*²⁷. Nuestro análisis se centrará en la protección como marca del color en sí mismo por ser éste el conflicto que nos ocupa en el caso *Louboutin*. Analizando la práctica de los tribunales, se deduce que tanto en EE. UU. como en Europa se defiende un concepto amplio de marca en atención al cual el color puede en sí mismo ser considerado como marca²⁸. No obstante, será necesario adentrarse en la regulación de esta materia para observar las variaciones que, en cuanto a registro, pueden arrojar los distintos ordenamientos.

1. Protección del color en EE. UU.

El régimen marcario se encuentra recogido, fundamentalmente, en la denominada *Trademark Act of 1946 (15 U.S.C)* —conocida como *Lanham Act*—, aunque ninguno de sus preceptos prevé de manera expresa la posibilidad de registrar

²² LABADIE-JACKSON, G.: «Un arco iris de lentes con los que mirar», *cit.*, p. 111.

²³ BARTOW, A.: «The true colors of Trademark Law: greenlighting a red tide of anti-competition blues», en *Kentucky Law Journal*, vol. 97, núm. 2, 2008, pp. 263-291, p. 266.

²⁴ Véase la sexta acepción del vocablo «color» del Diccionario de la Real Academia Española.

²⁵ YANG, D.: «Colour markability: registrable in few nations, but debatable among many», en *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 17, 2012, pp. 246-250, p. 248.

²⁶ La imagen comercial de un producto o «*trade dress*» es una figura que en el ordenamiento estadounidense encuentra su amparo como «símbolo» o «dispositivo» en el sentido de la § 2 *Lanham Act*, 15 U.S.C. §1052 [*Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros.*, 529 U.S. 205, 209-210, 54 USPQ2d 1065, 1065-66 (2000)]. Con carácter general, se define como la apariencia general de un producto, de manera que puede incluir características tales como «tamaño, forma, combinaciones de color o color, textura y gráficos» [*Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc.*, 505 U.S. 763, 764 n.1, 23 USPQ2d 1081, 1082 n.1 (1992)]. Sin embargo, no se trata de una lista exhaustiva, porque prácticamente «cualquier cosa capaz de transmitir significado» puede usarse como un «símbolo» o «dispositivo» y constituye una imagen comercial que identifica la fuente o el origen de un producto.

²⁷ Sobre esta clasificación, KUDRJAVCEVA, J.: «Issues surrounding registration of colour trade marks», en *RGLS Research Papers*, núm. 9, 2012, pp. 1-63, p. 9.

²⁸ Véanse, en este sentido, los asuntos *Smith Kline & French Laboratories Ltd v. Sterling-Winthrop Group Ltd* (1975) y *C-104/01 Libertel Groep BV v. Benelux-Merkenbureau* (2003), en EE. UU. y en la UE, respectivamente.

un color como marca²⁹. Las opciones apuntadas en esta materia han venido, por tanto, de la mano de la interpretación ofrecida por los tribunales en sus diversos pronunciamientos.

Con carácter general, la jurisprudencia ha ido articulando diversas objeciones en orden a evitar el registro del color como marca. Así, por ejemplo, la teoría del agotamiento de los colores (*colour depletion theory*) parte de la existencia de un número finito de colores básicos dentro del espectro visible. De manera que si cualquier sujeto —agente, empresa, etc.— se atribuyese un color de manera exclusiva para designar sus productos o servicios, pronto la paleta de colores disponibles quedaría reducida para futuros competidores, suponiendo una barrera de entrada para éstos³⁰. La teoría de la confusión de tonalidades (*shade confusion doctrine*), por su parte, centra la objeción en la mayor dificultad que existe para diferenciar las diversas gamas existentes de un color en comparación con la distinción de formas, palabras o dibujos³¹.

También —y quizá para el caso que nos ocupa podría ser la teoría más controvertida— se ha cuestionado que el color pueda manifestarse como una característica funcional del producto o servicio que designa, entendiéndose por funcionalidad el hecho de que el color constituya un elemento esencial para el uso del artículo o que afecte a la calidad o coste del mismo³². En este sentido, cabe advertir que existen dos tipos de funcionalidad, a saber, la utilitaria y la estética. Es obvio que el color es un elemento que carece de una función utilitaria en sentido estricto, ya que no ayuda a que el producto funcione mejor (aunque sí a que pueda ser mejor o peor percibido por el ojo humano y, en consecuencia, a facilitar su identificación por el consumidor). Sin embargo, sí que podría considerarse funcional cuando su uso exclusivo provoque en los competidores una posición de desventaja en el mercado, siempre que dicha desventaja no esté referida a la reputación³³.

²⁹ La sección 45 de la *Lanham Act* define lo que puede constituir una marca: «The term ‘trademark’ includes any word, name, symbol, or device, or any combination thereof (1) used by a person, or (2) which a person has a bona fide intention to use in commerce and applies to register on the principal register established by this chapter, to identify and distinguish his or her goods, including a unique product, from those manufactured or sold by others and to indicate the source of the goods, even if that source is unknown». De su lectura se aprecia cómo este precepto omite cualquier referencia al color como posibilidad susceptible de ser registrada como marca.

³⁰ La primera vez que se deniega el registro de un color basándose en esta teoría es en el asunto *Diamond Match Co. v. Saginaw Match Co.* 142 F 727 (6th Circ.) 203, U.S. 589 (1906). Esta teoría fue utilizada, además, de manera recurrente por los tribunales estadounidenses con este fin. En este sentido, LANDAU, M. B.: «Trademark protection for colour per se after Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.: another grey area in the law», en *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 2, núm. 1, 1995, pp. 1-62, p. 8.

³¹ Esta teoría ha sido criticada por numerosos autores al no estar basada en datos empíricos y además entrañar la misma dificultad la determinación del riesgo de confusión para el caso de las tonalidades de color que para el resto de escenarios (*v. gr.*, comparación de palabras). Entre otros, LANDAU, M. B.: «Trademark protection for colour per se after Qualitex», cit., pp. 11 y ss.

³² Al respecto, *Inwood Labs., Inc. v. Ives Labs., Inc.*, 456 U.S. 844, 850, n.10, 214 USPQ 1, 4, n.10 (1982).

³³ UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE, *Trademark Manual of Examin-*

En 1995, el Tribunal Supremo estadounidense (*U.S. Supreme Court*) por primera vez sostuvo, en el asunto comúnmente conocido como *Qualitex*, que el color por sí solo podía ser registrado como marca, rechazando la teoría del agotamiento de los colores³⁴. El tribunal admitió la distintividad sobrevenida adquirida por el color «*green-gold*» a través de su uso para los productos designados, pero no se pronunció sobre la posibilidad de que el color pudiera estar dotado de distintividad intrínseca³⁵. En un asunto posterior —el caso *Wal-Mart*³⁶— el tribunal llegó a afirmar, despejando con ello cualquier duda al respecto, que de una marca nunca puede predicarse distintividad intrínseca.

En la actualidad cabría afirmar que en EE. UU. toda marca consistente en un color es automáticamente considerada como no distintiva, salvo que se demuestre su distintividad sobrevenida (*secondary meaning*)³⁷; sólo así cumplirá el color la función característica de una marca, esto es, la capacidad para identificar el origen empresarial de los productos y/o servicios para los que se usa³⁸.

En todo caso, para poder registrar el color habrá que representar el producto —o el envoltorio del producto— en el que se incluye³⁹. Esta medida es necesaria habida cuenta que el registro debe reproducir con exactitud la marca pretendida; de ahí que se necesite una representación del objeto en el que se usa el color⁴⁰. El objeto debe aparecer delimitado por líneas discontinuas cuya función principal es informar al usuario sobre el lugar y la forma de uso del color en el producto, especificando, al mismo tiempo, que la forma del producto no se reivindica como parte de la marca⁴¹. De hecho, en ausencia de un dibujo de líneas discontinuas, la Oficina de Patentes y Marcas Estadounidense (USPTO) asume que la marca propuesta es una marca combinada que consiste en la forma del producto —o la forma de su envoltorio— en un color particular.

ing Procedure, octubre 2017, capítulo 1200, apartado 1202, a) vi). Disponible en <https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/current/TMEP-1200d1e1.html> (consultado el 31 de mayo de 2018).

³⁴ *Qualitex Co. v. Jacobson Products. Co. Inc.* 514 U.S. 159 (1995), apartado 161.

³⁵ A mayor abundamiento, sobre algunas de las reflexiones emitidas por el Tribunal en el caso *Qualitex* en torno al color como marca véase MOIR, D. E., «Trademark protection of color alone: how and when does a color develop secondary meaning and why color marks can never be inherently distinctive», en *Touro Law Review*, vol. 27, núm. 2, pp. 407-433, pp. 412 y ss.

³⁶ *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Brothers, Inc.* 529 U.S. 205 (2000).

³⁷ En concreto, tras probar por lo menos cinco años de uso continuado de la marca en el mercado (*Lanham Act*, Sección 2f). Sobre la doctrina del «*secondary meaning*» véase *infra*, el apartado II.3.

³⁸ Así lo requiere el PTO Manual.

³⁹ UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE, *Trademark Manual of Examining Procedure*, cit., capítulo 1200, apartado 1202. 5 d) i).

⁴⁰ *Trademark Law Rules of Practice & Federal Statutes* (TLRPFS) 37 C.F.R. §2.51 U.S.

⁴¹ Esta medida queda reflejada tanto en TLRPFS 37 C.F.R. §2.52 (b)(4) como en el *Trademark Manual of Examining Procedure* (TMEP) §807.08.

2. Protección del color en la UE

En el ámbito europeo, el Reglamento 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre la marca de la Unión Europea (RMUE)⁴² declara que «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 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» (art. 4). En este mismo sentido se pronuncia el art. 3 de la Directiva 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas⁴³. Como se aprecia, para la Unión Europea, el color, tomado de manera aislada, puede constituir una marca⁴⁴.

En este aspecto también la práctica jurisprudencial de la UE ha evolucionado de manera paralela y en la misma dirección a la estadounidense; sin embargo, el TJUE ha sido si cabe más cauteloso y ha considerado imprescindible someter la validez del registro del color en sí mismo como marca al cumplimiento de algún requisito formal. Así, en el asunto *Libertel*⁴⁵ se reconoció por primera vez la posibilidad de registrar un color como marca siempre y cuando cumpliera ciertos requisitos, en concreto, que la marca fuese clara, precisa, completa en sí misma, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva («*Sieckmann Criteria*»)⁴⁶. Ello hace necesario que el solicitante de la marca refiera la protección del color que reivindica a una tonalidad concreta identificada en un sistema de definición cromática (Pantone, RAL, etc.)⁴⁷. Asimismo, y en consonancia con la teoría del agotamiento de colores predicable del ordenamiento estadounidense, el TJUE precisó que para apreciar el carácter distintivo de un color determinado sería necesario tener en cuenta el interés general en orden a no restringir indebidamente la disponibilidad de los colores para los demás operadores que ofrecen productos

⁴² En vigor desde el 1 de octubre de 2017.

⁴³ Ésta y otras previsiones deberán ser incorporadas por los Estados Miembros con el fin de armonizar sus legislaciones en materia de marcas antes del 14 de enero de 2019. Así lo establece el art. 54 de esta norma relativo a la transposición.

⁴⁴ Para ser más precisos cabe señalar que fue ya incluida en la primera reforma del sistema de marcas de la UE, a partir del Reglamento 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo («Reglamento de modificación») por el que se modifica el Reglamento sobre la marca comunitaria.

⁴⁵ Asunto C-104/01 *Libertel Group BV v. Benelux-Merkenbureau* (2003).

⁴⁶ Sobre estos requisitos véase el asunto C-273/00 *Sieckmann v German Patent and Trademark Office*, apartados 47 a 55.

⁴⁷ Este planteamiento también patente en la Decisión de la 3.ª Cámara de Recursos de la EUIPO de 12 de febrero de 1998, en el asunto R-7/97-3 *Orange Personal Communications Service Ltd.* Sobre este último asunto véase PELASE CAPELL, J./SOLANELLES BATLLE, M. T.: «El color *per se* como marca registrada en la doctrina de la OAMI. Comentario a la Resolución de la 3.ª Sala de Recurso de la OAMI de 12 de febrero de 1988 (asunto R-7/97-3), caso *Orange*», en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 19, 1998, pp. 397-412.

o servicios del mismo tipo que aquellos para los que se solicita el registro⁴⁸. Pero este planteamiento tan sólo supuso una primera aproximación al registro del color, debiendo estar en lo sucesivo a la particularidad del asunto concreto⁴⁹.

Lo que sí confirmó el TJUE en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal holandés en el caso *Libertel* fue la posibilidad de registrar un color como marca siempre que hubiera adquirido distintividad por su uso (*secondary meaning*). Como se observa, esta postura se muestra en consonancia con la adoptada por el Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Qualitex* ya citado⁵⁰.

Con la inclusión del color como posible signo susceptible de conformar una marca en las previsiones del Reglamento y en la Directiva citadas, el problema se ha de entender superado⁵¹. No cabe duda de que se trata de un resultado fruto del avance de la jurisprudencia del TJUE, a día de hoy consolidada, terminando así con la inseguridad jurídica que la falta de mención expresa del color como posible signo con carácter distintivo acarrea.

3. Breve referencia a la doctrina del «*secondary meaning*» de una marca de color como elemento común a ambos ordenamientos

Cuando una marca carece de distintividad intrínseca para distinguir los bienes y servicios que identifica será susceptible de ser registrada como tal siempre y cuando haya adquirido distintividad sobrevenida por su uso (fenómeno conocido en el mundo anglosajón por «*secondary meaning*»). La doctrina del «*secondary meaning*» consiste en atribuir un significado secundario al que *a priori* evoca un signo en cuestión, en nuestro caso sería el color. Esta fórmula permite el reconocimiento jurídico del efecto psicológico que causan determinados signos comerciales en la mente del consumidor⁵².

⁴⁸ Véase el asunto *Libertel* citado *supra* (nota 46), declaración núm. 4 manifestada por el TJUE en su contestación a la cuestión prejudicial planteada por el *Hoge Raad der Nederlanden* (Países Bajos).

⁴⁹ Un ejemplo de ello lo constituye el asunto C-49/02 *Heidelberger Bauchemie GmbH* (2004); se cuestionó si una combinación de colores presentados de forma abstracta y sin contornos podría ser registrado como marca. El TJUE entendió que podría constituirse como marca siempre que existiese una disposición sistemática que asociase dichos colores de manera predeterminada y permanente. Sobre éste y otros casos emblemáticos en la práctica europea, HUMPHREYS, G.: «A selective review of colour mark issues and case law in the EU», *Fordham IP Conference*, 2013, pp. 1-19. Disponible en http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2013/03/2013.humphries.design.paper_.pdf (consultado el 19 de junio de 2018).

⁵⁰ Véase *supra*, apartado II.1.

⁵¹ Esta novedad de la legislación de la UE viene acompañada de otras medidas que, además de aportar seguridad jurídica, facilitan el registro de otros signos (olores, sonidos, etc), siendo la más relevante la desaparición del requisito de la representación gráfica sustituyéndolo por un concepto más amplio de representación.

⁵² MCCARTHY, J. T.: *McCarthy on trademarks and unfair competition (4th Edition)*, Ed. Thomson Reuters, 2010, cap. 15, p. 5.

Esta posibilidad la contempla el Acuerdo ADPIC para aquellos Estados miembros que así lo dispongan (art. 15.1). En este mismo sentido se pronuncia el art. 4, apartados 4 y 5, de la Directiva 2015/2436 cuando reconoce que no se denegará el registro de una marca si, antes de la fecha de la solicitud de registro (o facultativamente si así lo deciden los Estados Miembros, antes de la fecha del registro efectivo) ésta hubiese adquirido carácter distintivo debido al uso que se haya hecho de la misma⁵³; precisión que es reproducida, para el caso de la marca de la Unión Europea, en el art. 7.3 del RMUE.

En lo que respecta al ordenamiento estadounidense, es la sección §2f *Lahnam Act*, a la que alude a su vez la sección §1212 del *Trademark Manual of Examining Procedure* (TMEP), la que acoge esta eventualidad. La opción es planteada, en todo caso, como una excepción a las prohibiciones de registro como marca.

El objetivo fundamental que persigue la doctrina del *secondary meaning* es identificar no sólo los productos que designa, sino el origen de los mismos, de manera que para que se pueda predicar la distintividad sobrevenida de una marca será necesario probar que el primer significado que evoca en el consumidor es el productor y no el producto en sí⁵⁴. Con este fin, el *Trademark Trial and Appeal Board* (TTAB) examina todos los documentos aportados por el solicitante de la marca, pero en todo caso recomienda —sin carácter taxativo— utilizar como medio de prueba: 1) encuestas a consumidores; 2) volumen de ventas y gastos en publicidad; 3) materiales y documentos relacionados con actos de promoción; 4) duración y exclusividad del uso del signo para el que se solicita protección⁵⁵.

Por su parte, en el ámbito europeo, el asunto *Windsurfing Chiemsee*⁵⁶ puso de manifiesto las condiciones necesarias para demostrar la adquisición por una marca de distintividad sobrevenida por su uso. En concreto, se entiende que una marca ha alcanzado «*secondary meaning*» si una parte relevante del público al que va dirigido identifica el origen empresarial de los productos o servicios que designa gracias a ella⁵⁷. Tampoco existe en la UE un único medio para probar la distintividad sobrevenida, sin embargo, algunos autores consideran la realización de encuestas a consumidores el método más adecuado y preciso para conseguir tal fin⁵⁸. Además, el uso de dicho color en campañas publicitarias, así como en la

⁵³ Del mismo modo contempla este precepto que no se declarará nula una marca si antes de la fecha de solicitud de nulidad ésta hubiera adquirido carácter distintivo.

⁵⁴ *Yamaha Int'l Corp. v. Hoshino Gakki Co.*, 840 F.2d 1572, 1580, 6 USPQ2d 1001, 1007 (Fed. Cir. 1988); *In re Capital Formation Counselors, Inc.*, 219 USPQ 916, 917 n.2 (TTAB 1983).

⁵⁵ MOIR, D. E.: «Trademark protection of color alone: how and when does a color develop secondary meaning and why color marks can never be inherently distinctive», en *Touro Law Review*, vol. 27, núm. 2, pp. 407-433, p. 420.

⁵⁶ Asuntos acumulados C-108/97 y C-109/97 *Windsurfing Chiemsee Produktions und Vertriebs GmbH (WSC) v. Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger* (1999).

⁵⁷ Véase el caso *Windsurfing Chiemsee*, apartado 52.

⁵⁸ En este sentido, TONGG, D. B.: «The Qualitex quandary: was trademark protection for color per se clearly resolved?», en *University of Hawaii Law Review*, núm. 18, 1996, pp. 445-481.

presentación del producto, ayuda a demostrar a *posteriori* dicha cualidad adquirida⁵⁹.

Como se verá a continuación, el registro de las «suelas rojas» ha sido en alguna ocasión posible y en otras se ha visto reforzado, precisamente, por encontrarse éstas dotadas de distintividad por su uso y haber adquirido con ello el *secondary meaning*.

III. LA VALIDEZ DE LAS «SUELAS ROJAS» DESDE UN PRISMA COMPARADO

En EE. UU. para que un color pueda ser registrado como marca es imprescindible que sea probado el carácter distintivo que dicho signo ha adquirido por su uso. Por tal razón, *Louboutin* presentó un informe en el que quedaba demostrada la distintividad sobrevenida de las suelas rojas a través de fotografías, artículos de prensa, así como por el volumen de ventas, entre otros datos⁶⁰, lo que vino a garantizar el éxito registral.

En 2011, su competidor *Ives Saint Laurent* comenzó a comercializar calzado femenino siguiendo una línea monocromática, esto es, zapatos que revestían el mismo color en la totalidad de su configuración. Esta actuación, si bien se reputaba lícita, devino controvertida a partir de la versión «roja» de los zapatos, ya que dicho color alcanzaba también a las suelas del producto en cuestión. Así, en el denominado asunto *Christian Louboutin, S. A., v. Ives Saint Laurent American Holding, Inc.*⁶¹, este último fue acusado por el primero por infracción de marca, lo que le llevó a solicitar, en su contestación a la demanda, la nulidad del registro de las suelas rojas de *Louboutin*, aduciendo, entre otras causas, que el color carecía de carácter distintivo y que, además, debía ser apreciado como una característica funcional del producto⁶².

Si bien en primera instancia el Tribunal del Distrito (*District Court*) consideró que el en el ámbito de la moda el color siempre ha de ser visto como una característica intrínsecamente funcional y, por tanto, inadecuado para identificar el origen

⁵⁹ Ejemplo de ello es la estrategia llevada a cabo por la empresa inglesa *Cadbury* con la utilización del color violeta para la identificación de sus productos de chocolate con leche desde sus inicios. Véase, *Société Des Produits Nestlé S.A. v. Cadbury UK Ltd* [2012] EWHC 2637 (Ch). Cabe mencionar que este asunto fue recurrido y finalmente se consideró que el uso de dicho color por la compañía inglesa incurría en un acto de competencia desleal.

⁶⁰ A mayor abundamiento, sobre la documentación presentada en la solicitud de registro núm. 77.141.789 consúltese la *Declaration in support of acquired distinctiveness under section 2(f)*, disponible en https://tsdrsec.uspto.gov/ts/cd/pdfs?f=/BAS/2007/03/27/20070327172648554077-77141789-001_001/e2f-3-631381729-164606906_.Red_Soles_Design_Signed_2_f_Declaration_F0031429_.PDF (consultado el 25 de junio de 2018).

⁶¹ *Christian Louboutin S. A. v. Ives Saint Laurent American Holding, Inc.* 696 F. 3d 206 (2d Cir. 2012).

⁶² Véase el referido asunto, apartado 214.

empresarial, el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito (*Court of Appeals for the Second Circuit*), basando su argumento en jurisprudencia previa⁶³, determinó que había de estarse al caso concreto cuando se tratase de juzgar la funcionalidad estética de un signo que se pretendiese registrar como marca⁶⁴. Tomando como referencia el caso *Qualitex*, el Tribunal resolvió en 2012 que *Louboutin* era propietario de una marca válida por haber adquirido «el color de sus suelas» distintividad por su uso⁶⁵. No obstante, obligó a *Louboutin* a modificar la redacción del registro de su marca, ya que dicha distintividad tan sólo resultaba probada cuando el color rojo de la suela contrastaba con una estructura del zapato de otro color⁶⁶; medida que, a su vez, permitió al Tribunal considerar la actuación de *Ives Saint Laurent* como no constitutiva de infracción de marca.

Por lo que se refiere al ámbito europeo, hasta el momento no se ha cuestionado la validez del registro de la marca de la Unión Europea de *Louboutin* en los Tribunales. La Segunda Sala de Recursos de la EUIPO (antes OAMI)⁶⁷ permitió el registro de la marca «suelas rojas» pese a haber sido informado negativamente por el examinador al considerar dicho signo carente de carácter distintivo. Para la EUIPO, por el contrario, como las suelas tradicionales suelen ser de color negro o beige, el rojo de *Louboutin* se percibió como un elemento de «fantasía, sorprendente e inesperado»⁶⁸, lo que, unido a la prueba de su distintividad sobrevenida por el uso, las hizo merecedoras de un registro válido⁶⁹.

Sin embargo, las «suelas rojas» sí que han suscitado controversias en algunos ordenamientos. Así, la primera vez que fue discutida la validez de su registro en Europa fue en Francia, en el asunto *Zara France, SARL v. Christian Louboutin, S. A.*, en 2011⁷⁰. La cuestión fue la siguiente; habiendo registrado en Francia la marca controvertida en el año 2000⁷¹, *Louboutin* demandó ocho años más tarde a *Zara France* por infracción de marca y competencia desleal por comercializar calzado femenino con las suelas del color protegido, a lo que ésta contestó solicitando la nulidad de la citada marca. El Tribunal de Primera Instancia de

⁶³ *Pagliero v. Wallace China Co.*, 198 F. 2d 339 (9th Circ. 1952) o *TraFFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23 (2001), entre otros.

⁶⁴ Véase el referido asunto, apartado 222.

⁶⁵ Sobre este asunto, en profundidad, véase H. HOCKING, A./DESMOUSSEAU, A.: «Why Louboutin matters: what red soles teach us about the strategy of trade dress protection», en *The Trademark Reporter*, vol. 105, núm. 6, 2015, pp. 1337-1388, p. 1361.

⁶⁶ Véase *supra*, en el apartado I, la redacción final de la marca una vez modificada en cumplimiento de la decisión del tribunal.

⁶⁷ Decisión de la Segunda Sala de Recursos de la OAMI, R-2272/2010-2, de 16 de junio, 2011.

⁶⁸ Véase la citada Decisión, apartados 20 y ss.

⁶⁹ Postura que, además, se mostró en consonancia con el caso *Qualitex* estadounidense, donde se permite, como se ha apuntado, el registro de las marcas cromáticas acompañadas de elementos adicionales como la posición del mismo. H. HOCKING, A./DESMOUSSEAU, A.: «Why Louboutin matters», cit., p. 1339.

⁷⁰ *Zara France, SARL v. Christian Louboutin S.A.* Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 9, no. 165, de 22 de junio de 2011. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema el 30 de mayo de 2012.

⁷¹ Se trata del registro núm. 3.067.674, que describe la marca como «suelas de zapato de color

París (*Tribunal de Première Instance de Paris*) denegó ambas pretensiones —infracción de marca y nulidad de la misma— al entender que no existía riesgo de confusión entre el signo protegido y los zapatos de su competidor. En todo caso, sí que apreció cierto aprovechamiento de la reputación de marca por parte de *Zara France*, por lo que ésta tuvo que indemnizar a *Louboutin* por los daños y perjuicios causados.

En segunda instancia, el Tribunal de Apelación de París (*Cour d'Appel de Paris*) consideró que, a pesar de que un color puede ser protegido como marca, en este caso no se cumplían los requisitos conocidos como *Sieckmann Criteria*⁷², por lo que dicha marca debía ser declarada nula. Además, para el Tribunal, la relación entre el registro de marca y las «suelas rojas» no quedaba clara si no iba acompañada por la descripción de la misma.

Finalmente, el Tribunal Supremo Francés (*Cour de Cassation*) confirmó la decisión del Tribunal de Apelación, sosteniendo que la marca (suelas de zapato de color rojo): i) no era precisa ni clara; ii) que el color rojo reivindicado tampoco quedaba referido a ninguna tonalidad específica; iii) que, además, no se podía identificar si el elemento protegido se refería a la parte interna o externa del zapato; iv) que a pesar de estar registrada como marca figurativa habría sido más adecuado protegerla en la categoría de marca tridimensional; por último, v) que la reputación de la marca era predicable del concepto y no tanto del signo distintivo. Por todo ello, el registro de las suelas rojas como marca —en su primera versión— debía ser declarado nulo.

Posteriormente, la validez de la tercera versión de las «suelas rojas»⁷³ fue cuestionada en 2013 en el Benelux, en el asunto *Louboutin v. Van Dalen Footwear*⁷⁴. Tras comercializar la sociedad *Van Dalen Footwear B.V.* zapatos con la suela roja, *Louboutin* interpuso demanda de infracción de marca y competencia desleal. En su contestación, la referida sociedad solicitó la declaración de nulidad de la marca por no cumplir los requisitos exigidos a las «marcas de forma». El Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (*District Court of Brussels*) dio la razón a la demandada y consideró que el registro de las suelas rojas era una marca de forma, entendiendo, en consecuencia, que el color daba un valor sustancial al producto designado⁷⁵; esto, unido a la falta de distintividad del signo, dió como resultado la nulidad de la marca.

rojo» (*semelle de chaussure de couleur rouge*) para la clase 25, descripción acompañada de la siguiente imagen.



⁷² Sobre ellos, véase *supra*, apartado I.

⁷³ Véase imagen 3 *supra*, así como las características de su registro.

⁷⁴ *Louboutin v. Van Dalen Footwear*, Court of Appeal of Brussels, de 18 noviembre de 2014.

⁷⁵ Véase la Decisión 2013/6154 de 20 de marzo de 2014. Para ello se inspiró en el asunto T-508/08 *Bang & Olufsen A/S v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* (OHIM), de 6 de octubre de 2011.

Al ser recurrida la sentencia, el Tribunal de Apelación de Bruselas (*Brussels Court of Appeal*) dio un giro a este planteamiento y consideró la marca como figurativa, presentándose el color como un elemento indispensable, al igual que la posición en la que éste se proyecta. En esta ocasión, el Tribunal sí tuvo en cuenta la distintividad alcanzada por dicho signo por su uso, por lo que finalmente las suelas rojas persistieron en su registro.

La relevancia de este asunto viene provocada por ser la primera vez que se plantean los límites de las marcas de forma, cuestión que vuelve a ser retomada por los tribunales en el asunto *Christian Louboutin, Christian Louboutin SAS v. Van Haren Schoenen BV*, que se desarrolla a continuación.

IV. LA ÚLTIMA ANDADURA DE LAS «SUELAS ROJAS»

Como se ha apuntado en varias ocasiones, *Louboutin* registró en 2010 la siguiente marca figurativa en el Benelux⁷⁶:



La marca —tal y como consta descrita— consiste en el color rojo Pantone 18-1663TP aplicado sobre una suela de zapato. El contorno no forma parte de la marca, sino que tan sólo se representa para concretar la posición de la misma. Cabe señalar que se encuentra registrada para la clase 25, en concreto, se refiere a los zapatos de tacón alto —con excepción de zapatos ortopédicos—⁷⁷.

Pues bien, la validez de la referida marca está siendo cuestionada en la actualidad en dicho territorio como consecuencia de una supuesta infracción cometida por la sociedad *Van Haren*, tras haber vendido en 2012 zapatos provistos de una suela de color rojo. Esta actuación motivó la presentación de demanda por violación de marca por parte del diseñador *Louboutin* que, a su vez, derivó en la petición de nulidad de la marca por la contraparte.

En el *iter* de este procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia de La Haya (*Rechtbank Den Haag*) planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia

⁷⁶ Registro núm. 874.489.

⁷⁷ En su solicitud de registro inicial designó la clase denominada «zapatos», pero en 2013 especificó que su protección quedaría referida a «zapatos de tacón alto».

de la Unión Europea (TJUE) para que se pronunciase sobre la interpretación del art. 3, apartado 1, letra e), inciso iii), de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas⁷⁸, ya que este precepto dispone que «*será denegado el registro o, en el supuesto de estar registrados, podrá declararse la nulidad de: (...) e) los signos constituidos exclusivamente por: (...) iii) la forma que dé un valor sustancial al producto (...)*»⁷⁹. El Tribunal holandés parte de la premisa de que la marca se encuentra indisolublemente vinculada a la suela de zapato y pretende esclarecer si, en este sentido, el concepto de «forma» comprendido en la referida Directiva excede de las características tridimensionales de un producto —contorno, dimensión y volumen— abarcando también los colores⁸⁰.

En sus primeras conclusiones, el abogado general (AG) puso de manifiesto que un signo que combina el color y la forma puede verse afectado por la prohibición apuntada. Es más, señalaba que «la marca controvertida debería equipararse a un signo constituido por la forma del producto y para el que se solicita la protección para un color en relación con esa forma, más que a una marca constituida por un color por sí solo»⁸¹. Asimismo, el AG entonces afirmó que «el concepto de una forma que “dé un valor sustancial”⁸² al producto, en el sentido de esta disposición, se refiere exclusivamente al valor intrínseco de la forma y no permite tomar en consideración la reputación de la marca o de su titular»⁸³.

En sus conclusiones complementarias, el AG se reafirmó en que la marca controvertida no está constituida meramente por un color, sino que se trata de una forma para la que se solicita la protección de un color⁸⁴. En concreto, se trataría de

⁷⁸ Este precepto ha sido sustituido por el art. 4.1 e) iii) de la Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas; norma que se debe trasponer como máximo el 14 de enero 2019.

⁷⁹ También el Convenio Benelux en materia de Propiedad Intelectual (marcas, dibujos o modelos), firmado en La Haya el 25 de febrero de 2005 por el Reino de Bélgica, el Gran Ducado de Luxemburgo y el Reino de los Países Bajos, en vigor el 1 de septiembre de 2006, establece que «no podrán considerarse marcas los signos constituidos exclusivamente por la forma impuesta por la naturaleza del propio producto, que da un valor sustancial al producto o que es necesaria para obtener un resultado técnico» (art. 2.1).

⁸⁰ Véase el Comunicado de Prensa núm. 11/18, de 6 de febrero, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-163/16.

⁸¹ Véanse los apartados 28 a 41 de las primeras conclusiones presentadas por el Abogado General el 22 de junio de 2017.

⁸² Esta prohibición se refiere fundamentalmente al registro de la forma de productos en los que la apariencia estética influye directamente en la valoración positiva de los consumidores. Al respecto, REY-ALVITE VILLAR, M.: «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 294-329, p. 298. Asimismo, en este orden de ideas, OTERO LASTRES, J. M.: «La prohibición de registrar como marca la forma que da un valor sustancial al producto», en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28, 2007-2008, pp. 371-396, p. 390.

⁸³ Apartados 70, 71 y 72 de las primeras conclusiones.

⁸⁴ Añade además que es cuestionable que «el color rojo pueda cumplir la función esencial de

un signo conformado por la suela delimitada en el espacio por líneas que permiten dibujarla y, a su vez, por el color rojo, teniendo la suela precisamente una forma que corresponde a la delimitación en el espacio de dicho color. El AG toma como punto de partida el hecho de que «el titular de la marca controvertida defiende que es el color lo que delimita la forma», lo que permite en consecuencia aseverar «que esa forma se corresponde con la delimitación espacial del color»⁸⁵.

Contrario a esta postura, *Louboutin* ya justificó en la vista que tuvo lugar tras las primeras conclusiones del AG⁸⁶ que la marca controvertida podría ser considerada una «marca de posición» reconocida en el art. 3, letra d), del Reglamento de Ejecución núm. 2017/1431⁸⁷, siendo lo realmente relevante la manera específica en que la marca se coloca o figura en el producto. Pero a pesar de ello, y con independencia de su concepción, para el AG esta calificación no impide su consideración como marca constituida por la forma del producto⁸⁸ y, por tanto, no afecta a la aplicabilidad de la causa de nulidad o denegación del registro contenido en la mencionada Directiva⁸⁹.

La sentencia dictada por el TJUE el pasado 12 de junio de 2018 resuelve y contesta la cuestión prejudicial planteada⁹⁰. En ella se afirma que, al no existir una definición expresa de lo que se entiende por «forma» en la Directiva en cuestión, el término debe interpretarse «conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, teniendo también en cuenta el contexto en el que se utiliza y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte»⁹¹, lo que conduce a concluir que un color en sí mismo, sin estar delimitado en el espacio, no puede constituir una forma.

la marca e identificar a su titular cuando se utilice fuera del contexto que le es propio, es decir, con independencia de la forma de la suela». Conclusiones Complementarias del Abogado General presentadas el 6 de febrero de 2018, apartado 21.

⁸⁵ Véanse las Conclusiones Complementarias del Abogado General presentadas el 6 de febrero de 2018, apartado 19.

⁸⁶ Esta vista tuvo lugar el 14 de noviembre de 2017.

⁸⁷ Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431 de la Comisión, de 18 de mayo de 2017, por el que se establecen las normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, sobre la marca de la Unión Europea. En todo caso, este último fue modificado por el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo sobre la marca comunitaria y el Reglamento (CE) núm. 2868/95 de la Comisión, por el que se establecen normas de ejecución del Reglamento (CE) núm. 40/94 del Consejo sobre la marca comunitaria, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 2869/95 de la Comisión, relativo a las tasas que se han de abonar a la Oficina de Armonización del Mercado Interior (marcas, diseños y modelos).

⁸⁸ Véanse las Conclusiones Complementarias del Abogado General presentadas el 6 de febrero de 2018, apartado 23.

⁸⁹ Véase el Comunicado de Prensa núm. 11/18, de 6 de febrero, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-163/16.

⁹⁰ C-163/16, STJUE (Gran Sala) de 12 de junio de 2018.

⁹¹ «El concepto de “forma” se entiende generalmente (...) en el sentido de que designa un conjunto de líneas o de contornos que delimitan el producto de que se trate en el espacio.» Véanse los apartados 20 y 21 de la citada STJUE.

Continúa el Tribunal especificando que un signo no estará constituido por la forma cuando lo que realmente pretende es aplicar un color en un lugar específico del producto y no la protección de dicha forma en cuestión. De hecho, así sucede en el caso controvertido, donde «la marca no consiste en una forma específica de suela de zapatos de tacón alto, dado que su descripción indica expresamente que el contorno del zapato no forma parte de la marca, sino que únicamente sirve para poner de relieve la posición del color rojo objeto del registro»⁹².

Como es sabido, esta sentencia no pone fin al conflicto de las suelas rojas⁹³, pero el Tribunal de Primera Instancia de La Haya que elevó la cuestión prejudicial y el resto de tribunales nacionales que puedan llegar a tener que entender de un conflicto similar quedan vinculados por esta decisión del TJUE que, sin duda, ha venido a despejar toda duda que pudiera suscitar la posibilidad de registrar válidamente un color *per se* como marca en el plano europeo.

Resta ver si, en un futuro, los tribunales estadounidenses seguirán esta misma línea de pensamiento, reconociendo igualmente distintividad intrínseca al color.

V. BIBLIOGRAFÍA

ASLAM, M. M.: «Are you selling the right colour? A cross-cultural review of colour as a marketing cue», en *Journal of Marketing Communications*, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 15-30.

BAINBRIDGE, D. I.: «Smell, sound, colour and shape trade marks: an unhappy flirtation?», en *Journal of Business Law*, núm. 219, pp. 219-246.

BARTOW, A.: «The true colors of Trademark Law: greenlighting a red tide of anti-competition blues», en *Kentucky Law Journal*, vol. 97, núm. 2, 2008, pp. 263-291.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

FERNÁNDEZ NOVOA, C.: *Tratado sobre Derecho de Marcas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004.

GERVAIS, D.: *The TRIPS Agreement: drafting history and analysis*, 2.^a edición, Ed. Sweet&Maxwell, Londres, 2003.

⁹² Asimismo, «no cabe considerar que un signo esté constituido «exclusivamente» por la forma cuando su objeto principal es un color precisado mediante un código de identificación internacionalmente reconocido». Véanse los apartados 24 y ss. de la referida STJUE.

⁹³ Cuando se trata, como es el caso, de una cuestión prejudicial, el TJUE no resuelve el litigio nacional, sino que es el Tribunal nacional el que debe resolver el asunto, en todo caso, de acuerdo con la decisión adoptada por este órgano europeo.

LUZ SÁNCHEZ GARCÍA

H. HOCKING, A./DESMOUSSEAU, A.: «Why Louboutin matters: what red soles teach us about the strategy of trade dress protection», en *The Trademark Reporter*, vol. 105, núm. 6, 2015, pp. 1337-1388.

HUMPHREYS, G.: «A selective review of colour mark issues and case law in the EU», *Fordham IP Conference*, 2013, pp. 1-19. Disponible en http://fordhamipconference.com/wp-content/uploads/2013/03/2013.humphries.design.paper_.pdf.

KUDRJAVCEVA, J.: «Issues surrounding registration of colour trade marks», en *RGLS Research Papers*, núm. 9, 2012, pp. 1-63.

LABADIE-JACKSON, G.: «Un arco iris de lentes con los que mirar. La protección del color único como marca en los Estados Unidos, en España y en la Unión Europea», en *Richmond journal of Global Law & Business*, vol. 7, núm. 2, 2008, pp. 111-131.

LANDAU, M. B.: «Trademark protection for colour per se after Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.: another grey area in the law», en *UCLA Entertainment Law Review*, vol. 2, núm. 1, 1995, pp. 1-62.

MCCARTHY, J. T.: *McCarthy on trademarks and unfair competition (4th Edition)*, Ed. Thomson Reuters, 2010.

MOIR, D. E.: «Trademark protection of color alone: how and when does a color develop secondary meaning and why color marks can never be inherently distinctive», en *Touro Law Review*, vol. 27, núm. 2, pp. 407-433.

OTERO LASTRES, J. M.: «La prohibición de registrar como marca la forma que da un valor sustancial al producto», en *Actas de Derecho Industrial*, vol. 28, 2007-2008, pp. 371-396.

PELASE CAPELL, J./SOLANELLES BATLLE, M. T.: «El color *per se* como marca registrada en la doctrina de la OAMI. Comentario a la Resolución de la 3.^a Sala de Recurso de la OAMI de 12 de febrero de 1988 (asunto R-7/97-3), caso *Orange*», en *Actas de Derecho Industrial*, núm. 19, 1998, pp. 397-412.

REY-ALVITE VILLAR, M.: «El carácter distintivo de la marca tridimensional en la jurisprudencia de la Unión Europea», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 294-329.

TONGG, D. B.: «The Qualitex quandary: was trademark protection for color per se clearly resolved?», en *University of Hawaii Law Review*, núm. 18, 1996, pp. 445-481.

EL LARGO CAMINO RECORRIDO POR LAS «SUELAS ROJAS» DE LOUBOUTIN

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE: *Trademark Manual of Examining Procedure*, octubre 2017, capítulo 1200. Disponible en <https://tmep.uspto.gov/RDMS/TMEP/current#/current/TMEP-1200d1e1.html> .

YANG, D.: «Colour markability: registrable in few nations, but debatable among many», en *Journal of Intellectual Property Rights*, vol. 17, 2012, pp. 246-250.

(Trabajo recibido el 10/07/2018
y aceptado para su publicación el 27/07/2018)

ALCANCE ACTUAL DEL DERECHO DE ELIMINACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN RELACIÓN CON LOS MOTORES DE BÚSQUEDA

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO^{1/2}

*Profesora Contratada Doctora. Acreditada al Cuerpo de Profesores Titulares
de Universidad. Área de Derecho mercantil. Universidad de Jaén*

RESUMEN

La tutela de la privacidad es uno de los inconvenientes esenciales con los que se encuentra el auge de la Sociedad de la Información en la actualidad. Las actuaciones que se llevan a cabo en el entorno electrónico precisan la garantía de la seguridad referida no sólo a la jurídica, cuando los usuarios concluyen transacciones, sino esencialmente desde la perspectiva de la protección de la información y datos personales de los mismos, sobre los que es complicado mantener el control una vez que se han insertado en el ámbito telemático. En el presente trabajo trataremos de dar algunas orientaciones sobre la materia en relación con las últimas novedades legislativas comunitarias y centrándonos en la determinación de la responsabilidad que corresponde a los buscadores electrónicos.

Palabras clave: protección de datos personales, motores de búsqueda, seguridad, derechos del afectado, intimidad.

¹ tvazquez@ujaen.es

² Este trabajo se vincula a las investigaciones realizadas gracias a la financiación recibida del Ministerio a través de la concesión del Proyecto DER2014-56734-R, «Derecho de las Nuevas Tecnologías», cuyo investigador principal es el Dr. Madrid Parra.

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO

CURRENT SCOPE OF THE RIGHT TO HAVE PERSONAL DATA ELIMINATED IN CONNECTION WITH SEARCH ENGINES

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO²

*Contracted Doctoral Lecturer. Accredited member of the Corps of University Senior
Lecturers.*

Area of Business Law. University of Jaén

ABSTRACT

The protection of privacy is one of the main problems of the development of the information society. The precise use of new technologies which ensure legal certainty when users are engaged in the network and security of personal data. It is not easy to control the data and information that are included in the network. In this paper we try to the protection of personal data after the latest legislative community. In particular, we will look at the responsibility of the electronic search engines.

Keywords: personal data protection, online search engine, security, rights, privacy.

SUMARIO: I. ASPECTOS JURÍDICOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 1. Referencias normativas comunitarias. 2. Ámbito normativo nacional.—II. REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. PRINCIPIOS BÁSICOS Y FACULTADES DE CONTROL DE LOS TITULARES. 1. Aspectos generales. 2. Principios de protección de los datos personales y obligaciones del responsable de su tratamiento. 3. Derechos y facultades de los titulares de la información personal.—III. CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DENOMINADO «DERECHO AL OLVIDO».—IV. LOS BUSCADORES ELECTRÓNICOS Y LA APLICACIÓN DEL «DERECHO AL OLVIDO». 1. Ideas previas. 2. Responsabilidad de los motores de búsqueda electrónicos. 3. El reconocimiento judicial del «derecho al olvido». La STJUE de 13 de mayo de 2014, «Caso google». 4. Reconocimiento del «derecho al olvido» en el ámbito nacional. Conclusiones de la AEPD y resoluciones judiciales.—V. CONCLUSIONES FINALES.—VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

² The present paper is related to research undertaken thanks to funding received from the Ministry through the award to Project DER2014-56734-R 'Law affecting New Technologies', the principal investigator of which is Dr. Madrid Parra.

I. ASPECTOS JURÍDICOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. Referencias normativas comunitarias

La tutela de la información de carácter personal es uno de los retos esenciales con los que se enfrenta la implementación de las tecnologías de la información y de la comunicación en la actualidad. En cuyo caso, la recopilación de datos, el tratamiento de los mismos y su intercambio mediante el empleo de diversas herramientas electrónicas es una realidad que afecta a la protección de la información personal de los sujetos³.

La primera norma de referencia que en el ámbito comunitario previó una regulación concreta sobre la tutela del tratamiento de los datos personales fue la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de dichos datos y a su libre circulación⁴, la cual determinó unos presupuestos de necesario cumplimiento en la recopilación y empleo de la información de carácter personal. Entendiendo por ella cualquier tipo de información sobre personas físicas identificadas o identificables⁵. Por su parte, el tra-

³ VÁZQUEZ RUANO, T.: *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Madrid, 2008.

⁴ Directiva 95/46/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L 281, de 23 de noviembre).

⁵ Art. 2 a) de la Directiva 95/46/CE, incluyendo los datos sensibles (art. 8 del mismo texto). Esta información puede ser relativa tanto a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social y contenida en cualquier tipo de formato o soporte. El Grupo de Trabajo del Artículo 29, en su Dictamen 4/2007 acerca del concepto de datos personales (20 de junio. 01248/07/ES WP 136. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf), ha indicado que el legislador europeo contempla el concepto de «información» en sentido amplio, incluyendo todo tipo de afirmaciones sobre una persona, tanto información objetiva como subjetiva y no siendo preciso que la información sea verídica o esté probada.

tamiento de los datos personales abarca las actividades o procesos técnicos sobre los mismos, tanto si se hacen de manera automatizada o no, en cuanto que tengan por finalidad la recopilación de la información, su grabación, conservación, modificación, cesión o cancelación, entre otros aspectos. Las posibles actuaciones que pueden llevarse a cabo en el tratamiento de los datos personales, según las disposiciones normativas, van a ser: la *recogida*, el *registro*, *organización*, *conservación*, *elaboración o modificación*, *extracción*, *consulta*, *utilización*, *comunicación por transmisión*, la *difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos*, *cotejo o interconexión*; *así como su bloqueo, supresión o destrucción*⁶. Delimitado el concepto de tratamiento de la información personal, cabe aludir a la figura del responsable del mismo y que se concreta en la *persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales*⁷. Por su parte, el encargado será el que se ocupe de tratar la información de carácter personal por cuenta del que ostenta la condición de responsable del tratamiento de los datos. Pudiendo serlo una persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo⁸.

Junto a esta norma general en la materia, se aprobó la Directiva 2002/58/CE, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas⁹, a fin de garantizar el intercambio de información a través de servicios públicos de comunicaciones electrónicas, como la red Internet y los terminales de telefonía móvil y fija. Los aspectos fundamentales que caracterizan el contenido de esta norma se centran en la necesidad de ofrecer seguridad en el tratamiento de los datos de carácter personal en el entorno telemático¹⁰, la precisa notificación de posibles vulneraciones, el deber de destrucción o de hacer anónimos los datos relacionados con los abonados y usuarios cuando no sean necesarios a efectos de transmitir la comunicación¹¹ y la confidencialidad de las comunicaciones intercambiadas mediante redes y servicios de comunicación públicos y de los datos de las mismas¹². Estas exigencias normativas trajeron como consecuencia la prohibición de las comunicaciones no solicitadas en las que el usuario no hubiera manifestado su conformidad al respecto y la imposición a los proveedores de servicios de comunicaciones que garanticen que sólo las personas autorizadas tienen acceso a los datos personales, que los protejan ante pérdidas o alteraciones accidentales y

⁶ Art. 2, apartado b) de la Directiva 95/46/CE.

⁷ Art. 2, apartado d) de la Directiva 95/46/CE.

⁸ Art. 2, apartado e) de la Directiva 95/46/CE.

⁹ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOUE L 201, de 31 de julio, Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

¹⁰ Art. 4 de la Directiva 2002/58/CE.

¹¹ Arts. 6 y 9 de la Directiva 2002/58/CE.

¹² En cuyo caso se prohíbe la escucha, grabación, almacenamiento u otro tipo de intervención de las comunicaciones o sus datos sin el consentimiento del interesado, con la excepción de que esté legalmente previsto y de que se trate del almacenamiento técnico preciso para llevar a cabo la comunicación (art. 5 de la Directiva 2002/58/CE).

otros tratamientos ilícitos; así como que apliquen una adecuada política de seguridad sobre el tratamiento de los datos e informaciones que identifican o pueden hacer identificable a su titular¹³.

A pesar de la vigencia de ambos textos normativos en relación con la protección de los datos personales, los acontecimientos surgidos en el ámbito comunitario e internacional, en particular los atentados y ataques terroristas, hicieron replantear en el seno de la UE el tema de la privacidad. De modo específico, en relación con el control de los datos personales por parte de sus titulares, su utilización con una finalidad judicial y policial y la garantía de unos estándares de protección más elevados y acordes con el entorno digital actual (utilización de redes sociales, implementación de teléfonos inteligentes, realización de operaciones bancarias electrónicas de alcance global)¹⁴. El debate suscitado ha culminado con un nuevo conjunto normativo que no sólo ha previsto los principios de necesario cumplimiento en materia de protección de la información de carácter personal, sino que al mismo tiempo concreta las disposiciones particulares sobre el intercambio de datos transfronterizos dentro de la UE y los estándares mínimos a observar en relación con su tratamiento en cada país. Nos referimos a la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos¹⁵; a la Directiva 2016/680, sobre la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de los datos personales para usos judiciales y/o policiales, y a la libre circulación de dichos datos en el seno de la UE y, en su caso, en su posible transmisión al extranjero¹⁶, y a la Directiva 2016/681, en lo que afecta al registro de los datos de pasajeros aéreos (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave¹⁷, que disciplina la transferencia por las compañías aéreas a los Estados

¹³ Las obligaciones que la norma impone a las personas que llevan a cabo tratamientos de datos de carácter personal implica el reconocimiento del conjunto de derechos y facultades a los sujetos a los que concierne la información que es objeto de tratamiento y que se completan con los previstos en la norma general sobre la materia. En concreto, los arts. 4, 5, 6, 9 y 15 de la Directiva 2002/58/CE, completados con las disposiciones generales de la Directiva 95/46/CE.

¹⁴ Vid. AA.VV.: *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos: Towards a new european data protection regime* (Coord. RALLO LOMBARTE, A./GARCÍA MAHAMUT, R.), Valencia, 2015; y AA.VV.: *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea* (Dir. COLOMER HERNÁNDEZ, I. Coord. OUBIÑA BARBOLLA, S.), Pamplona, 2015.

¹⁵ Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos. DOUE L 119, de 4 de mayo), el cual entró en vigor el 25 de mayo 2016 y será operativo en vía directa en los países miembros de la UE a partir del 25 de mayo de 2018.

¹⁶ Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (DOUE L 119, de 4 de mayo) y que tiene que ser ejecutada por los ordenamientos de los Estados miembros dentro de mayo 2018 (art. 1 de la Directiva). Sin embargo, se prevén excepciones específicas (art. 63 de la Directiva) que permiten aplazar tal fecha a mayo de 2023 o de 2026.

¹⁷ Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención,

miembros de datos PNR de pasajeros de vuelos internacionales, además del tratamiento de tales datos por las autoridades competentes.

No obstante, respecto del tema que abordamos en el presente trabajo, nos detendremos en las previsiones del Reglamento comunitario que pretenden garantizar los derechos que se reconocen al titular de la información personal y que supondrá la derogación de la primera norma europea aprobada sobre la protección de los datos personales a la que nos hemos referido con anterioridad. Pues, si bien el contenido del Reglamento mantiene ciertas previsiones generales sobre la tutela de la información de carácter personal, reconoce novedades importantes en cuanto a la protección del afectado por el tratamiento de sus datos. En particular, en el presente trabajo nos centraremos en el reconocimiento del conocido como *derecho al olvido*¹⁸ y que, de modo genérico, ha de entenderse como la efectiva posibilidad de suprimir los datos personales del entorno electrónico.

2. Ámbito normativo nacional

Los textos normativos que en el marco jurídico nacional se han ocupado de la tutela de los datos personales de los sujetos han sido la Ley Orgánica de Protección de Datos (LO 15/1999)¹⁹ y el Reglamento que la desarrolla (RD 1720/2007)²⁰. No obstante, en el mes de diciembre del presente año, se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales²¹, cuya finalidad es adaptar el ordenamiento nacional al Reglamento general europeo de protección de datos. En concreto, en relación con los principios aplicables al tratamiento de los datos personales (concreción de la finalidad, limitación del período de conservación, minimización de datos y la responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento); los nuevos derechos y facultades de los interesados (derecho de transparencia, derecho de información, derecho de supresión o derecho al olvido, derecho a la limitación del tratamiento

detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave (DOUE L 119, de 4 de mayo).

¹⁸ Art. 17 del Reglamento (UE) 679/2016. Al respecto, consúltese la STJUE (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014, «Google v. Spain», Asunto C-131/12 (disponible en el recurso electrónico: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>). Sobre la materia es de interés el trabajo de LÓPEZ CALVO, J. (2016): «Sobre la aparente discrepancia entre las Salas de lo Contencioso y Civil del TS sobre derecho al olvido. Un problema de diferente visión sobre la congruencia entre pretensiones de las partes y fallo. Google Spain, al menos, como establecimiento de Google Inc.», *Sepin*. Así como: LÓPEZ PORTAS, M.^a B.: «La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE», *Revista de derecho político*, número 93, págs. 143-175, 2015; MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: «Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 5, 2007.

¹⁹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD. BOE núm. 298 de 14 de diciembre).

²⁰ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, RLOPD. BOE núm. 17 de 19 de enero).

²¹ BOE núm. 294, de 6 de diciembre.

y el derecho a la portabilidad de datos); las exigencias de la válida manifestación del consentimiento y su prueba; el registro de las actividades de tratamiento y la previsión del delegado de protección de datos. Por su parte, el organismo independiente con competencia en la materia es la Agencia de Protección de Datos Española (AEPD)²², la cual tiene como finalidad la garantía del cumplimiento de las disposiciones sobre la privacidad y los datos personales de los ciudadanos.

El legislador nacional, siguiendo las disposiciones normativas comunitarias vigentes, recoge unos principios generales que otorgan a los sujetos un control sobre los datos que le pertenecen y, a su vez, un conjunto de facultades específicas relativas a los derechos que pueden ejercitar²³. En cuanto a los primeros se impone como norma general la necesidad de obtener el consentimiento inequívoco del titular de los datos personales que van a ser objeto de tratamiento o cesión y que será necesario obtener, salvo para los tratamientos de datos por obligación legal, interés público o el ejercicio de poderes públicos²⁴. Además de ser precisa la observancia del principio de calidad de los datos y el de información al interesado sobre el sujeto que los obtiene, los datos que se han recabado y la finalidad que justifica su recopilación²⁵. Por su parte, es obligación del responsable del tratamiento o, en su caso, del encargado el cumplimiento de las exigencias sobre seguridad, para lo cual deberá adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias que la garanticen e, igualmente, ha de atenderse el deber de confidencialidad en cuanto a la información que es objeto de tratamiento²⁶.

Respecto a los derechos específicos reconocidos al titular de la información de carácter personal hay que destacar los denominados derechos ARCO²⁷, cuales son: el derecho de acceso a la información almacenada, el de rectificación o de cancelación de la misma cuando hubiera dejado de ser necesaria o pertinente para la finalidad que justificó su obtención o registro; la oposición al tratamiento siempre que medie causa justificada y sin que ello le reporte coste económico alguno. A ellos hay que añadir, asimismo, la facultad de limitar el tratamiento de

²² Título VII de la LO 3/2018.

²³ Nos referimos al Título II, relativo a los *Principios de la protección de datos* (arts. 4 a 10 de la LO 3/2018 y anteriores arts. 4 a 12 de la LOPD) y al Título III sobre los *Derechos de las personas* (arts. 11 a 18 de la LO 3/2018 y anteriores arts. 13 a 19 de la LOPD), respectivamente. Estos últimos son derechos de carácter personalísimo, lo que conlleva su ejercicio efectivo sólo por parte de la persona afectada o su representante legal. Vid. ARENAS RAMIRO, M. (2006): *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, págs. 303-307; FREIXAS GUTIÉRREZ, G. (2001): *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Barcelona, páginas 42-46 y 60-62; SERRANO PÉREZ, M.^a M. (2003): *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Madrid, págs. 78-80.

²⁴ Art. 6 de la LO 3/2018, pudiendo ser una declaración o una clara acción afirmativa. Aunque se establecen unas excepciones a la regla general (art. 8 de la norma). En el caso de los menores de edad (art. 7) el tratamiento de los datos personales podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años. A menos que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento.

²⁵ Arts. 4 y 11 de la LO 3/2018.

²⁶ Arts. 5 y 28 de la LO 3/2018.

²⁷ Arts. 13 a 15 y 18 de la LO 3/2018.

los datos personales y el derecho de portabilidad²⁸, en los términos recogidos en el Reglamento (UE) 2016/679.

En consecuencia, ante posibles vulneraciones de los principios en materia de protección de datos personales, el afectado puede presentar su reclamación a la AEPD (o autoridad equivalente en el ámbito autonómico)²⁹. Pudiendo interponer contra su resolución el pertinente recurso contencioso-administrativo frente a la jurisdicción que corresponda. En igual sentido, cuando la inobservancia de las disposiciones normativas le hubiere ocasionado un daño o lesión podrá reclamar ante la jurisdicción ordinaria la indemnización de los perjuicios si se trata de ficheros de titularidad privada³⁰. En caso de que sean ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se regirá según la norma que regula dicho régimen en las Administraciones públicas.

Sin embargo, las nuevas previsiones aprobadas en el marco normativo comunitario han hecho necesaria la revisión de las disposiciones indicadas. En concreto, en relación con los principios aplicables al tratamiento de los datos personales (concreción de la finalidad, limitación del período de conservación, minimización de datos y la responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento); los nuevos derechos y facultades de los interesados (derecho de transparencia, derecho de información, derecho de supresión o derecho al olvido, derecho a la limitación del tratamiento y el derecho a la portabilidad de datos); las exigencias de la válida manifestación del consentimiento y su prueba; el registro de las actividades de tratamiento y la previsión del delegado de protección de datos. Aspectos que se han recogido en la mencionada Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, como se irá comprobando cuando corresponda.

En lo que afecta al entorno electrónico, cabe indicar que si bien la norma que regula este ámbito se refiere a la necesidad de atender las disposiciones aplicables al tratamiento de la información personal, también prevé ciertas especialidades respecto de la previsión de técnicas electrónicas que permiten almacenar datos que pertenecen a los usuarios³¹. A este respecto se exige que la utilización de dispositivos que hagan posible el almacenamiento y recuperación de datos en los equipos informáticos de los usuarios se haga previo consentimiento del interesado y una vez que se le ha informado debidamente de los extremos necesarios, entre los que destaca los datos que se van a recoger y la finalidad de ello. Se plantea la posibilidad de que dicha voluntad se obtenga a través de parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones, en los supuestos en los que resulte técnicamente posible y sea eficaz. El cumplimiento de las exigencias indicadas trae

²⁸ Arts. 16 y 17 de la LO 3/2018.

²⁹ Art. 47 de la LO 3/2018. No obstante, quedan al margen de su competencia los conocidos como «derechos de la Era digital».

³⁰ Consúltense los arts. 18 y 19 de la LOPD.

³¹ Arts. 19 a 22 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSIyCE. BOE núm. 166, de 12 de julio).

como consecuencia la garantía de la seguridad de la información personal de los sujetos que acceden al ámbito telemático. Y ello repercute en la confianza de los mismos respecto de la utilización de las nuevas tecnologías. La actual regulación de la LO 3/2018 introduce una importante novedad a este respecto al prever un conjunto de derechos denominados «digitales»³² y que encuadran la neutralidad de la Red y el acceso universal a la misma, los derechos a la seguridad y educación digital, la libertad de expresión en el ámbito electrónico, la portabilidad, la posibilidad del testamento digital, la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el entorno laboral, la desconexión digital y, respecto de la materia central de este trabajo, el reconocimiento del derecho al olvido en buscadores electrónicos y redes sociales o servicios equivalentes.

II. REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. PRINCIPIOS BÁSICOS Y FACULTADES DE CONTROL DE LOS TITULARES

1. Aspectos generales

El Reglamento general de protección de datos personales —que va a suponer la derogación del texto anterior de referencia— tiene por finalidad el incremento de la garantía del derecho fundamental a la tutela de los datos personales de los sujetos, afianzando el control que éstos pueden ejercer sobre la información que les pertenece³³.

La delimitación conceptual de los términos dato personal, responsable y encargado del tratamiento se ha hecho de manera similar a la norma precedente³⁴. Así, el dato de carácter personal se refiere a la información sobre una persona física (el interesado) identificada o identificable, en cuanto que su identidad pueda determinarse bien de manera directa o indirectamente. Ello hace excluir del ámbito de la norma los datos relativos a personas fallecidas y los datos tratados de forma anónima que no permiten la identificación del sujeto interesado. En este sentido conviene destacar como novedad la inclusión del concepto de *seudonimización* o datos personales seudonimizados que hacen referencia a aquellos que no pueden atribuirse a un sujeto determinado, sin emplear información adicional que consta por separado. Es el caso de información como: el nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de la misma. Por su parte, en cuanto a la concreción del término tratamiento de la información concerniente al interesado, engloba cualquier operación

³² Pueden verse los arts. 79 a 97 de la norma.

³³ Arts. 5 a 11 del Reglamento (UE) 679/2016. Véase LÓPEZ BARRERO, E.: «La universalidad en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos: el caso del derecho al olvido», *Revista de privacidad y derecho digital*, núm. 4 (ejemplar dedicado a: Nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento UE 2016/679), págs. 27-86, 2016.

³⁴ Art. 4 del Reglamento (UE) 679/2016.

automatizada o no sobre dichos datos. Tal es el caso de las siguientes: recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, entre otras posibles. Siendo el responsable del mismo el sujeto (persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo) que fije la finalidad y medios del tratamiento; mientras que el encargado es el que se ocupa de tratar los datos personales por cuenta del responsable.

Las disposiciones contenidas en este nuevo texto normativo son de aplicación al tratamiento automatizado o no de los datos de las personas físicas efectuados por responsables o titulares del tratamiento establecidos en el seno de la UE y siendo independiente del ámbito en el que se realice³⁵; y, además, a los tratamientos que, si bien se llevan a cabo por titulares pertenecientes a países externos a la UE, los sujetos que los ejercen se encuentran residiendo en territorio europeo³⁶. En consecuencia, en cuanto a los primeros, hay que indicar que la definición de establecimiento no se relaciona con presupuestos formales, cuanto con el lugar del efectivo desarrollo de la actividad, siendo suficiente con la existencia de un establecimiento. No obstante, mayores dificultades interpretativas genera la aplicación del tenor normativo a los responsables no comunitarios, pero que están ubicados en territorio de la UE, en cuyo caso se precisa que las actividades de tratamiento de los datos personales estén vinculadas con *la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión, independientemente de si a estos se les requiere su pago; o con el control de su comportamiento, en la medida en que este tenga lugar en la Unión*. La determinación de una oferta de bienes o servicios se realiza con la corroboración de la pretensión del titular, la cual ha de ser ofrecer esos bienes y servicios en la UE, resultando irrelevante la existencia o no del pago de una contraprestación. Sin embargo, en lo que concierne a las actividades electrónicas, se concreta que la mera accesibilidad a la página o a un correo electrónico, u otras coordenadas del contrato, incluso el empleo de un idioma habitualmente utilizado, son elementos insuficientes para comprobar la intencionalidad referida. Si bien, factores como el uso de un idioma o de la unidad de moneda de un Estado miembro, así como la mención de clientes que se encuentran en la UE, pueden subrayar la intención de ofrecer productos y/o servicios a los interesados.

2. Principios de protección de los datos personales y obligaciones del responsable de su tratamiento

El tratamiento que un tercero haga de los datos personales de los sujetos debe respetar, en primer término, el *principio de legalidad* y ello supone que será lícito y leal aquél en el que la información del interesado se trate cuando éste hubiera expresado su consentimiento de modo libre, específico, informado e inequívoco-

³⁵ El concepto de establecimiento no está vinculado a requisitos formales, sino que es estrictamente conexo al lugar del efectivo desarrollo de la actividad, siendo suficiente la subsistencia de un establecimiento.

³⁶ Arts. 2.1.º y 3 del Reglamento (UE) 679/2016.

co. Condicionantes que permiten afirmar que el consentimiento se ha ofrecido válidamente y a través de un acto afirmativo que sea reflejo de la manifestación de la voluntad del interesado³⁷. Por tanto, no está permitido recabar información personal que no se haga de manera leal o que se realice a través de mecanismos que sean contrarios a Derecho. Si bien, se impone además que el responsable del tratamiento pruebe la manifestación de la voluntad del titular de la información. Esta última apreciación hace referencia al *principio de responsabilidad*, lo que significa que compete al responsable del tratamiento la aplicación de las medidas adecuadas para que pueda confirmar la prestación del consentimiento por parte del interesado de manera correcta (que sea verificable), salvo que el tratamiento se precise para la ejecución de un contrato, el cumplimiento de obligaciones legales, la realización por parte de su titular de una actuación de interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable y la persecución de un interés legítimo en donde no prevalezcan los derechos y libertades del sujeto interesado. La manifestación de la voluntad ha de ser libre, informada, específica e inequívoca, no pudiendo deducirse del silencio o de la falta de respuesta del interesado (consentimiento tácito). Y, en el supuesto de datos sensibles, se impone la necesidad de que sea expreso, lo que excluye la posibilidad de que se conceda de modo implícito por alguna acción positiva.

En relación con el anterior, el *principio de transparencia* trae como consecuencia que el responsable del tratamiento informe de los extremos necesarios al interesado y que, en todo caso, ello se haga de forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño. La información que ha de facilitarse al interesado se ha ampliado y se centra en los siguientes extremos: la identidad del responsable del tratamiento y su finalidad y, en igual sentido, acerca de los datos necesarios para que el tratamiento sea leal y transparente³⁸. Asimismo, se ha de informar sobre los riesgos, normativa para el tratamiento de los datos personales, plazos de retención de los mismos, los derechos relativos al tratamiento, salvaguardias y la posibilidad de que los afectados presenten sus reclamaciones a la autoridad con competencia en la materia. En consonancia con ello, ha de observarse el *principio de calidad*, por el que se exige que la información o datos que se recopilen sean los mínimos en cuanto al fin que justifique dicho tratamiento y que la finalidad esté debidamente determinada, sea explícita y legítima, presupuestos de *minimización de datos* que cabe entender como límites a la finalidad del tratamiento en beneficio del interesado. Ello exige, al mismo tiempo, que se observe el *principio de exactitud* de los datos y estén actualizados y el *principio de limitación del plazo de conservación*, es decir, que se conserven únicamente durante el período necesario para alcanzar los fines del tratamiento y que no se destinen al cumplimiento de un objetivo distinto al previsto inicialmente.

³⁷ Al respecto, DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, págs. 67-70, 2006; LÓPEZ BARRERO, *op. cit.*, págs. 27-86; SERRANO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 433-460.

³⁸ Sobre la materia véanse, entre otros; ALONSO MARTÍNEZ, C.: *Protección de datos de carácter personal. El consentimiento en entidades financieras*, Madrid, 2002, págs. 130-131; DAVARA RODRÍGUEZ: *op. cit.*, pág. 86; LÓPEZ BARRERO: *op. cit.*, págs. 27-86.

te, si el titular no lo ha autorizado con anterioridad. A menos que el tratamiento posterior se justifique en un supuesto que ampare una limitación de la finalidad³⁹, a saber: fines de archivo en interés público, de investigación científica e histórica o fines estadísticos.

Corresponde al responsable del tratamiento garantizar la *integridad y confidencialidad* de la información objeto del mismo y la necesidad de que demuestre que ha cumplido con las exigencias indicadas. En este sentido, el *principio de confidencialidad* de la información implica que las personas que actúen bajo el mandato del responsable o encargado del tratamiento sólo podrán tratar los datos a los que se les haya facilitado el acceso y cuando así se les requiera; y la *seguridad* referida a la necesidad de que los responsables de los tratamientos de datos personales adopten las medidas técnicas y organizativas adecuadas y apropiadas en cuanto a las amenazas que surgen en la tutela de la información personal. Debiendo informar al afectado en los casos en los que los datos personales han sido pirateados⁴⁰.

Por último, es preciso aludir a los principios que han de tenerse en cuenta respecto de la transferencia que las autoridades competentes hagan de la información de carácter personal a otro país u organización internacional, en razón del cumplimiento de los objetivos recogidos en ciertas normas. La finalidad de ello no es otra que asegurar la no interferencia en el nivel de protección de las personas físicas respecto de los datos de su titularidad⁴¹. Por tanto, la exigencia general es que se obtenga la correspondiente autorización específica, salvo que el receptor de los datos garantice un nivel de protección adecuado. A menos que concurra alguna de las siguientes excepciones: que la cesión de la información trate de proteger los intereses vitales del interesado o de otro sujeto; que sea para salvaguardar intereses legítimos del interesado y así lo disponga el Derecho del Estado miembro que transfiere los datos; que se pretenda prevenir una amenaza grave e inmediata para la seguridad pública; y en otros planteamientos individuales.

De los principios mencionados derivan las obligaciones de necesario cumplimiento que la norma impone al titular del tratamiento de los datos personales⁴². De forma sucinta, cabe hacer alusión a la necesidad de facilitar al interesado la información y cualquier comunicación en relación con el tratamiento de la información que le concierne, empleando un lenguaje claro y sencillo, al igual que del ejercicio de los derechos que se le reconocen. La razón de exigir este deber trae su causa en la previsión de que manifiesten su consentimiento de modo inequívoco. Esto es, se trata de que cuenten con una información precisa y completa respecto a las circunstancias del tratamiento, de su responsable y del posible ejercicio de los derechos reconocidos al respecto. Además, como se ha indicado, corresponde al responsable del tratamiento no sólo garantizar su seguridad, sino también

³⁹ Art. 89 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁴⁰ Arts. 13, 14, 24 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁴¹ Arts. 35 a 39 de la Directiva 680/2016 y arts. 45 y 47 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁴² Arts. 24 a 43 del Reglamento (UE) 679/2016.

establecer las medidas técnicas y organizativas adecuadas que se plasmarán en el documento de seguridad elaborado a tal fin, en razón de la naturaleza, el ámbito, el contexto y los fines del mismo, y de los riesgos y gravedad para los derechos y libertades de los interesados y, de manera específica, de las personas de mayor nivel de vulnerabilidad. Como puede ser la ya indicada seudonimización de la información. La adopción de estas medidas implica que los datos personales recopilados en los ficheros no se modifiquen, extravíen o, en su caso, se acceda a ellos o se traten por terceras personas que no estuvieran autorizadas. No obstante, si existiesen vulneraciones de la seguridad de los datos personales que son objeto del tratamiento, el responsable debe comunicárselo sin dilación indebida⁴³ a la autoridad de control correspondiente y al sujeto afectado.

A lo anterior se añade la necesidad de concretar unos plazos apropiados para la supresión de los datos personales recopilados o para una revisión de su conservación. El responsable del tratamiento (o, cuando corresponda, el encargado) ha de llevar un registro escrito o en soporte electrónico de las actividades de tratamiento que realice y en el que se indiquen los aspectos más relevantes: su identificación, la finalidad del tratamiento, las categorías de los interesados y de los datos personales, destinatarios de la información y las posibles transferencias que se hagan de la misma, entre otros.

De forma particular, para los casos en los que sea probable que el tratamiento presente un elevado nivel de riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, como sucede cuando se emplean las nuevas tecnologías, se impone al responsable que con carácter previo haga una evaluación del impacto de las operaciones de tratamiento en la protección de datos personales y, de confirmarse el alto riesgo, habrá de consultar a la autoridad de control antes de llevarlo a cabo⁴⁴.

Téngase en cuenta que, en todo caso, compete al responsable del tratamiento de los datos demostrar que éste se adecua a la normativa aplicable, es la conocida como *responsabilidad activa* o prevención y que incrementa el compromiso con la tutela de la información personal por parte del responsable⁴⁵. También ha de cumplir con la obligación de colaborar con la autoridad de control que, en la ejecución de sus facultades, se lo solicite. A este respecto, se establece para las entidades que traten información de carácter personal la necesaria adopción de medidas que aseguren el cumplimiento de los principios, derechos y garantías previstos en la norma comunitaria. Tales como lo son: la protección de la información por defecto, desde el diseño; la aplicación de medidas de seguridad; la llevanza de un registro de los tratamientos realizados; el nombramiento de un delegado de protección de datos; efectuar evaluaciones de impacto sobre la tutela

⁴³ A más tardar, 72 horas después de que se tenga constancia; en caso contrario deberá motivar la dilación en su notificación.

⁴⁴ Arts. 35 y 36 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁴⁵ Art. 5 del Reglamento (UE) 679/2016.

de los datos; notificar posibles vulneraciones a la seguridad de los mismos y el fomento de códigos de conducta y esquemas de certificación, entre otros.

3. Derechos y facultades de los titulares de la información personal

El sujeto interesado, como titular de los datos que son objeto de tratamiento, tiene reconocidos en la norma comunitaria no sólo una serie de derechos, sino también la forma de poder ejercerlos. En primer término, se establece para el interesado la facultad de recibir la información necesaria y adicional por parte del responsable del tratamiento, de manera concisa, transparente, inteligible, de fácil acceso y empleando un lenguaje claro y sencillo. Como norma general⁴⁶, esta facultad de comunicación se hará efectiva en el plazo de un mes desde que se hubiera recibido la solicitud y podrá cumplirse bien por escrito o por otros medios, como el electrónico. Siendo posible que el interesado solicite que se haga de modo verbal, siempre que se demuestre la identidad del interesado por otros medios. La obtención de la información es gratuita, a menos que el responsable del tratamiento confirme que se trata de una solicitud manifestamente infundada o que resulta excesiva, en cuyo caso podrá imponer una contraprestación o no cumplir con el requerimiento.

El derecho de información que se le reconoce al titular de los datos de carácter personal difiere en razón del momento en el que se le soliciten los mismos. Así, cuando los datos se recojan directamente del interesado se cumplirá en ese mismo momento. En este planteamiento, la información que ha de ofrecerse se refiere esencialmente a: la identidad del responsable, los datos de contacto del delegado de protección de datos, los fines del tratamiento, los destinatarios de los mismos, la posible transferencia de los datos a un tercer país u organización internacional. En igual sentido, aspectos relacionados con el plazo de conservación de los datos personales, la existencia de los derechos que la norma le reconoce, la posibilidad de retirar el consentimiento en cualquier momento, la facultad de reclamar ante la autoridad de control, la existencia de decisiones automatizadas, entre otros. En otro orden, cuando los datos personales no se recaban directamente del interesado, el responsable del tratamiento ha de facilitarle además de la información indicada la relativa a las categorías de datos personales de que se trate y la fuente de procedencia de los mismos. El plazo para cumplir con esta exigencia será el razonable, no superando un mes según las circunstancias específicas en las que se traten. En el caso de que los datos obtenidos se empleen para una comunicación con el interesado, será hasta el momento de la primera comunicación; y si se comunicasen a otro destinatario, al ser comunicados por primera vez.

Por otro lado, la norma reitera el reconocimiento de los derechos ARCO⁴⁷, a los que nos hemos referido. A saber: el derecho de acceso a los datos personales

⁴⁶ Cabe la prórroga de otros dos meses en caso necesario, en razón de la complejidad y del número de solicitudes.

⁴⁷ Arts. 12 a 21 del Reglamento (UE) 679/2016. En relación con los derechos, ARCO: FREIXAS GUTIÉRREZ: *op. cit.*, págs. 60-62; SERRANO PÉREZ: *op. cit.*, págs. 78-80.

de su titularidad e informaciones particulares, en cuyo caso el responsable del tratamiento facilitará una copia de los datos que le conciernen y que son objeto de tratamiento. El derecho de rectificación de las informaciones erróneas o inexactas sobre el mismo sin dilación indebida y que abarca la facultad de que se completen los datos que sean insuficientes⁴⁸. La posibilidad de la supresión o cancelación de los datos personales que le conciernen y del que nos ocupamos con mayor detenimiento a continuación, pues se concreta en el calificado como *derecho al olvido*. Y el derecho de oposición que permite al interesado oponerse en cualquier momento al tratamiento de sus datos personales, incluidos los relativos a tratamientos con fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos⁴⁹. No obstante, el ejercicio de esta última facultad no impide que el responsable pueda continuar con el tratamiento de la información, si acredita que existen motivos legítimos imperiosos para que el tratamiento prevalezca sobre los intereses particulares, derechos y libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

Junto al ejercicio de los derechos indicados, el legislador comunitario se ha ocupado de concretar otras facultades que amplían el margen de control de los interesados en lo que a la información personal respecta. Nos referimos, de un lado, a la posibilidad de que se limite el tratamiento de los datos. Si bien, este derecho se encuentra condicionado a la concurrencia de alguno de los siguientes planteamientos: en los casos en los que el interesado hubiera impugnado su exactitud; cuando se traten de manera ilícita y hubiera ejercido el derecho de supresión; o si el afectado ha ejercido el derecho de oposición; en el supuesto de que el responsable ya no necesite los datos para los fines del tratamiento, pero el interesado los precise para reclamaciones⁵⁰. En relación con esta última apreciación, hay que indicar que los interesados tienen reconocida la facultad de presentar reclamaciones si consideran que el tratamiento de sus datos infringe las disposiciones normativas. Así, quien hubiera sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales, consecuencia de un tratamiento ilícito de sus datos personales, tiene derecho a recibir una indemnización del responsable del mismo o de la autoridad competente. De otro, el derecho a la portabilidad de los datos personales o su traslado a otro proveedor de servicios, que es la facultad del interesado a obtener los datos tratados de manera gratuita⁵¹, salvo en los casos en los que el tratamiento sea necesario para cumplimiento de una misión realizada en virtud del interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable. Ello supone que el interesado podrá recuperar los datos que haya facilitado a un responsable en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, para transmitirlos a otro, en los casos en los que el tratamiento inicial se hubiera consentido previamente y se lleve a cabo por medios automatizados. Y, si fuera técnicamente posible, se impone incluso la transmisión directa de los datos al responsable que hubiera indicado el interesado. Además, se reconoce el derecho en sentido negativo a no

⁴⁸ Art. 33 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁴⁹ Apartado 1.º del art. 21 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁵⁰ Arts. 13, 14, 24 del Reglamento (UE) 679/2016.

⁵¹ Art. 20 del Reglamento (UE) 679/2016.

ser objeto de una decisión basada sólo en el tratamiento automatizado (incluida la elaboración de perfiles), que le produzca efectos jurídicos o afecte significativamente, a menos que lo hubiera consentido explícitamente, o sea preciso para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o cuando está autorizada por el Derecho de la UE o de los Estados miembros. Por último, la norma determina el calificado como «derecho al olvido», a fin de que se eliminen o supriman de forma efectiva los datos personales del interesado, de cuyo análisis nos ocupamos seguidamente.

III. CONFIGURACIÓN DEL DENOMINADO «DERECHO AL OLVIDO»

Los datos de carácter personal que permiten identificar o hacer identificable a un determinado sujeto son considerados un activo de indudable trascendencia en un entorno como el electrónico, en el que la posesión de información acerca de los usuarios y su alcance es de suma importancia para las entidades que han previsto sus espacios en el ámbito telemático.

Antes de la reforma normativa sobre la materia efectuada por el Reglamento comunitario, el denominado «derecho al olvido» no estaba previsto expresamente en la Directiva 95/46/CE. Sin embargo, como se ha indicado, este texto recoge la necesidad de que los datos objeto de tratamiento no sean excesivos, debiendo suprimirse, rectificarse o bloquearse los que resulten inexactos o incompletos; y, al mismo tiempo, el tenor normativo garantiza que los sujetos puedan oponerse al tratamiento que se realice de la información que les concierne o solicitar su cancelación. Por tanto, el denominado en la actualidad «derecho al olvido» podría considerarse una manifestación del control del sujeto sobre la información que le pertenece mediante el ejercicio personal del derecho de cancelación y de oposición al tratamiento electrónico de sus datos⁵². En particular, la facultad del afectado de oponerse al tratamiento de la información que se esté llevando a cabo y a su cancelación para que no sea difundida en futuras ocasiones, sin que ello le suponga un coste añadido. La pretensión es que la información sea borrada o bloqueada por parte del responsable a fin de que no pueda accederse a ella a través de las redes electrónicas⁵³, así como que no se traten los datos de carácter personal o que se cese en el tratamiento que se esté efectuando.

⁵² Arts. 16 de la LOPD y 31 del RLOPD y 17 de la LOPD y 34 del RLOPD, respectivamente. Tal y como dispone el Considerando 45 y el art. 14 de la Directiva 95/46/CE.

⁵³ Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: «El derecho al olvido en Internet», diario *La Ley*, núm. 8137, 2013; GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «El derecho al olvido en la red», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 36, 2014, págs. 47-66; NOVAL LAMAS, J. J.: «Algunas consideraciones sobre la futura regulación del Derecho al olvido», *Revista de la contratación electrónica*, núm. 120, 2012, págs. 25-36; RALLO LOMBARTE, A.: «El debate europeo sobre el derecho al olvido en Internet», en *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos: Towards a new european data protection regime* (Coord. RALLO LOMBARTE, A./GARCÍA MAHAMUT, R.), 2015, págs. 703-737.

En este sentido, el sujeto titular de la información es el que está facultado para exigir al responsable del tratamiento que suprima los datos que le pertenecen y, también, impedirle que los difunda o realice otras actuaciones con los mismos. Si bien, su ejercicio habrá de hacerse de modo justificado y en razón del tratamiento en cuestión. Por tanto, no va a resultar efectivo cuando dicho tratamiento se halle autorizado por una disposición normativa. En el caso de que los derechos ejercidos por el sujeto no fueran atendidos por el responsable del tratamiento de los datos, el afectado puede presentar su reclamación a la autoridad administrativa competente en materia de protección de datos, al objeto de que sea ella la que analice si procede o no la negativa del responsable. Y, si procede, imponga la sanción que corresponda por la vulneración de los principios reconocidos en materia de datos personales. En el supuesto contrario, el sujeto afectado tiene la opción de acudir a la jurisdicción civil para solicitar la reparación de los daños ocasionados o a la vía contencioso-administrativa para interponer el recurso oportuno contra la resolución de la autoridad administrativa.

En el ordenamiento nacional, es la Constitución la que prevé el derecho a la protección de los datos personales, como la facultad de las personas de decidir sobre el conocimiento y utilización de la información de su titularidad y que se sustenta en el derecho fundamental a la intimidad⁵⁴. No tanto en su acepción pasiva a «ser dejado solo»⁵⁵, cuanto en la activa que ampara los aspectos externos del individuo, imponiendo además obligaciones a terceros⁵⁶. Es decir, la tutela del derecho a la intimidad en sentido positivo frente al uso de la informática⁵⁷.

⁵⁴ Art. 18 de la CE.

⁵⁵ La primera manifestación del derecho a la intimidad como «derecho a ser dejado solo» data de 1890, en concreto el artículo publicado por WARREN, S. D./BRANDEIS, L. D.: «The Right of Privacy», *Harvard Law Review*, 193, 1890, pág. 205, en el que ponen de manifiesto la necesidad e importancia de la tutela de este derecho ante las intromisiones que medios de comunicación como los periódicos ejercían respecto de la intimidad de los usuarios. El derecho a la intimidad en sentido estricto se ocupa de la esfera interior y privada de los sujetos (art. 18. 1.º de la CE): FREIXAS GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 48-50; O'CALLAGHAN, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pág. 38; REBOLLO DELGADO, L.: *Derechos fundamentales y protección de datos*, Madrid, 2004, pág. 37; ROCA JUNYENT, M./TORRALBA MENDIOLA, E.: «Derecho a la intimidad: el secreto de las comunicaciones e Internet», en AA. VV. *Régimen jurídico de Internet* (Coords. CREMADES, J./FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A./ILLESCAS, R.), Madrid, 2002, págs. 182-191.

⁵⁶ La interpretación amplia del derecho a la intimidad abarca, además, la protección de la imagen y del honor (BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Madrid, 2002, págs. 426-431; FREIXAS GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pág. 18; OROZCO PARDO, G.: «La protección de datos en el Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2002, pág. 213; REBOLLO DELGADO, *op. cit.*, págs. 37-38; RUIZ MARTÍNEZ, E.: «El derecho a controlar la información personal», *Revista de Derecho Informático*, núm. 49, agosto, 2002).

⁵⁷ Respecto de la relación entre el art. 18. 4.º de la CE y el art. 10 del mismo texto, pueden consultarse los trabajos de: GUERRERO PICÓ, M. C.: *El Impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Pamplona, 2006, págs. 190-198 y 203-204; GONZÁLEZ MURUA, A. R. (1994): «Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio, algunas consideraciones en torno al art. 18.4 de la Constitución y la Protección de los Datos Personales», en AA. VV.: *Informática y Derecho 6-7* (Dir. CARRASCOSA LÓPEZ, V.), Mérida, págs. 208-209; OROZCO PARDO, *op. cit.*, págs. 182-184 y 189-196; REBOLLO DELGADO: *op. cit.*, págs. 62-63; RUIZ MIGUEL, C. (1995), «El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español», *Revista General del Derecho*, páginas 3207-3210; SERRANO PÉREZ: *op. cit.*, págs. 81-84; VÁZQUEZ RUANO, T.: «Una nueva proyección

Se trata de la potestad de control que posee el titular de la información personal automatizada y que se concreta en el posible acceso y supervisión de los datos que se recaban y que se almacenan en bases de datos.

Los pronunciamientos del TC han sido decisivos en la concepción de la protección de los datos personales en relación con el uso de la informática como manifestación del reconocimiento del derecho a la intimidad⁵⁸. En un principio, los recursos que se planteaban en aplicación del art. 18 de la CE respondían no a la vulneración de la intimidad por el tratamiento de los datos de carácter personal, sino a la intromisión en este derecho por parte de terceros. En sus primeros pronunciamientos, el TC se refiere tanto a la protección del derecho a la intimidad como a la libertad informática⁵⁹ y admite que no supone una intromisión a la intimidad personal el que los datos que deben suministrarse a una entidad pública se ofrezcan a través de medios informatizados. Si bien, a distinta conclusión cabe llegar cuando se produce una utilización de los mismos distinta a la finalidad que justificó su obtención, lo cual es susceptible de la correspondiente demanda de amparo. Esta tendencia inicial es modificada con posterioridad, así en la STC 254/1993⁶⁰ el Tribunal reconoce «la libertad informática», entendida como un derecho fundamental de configuración legal. Siendo más explícito en su configuración en los pronunciamientos que le siguieron, en concreto⁶¹ la STC 223/1998⁶² y la STC 44/1999⁶³, en las que se califica el derecho a la libertad informática como el derecho a controlar el uso de los datos insertos en un programa informático y que, a su vez, comprende otras facultades. Así, la oposición del usuario a que determinados datos sean utilizados para fines distintos de los que inicialmente se determinaron. También es relevante en la materia la STC 290/2000⁶⁴, en la que de

del derecho a la intimidad. La autodeterminación informativa», *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 5, Montevideo, 2008, págs. 49-72.

⁵⁸ Vid. GUERRERO PICÓ: *op. cit.*, págs. 208-220.

⁵⁹ Auto 642/1986 del Tribunal Constitucional, considerado una de las primeras referencias de interés en esta materia (BOE de 18 de agosto de 1993). Si bien, previa a esta resolución, puede hacerse referencia a la STC 110/1984, de 26 de noviembre (BOE núm. 305, de 21 de diciembre) en la que se enjuicia la solicitud de unos datos referidos a las cuentas bancarias por parte de la Administración Pública. El TC afirma la existencia de la protección del derecho fundamental a la intimidad, pero no la inclusión en el mismo de la facultad de proteger los datos de carácter personal. En este mismo sentido, véanse la STC 142/1993, de 22 de abril (BOE núm. 127, de 28 de mayo).

⁶⁰ STC 254/1993, de 20 de julio (BOE núm. 197, de 18 agosto) en relación con el uso de la informática y las Administraciones Públicas y la necesidad de amparar el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (comentada, entre otros, por: FREIXAS GUTIÉRREZ, *op. cit.*, págs. 60-61; SERRANO PÉREZ: *op. cit.*, págs. 163-169).

⁶¹ Véanse también: la STC 11/1998 (RTC 1998\11), a la cual siguieron la STC 33/1998 (RTC 1998\33), STC 35/1998 (RTC 1998\35), STC 45/1998 (RTC 1998\45), STC 94/1998 (RTC 1998\94), STC 105/1998 (RTC 1998\105), STC 202/1999, 8 de noviembre (BOE núm. 300, 16 de diciembre), entre otras.

⁶² STC 223/1998, de 24 noviembre (RTC 1998\223 (Sala Primera), Recurso de Amparo número 1291/1997, BOE 30 diciembre, núm. 312).

⁶³ STC 44/1999, de 22 de marzo (RTC 1999\44 (Sala Segunda), Recurso de Amparo número 1334/1996, BOE 27 abril, núm. 100), contra sentencia de 21 junio 1995 de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid dictada en procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

⁶⁴ Véase RTC 290/2000, de 30 noviembre (Recursos de Inconstitucionalidad núms. 201/1993,

modo preciso se concluye que el apartado 4.º del art. 18 garantiza un ámbito de protección específico e idóneo, la libertad informática y los límites establecidos en la norma⁶⁵. Reconociendo la existencia del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de forma autónoma.

Asimismo, la jurisdicción civil, en aplicación del contenido de la Ley Orgánica 1/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁶⁶, y los preceptos que regulan la responsabilidad contractual y extracontractual, ha valorado la confrontación existente entre el contenido y alcance del derecho al honor, a la propia imagen y la intimidad frente a la libertad de expresión y de información⁶⁷. En este sentido, se considera que cuando se produce un conflicto entre ambos derechos ha de resolverse mediante técnicas de ponderación constitucional para determinar la prevalencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y atendiendo al peso en abstracto de los derechos fundamentales que entran en conflicto y el peso relativo de ambos. Este último en relación con el alcance público de la información, el interés general, la referencia a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, la veracidad del contenido y la finalidad informativa.

Si bien el término literal «derecho al olvido» fue acuñado por la AEPD. Esta calificación se sustenta en el derecho a controlar los datos personales propios y cuya finalidad esencial es el reconocimiento al afectado de la facultad de impedir que los datos de carácter personal que le pertenecen se encuentren en la Red y perduren en la misma por un tiempo indeterminado, cuando no resulten adecuados y pertinentes según el contenido normativo de aplicación⁶⁸. Por tanto, dicha facultad forma parte del derecho a la tutela de los datos personales en distintas acepciones, en cuanto que se trata de elementos que identifican (o hacen identificables) a personas físicas y cuyo tratamiento automatizado permite su recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación. Nos

219/1993, 226/1993 y 236/1993 (acum.). BOE 4 enero 2001, núm. 4), comentada entre otros por: REBOLLO DELGADO: *op. cit.*, págs. 173-181; SERRANO PÉREZ: *op. cit.*, págs. 171-189.

⁶⁵ Art. 105 b) de la CE.

⁶⁶ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE de 14 de mayo de 1982).

⁶⁷ Pueden consultarse, entre otros: STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 232/2013, de 25 marzo. RJ 2013\3928; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 962/2011, de 9 febrero. RJ 2012\4628; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 255/2011, de 8 abril. RJ 2011\3154; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 124/2009, de 25 febrero. RJ 2009\1624; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 101/2009, de 18 febrero. RJ 2009\1501; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 65/2009, de 5 febrero. RJ 2009\1365; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 1120/2008, de 19 noviembre. RJ 2008\6055.

⁶⁸ Reclamación presentada a la AEPD por un particular contra la entidad Google España S. L., de 17 de octubre de 2007. El afectado considera que la aparición de la información de su titularidad en la Red, aun habiendo ejercido el derecho de oposición y cancelación, supone una vulneración del derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. Analizada la reclamación, el director de la AEPD la estima y da traslado de la misma a las tres entidades afectadas para que presenten las alegaciones oportunas (Resolución del director de la AEPD TD/00814/2007, de 7 de abril 2008. Para su consulta: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/resoluciones/tutela_derechos/tutela_derechos_2008/).

referimos, en concreto, a las siguientes: el acceso a la información personal que puede solicitar el interesado al tercero que está tratando sus datos; el derecho de rectificación cuando los datos sean incorrectos; el de oposición en el caso de que, pese a estar fundamentado el tratamiento de los datos, el interesado se opone a ello; y, fundamentalmente, en el derecho de cancelación, en el supuesto de que no hubiera motivos que legitimen a un tercero a seguir tratando los datos personales. Esto es, cuando dejan de ser necesarios o pertinentes para el fin por el que hubieran sido recabados o registrados. El principio de finalidad permite la supresión de las informaciones personales objeto de un tratamiento automatizado que dejan de ser indispensables para el objeto inicial.

A ello hay que añadir la referencia al Código español del Derecho al Olvido⁶⁹, en el que se recopilan las principales normas que hacen referencia a esta facultad, teniendo en cuenta los diferentes ámbitos en los que se puede plantear. Así, desde la CE, hasta la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y las disposiciones aplicables a la sociedad de la información. Incluyendo, además, un elenco de otras posibles normas conexas: civiles, penales, menores, sanitarias, administración pública y administración de justicia, tributarias, telecomunicaciones, de seguridad social, entre otras.

No obstante, el actual texto de la norma comunitaria viene a suplir esta carencia conceptual y recoge expresamente el *derecho al olvido o de supresión* como la posibilidad con la que cuenta el sujeto de que se supriman los datos que le pertenecen⁷⁰. Esto es, la posibilidad de que se elimine la información personal cuando no desee que sus datos sean tratados y no haya ninguna justificación legítima que establezca su necesaria conservación. Así, el afectado ha de obtener *sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernan, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos*

⁶⁹ Código del Derecho al Olvido, edición actualizada a 24 de enero de 2017 (para su consulta: <https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=94&modo=1¬a=0&tab=2>), se trata de una iniciativa de la Agencia Estatal del *Boletín Oficial del Estado*.

⁷⁰ Art. 17 del Reglamento (UE) 679/2016. *Vid.* ÁLVAREZ CARO, M.: «El derecho a la supresión o al olvido», en *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos* (Dir. PIÑAR MAÑAS, J.L./Coord. ÁLVAREZ CARO, M./RECIO GAYO, M.), 2016, páginas 241-256; ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C. (2012): «El «derecho al olvido»: ¿un derecho a ser «desindexado» por los buscadores?», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 66, págs. 123-150; AZURMENDI, A.: «Por un «derecho al olvido» para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del TJUE del caso Google Spain y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29.12.2014», *Revista de derecho político*, núm. 92, 2015, págs. 273-310; DAVARA RODRÍGUEZ, *El derecho...*, *op. cit.*; GARCÍA DE PABLOS: *op. cit.*, págs. 47-66; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «Aplicar el derecho al olvido», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, N.º. 36, 2014, págs. 121-142; MATE SATUÉ, L.: «¿Qué es el derecho al olvido?», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, número 2, abril-junio 2016, págs. 187-222; RALLO LOMBARTE, *op. cit.*, págs. 703-737; RUBIO TORRANO, E.: «El derecho al olvido digital», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 1, 2016, págs. 129-133; TRONCOSO REIGADA, A.: «El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales», *Datos personales. org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 59, 2012; DÍAZ DÍAZ, E.: «El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016.

personales cuando concurra alguna de las circunstancias (...). Esencialmente, se hace referencia a los supuestos en los que la información no sea precisa para los fines que justificaron su obtención; se hubiera hecho un tratamiento ilícito de los datos personales; cuando el afectado revoque el consentimiento que facilitó; o se oponga al tratamiento de sus datos; y los casos en los que la información personal deba suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal establecida en el Derecho de la UE o de los Estados miembros; o si los datos personales se hubieran recopilado en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información.

De la definición reproducida se puede deducir la posibilidad de su ejercicio en diversos planteamientos: si el tratamiento de la información está subordinado a la prestación del consentimiento, la revocación del mismo constituye el requisito necesario a efectos de su cancelación; cuando los datos sean recogidos para finalidades o tipologías de tratamiento, la cancelación se podrá efectuar si los datos ya no son necesarios para perseguir los fines por los cuales fueron recogidos; cuando el afectado hubiera manifestado su oposición; en los supuestos en los que el tratamiento se haya llevado a cabo de manera ilícita; y la supresión basada en la observancia de una obligación legal. Sin embargo, a pesar del reconocimiento literal de esta facultad, la norma no desarrolla de modo preciso la forma de ejercitarlo en la práctica. En cualquiera de las posibilidades indicadas, consideramos que compete al titular del tratamiento de los datos la obligación de cancelarlos de sus archivos y también de comunicárselo a terceros y a los diversos titulares. Sin embargo, queda al margen el caso en el que dicho tratamiento sea necesario para ejercer el derecho a la libertad de expresión e información; como en cuanto al cumplimiento de una obligación legal que requiera dicho tratamiento, o que así se exija para el cumplimiento de una actuación realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable. Además, de por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; o con fines de archivo público, investigación científica o histórica o fines estadísticos; y, cuando corresponda, para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones.

La regulación interna vigente en materia de tutela de los datos personales hace alusión al derecho de supresión con una expresa remisión a las previsiones de la norma comunitaria⁷¹. La novedad se introduce en el Título X sobre los derechos digitales que se refieren, entre otros, al «derecho al olvido» o de supresión en dos ámbitos concretos del entorno telemático⁷²: las búsquedas electrónicas y las redes sociales o servicios equivalentes. En el primer caso, el sujeto ejercitará su derecho frente a los motores de búsqueda que tienen la obligación de eliminar de las listas de resultados los enlaces publicados que contuvieran *información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo*, atendiendo a los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido

⁷¹ Art. 15 de la LO 3/2018 que alude al 17 del Reglamento (UE) 2016/679.

⁷² Arts. 93 y 94 de la LO 3/2018.

y la naturaleza e interés público de la información. Así como, en supuestos personales concretos en los que prevalezcan sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces. Por su parte, el derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes se concreta en la facultad del sujeto de solicitar que se supriman los datos personales publicados en las redes sociales por él o por terceros. En este último planteamiento, cuando dichos datos sean *inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información*. Al igual que en casos personales específicos, como se ha indicado con anterioridad. La excepción que se reconoce a este planteamiento es que los datos facilitados por personas físicas se haga en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

En definitiva, la concreción del denominado «derecho al olvido» aplicado al entorno electrónico, hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través del mismo y sin atender a los requisitos de adecuación y pertinencia recogidos en la norma. Siendo el responsable del tratamiento el que ha de adoptar las medidas razonables tanto de naturaleza jurídica como técnica para conseguir el resultado de este derecho en relación con los datos cuya publicación sea de su competencia⁷³.

IV. LOS BUSCADORES ELECTRÓNICOS Y LA APLICACIÓN DEL «DERECHO AL OLVIDO»

1. Ideas previas

Los buscadores electrónicos son bases de datos en las que se recopila información sobre espacios de Internet que se organizan en niveles de categorías y éstas, a su vez, en otras con el objeto de que sean localizadas de forma práctica y sin demasiado esfuerzo⁷⁴. Ya que cada uno de los *sites* está relacionado con unos términos clave que hacen posible su vinculación. Los resultados derivados de un proceso de búsqueda general son, técnicamente, la consecuencia de algoritmos automáticos que aplican criterios objetivos. Los resultados generales o naturales de un buscador se van a mostrar y organizar dependiendo de su vinculación con el término que el usuario hubiera introducido en el motor de búsqueda. Por tanto, el gestor del buscador no participa en la creación de los contenidos ajenos, sino que únicamente se limita a ofrecer la localización de los mismos de manera técnica, automática y pasiva.

A pesar de que la norma comunitaria no hace referencia expresa a los servicios consistentes en proporcionar enlaces con contenidos ajenos o que ofrecen instru-

⁷³ Vid. DAVARA RODRÍGUEZ: *El derecho...*, op. cit.

⁷⁴ Vid. VÁZQUEZ RUANO, T.: *La inserción de enlaces en una web. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Madrid, 2013.

mentos de búsqueda en sus espacios electrónicos, entendemos que son Prestadores de Servicios de Intermediación (PSI)⁷⁵, por cuanto se trata de profesionales que se dedican al ejercicio de una actividad económica que consiste en facilitar el acceso a los diferentes *web sites* previstos en el entorno telemático. Es decir, será cualquier persona física o jurídica que ofrezca un servicio de la Sociedad de la Información consistente en la facilitación del acceso a información de un tercero mediante el motor de búsqueda⁷⁶, entendiendo por tal el que se preste a través de medios electrónicos y a distancia y tras haber abonado una determinada contraprestación económica para recibirlo, pues debe ser a título oneroso. Cabe que también lo sea aunque el destinatario no hubiera abonado una determinada contraprestación económica, pero el servicio constituya una actividad de esa misma naturaleza para el que lo preste y le genere un lucro. Así, a diferencia del simple Prestador de Servicios de la Sociedad de la Información (PSSI)⁷⁷, el PSI hace posible la prestación o utilización de otros servicios de la Sociedad de la Información o el acceso a la misma.

En resumen, el buscador es una herramienta que accede a unos enlaces que han sido indexados y, de este modo, facilita a los usuarios una relación de páginas electrónicas de sitios que guardan relación con la palabra o términos que éstos han insertado en el mismo. No obstante, existe una tendencia contraria al entender que para que pueda definirse como un servicio de intermediación es preciso que se ofrezca a los usuarios a través de la habilitación de un motor de búsqueda que de modo automático cree bases de datos en las que se localicen los contenidos que están disponibles en el entorno electrónico⁷⁸.

2. Responsabilidad de los motores de búsqueda electrónicos

El régimen de responsabilidad que le es aplicable a los PSI es uno de los principales problemas que se ha planteado en cuanto a su determinación. Fundamentalmente, por cuanto la norma comunitaria no lo recoge en sus previsiones, aunque no así en el texto nacional. La LSSIyCE prevé para los PSI un sistema de responsabilidad de carácter específico y que se justifica en el servicio que ofrecen en el ámbito electrónico⁷⁹. Como es sabido, la regla general en materia de responsabilidad de los que ostentan la condición de prestadores de servicios de la

⁷⁵ Apartado b) del Anexo de la LSSIyCE que establece que lo son: el acceso a Internet; la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones; la copia temporal de páginas de Internet que solicitan los usuarios; el alojamiento de los servidores propios y la provisión de técnicas electrónicas de búsqueda, acceso o recopilación de datos o de enlaces a otros espacios de la Red. Sobre ello, ORTEGA DÍAZ, J. F.: *Los enlaces en Internet*, Pamplona, 2006, pág. 150. Esta calificación ha sido puesta de manifiesto por el director de la AEPD, entre otras, en la Resolución R/00320/2008 (procedimiento TD/00814/2007).

⁷⁶ Apartado c) del Anexo de la LSSIyCE.

⁷⁷ Anexo a) y b) de la LSSIyCE.

⁷⁸ Vid. CLEMENTE MEORO, M. E./CAVANILLAS MÚGICA, S.: *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Granada, 2003, pág. 17.

⁷⁹ Recogido en los arts. 14 a 17 de la LSSIyCE.

Sociedad de la Información es la exención de la misma⁸⁰, salvo que concurran determinadas circunstancias. En particular, en cuanto a lo que nos interesa en este trabajo, los intermediarios que facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda electrónicos no serán responsables, a menos que tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita, o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización⁸¹. Así como en el supuesto de que lo conozcan y no actúen con diligencia debida a efectos de suprimir o inutilizar el enlace correspondiente⁸².

Atendiendo a la primera de las excepciones indicadas, «tener un conocimiento efectivo» de la ilicitud de los contenidos de un tercero significa que el prestador del servicio que facilita el enlace a dicho contenido o establece herramientas de búsqueda sabe de dicha ilicitud porque conoce la resolución dictada por un órgano competente (judicial o administrativo), bien declarando que es contrario a Derecho o en la que se ordena la retirada o imposibilidad de su acceso; o bien cuando el mencionado órgano hubiese estimado la existencia de una lesión de los bienes o derechos de una persona. Esto es, corresponde a la autoridad competente cumplir con el deber de informar o comunicar su resolución al prestador del servicio de que se trate. Por tanto, entendemos que no cabe equiparar el posible «conocimiento efectivo» de la ilicitud con la existencia de un interés o relación contractual entre el prestador que ofrece el enlace o la herramienta de búsqueda y el titular del contenido que es declarado ilícito. De acuerdo con ello, en los supuestos en los que un órgano competente no se hubiera pronunciado respecto de la adecuación de los contenidos de la página del tercero al que el enlace permite el acceso, no puede afirmarse que el prestador del servicio sea responsable de dicha actuación, a menos que pueda comprobarse que lo conocía por otros medios. En consecuencia, el prestador que facilita herramientas de búsqueda en el ámbito electrónico será responsable si no ha actuado a fin de evitar que los contenidos calificados como contrarios a Derecho continúen visualizándose.

⁸⁰ El régimen general de responsabilidad (art. 13 de la LSSIyCE) es la remisión a la regulación de la responsabilidad civil, penal y administrativa del ordenamiento jurídico.

⁸¹ Art. 17 de la LSSIyCE. Esta excepción no puede aplicarse si *el proveedor de contenidos al que se enlace o cuya localización se facilite actúe bajo la dirección, autoridad o control del prestador que facilite la localización de esos contenidos* (apartado 2.º del art. 17 de la LSSIyCE). Para ampliar esta materia pueden consultarse: CLEMENTE MEORO/CAVANILLAS MÚGICA: *op. cit.*, pág. 102; ORTEGA DÍAZ: *op. cit.*, págs. 153-154.

⁸² Autores como ORTEGA DÍAZ: *op. cit.*, pág. 160, entiende que aunque la norma no establece un plazo determinado, hay que valorar la actuación diligente según la capacidad y el tiempo que técnicamente requiera el prestador. En esta idea destacan autores como: GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Valencia, 2002, págs. 134-138; GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1.996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2.ª edic., Granada, 2003, págs. 366 y 375-382; GRANDE SANZ, M.: «La publicidad en Internet», *RCE*, núm. 59, abril, 2005, págs. 29-30; MASSAGUER FUENTES, J.: «Conflictos de Marcas en Internet», *Revista General de Derecho*, núm. 648, septiembre, 1998, pág. 11134; PLAZA PENADÉS, J.: «Doctrina del Tribunal Supremo sobre el «conocimiento efectivo» en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 34, 2014, págs. 15-19.

En caso contrario, ha de entenderse que la responsabilidad debería imputarse al titular del vínculo enjuiciado, que es quien responde de los contenidos propios que hubiere previsto en Internet. Por tanto, la exención de responsabilidad indicada sólo será aplicable cuando la actividad del prestador se limite al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Es decir, que no conozca ni controle dicha información, sino que sólo actúe en un sentido técnico, automático y pasivo sobre los mismos.

Si bien, la principal cuestión en relación con la prestación de servicios de búsqueda en el ámbito electrónico es la que se refiere al acceso y facilitación de información que pertenece a un determinado sujeto, en la medida que le hacen identificable o le identifican directamente. El tratamiento de datos de carácter personal que realiza el gestor de un buscador electrónico posibilita que con la simple inclusión de un nombre se obtenga una lista de resultados que ofrezcan información sobre una persona concreta. Las características que distinguen el entorno digital, en ocasiones, dificultan el ejercicio de las facultades que el ordenamiento reconoce al titular de los datos, como sucede con el ejercicio del derecho de oposición y cancelación de los mismos en un entorno que es de alcance global⁸³. Ello genera una confrontación de intereses: de un lado, las facultades y derechos que la norma reconoce a los titulares de los datos personales; y, de otro, la tutela del reconocido derecho constitucional de información y expresión a través de los medios de comunicación (incluidos los electrónicos). Teniendo en cuenta, en este último caso, que la supresión de enlaces de una lista de resultados proporcionados por un motor de búsqueda puede tener efectos de limitación o censura, en perjuicio del interés legítimo de los sujetos que actúan en el entorno telemático y que están interesados en tener acceso a esa información. Por tanto, el conflicto surge porque, aun cuando el afectado manifieste su oposición o deseo de cancelar los datos que le pertenecen, dicha información sigue apareciendo en los resultados que el buscador proporciona. Amparando su actuación en el hecho de que esa información está accesible porque la mantiene el *webmaster* o responsable del desarrollo, coordinación y mantenimiento de un sitio electrónico. Circunstancia que permite al gestor del motor de búsqueda eximirse de responsabilidad por considerar que no está obligado a supervisar la información que indexa lícitamente para difundirla a *posteriori*⁸⁴.

⁸³ Vid. DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.: *La protección de los intereses del consumidor ante los nuevos sistemas de comercio electrónico, Estudios y Documentación*, núm. 8, Madrid, 2000, págs. 180-185; VÁZQUEZ RUANO: *La protección...*, *op. cit.*, págs. 130-139.

⁸⁴ Como ocurre en el Procedimiento de la Agencia Española de Protección de Datos (TD 00249/2011), la cual recibe la reclamación de un sujeto contra las entidades *Google* y *Yahoo* por no haberse atendido su derecho de oposición al tratamiento de la información de carácter personal y de cancelación de la misma. La AEPD en su Resolución R/01545/2011 desestima la reclamación porque se considera que los prestadores de servicios de búsqueda no son responsables del tratamiento. Distinto resulta el planteamiento del Procedimiento TD 0139/2010, la cual recibe la reclamación de una madre contra una productora y una cadena de televisión, una red social y un buscador que ejerció su derecho de cancelación de la voz e imágenes de su familia. La AEPD re-

En definitiva, será el sujeto afectado el que deba ejercer el derecho de cancelación y eliminación de la información que consta a su nombre ante el responsable del tratamiento, a efectos de que se realicen las modificaciones precisas para su ejecución y, asimismo, se anule la indexación que hubieran hecho los buscadores a los datos e informaciones sobre el mismo.

3. El reconocimiento judicial del «derecho al olvido». La STJUE de 13 de mayo de 2014, «caso google»

La facultad de los interesados de poder solicitar que, en determinadas circunstancias, los enlaces que permiten acceder a información que les pertenece no sea accesible a partir de los resultados que muestra un buscador electrónico es una cuestión que fue objeto de análisis por parte del TJUE (13 de mayo de 2014)⁸⁵. En cuyo caso se estimó que los motores de búsqueda o buscadores electrónicos

suelve (R/00668/2011) estimando la reclamación presentada contra la red social y el buscador por el trato vejatorio e injurioso realizado. Pero desestima las pretensiones efectuadas contra las otras dos entidades televisivas.

⁸⁵ STJUE de fecha 13 de mayo de 2014 (asunto C-131/12, Google Spain. ECLI: EU:C:2014:317. TJCE\2014\85). Esta sentencia trae como causa la cuestión prejudicial de interpretación al TJUE planteada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Auto, Secc 1.ª, 27-02-12, Rec. 725/2010), en la que suscitaba diferentes dudas en torno a la correcta interpretación y aplicación que debería de recibir el derecho de cancelación de datos personales que apareciesen en los listados de un motor de búsqueda. La AEPD resuelve la controversia estimando la reclamación formulada por el particular e instando a Google España a que adopte las medidas necesarias para retirar los datos personales de su índice e imposibilite el acceso a los mismos en futuras ocasiones. Aunque desestima la reclamación que formula el interesado contra la entidad judicial que publica el edicto. La compañía recurre en reposición esta resolución (Recurso de Reposición RR/00238/2008. Desestimado por Resolución del director de la AEPD de 13 de agosto 2008), pero su desestimación le lleva a interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la AN (Procedimiento ordinario 0000211/2009 Google España, S. L., contra la Agencia Española de Protección de Datos). La Sala de lo contencioso-administrativo de la AN (Sección 001) en su Providencia de 22 febrero 2011 plantea una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE con unos argumentos similares a los argüidos por la defensa de Google. Sobre ello pueden consultarse: ÁLVAREZ CARO, M.: «Reflexiones sobre la sentencia del TJUE en el asunto «Mario Costeja» (C-131/12) sobre derecho al olvido», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 51, 2014, págs. 165-187; ÁLVAREZ RIGAUDIAS: *op. cit.*, págs. 123-150; AZURMENDI: *op. cit.*, págs. 273-310; BACARIA MARTRUS, J.: «Aplicación práctica del derecho al olvido a raíz de la sentencia del TJUE sobre Google», *Economist & Jurist*, vol. 22, núm. 182, 2014, págs. 84-91; BROTONS MOLINA, O.: «Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general C-131/12», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 33, 2013, págs. 107-126; GUERRERO ZAPLANA, J.: «La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2014, 2014; MUÑOZ, J.: «El llamado «derecho al olvido» y la responsabilidad de los buscadores: comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo 2014», *diario La Ley*, núm. 8317, 2014; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El Derecho al olvido en internet y la Sentencia Google Spain», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 6, 2014, págs. 27-50; PLAZA PENADÉS, J.: «Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre protección de datos y derecho al olvido», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 35, 2014, págs. 17-19; SALINAS ALCEGA, S.: «Derecho al olvido. Derecho de un particular a solicitar al gestor de un motor de búsqueda en internet que sean eliminados datos que afectan a sus derechos al respeto de la vida privada y de protección de datos personales. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 —Google Spain, S.L. y Google Inc. (AS. C-131/12)», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2014.

hacían un tratamiento de datos de carácter personal que, en todo caso, debía observar los presupuestos aplicables en materia de protección de datos en el ámbito comunitario. La cuestión controvertida se planteó porque un sujeto reclamó a la AEPD que un periódico de tirada nacional había publicado dos anuncios relativos a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo ocasionado por una deuda contraída con la Seguridad Social. Sin embargo, pese a que la mencionada deuda fue solventada y el afectado solicitó la cancelación de esa información que —a pesar de ser verídica— carecía de relevancia, los buscadores continuaron reflejando la información en la red. Para ello, el motor de búsqueda se amparó en la ubicación de la empresa matriz del buscador que estaba en territorio internacional y, además, en que la página que albergaba esa información la mantenía disponible.

Al margen de las cuestiones acerca de la regulación que resulta aplicable, la sentencia del TJUE clarificó la posición y responsabilidad de los motores de búsqueda en relación con la cancelación de los datos personales desde la perspectiva jurídica, considerando que quien gestiona un motor de búsqueda ostenta la condición de responsable del tratamiento de los datos que aparecen en las páginas *web* que publican terceros y, consecuentemente, ha de eliminarla en cuanto que el afectado lo solicite. Salvo que concurren ciertos supuestos justificados por la tutela del interés público. La calificación del gestor del motor de búsqueda como responsable del tratamiento responde a que es él quien recopila la información y los datos que se visualizan *a posteriori* y determina la finalidad y los medios de su actividad. Además, a través de sus programas de indexación, no sólo los recaba, sino que procede a su registro y organización, los conserva en los servidores y facilita su acceso en forma de listas de resultados⁸⁶. Incluso en los supuestos en los que se trate de información ya publicada en los medios de comunicación.

En este sentido, el TJUE, en el primer pronunciamiento en el que de modo expreso reconoce el alcance del derecho de cancelación y de oposición en relación con el derecho al olvido, entiende que la información o los datos que aparecen a través de los resultados mostrados por un buscador electrónico pueden: «...afectar significativamente a los derechos fundamentales respeto de la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica

⁸⁶ Art. 2, b) y d) de la Directiva 95/46/CE. Véase el «Dictamen sobre cuestiones de protección de datos en relación con buscadores» del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29, 00737/ES WP 148. Adoptado el 4 de abril de 2008. Véase BACARIA MARTRUS: *op. cit.*, págs. 84-91; MARTÍNEZ MARTÍNEZ: *op. cit.*, págs. 121-142; MATE SATUÉ, *op. cit.*, págs. 187-222; MUÑOZ: *op. cit.*

debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo».

La conclusión a la que hemos de llegar en razón de la aplicación de la norma comunitaria y nacional vigente en ese momento es que el buscador electrónico es el responsable del tratamiento de los datos de carácter personal que aparecen en las páginas publicadas por terceros. Entendido el responsable en su amplio significado. Por consiguiente, le compete atender el ejercicio del derecho de cancelación o, en su caso, el de oposición por parte del afectado en cuanto al derecho al olvido y con independencia de que éstos no se ejerzan frente al editor de contenidos *web*. El afectado tiene la facultad de solicitar la cancelación de la información u oponerse al tratamiento para impedir la indexación de los datos sobre su persona que se publican en las páginas electrónicas de terceros porque no quiere que sea conocida por el resto de usuarios, a pesar de que se trate de información publicada lícitamente.

El procedimiento de cancelación u oposición no resulta complejo, pues la reclamación puede dirigirse directamente frente al editor de la página electrónica y/o ante la entidad gestora del motor de búsqueda y sin que sea necesario que se justifique que le ha causado un perjuicio. Dicha solicitud podrá hacerse de manera conjunta o independiente a cada uno de ellos. Una vez recibida, el responsable del tratamiento valorará su fundamentación. En caso de conformidad, el motor de búsqueda ha de eliminar de la lista de resultados que ofrece los enlaces a páginas electrónicas publicadas por terceros que contengan información relativa al afectado y aun cuando dicha información no se hubiera eliminado de las páginas que la contienen y, en su caso, aunque la publicación en las mismas fuera acorde a Derecho (como los boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información)⁸⁷. La razón principal no es otra que considerar que la interconexión de los datos e informaciones que se hace mediante el funcionamiento de un buscador electrónico es un tratamiento de datos y, cuando el afectado ha manifestado su oposición o solicitado su cancelación, hay que atender el ejercicio de estos derechos. En caso contrario, se estarán vulnerando los principios en materia de protección de datos personales y ello no se justifica por el interés económico de quien gestiona el motor de búsqueda, ni tampoco en razón del interés legítimo de los internautas interesados en tener acceso a la información en cuestión. No obstante, esta última negación no puede ser absoluta, pues habrá que atender a aspectos concretos para valorar la prioridad del interés del público en tener acceso a esa información, como lo son: la naturaleza de la información de que se trate, la catalogación de la misma y el papel del afectado en la vida pública. De existir disconformidad entre la pretensión del afectado y el

⁸⁷ Arts. 12 b) y 14. 1.º a) de la Directiva 95/46/CE. Vid. ÁLVAREZ CARO: *Reflexiones...*, *op. cit.*, págs. 165-187; y en *El derecho...*, *op. cit.*, págs. 241-256; BELTRÁN CASTELLANOS, J. M.: «El derecho al olvido: regulación e incidencia en las administraciones públicas», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, 2015, págs. 151-171; LÓPEZ GARCÍA, M.: «Derecho a la información y derecho al olvido en Internet», *La Ley Unión Europea*, mes 17, 2014, págs. 41-50; MUÑOZ: *op. cit.*

gestor del motor de búsqueda, el sujeto tiene la facultad de acudir a la autoridad administrativa competente en materia de protección de los datos personales y, en particular, de la regulación de la autodeterminación informativa ante el uso abusivo de la informática⁸⁸, o presentar la correspondiente reclamación judicial en defensa de sus intereses.

Obviamente, a lo anterior hay que añadir la necesidad de respetar los principios generales previstos en materia de protección de datos, pues según el supuesto concreto cabe que los datos proporcionados se revelen inadecuados o no pertinentes respecto de los fines para los que fueron tratados y del tiempo transcurrido. Confirmándose dichos extremos, los enlaces a páginas electrónicas que contienen esa información deben suprimirse de esa lista de resultados, a menos que existan razones que lo justifiquen, en los términos indicados.

Sin embargo, cabe advertir que la información no se elimina del ámbito electrónico, pues el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición frente a los buscadores de Internet únicamente afecta a los resultados obtenidos en las búsquedas hechas mediante el nombre de la persona y no implica que la página deba ser suprimida de los índices del buscador ni de la fuente original. Las fuentes permanecen inalteradas y el resultado se seguirá mostrando cuando la búsqueda se realice por cualquier otra palabra o término distinto al nombre del afectado.

La previsión de la facultad de olvido reconocida por parte del Tribunal europeo en esta resolución y entendida como la posibilidad de limitar la difusión de datos personales en los buscadores generales, cuando la información ya no sea actual o resulte irrelevante, es lo que en el actual texto del Reglamento comunitario general de protección de datos se ha calificado expresamente como «derecho al olvido». Suponiendo la solicitud por parte del afectado de que se bloqueen en las listas de resultados de los buscadores los vínculos que enlacen informaciones que le afecten y resulten obsoletas, incompletas, falsas o irrelevantes y no sean de interés público.

4. Reconocimiento del «derecho al olvido» en el ámbito nacional. Conclusiones de la AEPD y resoluciones judiciales

El ejercicio de los derechos de cancelación y oposición como manifestación del «derecho al olvido» en el entorno nacional se inicia con la presentación de la solicitud correspondiente ante la entidad responsable del tratamiento de los datos personales⁸⁹. Tras ello, caben dos alternativas: la falta de respuesta por parte de la entidad que trata la información; o, en su caso, que se pronuncie y que el afectado

⁸⁸ Resolución de la AEPD R/00320/2008 (procedimiento TD/00814/2007).

⁸⁹ Art. 25 del RD 1720/2007 y actual art. 93 de la LO 3/2018. Véase SANCHO LÓPEZ, M.: «Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y del nuevo marco legal», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 41, 2016, págs. 135-155.

no esté conforme con el mismo. En cualquiera de estas dos posibilidades, el sujeto puede formular reclamación ante la AEPD para proteger sus derechos frente al responsable del tratamiento y es la Agencia la que ha de manifestarse al respecto en el plazo de seis meses con una resolución estimatoria de la pretensión o desestimando la solicitud en razón del caso particular⁹⁰. La resolución de la AEPD pone fin a la vía administrativa⁹¹, pero el afectado podrá interponer recurso de reposición ante la Dirección de la misma o recurrir a la vía contencioso-administrativa ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Las reclamaciones que inicialmente se presentaron sobre este particular a la AEPD se resolvieron con un razonamiento alejado del actual. En cuanto que no se establecía la responsabilidad del servidor respecto de la publicación que estaba disponible en el ámbito electrónico⁹². Sin embargo, esta tendencia presentó un cambio reflejado en los planteamientos de la AEPD, en los que se confirma la falta de atención del derecho de cancelación que ejerce el interesado frente al motor de búsqueda⁹³. En estos supuestos, la autoridad competente reitera el contenido de la Resolución de referencia dictada por el TJUE. A saber: se concreta la naturaleza del buscador electrónico como sujeto responsable del tratamiento de los datos que muestra en sus resultados. El motor de búsqueda accede a una lista de enlaces que se han indexado con anterioridad y ofrece al usuario una relación de direcciones que remiten a las páginas en las que figuran las palabras seleccionadas por el usuario. El motor de búsqueda es el responsable del tratamiento de los datos en la medida en que determina los fines y los medios de su actividad.

Por otro lado, se valora la posibilidad de ejercer el derecho de cancelación ante el buscador y sin que sea preciso acudir al responsable del sitio electrónico en el que se encuentra la información del afectado. A este respecto, se entiende que el tratamiento de datos personales que lleva a cabo un motor de búsqueda puede afectar de modo significativo a los derechos fundamentales, respeto a la

⁹⁰ Art. 117 del RD 1720/2007.

⁹¹ Art. 18. 4.º de la LOPD.

⁹² Entre otras, pueden consultarse las siguientes Resoluciones de la AEPD: Procedimiento núm.: TD/00598/2007. Resolución R/01306/2007; Procedimiento núm.: TD/00597/2007. Resolución R/01295/2007; Procedimiento núm.: TD/00437/2007. Resolución R/00987/2007. Véase también la «Declaración sobre los buscadores de Internet» de la AEPD, 1 diciembre de 2007 (para su consulta: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/recomendaciones/common/pdfs/declaracion_aepd_buscadores.pdf).

⁹³ SAN de 29 diciembre de 2014. SAN 5129/2014. Procedimiento núm. TD/01997/2014. Resolución de la AEPD núm. R/01239/2015 tras la reclamación formulada el 25 de noviembre de 2014, por un particular contra el *Boletín Oficial del Estado*, Google Inc. (Google Spain) y Yahoo Emea Ltd. (Yahoo Iberia S.L.); Expediente núm. TD/01955/2014. Resolución de la AEPD núm. R/01119/2015 tras la reclamación formulada el 11 de noviembre de 2014, por un particular contra Google Inc. (Google Spain); Procedimiento núm. TD/00592/2015. Resolución núm. R/02107/2015 tras la reclamación formulada el 13 de marzo de 2015 por un particular contra las entidades Aol Inc., Ediciones El País, S. L., Microsoft Corporation (Microsoft Ibérica SRL) y Yahoo Emea Ltd. (Yahoo Iberias.L.). En cuanto a las Resoluciones de la AEPD, destacan: TD/00463/2007, TD/01424/2012, TD/01753/2012, TD/01569/2013, TD/01544/2013 o TD/01270/2013 en las la AEPD no sólo advierte la necesidad de que cese de forma definitiva el tratamiento de los datos en la página web, sino que también entiende que deben adoptarse medidas alternativas que lo aseguren.

vida privada y a la protección de datos, cuando la búsqueda realizada se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física. Pues hace posible que un usuario obtenga una lista de resultados con una visión estructurada de la información relativa a esta persona que, sin el uso de dicho motor, no se habrían interconectado o hubiera sido más complejo hacerlo. Razones que permiten afirmar que cuando el interesado ha solicitado la cancelación de sus datos personales ante el motor de búsqueda compete a éste su examen y, en su caso, la supresión de los enlaces de la lista de resultados, sin que previa o simultáneamente tenga que acudir al responsable del sitio que los contiene. Si bien, la AEPD suele recomendar en sus conclusiones que los *webmasters* arbitren las medidas técnicas que sean necesarias a fin de evitar la indexación de los datos del interesado e impedir que sean susceptibles de captación por los motores de búsqueda.

Por último, se analiza si el afectado tiene derecho a que la información personal ya no se vincule a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del mismo y a pesar de ser veraz⁹⁴. A menos que estuviera justificado por causas específicas. A este respecto, como norma general se considera que prevalece esta facultad sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda. El razonamiento que hace la AEPD es que, no existiendo criterios que justifiquen la prioridad de la libertad de expresión e información sobre la tutela de los datos personales, el buscador electrónico ha de cancelar la información concerniente al interesado. Si bien, es preciso hacer una ponderación de los intereses en conflicto, pues la norma no prevé excepciones al régimen de tratamiento de datos personales con fundamento en la libertad de expresión o información. En consecuencia, se concluye reconociendo la prioridad a la facultad de cancelación de los datos en el ámbito electrónico que pertenecen a los sujetos que no sean personajes públicos, ni objeto de hecho noticiable de relevancia pública⁹⁵.

No obstante, la AEPD cuenta con un conjunto de resoluciones en las que no se admite el ejercicio del derecho de cancelación ejercido por el titular frente al tratamiento de sus datos por parte de los motores de búsqueda. Fundamentalmente, por cuanto la difusión de la información acerca del interesado se justifica por ser de relevancia y de interés público en relación a su vida profesional⁹⁶. Prevaleciendo la ejercicio de la libertad de expresión y de información. Es decir, es una información calificada de interés para los ciudadanos, por lo que se hace un tratamiento legítimo de la misma y ello no supone una vulneración de la normativa en materia de protección de datos⁹⁷. Esto es lo que sucede en las reclamaciones que

⁹⁴ Pese a que en algunos pronunciamientos el TC otorga una posición preferente a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales, siempre que los hechos comunicados se consideren de relevancia pública (STC 105/1983 y STC 107/1988) y por la veracidad de la información facilitada (STC 6/1988, STC 105/1990 y STC 240/1992).

⁹⁵ En concreto, las resoluciones de la Agencia de Protección de Datos Personales TD/01335/2008 y específicamente TD/01164/2008 y TD/00627/2009.

⁹⁶ Considerando 45 de la Directiva 95/46/CE.

⁹⁷ Procedimiento núm. TD/01846/2014. Resolución núm. R/00646/2015 tras la reclamación formulada por un particular contra Google Inc. (Google Spain, S.L.); Procedimiento núme-

traen su causa en la indexación y recuperación por los buscadores electrónicos de datos personales contenidos en boletines oficiales y ediciones digitales de medios de comunicación. En estos supuestos, la información puede estar disponible electrónicamente aun cuando el afectado lo desconozca y no lo hubiera consentido. Las razones de interés público son las que justifican la licitud de la indexación de la información por los motores de búsqueda y la legitimidad de su difusión, a pesar de que el interesado haya ejercido su derecho de cancelación y/o manifestado su oposición.

La aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 en materia de protección de datos de carácter personal y en el que se incluye el reconocimiento del «derecho al olvido», ha hecho que nuestro TS se haya pronunciado al respecto. Nos referimos a la STSS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo núm. 1381 y núm. 1387, ambas de 13 de junio de 2016. La novedad de estos pronunciamientos, que reiteran los argumentos ya contenidos en sus anteriores sentencias⁹⁸, es la referencia a las modificaciones de la regulación comunitaria. Así, las cuestiones más importantes que quedan superadas van a ser las siguientes. De un lado, y a pesar de la diversidad de criterios respecto de la calificación del motor de búsqueda⁹⁹, el TS concluye el reconocimiento expreso de la condición de responsable del tratamiento del buscador electrónico y, por ende, al que compete la observancia de los presupuestos aplicables en el ejercicio de los derechos del afectado por el tratamiento de los datos de su titularidad y de la adopción de las medidas necesarias.

Por otro, se explica el *iter* procedimental que guía el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación y cancelación reconocidos al titular de los datos personales. Éste se inicia con la reclamación o comunicación dirigida al responsable del tratamiento ejercitando el derecho que corresponda y que puede hacerse electrónicamente, de manera sencilla, gratuita y directa por parte del interesado. En todo caso, en cualquier forma que haga posible justificar que se ha enviado y recibido por el responsable. En el plazo de diez días, el responsable del tratamiento ha de resolver la reclamación recibida. Transcurrido dicho plazo

ro TD/00466/2015. Resolución núm. R/02235/2015 tras la reclamación formulada por un particular contra las entidades Google Inc. (Google Spain, S.L.), La Opinión de la Coruña Media, S. L. y La Voz de Galicia). En otros supuestos, por cuanto las páginas indexadas por la entidad reclamada fuera de la Unión Europea (Procedimiento núm. TD/01176/2015. Resolución núm. R/01976/2015 tras la reclamación formulada contra Google Inc.).

⁹⁸ STS de 11 de marzo (recursos 643/2015 y 1482/2015), 14 de marzo (recursos 1078/2015 y 1380/2015) y 15 de marzo de 2016 (recurso 804/2015).

⁹⁹ Superando las diferencias de criterio existente entre la Sala de lo Civil (STS de 5 de abril de 2016 (recurso 3269/2014), resolvió un litigio sobre protección civil del derecho al honor, estableciendo que *Google Spain* es responsable del tratamiento de los datos personales que indexa el buscador) y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sobre quién es responsable del tratamiento de datos. La STS de la Sala de lo Civil, núm. 210/2016 de fecha 5 de abril de 2016 (Rec. número 3269/2014), ha resuelto que el tratamiento, en el año 2010, de los datos personales del demandante con relación al indulto que le fue concedido en 1999 por un delito cometido en 1981, en un motor de búsqueda en Internet como es Google, una vez que el afectado requirió la cancelación de dicho tratamiento, debe considerarse ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad del tratamiento de los datos, a causa del plazo transcurrido desde que sucedieron los hechos.

sin resolución, se abre la segunda fase del proceso, en la que el afectado tiene la facultad de formular su reclamación ante la autoridad competente en materia de protección de datos (AEPD). En este caso se establece un plazo de seis meses para que dicho órgano dicte resolución. Por último, la tercera etapa es la vía jurisdiccional, pues contra la resolución anterior puede interponerse recurso contencioso-administrativo.

Finalmente, conviene atender al conflicto de intereses suscitado entre el derecho de información a través de los medios de comunicación y la protección de los datos que conciernen a un determinado sujeto. El TS pondera los intereses en conflicto y concluye que existe un interés público en que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre ciertos aspectos y ello justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas electrónicas donde son publicados y mostrarlos en el elenco de resultados general de un motor de búsqueda. No obstante, cuando hubiera pasado un plazo razonable, el tratamiento de los datos deja de ser lícito porque es inadecuado para la finalidad que justificó el tratamiento. Ello ocasiona en el sujeto un daño desproporcionado en relación al interés general que ampara el tratamiento de los datos, cuando no es una persona de relevancia pública, ni los hechos presentan un interés histórico, por la afectación que sobre la vida privada tiene la interconexión de la información que realizan los motores de búsqueda y el efecto multiplicador de la injerencia propio de la ubicuidad de los contenidos electrónicos.

En un sentido similar se ha pronunciado la Sala de lo Civil del TS. En este caso conviene atender al contenido de la sentencia 210/2016, de 5 de abril¹⁰⁰, sobre el tratamiento que realiza un motor de búsqueda de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto. Pues, si bien, nada impide considerar que es legítima su difusión, una vez transcurrido un plazo razonable desde que se hubiera concedido y el interesado ejercita su derecho de oposición, hay que ponderar los derechos confrontados. A saber, los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al honor frente al ejercicio de la libertad de información. En este caso, toda vez que la información personal se ha hecho pública durante un tiempo determinado y el afectado ha manifestado su oposición, el tratamiento que de la misma hace el buscador es considerado ilícito por inadecuado y desproporcionado a la finalidad que lo justifica. Por cuanto es preciso vincular el reconocimiento del derecho al olvido digital con el necesario respeto del principio de la calidad de los datos personales. Así como, a la STS 545/2015 de 15 octubre¹⁰¹, en relación con el tratamiento de los datos de carácter personal que lleva a cabo el editor de una página electrónica (hemerotecas digitales) y la prelación de los derechos de la personalidad del interesado. Este último tiene reconocido el derecho de oposición al tratamiento que se haga de la información que le pertenece y que se visualiza con la simple incursión como palabra clave en un motor de búsqueda de sus datos

¹⁰⁰ TS en la (Sala de lo Civil) núm. 210/2016, de 5 de abril (RJ\2016\1006).

¹⁰¹ TS en la (Sala de lo Civil) núm. 545/2015, de 15 octubre (RJ\2015\4417).

personales. No ostentando la condición de personaje público. La resolución niega que el ejercicio del derecho al olvido en el ámbito electrónico suponga una censura retrospectiva de las informaciones publicadas de modo legítimo y correcto. Si bien, el perjuicio que le ocasiona al sujeto que dicha información conste en el ámbito electrónico, aun careciendo de relevancia pública e interés histórico, no se ampara en el ejercicio de la libertad de información alegado por la hemeroteca digital como medio de comunicación. Por tanto, compete al editor la adopción de las medidas tecnológicas necesarias al objeto de que la página electrónica no pueda ser indexada por los proveedores de servicios de Internet. Es decir, el responsable de la página electrónica ha de emplear medidas informáticas, como el establecimiento de archivos *robots.txt* para impedir la indexación de la información personal por parte de los buscadores.

V. CONCLUSIONES FINALES

Los motores de búsqueda electrónicos se califican como servicios de la Sociedad de la Información y ello implica no sólo el respeto de los principios normativos específicos aplicables a los mismos, sino también de las previsiones en materia de protección de datos de carácter personal. El tratamiento de la información personal que realizan los buscadores en el ámbito electrónico hace que éstos sean considerados responsables de los mismos y, por tanto, que el ejercicio de los derechos que la norma reconoce al afectado pueda dirigirse directamente ante ellos. Por tanto, compete a los servicios de búsqueda el deber de atender los derechos de cancelación y oposición de las personas cuyos datos se hubieran indexado desde páginas electrónicas de terceros.

La aprobación del Reglamento (UE) general de protección de datos personales establece nuevas garantías a fin de superar la inseguridad que en la actualidad genera el uso de las tecnologías de la información y la comunicación. Nos referimos a derechos como el denominado «derecho al olvido», el cual supone un incremento del control que el interesado tiene sobre los datos e informaciones que le pertenecen. La previsión expresa del «derecho al olvido» es la proyección en el entorno electrónico de la facultad de oposición y de cancelación de los sujetos en relación con el tratamiento de sus datos personales. La aplicación de este derecho trata de alcanzar un punto de equilibrio entre los intereses contrapuestos, pues el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales del interesado se confronta con el ejercicio de la libertad de expresión e información por parte del medio que difunde los datos que conciernen a determinados sujetos.

El uso generalizado de los motores de búsqueda y las redes electrónicas trae como consecuencia la difusión global de la información que está disponible en la red con la simple inclusión de un dato personal en un sistema de búsqueda. Razón por la que la regulación del «derecho al olvido», junto con las facultades y principios en materia de protección de datos, como lo son: la calidad de los mismos, la finalidad del tratamiento, la limitación de su utilización o la responsabilidad

activa de los responsables, resultan mecanismos que protegen y garantizan los datos personales en el actual panorama tecnológico. Pues, a pesar de que la información se hubiera difundido de manera lícita, una vez que deje de ser necesaria para las finalidades propias del servicio, habrá de ser cancelada o, en su caso, si la finalidad que justifica el uso de los datos puede conseguirse sin identificar a un usuario específico, deberán hacerse anónimos. Ya que, pese a que la inclusión de la información personal pueda estar legitimada, su mantenimiento y difusión universal en Internet puede ocasionar a su titular un perjuicio desproporcionado. Salvo determinados supuestos que están justificados en razón del interés general (como sucede cuando se trata de un personaje público o de los datos previstos en boletines oficiales).

Por tanto, cabe concluir que el reconocido «derecho al olvido» es una facultad de los sujetos cuando estamos ante un tratamiento de datos de carácter personal, pero no cabe afirmar que sea un derecho absoluto. Ni tampoco trae como consecuencia que los datos e informaciones se eliminen totalmente, en cuanto que la fuente de origen se mantiene inalterada, pudiendo mostrarse cuando la búsqueda se realice por cualquier otra palabra o término distinta al nombre del afectado.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV.: *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos: Towards a new european data protection regime* (Coord. RALLO LOMBARTE, A./GARCÍA MAHAMUT, R.), Valencia, 2015.
- AA.VV.: *La transmisión de datos personales en el seno de la cooperación judicial penal y policial en la Unión Europea* (Dir. COLOMER HERNÁNDEZ, I. Coord. OUBIÑA BARBOLLA, S.), Pamplona, 2015.
- AA. VV.: *Régimen jurídico de Internet* (Coords. CREMADES, J./FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A./ILLESCAS, R.), Madrid, 2002.
- AA. VV.: *Informática y Derecho* 6-7 (Dir. CARRASCOSA LÓPEZ, V.), Mérida, 1994.
- ALONSO MARTÍNEZ, C.: *Protección de datos de carácter personal. El consentimiento en entidades financieras*, Madrid, 2002.
- ÁLVAREZ CARO, M.:
- «El derecho a la supresión o al olvido», en *Reglamento general de protección de datos: un nuevo modelo europeo de protección de datos* (Dir. PIÑAR MAÑAS, J. L./Coord. ÁLVAREZ CARO, M./RECIO GAYO, M.), 2016, págs. 241-256.
 - «Reflexiones sobre la sentencia del TJUE en el asunto «Mario Costeja» (C-131/12) sobre derecho al olvido», Civitas. *Revista española de derecho europeo*, núm. 51, 2014, págs. 165-187.

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO

ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C.: «El «derecho al olvido»: ¿un derecho a ser «desindexado» por los buscadores?», *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, núm. 66, 2012, págs. 123-150.

ARENAS RAMIRO, M.: *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, 2006.

AZURMENDI, A.: «Por un «derecho al olvido» para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del TJUE del caso Google Spain y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional de 29.12.2014», *Revista de derecho político*, núm. 92, 2015, págs. 273-310.

BACARIA MARTRUS, J.: «Aplicación práctica del derecho al olvido a raíz de la sentencia del TJUE sobre Google», *Economist & Jurist*, vol. 22, núm. 182, 2014, págs. 84-91.

BARRIUSO RUIZ, C.: *La contratación electrónica*, Madrid, 2002.

BELTRÁN CASTELLANOS, J. M.: «El derecho al olvido: regulación e incidencia en las administraciones públicas», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 39, 2015, págs. 151-171.

BROTÓNS MOLINA, O.: «Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general C-131/12», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 33, 2013, págs. 107-126.

CLEMENTE MEORO, M. E./CAVANILLAS MÚGICA, S. (2003): *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Granada.

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A.:

— «El derecho al olvido en Internet», diario *La Ley*, núm. 8137, 2013.

— *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 2006.

— *La protección de los intereses del consumidor ante los nuevos sistemas de comercio electrónico*, *Estudios y Documentación*, núm. 8, Madrid, 2000.

DÍAZ DÍAZ, E.: «El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2016.

FREIXAS GUTIÉRREZ, G.: *La protección de los datos de carácter personal en el derecho español*, Barcelona, 2001.

GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «El derecho al olvido en la red», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 36, 2014, págs. 47-66.

GARCÍA VIDAL, A.: *Derecho de marcas e Internet*, Valencia, 2002.

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I.: *El derecho de autor en Internet. Los Tratados de la OMPI de 1.996 y la incorporación al derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2.^a edic., Granada, 2003.
- GONZÁLEZ MURÚA, A. R.: «Comentario a la STC 254/1993, de 20 de julio, algunas consideraciones en torno al art. 18.4 de la Constitución y la Protección de los Datos Personales», en AA. VV. *Informática y Derecho* 6-7 (Dir. CARRASCOSA LÓPEZ, V.), Mérida, 1994.
- GRANDE SANZ, M.: «La publicidad en Internet», *RCE*, núm. 59, abril, 2005, páginas 3-77.
- GUERRERO PICÓ, M. C.: *El Impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de Carácter Personal*, Pamplona, 2006.
- GUERRERO ZAPLANA, J.: «La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE», *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 4/2014, 2014.
- LÓPEZ BARRERO, E.: «La universalidad en el nuevo Reglamento General de Protección de Datos: el caso del derecho al olvido», *Revista de privacidad y derecho digital*, núm. 4 (ejemplar dedicado a: Nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la UE (Reglamento (UE) (2016/679), 2016, págs. 27-86.
- LÓPEZ CALVO, J.: «Sobre la aparente discrepancia entre las Salas de lo Contencioso y Civil del TS sobre derecho al olvido. Un problema de diferente visión sobre la congruencia entre pretensiones de las partes y fallo. Google Spain, al menos, como establecimiento de Google Inc.», *Sepin*, 2016.
- LÓPEZ GARCÍA, M.: «Derecho a la información y derecho al olvido en Internet», *La Ley Unión Europea*, mes 17, 2014, págs. 41-50.
- LÓPEZ PORTAS, M.^a B.: «La Configuración Jurídica del Derecho al Olvido en el Derecho Español a tenor de la doctrina del TJUE», *Revista de derecho político*, núm. 93, 2015, págs. 143-175.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: «Aplicar el derecho al olvido», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 36, 2014, págs. 121-142.
- MASSAGUER FUENTES, J.: «Conflictos de Marcas en Internet», *Revista General de Derecho*, núm. 648, septiembre, 1998, págs. 11107-11142.
- MATE SATUÉ, L.: «¿Qué es el derecho al olvido?», *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, número 2, abril-junio 2016, págs. 187-222.
- MUÑOZ, J.: «El llamado «derecho al olvido» y la responsabilidad de los buscadores: comentario a la sentencia del TJUE de 13 de mayo 2014», diario *La Ley*, núm. 8317, 2014.

TRINIDAD VÁZQUEZ RUANO

MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: «Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa», *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 5, 2007.

NOVAL LAMAS, J. J.: «Algunas consideraciones sobre la futura regulación del Derecho al olvido», *Revista de la contratación electrónica*, núm. 120, 2012, págs. 25-36.

O'CALLAGHAN, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El Derecho al olvido en internet y la sentencia Google Spain», *Unión Europea Aranzadi*, núm. 6, 2014, págs. 27-50.

OROZCO PARDO, G.: «La protección de datos en el Derecho español a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional», *Actualidad Civil*, núm. 6, 2002, páginas 173-237.

ORTEGA DÍAZ, J. F.: *Los enlaces en Internet*, Pamplona, 2006.

PLAZA PENADÉS, J.:

— «Doctrina del Tribunal Supremo sobre el «conocimiento efectivo» en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 34, 2014, págs. 15-19.

— «Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre protección de datos y derecho al olvido», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 35, 2014, págs. 17-19.

RALLO LOMBARTE, A.: «El debate europeo sobre el derecho al olvido en internet», en *Hacia un nuevo derecho europeo de protección de datos: Towards a new european data protection regime* (Coord. RALLO LOMBARTE, A./GARCÍA MAHAMUT, R.), 2015, págs. 703-737.

REBOLLO DELGADO, L.: *Derechos fundamentales y protección de datos*, Madrid, 2004.

ROCA JUNYENT, M./TORRALBA MENDIOLA, E.: «Derecho a la intimidad: el secreto de las comunicaciones e Internet», en AA. VV. *Régimen jurídico de Internet* (Coords. CREMADES, J./FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A./ILLESCAS, R.), Madrid, 2002.

RUBIO TORRANO, E.: «El derecho al olvido digital», *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 1, 2016, págs. 129-133.

RUIZ MARTÍNEZ, E.: «El derecho a controlar la información personal», *Revista de Derecho Informático*, núm. 49, agosto, 2002.

RUIZ MIGUEL, C.: «El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español», *Revista General del Derecho*, núm. 607, 1995, págs. 3207-3233.

SALINAS ALCEGA, S.: «Derecho al olvido. Derecho de un particular a solicitar al gestor de un motor de búsqueda en internet que sean eliminados datos que afectan a sus derechos al respeto de la vida privada y de protección de datos personales. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 —Google Spain, S.L. y Google Inc.— (AS. C-131/12)», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8, 2014.

SANCHO LÓPEZ, M.: «Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y del nuevo marco legal», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 41, 2016, págs. 135-155.

SERRANO PÉREZ, M.^a M.: *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Madrid, 2003.

TRONCOSO REIGADA, A.: «El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales», *Datos personales.org: La revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, núm. 59, 2012.

VÁZQUEZ RUANO, T.:

— *La inserción de enlaces en una web. Cuestiones de propiedad industrial y competencia desleal*, Madrid, 2013.

— *La protección de los destinatarios de las comunicaciones comerciales electrónicas*, Madrid, 2008.

— «Una nueva proyección del derecho a la intimidad. Autodeterminación informativa», *Revista crítica de derecho privado*, núm. 5, 2008, págs. 49-72.

WARREN, S. D./BRANDEIS, L. D.: «The Right of Privacy», *Harvard Law Review*, 193, 1890.

(Trabajo recibido el 02/08/2018
y aceptado para su publicación el 08/09/2018)

LAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO DE *CLOUD* COMPUTING Y SU RELEVANCIA JURÍDICA EN LA DISTRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES ENTRE PROVEEDOR Y SUScriptor

FRANCISCA MARÍA ROSSELLÓ RUBERT

*Doctora en Derecho. Investigadora contratada
Universitat de les Illes Balears*

RESUMEN

Este trabajo trata de delimitar en qué consiste la computación en la nube pública y cuáles son las diferencias esenciales entre sus principales modelos de servicio o negocio, con el fin de relacionar tales diferencias técnicas y sus efectos en cuanto a la asunción de riesgos y la distribución de responsabilidades entre las partes contractuales.

Además de tales diferencias en las obligaciones y responsabilidades de las partes derivadas del funcionamiento técnico de la nube pública, a menudo se dan situaciones de desequilibrio injustificado en las distintas cargas y obligaciones que corresponden a las partes contractuales, siendo generalmente el suscriptor adherente la parte menos beneficiada. Ello se debe, mayormente, a la masificación de su uso, a la falta de posibilidad de negociación y a la infrecuente lectura previa, consciente e informada del clausulado contractual por parte del suscriptor de los servicios *cloud*. Nuestra intención es poner de manifiesto estas cargas contractuales para que el adherente sea consciente de los riesgos que asume al suscribir el contrato, así como proponer potenciales soluciones jurídicas ante eventuales situaciones de desequilibrio injustificado.

Palabras clave: contratos de computación en la nube, obligaciones contractuales, responsabilidad contractual, seguridad informática, protección de datos personales, propiedad intelectual, contenidos ilícitos, cláusulas abusivas.

FRANCISCA MARÍA ROSSELLÓ RUBERT

CHARACTERISTICS OF A CLOUD COMPUTING SERVICE AND THEIR LEGAL RELEVANCE FOR THE DISTRIBUTION OF LIABILITIES BETWEEN SUPPLIERS AND SUBSCRIBERS

FRANCISCA MARÍA ROSSELLÓ RUBERT

*Doctor in Law. Contracted researcher
University of the Balearic Islands*

ABSTRACT

This work tries to delimit what public *Cloud Computing* consists of, and what are the basic differences between relationships, of responsibilities and the contractual parties.

In addition to the differences in the obligations and responsibilities of the parties derived from the technical operation of the public cloud, there are often situations of unjustified imbalance in the different burdens and obligations that correspond to the contractual parties, the adherent subscriber being generally the party less benefited. This is due, mainly, to the overcrowding of its use, to the lack of possibility of negotiation and to the violation of previous, conscious and informed reading of the contractual closure by the subscriber of the cloud services. Our intention is to highlight these contractual charges for monitoring the risks assumed when signing the contract.

Keywords: Cloud Computing, contractual obligations, contractual liability, computer security, protection of personal data, intellectual property, illicit content, abusive clauses.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿QUÉ ES EL *CLOUD COMPUTING*?—III. RIESGOS DE LA SUSCRIPCIÓN DE SERVICIOS DE *CLOUD COMPUTING*.—IV. PRINCIPALES OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y PRÁCTICAS CONTRACTUALES DEL SECTOR. 1. Distribución de obligaciones derivadas de la técnica involucrada en el propio modelo de negocio. 2. Distribución de obligaciones derivada de la naturaleza jurídica del contrato y de las prácticas contractuales.—V. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SUScriptor ANTE DISTRIBUCIONES DESEQUILIBRADAS DE RESPONSABILIDADES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN ¹

La tecnología de computación en la nube brinda diferentes ventajas, entre las que destacan el ahorro en costes de inversión, mantenimiento, actualizaciones y mejoras de la infraestructura informática; el acceso flexible e inmediato *online* a las capacidades que el cliente demanda en cada momento; su fiabilidad; la innecesariedad de elevados conocimientos técnicos o la facilidad para compartir y actualizar información digital con otros usuarios.

Debido, en parte, a su facilidad de implementación y utilización, a su amplio abanico de funcionalidades y a su bajo coste, el uso de servicios de *Cloud Computing* se ha extendido considerablemente, siendo los más populares los servicios de software (SaaS) en la nube pública. Por ello, en la actualidad son pocos los particulares, profesionales y pequeños empresarios que, disponiendo de dispositivos con conexión a Internet, carecen de servicios tales como cuentas de correo electrónico o de almacenamiento remoto de datos, o perfiles en redes sociales, entre muchos otros. Sin embargo, al suscribir los contratos de computación en la nube, el cliente asume ciertos riesgos en relación al funcionamiento técnico del servicio y a la seguridad de los archivos digitales involucrados, de los cuales no suele ser consciente.

Con este trabajo pretendemos poner énfasis en esta distribución no siempre equitativa de riesgos entre las partes del contrato de computación en la nube. Por ello, primeramente, y para introducir el tema, apuntaremos las características

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2015-63595-R «Big Data, Cloud Computing y otros nuevos retos jurídicos planteados por las tecnologías emergentes; en particular, su incidencia en el sector turístico» (investigadora principal: Dra. Apol·lònia Martínez Nadal), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y desarrollado en la Universitat de les Illes Balears. Además, este trabajo ha tenido lugar gracias a la ayuda de una beca otorgada por la Conselleria d'Innovació, Recerca i Turisme del Govern de les Illes Balears y del Fondo Social Europeo, en el marco del Programa Operativo FSE 2014-2020.

generales del *Cloud Computing* y en qué consiste la nube pública. Asimismo, analizaremos los distintos modelos de negocio o servicio de computación en la nube: infraestructura como servicio o IaaS; plataforma como servicio o PaaS y software como servicio o SaaS.

Posteriormente realizaremos una aproximación a las prácticas contractuales habituales y la consecuente distribución de obligaciones entre proveedor y cliente.

Por último, se proponen diferentes soluciones jurídicas ante casos de desequilibrios injustificados en tal distribución de obligaciones y responsabilidades, desde la perspectiva del consumidor y del profesional y pequeño empresario suscriptor, al presentarse como las contrapartes más vulnerables.

II. ¿QUÉ ES EL CLOUD COMPUTING?

El *Cloud Computing* (o computación en la nube) es un fenómeno mundial que nace de la evolución de Internet y de su ingeniería técnica. Se trata de una tecnología que ha ido evolucionando durante estos últimos años y ha sido objeto de diferentes definiciones, las cuales no son siempre plenamente coincidentes².

² Muestra de esta falta de consenso es el artículo «*Twenty-one Experts Define Cloud Computing*», publicado en la revista *Cloud Computing Journal* y en el que se pretende delimitar en qué consiste, a ojos de expertos técnicos, el fenómeno *cloud*. GEELAN, Jeremy: «*Twenty-one Experts Define Cloud Computing*» [en línea], *Cloud Computing Journal*, 2009, disponible en: <<http://cloudcomputing.sys-con.com/node/612375>>. [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2017.] Si bien el National Institute of Standards and Technology (NIST) norteamericano ha establecido las bases respecto a lo que se entiende técnicamente como *Cloud Computing*, a nuestro parecer, las principales discrepancias corresponden al concepto de Software como Servicio y su delimitación con la denominada web 2.0. En nuestra opinión, la web 2.0, entendida como una plataforma que permite la colaboración entre usuarios y sitios web que permite crear contenidos interactivos, es un concepto anterior al *Cloud Computing*. Sin embargo, la actual convergencia de la web 2.0 con la tecnología *cloud* supone que, especialmente en ciertos software como Servicio, sea complicado distinguir entre ambas categorías, puesto que en la práctica se fusionan. Sucede, por ejemplo, que existe literatura contradictoria respecto a la inclusión de ciertos servicios como software como servicio, como redes sociales o servicios de correo electrónico. Por ejemplo, autores como Simon Bradshaw, Ian Walden y Christopher Millard, de la *Queen Mary University of London*, o Michael Gordon y Kathryn Marchesini, de la University of North Carolina, consideran a las redes sociales y al correo electrónico como software como servicio y, por tanto, servicios de computación en la nube. Del mismo modo, la norma ISO-IEC 17788:2014 considera las comunicaciones como servicio (es decir, correo electrónico y redes sociales, entre otros) una «categoría de servicio *cloud* en la cual la capacidad provista al cliente es interacción y colaboración en tiempo real» (traducción propia). Sin embargo, Michael Armbrust y Armando Fox, de la Universidad de Berkeley, consideran que las redes sociales son servicios diferentes a la computación en la nube, aunque se sirven de ella como tecnología de soporte. BRADSHAW, Simon; MILLARD, Christopher; WALDEN, Ian: «Standard contracts for Cloud Computing Services», *Cloud Computing Law*, 1.ª edición, Oxford, 2013, pág. 41. GORDON, Michael; MARCHESINI, Kathryn: *Examples of Cloud Computing Services* [en línea], 2010. Disponible en: <<https://www.unc.edu/courses/2010spring/law/357c/001/cloudcomputing/examples.html>>. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.] ARMBRUST, Michael; FOX, Armando [et al.], *Above the Clouds: a Berkeley View of Cloud Computing* [en línea], 2009, pág. 8. Disponible en: <<http://www.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2009/EECS-2009-28.html>>. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2018.] Dicho lo anterior, a nuestro parecer, existirían indicios que permiten considerar a algunas web 2.0 como

En septiembre de 2011 el instituto norteamericano NIST (National Institute of Standards and Technology) publicó su última definición de *Cloud Computing*, que es la que sigue: «el *Cloud Computing* es un modelo para proporcionar el acceso, bajo demanda y a través de la red, a un conjunto de recursos compartidos configurables (por ejemplo: redes, servidores, almacenaje, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente suministrados y lanzados al cliente con un sencillo manejo y con mínima interacción con el proveedor. Se compone de cinco características [autoservicio bajo demanda, acceso a través de red, agrupación de recursos y «multitenencia», rápida elasticidad y sujeción a métrica y a monitorizaciones], tres modelos de servicio [infraestructura como servicio, plataforma como servicio y *software* como servicio] y cuatro modelos de implementación [nube privada, comunitaria, pública e híbrida]»³. En pocas palabras, consiste en un suministro de recursos informáticos virtuales que se encuentran almacenados remotamente en sistemas del proveedor y se proporcionan a través de una red de telecomunicaciones.

Como se ha visto, según el NIST, el *Cloud Computing* posee cinco características esenciales. El autoservicio bajo demanda consiste en que el cliente puede proveerse por sí mismo de la capacidad informática contratada (almacenamiento, servidores virtuales, programas informáticos, etc.) a través de mecanismos automatizados, en el momento preciso en que los requiera y sin necesidad de interacción humana con el proveedor; puede accederse a los recursos a través de Internet; los recursos virtuales provienen de centros de datos geográficamente dispersos y especialmente diseñados para dar servicio a múltiples usuarios a la vez (multitenencia), permitiendo abastecer al cliente de acuerdo con la demanda que tiene en cada momento y evitando el abastecimiento en exceso o las carencias de recursos (elasticidad). Es frecuente que los sistemas *cloud* monitoricen el uso que hacen los usuarios de los recursos puestos a su disposición (sujeción a métrica y a monitorizaciones). Más adelante veremos cómo estas características también resultan relevantes en cuanto a los riesgos y la distribución de obligaciones contractuales entre proveedor y cliente *cloud*.

El modelo de implementación de *Cloud Computing* más popular y extendido es el denominado como «nube pública»⁴. Ofrece al cliente un entorno completo

modelos de negocio *cloud* de *software* como servicio. Por ejemplo, el hecho de que exijan autenticación al usuario para acceder a la aplicación, que sea razonable una implementación del pago por el uso de la aplicación, que permita cierto grado de personalización, que suponga la suscripción de condiciones generales, que las aplicaciones sean algo complejas y potentes, etc. Por ello, hemos optado por adoptar un concepto amplio de *software* como servicio que incluye redes sociales, correo electrónico y otras aplicaciones que impliquen el almacenamiento remoto de información.

³ NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY NIST; *Special Publication 800-145. The NIST definition for Cloud Computing* [en línea], 2011. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.] Disponible en: <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>>. Traducción propia del original en inglés. Los corchetes son nuestros.

⁴ En palabras del NIST, la nube pública es aquella en la cual «la infraestructura *cloud* se suministra en línea para el público en general. Puede ser propiedad de una organización empresarial, organización académica o entidad pública, o varias de ellas, sobre quienes recaerá la administración y control. Se sustenta gracias a las instalaciones de un proveedor *cloud*» (traducción propia del ori-

cloud que puede usar sin necesidad de ayuda técnica del proveedor, y que permite al usuario ser productivo incluso fuera de su domicilio u oficina, al facilitarle la compartición y la sincronización de datos digitales con otros usuarios de diferentes latitudes.

Como es sabido, los servicios *cloud* suministrados pueden ser de tres tipos: «infraestructura como servicio»⁵, «plataforma como servicio»⁶; o «*software* como servicio»⁷.

Los recursos que proporciona la infraestructura como servicio son recursos de computación: servidores, sistemas de almacenamiento, *routers*, etc. Generalmente se facilitan gracias a la técnica de la virtualización, con lo cual el cliente se ahorra tener que adquirir esta infraestructura *hardware* y posteriormente tener que instalarla y mantenerla en su propio centro de datos.

En cambio, el servicio de plataforma proporciona al cliente entornos de recursos para programar, desarrollar y testear aplicaciones y demás *software*.

El *software* como servicio es, sin duda, el servicio *cloud* más popular y extendido, debido a su sencilla utilización y múltiples funcionalidades, y a que resulta mucho más económico que ejecutar el *software* en el equipo informático propio, porque el proveedor puede establecer economías de escala y porque no se consumen recursos propios. El abanico de *software* que ofrece el mercado de este servi-

ginal en inglés). NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY NIST, *Special Publication 800-145. The NIST Definition ...*, op. cit., pág. 7.

⁵ El documento del NIST define así la infraestructura como servicio: «al usuario se le suministran las capacidades de procesamiento, almacenaje, red y otros recursos de computación esenciales que puede utilizar para implementar y ejecutar cualquier tipo *software*, incluyendo sistemas operativos y aplicaciones. El usuario no administra ni controla la infraestructura subyacente de la nube, pero sí los sistemas operativos, el almacenaje y las aplicaciones que ejecuta, así como ciertos componentes de red (como los cortafuegos)» (traducción propia del original en inglés). NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY NIST, *Special Publication 800-145. The NIST Definition ...*, op. cit., pág. 6.

⁶ El documento del NIST define así la plataforma como servicio: «se ofrece al usuario la capacidad de desplegar, dentro de la infraestructura de computación en la nube, aplicaciones creadas o adquiridas por el propio usuario, utilizando lenguajes de programación, librerías, servicios y herramientas proporcionadas por el proveedor. El usuario no administra ni controla la infraestructura subyacente (red, servidores, sistemas operativos o almacenaje), pero tiene el control sobre las aplicaciones implementadas y sobre la configuración de algunos aspectos del entorno de desarrollo y *hosting*» (traducción propia del original en inglés). NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY NIST, *Special Publication 800-145. The NIST Definition...*, op. cit., pág. 6.

⁷ El documento del NIST define así el *software* como servicio: «el proveedor suministra al usuario una aplicación para que este pueda desplegarla dentro de la infraestructura de computación en la nube. Las aplicaciones son accesibles desde diferentes dispositivos del cliente a través de una sencilla interfaz, facilitada por un navegador (como el e-mail con base en una web) o por la propia aplicación. El usuario no controla la infraestructura subyacente (red, servidores, sistema operativo, almacenaje) ni las características de la aplicación, excepto algunos casos en los que sí se permite configurar determinados aspectos específicamente a cada usuario» (traducción propia del original en inglés). NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY NIST, *Special Publication 800-145. The NIST Definition...*, op. cit., pág. 6.

cio *cloud* es tan variado como pueden serlo las aplicaciones informáticas, siendo útil tanto a particulares como a empresas de cualesquiera dimensiones. Entre las muchas aplicaciones destinadas al consumidor, las más conocidas son los servicios de correo electrónico, los servicios de almacenamiento remoto de archivos digitales y las redes sociales. En cuanto al *software* como servicio destinado a empresas, podemos destacar las aplicaciones para administración de recursos humanos y otros recursos de la empresa, automatizaciones de los procesos de venta, interfaces para realizar proyectos de colaboración en línea, de gestión de cartera de clientes, de llevanza de la contabilidad, etc.

La remuneración por el servicio *cloud* puede variar dependiendo de su configuración por parte del proveedor, pudiendo facturarse por recursos consumidos, a modo de tarifa plana e incluso mediante contraprestaciones no dinerarias (como la cesión de datos o la aceptación de anuncios publicitarios de terceros durante el acceso o el uso del servicio).

III. RIESGOS DE LA SUSCRIPCIÓN DE SERVICIOS DE CLOUD COMPUTING

El traslado de información del cliente de servicios *cloud* a la infraestructura en red que proporciona el proveedor implica ciertos riesgos que cualquier suscriptor debe ponderar⁸. Aunque algunos de ellos son conocidos, la mayoría de suscriptores no son plenamente conscientes de su potencial impacto económico y reputa-

⁸ Para esta clasificación de riesgos hemos tomado como referentes los trabajos al respecto elaborados por diferentes entidades: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la European Network and Information Security Agency (ENISA); el Instituto Nacional de Tecnologías de la Información INCIBE (antes INTECO), el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la información (ONTSI), la Cloud Security Alliance (CSA) y el capítulo de Kuan Hon y Christopher Millard del libro *Cloud Computing Law*. Todos ellos se citan a continuación. GRUPO DE TRABAJO IV, CNUDMI, *Aspectos contractuales de la computación en la nube A/CN.9/WG.IV/WP.142* [en línea], pág. 17, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html>. ENISA, *Computación en nube. Beneficios, riesgos y recomendaciones para la seguridad de la información* [en línea], 2009; y *Cloud Security Guide for SMEs. Cloud security Risks and Opportunities for SMEs* [en línea], 2015. Disponibles respectivamente en: <<https://www.enisa.europa.eu/topics/threat-risk-management/risk-management/files/deliverables/cloud-computing-risk-assessment-spanish>> y <<https://www.enisa.europa.eu/publications/cloud-security-guide-for-smes>>. INCIBE (antes INTECO), *Riesgos y Amenazas en Cloud Computing* [en línea], 2011. Disponible en: <http://cert.inteco.es/extfrontinteco/img/File/intecocert/EstudiosInformes/cert_inf_riesgos_y_amenazas_en_cloud_computing.pdf>. INCIBE (antes INTECO), *Guía para empresas: seguridad y privacidad del Cloud Computing* [en línea], 2011. Disponible en: <http://www.inteco.es/CERT/guias_estudios/guias/Guia_Cloud>. ONTSI, *Cloud computing. Retos y oportunidades* [en línea], 2012. Disponible en: <<http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/estudios-informes/cloud-computing-retos-y-oportunidades>>. CLOUD SECURITY ALLIANCE CSA, *Security Guidance for Critical Areas of Focus in Cloud Computing V2.1* [en línea], 2009. Disponible en <<https://cloudsecurityalliance.org/research/security-guidance/>>. HON, W. Kuan; MILLARD, Christopher: «Control, Security and Risk in the Cloud», *Cloud Computing Law* (Coord. Christopher Millard), 1.ª edición, Oxford, 2013, págs. 18 a 35. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

cional⁹. Para facilitar su estudio, hemos distinguido entre riesgos organizativos, riesgos técnicos y riesgos legales.

Los riesgos organizativos son aquellos que derivan del grado de dependencia que tiene el cliente respecto del servicio *cloud* contratado. Existen múltiples vicisitudes que pueden tener lugar durante el transcurso de la relación profesional entre el cliente y el proveedor, y que pueden afectar a los datos que el cliente ha migrado a la nube, a la prestación y disponibilidad del servicio y al prestigio de la compañía suscriptora de los servicios. Debe tenerse en cuenta que el grado de dependencia varía según el tipo de nube implementada y el servicio suscrito, así como las relaciones existentes entre proveedores de suministros subyacentes. Recordemos que los servicios *cloud* en sí mismos son complejos y pueden unirse creando cadenas de suministros, dependiendo de distintos actores aspectos tan relevantes como la disponibilidad y la seguridad, y difuminándose las responsabilidades, las obligaciones de reparar y las garantías de rendimiento. De esta manera, debe prestarse especial atención a los roles y responsabilidades involucrados en la gestión de los datos y los riesgos de seguridad, y es recomendable que el cliente, especialmente el profesional, establezca una estrategia suficientemente flexible como para tratar con un entorno variable y en constante evolución.

Por otra parte, un entorno de computación en la nube, como elemento complejo que es, está integrado por múltiples componentes físicos (*hardware*) y lógicos (*software*) que se crean y comunican entre sí mediante interfaces de programación. Ello hace que deban tenerse en consideración los denominados riesgos técnicos. Así, la seguridad global del entorno de la nube en su conjunto y de los servicios prestados a cliente dependerá, en buena parte, de la seguridad de cada uno de estos elementos individualmente considerados. Todos estos elementos deberán someterse a una actualización sistemática, para que el cliente de computación en la nube disponga de las máximas garantías frente a eventuales amenazas externas. Por otra parte, la seguridad de los contenidos migrados comprende tres aspectos esenciales, que el proveedor deberá mantener como parte de su deber

⁹ Según el informe, más allá de las buenas intenciones. La necesidad de pasar de las intenciones a la acción con el fin de controlar el riesgo de la información en las medianas empresas, elaborado por la consultora PwC en colaboración con la empresa de gestión de activos de información Iron Mountain y presentado en julio de 2014, «apenas un 37% de las medianas empresas europeas y un 47% de las norteamericanas cuentan con una estrategia de riesgo de la información totalmente supervisada». Según afirma el estudio, «esta debería ser la base sobre la que apoyen las medidas de protección adecuadas, aunque más de la mitad de las medianas empresas no lo está haciendo». En palabras del responsable de riesgo de la información de Iron Mountain, Christian Toon, para este mismo informe, «desde la más grande y consolidada hasta la mediana de reciente creación, las empresas se ven incapaces de salvar las distancias entre contar con un plan o una política bienintencionados y asegurarse de que realmente funciona». IRON MOUNTAIN; PwC; *Más allá de las buenas intenciones. La necesidad de pasar de las intenciones a la acción con el fin de controlar el riesgo de la información en las medianas empresas* [en línea]. Disponible en: <<http://www.ironmountain.es/riesgo-informacion/~media/94CCAD64A20F408EB2BF44F2AFCA8710.pdf>>. [Fecha de consulta: 27 de junio de 2016.]

de diligencia: su confidencialidad¹⁰, su integridad¹¹ y su disponibilidad¹². También formarán parte de estos riesgos técnicos los procesos de borrado no definitivo de información, la interceptación de datos en tránsito, la compartición entre usuarios de recursos *hardware* del proveedor, los potenciales ataques maliciosos, los riesgos derivados de la monitorización¹³ y el mal uso y abuso de los servicios por parte del propio cliente o de otros usuarios finales.

Por último, cabe destacar los riesgos jurídicos que supone la utilización de servicios de computación en la nube. Una de las principales materias objeto de debate es la protección de datos personales. Una vez dentro de los sistemas del proveedor, el cliente pierde parte del control sobre los datos migrados y sobre el tratamiento al cual se someterán, viéndose limitado a exigir información y a dar instrucciones como titular de los datos (o responsable del tratamiento, en caso de profesionales que utilicen estos servicios como herramienta de tratamiento de datos personales de terceros), de acuerdo con lo establecido en el contrato que suscribe con el proveedor. Por su parte, el proveedor puede que no notifique al cliente puestas en compromiso de los datos o infracciones de la normativa que hayan tenido lugar bajo su responsabilidad. Los problemas derivados de la preservación de la privacidad y del cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales se intensifican cuando tienen lugar transferencias internacionales de datos a centros de procesamiento ubicados en países que carecen de normativa en la materia o cuya regulación es mucho más laxa. Al utilizar entornos de nube no siempre se conoce el país en el cual están alojados los datos, ni en cuántos lugares existen réplicas de esos datos. Por eso es recomendable consultar a los proveedores sobre el régimen legal aplicado al tratamiento, almacenaje y procesamiento de los datos personales y adecuarlo al marco jurídico europeo y nacional¹⁴.

¹⁰ «Confidencialidad». Propiedad de la información que garantiza que únicamente la conocen o tienen acceso a su contenido las personas autorizadas. (Definición propia.)

¹¹ «Integridad». Propiedad de la información que garantiza su corrección y completitud durante todo el ciclo de procesamiento de la información, es decir, que no han sido destruidos, alterados o modificados por personal no autorizado o de forma accidental desde que se migran a la nube o se crean en ella, hasta que finaliza la obligación contractual del proveedor de preservarlos en el sistema (los haya recuperado el cliente o no, según sea el caso), y puede procederse a su borrado progresivo o definitivo. (Definición propia.)

¹² «Disponibilidad». Propiedad de los datos que garantiza el acceso ininterrumpido a su contenido por parte del personal autorizado. (Definición propia.)

¹³ Una de las características de la nube es la posibilidad del proveedor (y dependiendo del servicio *cloud*, también del cliente) de monitorizar el servicio, para calcular los recursos consumidos y para controlar potenciales usos no adecuados del servicio o la eficacia de las medidas de seguridad adoptadas. Aunque es un mecanismo necesario, no está exento de riesgo, porque los resultados recabados con estos exámenes pueden utilizarse para obtener información con intenciones desleales o ilegales, por ejemplo, para intentar el acceso a datos almacenados y demás información del cliente o para detectar vulnerabilidades del sistema informático o errores humanos en el protocolo de seguridad.

¹⁴ La elección de proveedores cuyos centros de datos estén localizados dentro de países europeos o que garanticen con certificaciones el cumplimiento de la normativa de protección de datos europea será un buen mecanismo de salvaguarda para organizaciones que manejan datos personales.

La nube también suscita dudas relacionadas con la propiedad y el uso de los datos dentro de la nube. Así, existen riesgos para el cliente, como licencias de *software* que no especifican su uso dentro de entornos de nube o cláusulas de cesión de derechos de autor en favor del proveedor de servicios *cloud* o usos de los contenidos migrados que exceden de lo razonable para la prestación del servicio, entre otros. En todo caso, deberá realizarse una pormenorizada clasificación de la categoría de los contenidos afectados (obra sujeta a derechos de autor, archivos protegidos como secreto empresarial o sujetos a propiedad industrial, etc.), para poder determinar su titularidad y los cauces legales establecidos para su protección.

IV. PRINCIPALES OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y PRÁCTICAS CONTRACTUALES DEL SECTOR

El contenido de las obligaciones entre el prestador de servicios *cloud* y el cliente es heterogéneo, ya que dependerá, en primer lugar, de la configuración concreta del tipo de servicio prestado (esto es, de la infraestructura, plataforma o *software* como servicios); en segundo lugar, de la delimitación de tareas y responsabilidades que, a su criterio, configure cada proveedor en las cláusulas de adhesión y, por último, de la tipología de cliente al cual se dirige la oferta, puesto que existirán obligaciones que se manifestarán con distinta intensidad en contratos con consumidores y en contratos suscritos por pequeños y medianos empresarios. Igualmente, ocurre que algunas cláusulas incorporadas en el contrato resultan ser un mero reflejo de obligaciones establecidas legalmente¹⁵.

1. Distribución de obligaciones derivadas de la técnica involucrada en el propio modelo de negocio

Los tres modelos de servicio de *Cloud Computing* suponen una segmentación de las tareas, riesgos, obligaciones y responsabilidades que implica el uso de cada servicio para proveedor y suscriptor¹⁶.

Así, en los servicios de infraestructura, es el usuario quien decide sobre el sistema operativo y el *software* que ejecuta dentro de los recursos que le proporciona el proveedor, y por ello correrán a su cargo la gestión de algunos aspectos de seguridad¹⁷. Esta gestión concurre con la del proveedor, que es quien, en prin-

¹⁵ Por ejemplo, la inclusión en las políticas de uso de cláusulas relativas al uso del servicio *cloud* para actividades ilícitas, el recordatorio sobre posibles infracciones de derechos de propiedad intelectual o la delimitación de las finalidades del tratamiento de datos personales.

¹⁶ YUNG SHOW; *Cloud Computing for IT Pros* (2/6): *What Is Cloud* [en línea], 2010. Disponible en: <<https://blogs.technet.microsoft.com/yungchow/2010/12/17/cloud-computing-for-it-pros-26-what-is-cloud/>>. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

¹⁷ Entendiendo la seguridad como protección de activos tangibles (hardware, bases de datos...) e intangibles (contenido de la información almacenada o en tránsito, propiedad intelectual e industrial, etc.).

cipio, se responsabiliza por el *hardware* y las instalaciones que lo contienen¹⁸. Es más, este servicio es el que ofrece al usuario un mayor control y flexibilidad sobre la configuración de la infraestructura, al contrario de lo que sucede con los servicios de plataforma o *software*.

En cambio, en los servicios de plataforma, el grado de control del usuario sobre las aplicaciones y la configuración del entorno de seguridad dependerá mucho de las características concretas del servicio contratado. Al igual que sucede en la infraestructura como servicio (IaaS), la seguridad se comparte entre el proveedor y el cliente. Sin embargo, y por la propia configuración del servicio y por el tipo de recursos suministrado, generalmente el usuario de servicios de plataforma dispondrá de menor capacidad de configuración sobre los aspectos relacionados con la seguridad que la que pueda disponer el usuario de servicios de infraestructura.

En los servicios de *software*, el proveedor es quien maneja la operativa y se encarga del mantenimiento y soporte de los recursos subyacentes de la aplicación (*hardware*, *software* y redes), gracias a los cuales se proporciona el servicio, así como de la seguridad del sistema. El usuario únicamente suele tener acceso a ciertos aspectos preconfigurados de la administración, a modo de preferencias, pero su capacidad para personalizar la aplicación resulta, por lo general, muy limitada. Aun así, el usuario deberá responsabilizarse de la custodia de las claves de identidad u otros mecanismos de autenticación o acceso, al ser elementos de seguridad que escapan al control del proveedor.

2. Distribución de obligaciones derivada de la naturaleza jurídica del contrato y de las prácticas contractuales

El análisis de los distintos clausulados contractuales utilizados en la práctica comercial del sector *cloud* permite, por una parte, averiguar las obligaciones derivadas de la propia naturaleza jurídica del contrato y, por otra, reconocer la existencia de gradaciones tanto en la distribución de obligaciones y responsabilidades entre las partes como en el establecimiento de compensaciones.

Consideramos que existen tres acciones complementarias que forman parte de la naturaleza jurídica del contrato de computación en la nube, aunque en la práctica no todas ellas se reflejan siempre en los contratos predispuestos. En primer lugar, el acceso ininterrumpido del usuario a los recursos suministrados o conectividad externa, lo cual implicará la disponibilidad de los recursos computacionales, el mantenimiento de las instalaciones que contienen los centros de datos y la programación de los sistemas informáticos involucrados en la operativa. En segundo lugar, la calidad de los recursos y de su entrega, lo cual implicará un suministro elástico y fiable, y la custodia, en su caso, de los contenidos procesados

¹⁸ Esta gestión concurre con la del proveedor, que es quien, en principio, se responsabiliza por el *hardware* y las instalaciones que lo contienen.

y migrados de manera confidencial e íntegra, así como su futura recuperación y portabilidad. Y, por último, el deber de facilitar al cliente cierta información sobre la prestación, como por ejemplo las medidas de seguridad implementadas, la utilidad concreta del servicio, los eventuales límites en la capacidad o en el suministro, los costes y cargas de su suscripción y que debe soportar el cliente, o los efectos de la extinción del contrato, entre otros.

Asimismo, en ciertos contratos pueden hallarse referencias a mínimos de la prestación del servicio a los cuales se compromete el proveedor (tiempo de respuesta del sistema ante peticiones del cliente, capacidad máxima del servicio, medidas de seguridad implementadas, realización de copias de seguridad, mecanismos de borrado y portabilidad, adhesión a códigos de conducta, etc.) denominadas objetivos de nivel de servicio y que se incluyen en los acuerdos de nivel de servicio. Según nuestro parecer, son criterios que permiten determinar un cumplimiento defectuoso del servicio, pero no suponen obligaciones de resultado.

En cuanto a las principales obligaciones del suscriptor del servicio destacan el pago del precio, el deber de colaboración con el proveedor y el uso leal y lícito de los recursos contratados, generalmente recogidos en la denominada Política de Uso Adecuado (PUA) del servicio.

Dicho lo anterior, será recomendable que el suscriptor de servicios *cloud*, en su propio beneficio, analice el contenido del contrato suscrito, y, en especial, las cargas que le corresponden como contratante, las cesiones de derechos que acepta y las eventuales exclusiones y limitaciones de responsabilidad establecidas por el proveedor, habituales en la prestación de servicios relacionados con la técnica informática y en contratos no sujetos a normativa europea¹⁹. Si bien algunas de estas exoneraciones pueden ser justificables, como por ejemplo en aquellos casos en los cuales la adecuada recepción del servicio escape del control del proveedor, la validez de otras limitaciones de responsabilidad es más discutible, como sucede con las exclusiones de daños provocados directamente por una prestación defectuosa del servicio o por actuaciones negligentes del proveedor²⁰. Estas exclusiones o limitaciones tampoco deberían

¹⁹ Por ejemplo, las leyes norteamericanas otorgan un margen más amplio en cuanto a la admisibilidad de exclusiones de garantías.

²⁰ Encontramos una cláusula de exclusión de responsabilidad de validez discutible en las condiciones del proveedor «Box», que establece: «en la medida en que no está prohibido por ley, box y sus subsidiarias (y los proveedores de servicios asociados): a) brindan los servicios «en el estado en el que se presentan», «con todas sus fallas» y «según estén disponibles»; b) no extienden ninguna representación ni garantías o condiciones ya sea en forma expresa o implícita (p. ej., Garantía de comerciabilidad, calidad satisfactoria, idoneidad para un propósito en concreto o no infracción) y c) no garantizan que los servicios serán ininterrumpidos, libres de errores o libres de componentes maliciosos, que el contenido será seguro, o de otra forma no se perderá o dañará. Si no está satisfecho con cualquier parte del servicio o con estos términos de servicio, su única y exclusiva solución es interrumpir el uso de los servicios. En la medida que lo permita la ley aplicable y a menos que se establezca expresamente en estas condiciones, Box no realiza aseveraciones ni ofrece garantías ni condiciones de ningún tipo (y las niega todas específicamente) con respecto a los Servicios, ya sean expresas, implícitas, legales o de otra clase, incluidas, entre otras, las garantías de que los Servicios se prestarán de manera ininterrumpida, estarán exentos de errores o exentos de componentes dañi-

poder fundamentarse en la aceptación por parte del cliente de un servicio *cloud* «tal y como está»²¹.

Además de lo anterior, algunos contratos *cloud* incluyen cláusulas que limitan cuantitativa o temporalmente la facultad de percibir una indemnización, o que la sustituyen por otros mecanismos más restrictivos. Sucede con los créditos de servicio, que son rebajas en el precio destinadas a compensar cumplimientos defectuosos del servicio, pero que obstaculizan la resolución del contrato y cuya virtualidad en cada caso concreto depende exclusivamente del criterio del proveedor²².

V. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SUScriptor ANTE DISTRIBUCIONES DESEQUILIBRADAS DE RESPONSABILIDADES

Si bien la garantía total de la custodia de los datos resultaría, cuanto menos, utópica, debido a los riesgos inherentes a prestaciones que involucran redes y equipos informáticos, consideramos que el proveedor no debería poder eximirse de las obligaciones que nacen de la propia naturaleza del contrato *cloud* a través de estos mecanismos (cláusulas de limitación y exclusión de responsabilidad, aceptaciones del servicio «tal cual está», limitaciones al derecho del cliente a ser

nos, que el contenido estará seguro y no se perderá o dañará, u otras garantías implícitas de calidad satisfactoria, idoneidad para un uso determinado, no infracción y cualquier garantía o condición que surja de la realización, el curso de la gestión o el uso comercial. Usted reconoce y acepta que utiliza los Servicios y el Sitio por decisión propia y bajo su propia cuenta y riesgo, y que es el único responsable de la pérdida de datos que se derive del envío o la descarga de dicho contenido». Condiciones del SaaS de almacenamiento del proveedor Box [en línea]. Disponibles en: <<https://www.box.com/es-419/legal/termsofservice>>. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

²¹ Los términos recogidos en condiciones generales en ocasiones implican la aceptación de los servicios de computación en la nube «tal cual están» o «según estén disponibles», utilizándose estas u otras expresiones similares (o sus traducciones en inglés «as is» y «as available» o expresiones similares). Asumir el servicio tal y como se ofrece, en la práctica, supone renunciaciones por parte del suscriptor del servicio a cualesquiera garantías que le correspondan por daños directos, entre las cuales se incluyen los daños que el suministro pueda producir a equipos, dispositivos, programas y datos del cliente, o pérdidas que pueda sufrir el negocio del pequeño empresario debido al mal funcionamiento del servicio *cloud* contratado. La suscripción de estas cláusulas implica que el cliente está aceptando el servicio con todos sus defectos, tanto si estos defectos son perceptibles desde el momento de la contratación, como si se detectan o aparecen posteriormente. Desde nuestro punto de vista, deberá valorarse si estas cláusulas de exclusión de responsabilidad directa colisionan con el deber de diligencia exigible al proveedor del servicio respecto de las características y funcionalidades que integran la oferta comercial y con su obligación legal de responder por daños ocasionados por mora, negligencia o dolo.

²² Veamos un ejemplo de crédito de servicio: «Si el acceso al servicio es inferior al factor de disponibilidad del 99,9% durante un determinado mes [el proveedor] le proporcionará un crédito de servicio de acuerdo con la tabla siguiente: Si es inferior al 99,9%, [recibirá un] crédito de servicio del 25%. Si es inferior al 99%, [recibirá un] crédito de servicio del 50%. Si es inferior al 95% [recibirá un] crédito de servicio del 100%». Cláusula extractada del contrato de *software* como servicio) Microsoft Dynamics CRM [en línea]. Disponible en: <<https://port.crm.dynamics.com/portal/static/1033/sla.htm>> [fecha de consulta: 18 de octubre de 2018].

compensado, etc.). Al vaciar de contenido el deber de diligencia profesional del proveedor, estas cláusulas son susceptibles de considerarse abusivas para clientes consumidores de acuerdo con la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 15 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (anexo 1, letras b y q²³) y con el artículo 86.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 6 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, LGDCU)²⁴. Estos artículos permiten declarar la abusividad de las cláusulas a través de las cuales el proveedor predisponente (en nuestro caso, el proveedor de servicios *cloud*) limite o excluya la responsabilidad que se derive de una prestación defectuosa del servicio y le exima del cumplimiento de su deber de diligencia profesional. Ello es así porque tales cláusulas pueden calificarse como limitadoras de los derechos básicos de consumidor y usuario, al privarle de las acciones y compensaciones que legalmente le corresponden y, por tanto, serían nulas en contratos suscritos por consumidores²⁵. Por ello, el consumidor

²³ Anexo 1, letras b, y q, de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: «1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto: b) excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, incluida la posibilidad de compensar sus deudas respecto del profesional mediante créditos que ostente en contra de este último; (...) q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante».

²⁴ Art. 86.1 LGCU: «En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: 1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad».

²⁵ En concreto, de acuerdo con los artículos 86 de la LGDCU («En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: 1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad. 2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél. [...]»), y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación («La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. 2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo

tendrá derecho a ser resarcido de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), recibiendo una indemnización por daños y reparándose los perjuicios (lucro cesante y daños morales) sufridos²⁶. Respecto del importe que integra el contenido de la indemnización, los artículos 1106 y 1107 del Código Civil establecen que la reparación debe comprender los daños materiales o económicos y morales surgidos como daño emergente y lucro cesante²⁷.

En cuanto a los contratos suscritos por pequeños empresarios y profesionales, somos partidarios de la interpretación extensiva de estas normas, al no ser negociables las cláusulas contractuales y suponer, en ocasiones, un desequilibrio injusto entre las partes. En caso de que no se apliquen de manera extensiva estas cláusulas en contratos suscritos por pequeños empresarios, deberemos acudir a las normas generales sobre contratos, como establece el artículo 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación²⁸. Asimismo, el artículo 3 y el anexo 1, letra b) de la Directiva 93/13/CE²⁹, y los artículos 80 y 82 a 90 de la LGDCU, relativos a cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas en contratos suscritos por consumidores, pueden servir para orientar el juicio sobre la

en los términos del artículo 1261 del Código Civil»). Asimismo, la validez de esta cláusula que establece límites a los importes económicos de la indemnización en contratos con consumidores puede verse condicionada por la aprobación de nuevas normas especialmente orientadas a servicios digitales, como sucede con el mencionado artículo 14 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales.

²⁶ Art. 8 LGCU: «Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: (...) b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos».

²⁷ Artículo 1106 CC: «La indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes». Artículo 1107 CC: «Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

²⁸ Artículo 8 LCGC «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención».

²⁹ Artículo 3 de la Directiva 93/13/CE: «1. 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. 2. 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 una cláusula aislada se haya 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. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».

validez de estas limitaciones de responsabilidad en contratos suscritos por pequeños empresarios.

Es importante destacar que actualmente se están llevando a cabo mejoras en la legislación europea de protección al consumidor que permitirán garantizar la responsabilidad del proveedor por daños ocasionados en el *hardware* o *software* del usuario cuando los recursos suministrados por el proveedor de contenidos digitales (en cuyo concepto se incluye el proveedor de servicios *cloud*) sean defectuosos³⁰.

En relación a los límites que reducen el plazo para reclamar, el plazo para interponer tales acciones, basadas en el 1902 del Código Civil³¹, viene determinado en nuestro ordenamiento por el art. 1968 del Código Civil, y es de un año³². Si en contratos suscritos por consumidores se establece una cláusula con un período menor, esta cláusula es abusiva. En cambio, si la condición se suscribe por un pequeño empresario, la renuncia se entiende aceptable de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad y del deber de diligencia profesional que le es exigible al contratar.

VI. CONCLUSIONES

La práctica contractual de servicios *cloud* muestra una heterogénea distribución de obligaciones entre proveedor y suscriptor de servicios, ya sea debido a las diferentes características técnicas del servicio, o a la configuración del clausulado por parte de cada proveedor en particular. Los contratos predispuestos no siempre reflejan las obligaciones que se entenderían como configuradoras de la naturaleza del contrato de *Cloud Computing*, y tampoco dan cobertura a las expectativas que se generan en el suscriptor, especialmente en las referentes a disponibilidad

³⁰ Concretamente, el artículo 14 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, COM (2015) 634 final, que establece: «El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos. La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato. 2.— Los Estados miembros establecerán las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios». Esta propuesta, aunque se restringe a aquellos daños causados en el *software* o *hardware* del consumidor provocados por un incumplimiento en el suministro o a una falta de conformidad de acuerdo con lo acordado, permite dar cobertura a la mayoría de perjuicios que el consumidor del servicio *cloud* pueda sufrir. En el mismo sentido véase también el informe sobre la orientación general de la mencionada Propuesta de Directiva, remitido de la Presidencia al Consejo, documentos 9901/17 y 9901/17 ADD1.

³¹ Artículo 1902 CC: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

³² Artículo 1968 CC: «Prescriben por el transcurso de un año: (...) La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902 desde que lo supo el agraviado».

del servicio y custodia y devolución de datos digitales. Es más, en ocasiones contienen cláusulas potencialmente abusivas, como exclusiones y limitaciones de responsabilidad injustificadas, y restricciones al derecho del cliente a ser compensado por prestaciones deficientes.

A sabiendas de todo lo anterior, el cliente debe tomar consciencia de su responsabilidad, también en beneficio de sus propios activos, realizar una lectura comprensiva del contrato, valorar sus riesgos y, si lo considera, solicitar información y asesoramiento al proveedor. Este, por su parte, debe ser capaz de comunicar los procedimientos tecnológicos y de actuación adecuados que el cliente debe y/o puede suscribir para maximizar la protección del entorno *cloud* y, consiguientemente, de sus contenidos digitales, en la medida de lo posible y siempre que con ello no ponga de manifiesto vulnerabilidades de seguridad del entorno. Asimismo, debe asumir las responsabilidades que le corresponden ante actuaciones deficientes o defectuosas.

Ante desequilibrios y restricciones de derechos legales, el suscriptor consumidor puede ampararse bajo la normativa de consumo, y el suscriptor profesional bajo la Ley de Condiciones Generales de Contratación y, además, en aquellos casos en los que su situación sea equiparable a la del consumidor puede intentar la aplicación extensiva de la normativa sobre cláusulas abusivas.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. Rodrigo BERCOVITZ), Navarra, 1.ª edición, 2000, 1548 págs.

AA.VV: *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (Dir. Manuel REBOLLO PUIG, Manuel IZQUIERDO CARRASCO), Madrid, 1.ª edición, 2011, 2088 págs.

ADSUAR PRIETO, Yolanda: «Cloud Computing vs. Protección de datos de carácter personal», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 846, 2012.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús:

— «Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, págs. 53 a 70.

— *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, 1.ª edición, Madrid, 1991, 482 págs.

APARICIO VAQUERO, Juan Pablo: «Propiedad intelectual y suministro de contenidos digitales» [en línea], *Revista InDret para el análisis del Derecho*, núm. 3,

FRANCISCA MARÍA ROSSELLÓ RUBERT

2016. Disponible en: <<http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>>. [Fecha de consulta: 1 de junio de 2017].

ARMBRUST, Michael; FOX, Armando [et al.]: *Above the Clouds: a Berkeley View of Cloud Computing* [en línea], 2009, pág. 8. Disponible en: <<http://www.eecs.berkeley.edu/Pubs/TechRpts/2009/EECS-2009-28.html>>. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2018].

BRADSHAW, Simon; MILLARD, Christopher; WALDEN, Ian; «Standard contracts for Cloud Computing Services», *Cloud Computing Law*, 1.^a edición, Oxford, 2013, pág. 41.

BUREAU EUROPEÉN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS (BEUC): *Un-fair Contract Terms in Cloud Computing Service Contracts Discussion Paper* [en línea]. Disponible en: <http://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2014-034_are_ec_expert_group_on_cloud_computing_contracts.pdf>. [Fecha de consulta: 27 de abril de 2016.]

CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 del 12 de 2015» [en línea], 2016. Disponible en: <<http://www.indret.com/ca/?a=14>>. [Fecha de consulta: 11 de abril de 2018].

CASTILLO PARRILLA, José Antonio: «La previsible evolución de la regulación de los contenidos digitales en el Derecho de la Unión Europea (Propuesta Directiva 634/2015, de 9 de diciembre, sobre ciertos aspectos relativos al suministro de contenidos digitales)», *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, 2016, págs 12-16.

CLOUD SECURITY ALLIANCE CSA: *Security Guidance for Critical Areas of Focus in Cloud Computing V2.1* [en línea], 2009. Disponible en <<https://cloudsecurityalliance.org/research/security-guidance/>>.

ENISA:

— *Computación en nube. Beneficios, riesgos y recomendaciones para la seguridad de la información* [en línea], 2009. Disponible en: <<https://www.enisa.europa.eu/topics/threat-risk-management/risk-management/files/deliverables/cloud-computing-risk-assessment-spanish>>.

— *Cloud Security Guide for SMEs. Cloud security Risks and Opportunities for SMEs* [en línea], 2015. Disponible en: <<https://www.enisa.europa.eu/publications/cloud-security-guide-for-smes>>.

FOX, Armando [et al.]: *Above the Clouds: a Berkeley View of Cloud Computing* [en línea], 2009, pág. 8. Disponible en: <<http://www.eecs.berkeley.edu/Pubs/>>.

TechRpts/2009/EECS-2009-28.html>. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

GEELAN, Jeremy: «Twenty-one Experts Define Cloud Computing» [en línea], *Cloud Computing Journal*, 2009. Disponible en: <<http://cloudcomputing.sys-con.com/node/612375>>. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

GORDON, Michael; MARCHESINI, Kathryn: *Examples of Cloud Computing Services* [en línea], 2010. Disponible en: <<https://www.unc.edu/courses/2010spring/law/357c/001/cloudcomputing/examples.html>>. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

GRUPO DE TRABAJO IV, CNUDMI: *Aspectos contractuales de la computación en la nube A/CN.9/WG.IV/WP.142* [en línea], pág. 17, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html>.

HON, W. Kuan; MILLARD, Christopher: «Control, Security and Risk in the Cloud», *Cloud Computing Law* (Coord. Christopher Millard), 1.ª edición, Oxford, 2013, págs. 18 a 35. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.]

INCIBE (antes INTECO):

— *Riesgos y Amenazas en Cloud Computing* [en línea], 2011. Disponible en: <http://cert.inteco.es/extfrontinteco/img/File/intecocert/EstudiosInformes/cert_inf_riesgos_y_amenazas_en_cloud_computing.pdf>.

— *Guía para empresas: seguridad y privacidad del Cloud Computing* [en línea], 2011. Disponible en: <http://www.inteco.es/CERT/guias_estudios/guias/Guia_Cloud>.

IRON MOUNTAIN; PwC; *Más allá de las buenas intenciones. La necesidad de pasar de las intenciones a la acción con el fin de controlar el riesgo de la información en las medianas empresas* [en línea]. Disponible en: <<http://www.ironmountain.es/riesgo-informacion/~media/94CCAD64A20F408EB2BF44F2AFCA8710.pdf>>. [Fecha de consulta: 27 de junio de 2016.]

MILLARD, Christopher; WALDEN, Ian: «Standard contracts for Cloud Computing Services», *Cloud Computing Law*, 1.ª edición, Oxford, 2013, pág. 41.

MIRANDA SERRANO, Luis; PAGADOR LÓPEZ, Javier: *Bienvenidas sean recientes decisiones judiciales favorables a someter a control de contenido las condiciones generales utilizadas frente a adherentes empresarios o profesionales* [en línea]. Disponible en: <<http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=84>>. [Fecha de consulta: 17 de octubre de 2018.]

FRANCISCA MARÍA ROSSELLÓ RUBERT

MORALES QUINTANILLA, Carlos René: *Las condiciones generales de los contratos y el control del contenido frente a las cláusulas abusivas*, tesis doctoral inédita, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, Salamanca, 2014.

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY NIST: *Special Publication 800-145. The NIST definition for Cloud Computing* [en línea], 2011. [Fecha de consulta: 19 de octubre de 2018.] Disponible en: <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf>>. Traducción propia del original en inglés.

ONTSI: *Cloud computing. Retos y oportunidades* [en línea], 2012. Disponible en: <<http://www.ontsi.red.es/ontsi/es/estudios-informes/cloud-computing-retos-y-oportunidades>>.

ROSELLÓ RUBERT, Francisca M.: «Las contraprestaciones no dinerarias en la Propuesta de Directiva sobre suministro de contenidos digitales», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, págs. 163 a 190.

ROSELLÓ RUBERT, Francisca M.: «La recuperación de los contenidos alojados y su portabilidad; en especial, su previsión por el Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos de la UE», *Hacia una justicia 2.0, Actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (Dir. Federico BUENO DE MATA), Salamanca, 2016, págs. 283 a 298.

SAIZ PEÑA, Carlos A.: «Medidas de seguridad en el *Cloud Computing*», *Derecho y Cloud Computing* (coord. Ricard MARTÍNEZ), 1.^a edición, Navarra, 2012, páginas 149 a 178.

SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos: «La contratación bajo condiciones generales de la contratación frente a la contratación por negociación. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad», diario *La Ley*, núm. 8333, Sección Tribuna, 16 de junio de 2014.

YUNG SHOW: *Cloud Computing for IT Pros (2/6): What Is Cloud* [en línea], 2010. Disponible en: <<https://blogs.technet.microsoft.com/yungchou/2010/12/17/cloud-computing-for-it-pros-26-what-is-cloud/>>. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2018.]

(Trabajo recibido el 22/10/2018
y aceptado para su publicación el 02/11/2018)

CESIÓN DE CARTERA DE CRÉDITOS. LA NECESARIA REFORMA DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL

RAFAEL ÁNGEL SALAS MARÍN

Abogado

RESUMEN

La acción que regula el artículo 1535 del Código Civil tiene su antecedente histórico en la Ley Anastasiana, conforme a la cual se pretendía impedir que se obtuviese un enriquecimiento especulativo con motivo de la adquisición de un crédito litigioso, toda vez que se adquiriría el crédito en su importe nominal, pero por un precio, sin duda, significativamente más bajo.

Esta acción ha sido de interpretación jurisprudencial restrictiva, siendo exigida la identificación e individualización del crédito para que fuese viable la acción mediante la cual el deudor adquiere el crédito y éste queda extinguido por concurrencia del acreedor y deudor en la misma persona.

En la época actual, con la proliferación de la adquisición de carteras de créditos, normalmente en situación de litigio, se hace preciso analizar el contenido de la acción que regula el precepto en cuestión y pensar en la idoneidad de una reforma legislativa que facilite al deudor, sobre todo si ostenta la condición de consumidor, la adquisición del crédito que se transmite en condiciones beneficiosas para su extinción.

Palabras clave: transmisión, crédito, cesión, litigioso, retracto, fondos de inversión, deuda, garantías, cancelación, extinción de obligación.

ASSIGNMENT OF CREDIT PORTFOLIOS. THE NECESSARY REFORM OF SECTION 1,535 OF THE CIVIL CODE

RAFAEL ÁNGEL SALAS MARÍN

Lawyer

ABSTRACT

Lawsuits regulated under section 1,535 of the Spanish Civil Code have their historical roots in the Law of Anastasius, whereby an attempt was made to prevent unfair specula-

RAFAEL ÁNGEL SALAS MARÍN

tive gains from being made through the acquisition of a disputed credit, since the entire nominal amount of the credit is acquired for a price that is, without doubt, significantly less.

Spanish case law has been restrictive in its interpretation of such lawsuits, requiring the identification and individualization of the credit in order to make legal action feasible so that the debtor may acquire the credit and so extinguish it due to the creditor and the debtor being the same person.

Nowadays, with the proliferation of the acquisition of credit portfolios, normally subject to ongoing litigation, it is necessary to analyse the contents of the lawsuit regulated by the precept in question and to think about the suitability of legislative reform in order to facilitate the acquisition by the debtor of the credit being transferred under beneficial conditions for its subsequent elimination, particularly where the debtor is a consumer.

Keywords: transfer, credit, assignment, litigation, first refusal, investment funds, debt, collateral, cancellation, elimination of obligations.

SUMARIO: I. INTROITO.—II. CRÉDITO LITIGIOSO. SU CARACTERIZACIÓN Y CONCEPTO.—1. Caracterización del crédito litigioso. 1.1. La litigiosidad. 1.2. La temporalidad. 2. Hacia el concepto de crédito litigioso.—III. LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. La naturaleza de la acción del artículo 1535 del Código Civil. 2. Presupuestos del ejercicio de la acción. 2.1. Venta. 2.2. Identificación e individualización. 2.3.— Forma, plazo y elementos personales. 2.4. Cantidades a pagar.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTROITO

El artículo 1535 del Código Civil¹ (CC) ha permanecido invariado desde su promulgación. Y, por lo que se desprende de la doctrina jurisprudencial, ciertamente sin una profusa aplicación.

Sus antecedentes hemos de buscarlos en el Derecho Romano, y más en concreto en la «*Ley Anastasiana (Anastasio a Eustatio, Ley 22, Tít. XXXV, Lib. 4.º, del Código, del Corpus Iuris Civilis), que se justificó por Justiniano (Ley 23) por razones de humanidad y benevolencia («tam humanitatis Quam benevolentiae plena»), y se resume (Ley 24; Epítome tomado de las Basílicas) en que «el que dio cantidades para que se cediesen acciones no consiga de las acciones cedidas más de lo que por ellas hubiera dado»*».²

Constituye una figura jurídica controvertida, con posiciones encontradas entre sus partidarios y detractores. Entre éstos se arguyen las ideas relativas a su escasa utilidad práctica, o que va frente al propio derecho de propiedad, por considerar que la especulación constituye un derecho en sí mismo, adverbando la postura el hecho de que Códigos modernos de nuestro entorno la han abandonado.

Sin embargo, a mi entender, nos encontramos ante un tema de acuciente actualidad como consecuencia de los impulsos económicos y financieros de los últimos años, propiciados por la crisis del sector, actualidad que por su propia opacidad es preocupante, ya que todo lo opaco produce inseguridad por su desconocimiento.

¹ Artículo 1535 CC: «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho.

Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago».

² De la sentencia del T. S., Sala de lo Civil, n.º 976/2008, de 31 de octubre de 2008.

Dicha actualidad radica en la importancia del montante de operaciones de cesiones de carteras de créditos que se están llevando a cabo, a través de las cuales la entidades financieras, con la intención de sanear sus balances y de inyectar liquidez en sus flujos monetarios, proceden a la venta de los activos que están constituidos por créditos, en su inmensa mayoría en situación de impago y con escasas garantías para el reembolso, a un precio significativamente reducido, que lo hace atractivo para la parte compradora, habitualmente fondos de inversión que buscan atractivas ocasiones de rápida recuperación de la inversión, con ganancias especulativas rápidas, merced a una gestión de cobro ágil y, en la mayoría de las ocasiones, con eficacia en el resultado.

No me voy a referir ni ocupar de ventas de grandes créditos –normalmente sindicados– que precisan de un proceso de *due diligence*, sino de cesiones de créditos «en masa», carteras de créditos que son transmitidas por las entidades financieras a los fondos de inversión en bloque, en conjunto, y que son adquiridos normalmente a un precio interesantemente bajo por encontrarse en situación de incumplimiento.

Tan revulsiva se ha convertido la situación que la propia Oficina del Defensor del Pueblo se ha preocupado de intentar conocer el calado del problema de cara a la intervención en una posible modificación normativa.

Así, la indagación llevada a cabo por la Oficina del Defensor del Pueblo³ a clientes bancarios sobre la cesión de créditos ha arrojado el siguiente resultado:

- El 77 % de los consultados no llegó a renunciar a ser informado de la posible cesión de su crédito.
- El 98 % de los consultados desconocía haber renunciado a ser informado de la eventual transmisión de su crédito.
- El 84 % de los consultados no recibió información alguna referente a la cesión de su crédito.
- El 76 % de los consultados ha tenido dificultades y obstáculos para conocer quién es el nuevo titular de su crédito.
- El 99 % de los consultados no recibió información alguna sobre el posible derecho de retracto en caso de cesión de crédito litigioso.
- Solamente el 5 % de los consultados ha ejercitado el derecho de retracto.

³ Resultados de la consulta a clientes bancarios, 17 de marzo de 2017, web Defensor del Pueblo.

Estos datos nos ponen de manifiesto el oscurantismo que se cierne sobre estas transacciones, de forma que se encubre la operación en sí bajo el paraguas de unas cláusulas significativamente abusivas, conforme a las cuales el acreedor cedente se ha preocupado de recoger la renuncia a la información en el propio clausulado del contrato de crédito, renuncia extensiva a tener conocimiento de la ocurrencia de la cesión y, a mayor abundamiento, del derecho que pueda ostentar el deudor a cancelar su deuda en el mismo importe de la cesión.

Ello es así porque, al menos en lo que se refiere a los créditos hipotecarios, conforme a la reforma llevada a cabo en diciembre de 2007 sobre el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, ya no es preciso poner en conocimiento del deudor la enajenación o cesión del crédito, pues aunque el artículo 242 del su Reglamento exija tal comunicación, ésta es renunciable por parte del deudor, y las entidades se encargan de que tal renuncia conste por escrito al suscribir el contrato crediticio.

Ante este escenario resulta más que evidente el hecho de que el contenido del artículo 1535 CC precisa de una revisión innovadora, de forma que pueda cumplir un cometido proteccionista, al menos, respecto del consumidor, en el sentido legal del término⁴.

Porque, como se ha de ver más adelante, la doctrina jurisprudencial se decanta por negar la posibilidad de ejercitar la acción del artículo 1535 CC cuando la cesión de los créditos se produce en masa, bajo el argumento de interpretación hartamente restrictivo, consistente en que la cesión de una cartera no cumple con el requisito de individualización del crédito establecido en la norma, criterio con el que estoy en desacuerdo.

Así ha de entenderse, pues tal interpretación restrictiva vulnera, al menos en lo que se refiere a los consumidores, uno de sus derechos básicos⁵, cual es el de proteger sus legítimos intereses económicos, porque indudable interés económico tiene aquel que podría cancelar el nominal de una deuda mediante el pago de una cantidad significativamente inferior a tal nominal, y no se le permite por no interpretar el artículo 1535 CC desde el prisma de la legislación de protección de consumidores.

Con ello se quiere decir que a través del presente artículo se va a analizar la situación en la que nuestros tribunales permiten la aplicación del artículo 1535 CC y el ejercicio de la acción que tal norma prevé, para alcanzar la conclusión

⁴ Artículo 3 del R. D. Leg. 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. Artículo 8, Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

⁵ R. D. Leg. 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:

«Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:...

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.»

de que, cumpliendo con los principios inspiradores de la protección de los consumidores⁶, sería procedente la modificación del texto que actualmente presenta dicha norma.

II. CRÉDITO LITIGIOSO. SU CARACTERIZACIÓN Y CONCEPTO

Respecto del término «crédito» se mantienen distintos criterios en cuanto a su alcance. La doctrina, tanto civilista como jurisprudencial, está dividida en tres corrientes. Una entiende que cabe mantener una postura restrictiva, conforme a la cual el vocablo se aplicaría únicamente a los créditos dinerarios; otra, más abierta, conforme a la cual el vocablo comprendería otros derechos de crédito o personales y una tercera posición, totalmente amplia, que abarca todos los derechos y acciones⁷.

La jurisprudencia, entendiendo que los argumentos de la doctrina son consistentes, los comparte y entiende que el vocablo, en el sentido en el que se recoge en el artículo 1535 del Código Civil, ha de ser entendido como comprensivo de todos los derechos y acciones individualizados y que puedan ser transmisibles.

Avanzando en el análisis en el que nos encontramos, al vocablo «crédito» ha de añadirse el adjetivo «litigioso» para centrar el objeto de estudio. Este adjetivo hace referencia a algo que está sometido o es susceptible de ser sometido a litigio, por lo que ha de concluirse que un crédito litigioso será aquel que está sometido a litigio o es susceptible de ser sometido al mismo.

La distinción, como veremos seguidamente, no es baladí, puesto que nos vamos a encontrar en situaciones de créditos litigiosos que alcanzan ese estado como consecuencia de la existencia del necesario proceso judicial en el que se pretenda la declaración de su existencia, o no. Pero también nos vamos a encontrar situaciones de créditos litigiosos latentes, constituidos por aquellos que, a pesar de estar reconocidos en documento fehaciente (escritura pública o póliza de crédito intervenida notarialmente), pueden convertirse en litigiosos como consecuencia de la oposición que se muestre frente a su reclamación ante los tribunales.

⁶ Constitución Española, artículo 51.1: «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».

⁷ Así se recoge en la S. A. P. Barcelona, secc 14, n.º 246/2016, de 14 de julio de 2016, recogiendo la doctrina fijada por el T. S., Sala de lo Civil, en sentencia n.º 976/2008, de 31 de octubre de 2008. En esta sentencia del T. S. 976/2008 se recoge expresamente: «Que fijamos como doctrina jurisprudencial interpretativa del vocablo «crédito» del art. 1535 CC que el mismo comprende todo derecho individualizado transmisible».

1. Caracterización del crédito litigioso

1.1. La litigiosidad

A los efectos que nos ocupan en este trabajo, que no es otro que analizar el alcance de la acción que radica en el contenido del artículo 1535 del Código Civil, el adjetivo «*litigioso*» ostenta una relevante importancia, puesto que el precepto limita el ejercicio de tal acción al hecho de que nos encontremos ante la venta de un crédito que ostente la condición de litigioso.

Hemos de entender por *litigioso* aquel crédito que está sometido a un litigio, lo que requiere la existencia de un procedimiento judicial en tramitación, un procedimiento que ha de versar sobre las circunstancias sustanciales que determinen la propia existencia del crédito, no respecto de las colaterales o de forma.

La existencia del procedimiento requiere no sólo la formulación de la demanda, sino la contestación oponiéndose a la reclamación, de tal forma que únicamente cabe entender que el crédito que se reclame tiene el carácter de litigioso cuando frente a la reclamación judicial de pago su exigibilidad es rechazada por el deudor, requiriéndose, por tanto, el pronunciamiento judicial que declare el crédito como existente y exigible, pronunciamiento que ha de alcanzar firmeza⁸.

Consecuentemente, la característica *litigiosa* del crédito se inicia en el momento en el que se proceda a contestar la demanda a través de la cual haya sido exigido el pago, finalizando cuando la sentencia que se dicte adquiera firmeza.

La doctrina de las Audiencias Provinciales viene estableciendo⁹ que no es suficiente para caracterizar un crédito como litigioso el que se sigan actuaciones judiciales tendentes a su cobro. La intervención judicial para hacer efectivo el pago de un crédito no es suficiente para conceptuarlo como litigioso, siendo preciso que la oposición haga referencia a motivos de fondo sobre su existencia, cuantía y exigibilidad.

En definitiva, como establece el Tribunal Supremo¹⁰, sólo pueden considerarse litigiosos aquellos créditos que no pueden tener realidad sin una sentencia firme.

Peculiar puede ser la situación en la que se ejercite una acción fundada en un título que tenga aparejada ejecución, pero que se trate de un título de origen no judicial¹¹.

⁸ S. A. P. Madrid, secc. 9, n.º 499/2016, de 29 de septiembre de 2016.

⁹ Así lo refiere la S. A. P. de Sevilla, secc. 8, n.º 364/2011, de 3 de noviembre de 2011.

¹⁰ S. T. S. n.º 976/2008, de 31 de octubre de 2008, que reseña las de 14/02/1903 y 8/04/1904.

¹¹ Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Artículo 517. Acción ejecutiva. Títulos ejecutivos.

1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución.

2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

(...)

Es evidente que estaremos, en tal caso, ante un crédito *de litigio latente*, pues estará sometido a la posibilidad de oposición que otorga el artículo 560 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en ese caso el crédito recogido en los títulos que tengan aparejada ejecución, pero de origen no judicial, podrá ser litigioso hasta el momento en el que transcurra el plazo de oposición al despacho de ejecución, o será efectivamente litigioso hasta que adquiera firmeza la resolución judicial que resuelva respecto de la oposición que en su caso se haya formulado, toda vez que hasta ese momento no podrá hablarse de la certera existencia y cuantía del crédito de que se trate¹².

Esa es la línea seguida por la doctrina¹³ y que lógicamente comparto, pues «si la ejecución dimana de una resolución judicial de la que resulte la declaración del crédito, cabe entender que no cabría la asimilación propuesta. Sin embargo, si se tratara de la ejecución de un título no judicial, mientras no esté precluida la fase de oposición, incluido el art. 559 LEC –EDL 2000/77463–, sería dable entender que el crédito es litigioso...».

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 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.

6.º Los títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y éstos, en todo caso, con los libros-talonarios.

La protesta de falsedad del título formulada en el acto de la confrontación no impedirá, si ésta resulta conforme, que se despache la ejecución, sin perjuicio de la posterior oposición a la ejecución que pueda formular el deudor alegando falsedad en el título.

7.º Los certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente.

Instada y despachada la ejecución, no caducarán los certificados a que se refiere el párrafo anterior.

8.º El auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

9.º Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución.»

¹² Opinión compartida por CERVERA-MERCADILLO TAPIA y MANSO OLIVER: «El retracto de crédito litigioso en las cesiones globales de carteras», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Thomson Reuters Aranzadi, n.º 148, octubre-diciembre 2017, páginas 325 a 336.

¹³ AA.VV.: *La resurrección del retracto y el Derecho de Consumo. Cuestiones procesales y sustantivas*, PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto (coordinador), *El Derecho*, Lefèbvre, 10 de enero de 2018, http://revistas.elderecho.com/revistas/mercantil/resurreccion-Derecho-Consumo-Cuestiones-sustantivas_12_1169310001.html.

En definitiva, tal y como nos indica la Audiencia Provincial de Madrid¹⁴, el crédito tendrá la caracterización de litigioso en tanto exista litispendencia, pues es la existencia del procedimiento en el que se ha de dilucidar sobre la existencia, validez y cuantía del crédito la que lo identifica como litigioso.

1.2. La temporalidad

Se ha dicho anteriormente que la característica esencial que ha de ostentar el crédito para posibilitar el ejercicio de la acción recogida en el artículo 1535 del Código Civil es la de la litigiosidad.

Esta característica es temporal. Tiene su origen en un determinado momento y se extingue en otro concreto. Y, lógicamente, puede no llegar a originarse, no traspasando la mera litigiosidad latente.

Consecuentemente, si *litigioso* es lo que está sometido a litigio será el momento del nacimiento del litigio el que determine el punto inicial o instante en el que se produzca la litigiosidad. Y la firmeza de la resolución que determine la existencia y cuantía del crédito será el momento final o instante en el que desaparezca la característica de *litigioso* respecto de un crédito.

Así lo respalda la doctrina que emana de las Audiencias Provinciales, concretamente cuando nos dicen que¹⁵: *«El momento a considerar, para determinar si la transmisión ocurre antes o después de iniciado el proceso es aquel en que se produce la litispendencia: la fecha de presentación de la demanda si luego es admitida, art. 410 L. E. C. En todo caso, la correcta y exacta determinación de quién sean los sujetos procesales es esencial para el correcto desarrollo del proceso y para la actuación de los derechos y defensas materiales.»*

La litigiosidad perdurará en tanto que se tramite el procedimiento judicial, pues concluirá con la firmeza de la sentencia que se dicte, en cuyo momento precluirá tal característica, conforme a lo que establece el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁶.

¹⁴ S. A. P. Madrid, secc. 14, n.º 445/2016, de 23 de diciembre de 2016.

¹⁵ S. A. P. Madrid, secc. 14, n.º 445/2016, de 23 de diciembre de 2016.

¹⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Artículo 222. Cosa juzgada material.

1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon.

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y cau-

2. Hacia el concepto de crédito litigioso

Venimos diciendo que la noción de crédito litigioso se estructura sobre dos requisitos inexcusables. El primero, la existencia de un negocio o relación jurídica de la que derive una obligación de pago que se encuentre pendiente de cumplimiento –crédito–, bien porque aún tal cumplimiento no sea exigible o bien porque voluntariamente no se ha efectuado. El segundo consiste en que nos encontremos ante un debate judicial en curso, o sea al que se haya dado comienzo y no haya finalizado por sentencia firme, en el que se tenga que decidir respecto de cuestiones sustanciales del crédito, tales como su naturaleza, cuantía, condiciones y exigibilidad.

Así cabe deducirlo de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1991, que tiene antecedentes en las del mismo Tribunal de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904, alcanzando un concepto¹⁷ conforme al cual pueden considerarse litigiosos aquellos créditos *«que no pueden tener realidad sin una sentencia firme (SS. 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904), y desde la contestación de la demanda (exigiéndose por la doctrina una oposición de fondo, aunque debe de admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC)»*.

Por tanto, el concepto de crédito litigioso no abarca a cualquier tipo de crédito que esté siendo objeto de una reclamación ante los Tribunales, pues es necesaria la contradicción respecto del mismo, que ha de ser resuelta mediante sentencia declarativa que adquiera firmeza.

En consecuencia, y siguiendo la doctrina, crédito litigioso sólo lo *«...será aquel respecto del que, habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y necesita de una resolución firme que lo declare como existente y exigible»*.¹⁸

sahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacidad y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil.

Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado.

4. Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.»

¹⁷ STS de 31 de octubre de 2008, n.º 976/2008, recurso n.º 1429/2003.

¹⁸ S. A. P. Pontevedra, secc. 1, n.º 520/2017, de 8 de noviembre de 2017.

III. LA ACCIÓN DEL ARTÍCULO 1535 DEL CÓDIGO CIVIL

Se viene estableciendo por la doctrina de las Audiencias Provinciales¹⁹ que el contenido del artículo 1535 CC se corresponde con una segunda oportunidad dada al deudor tratando de evitar que el crédito litigioso salga de la relación entre acreedor y deudor.

Por tanto, es necesaria la concurrencia de dos fundamentos. El primero de ellos, el *favor debitoris*, como fórmula de freno frente a la especulación. El segundo, el de clausura procedimental, conforme al cual se trata de evitar la continuación de un proceso, dando final al mismo.

Centrándonos en este segundo, podemos tratar de penetrar en la naturaleza de la acción que contiene el artículo comentado, pues es discutida la denominación habitualmente empleada de *retracto*.

1. La naturaleza de la acción del artículo 1535 del Código Civil

A pesar de que en distintas resoluciones judiciales ya reseñadas se hace referencia al desuso en el que se encuentra el contenido del artículo 1535 del Código Civil, habiéndose generado poca doctrina jurisprudencial sobre el mismo, pienso que la actualidad de dicho precepto no puede ser mayor. En el precepto en comentario deberemos buscar amparo para interdictar la especulación con créditos por parte de quien los adquiere a bajo precio para lucrarse a costa del deudor, siempre que lo admitiese una interpretación permisiva, menos restrictiva.

No admite duda, porque así lo establece el Tribunal Supremo²⁰, que el deudor ha de pagar el importe total de lo que adeuda, sea titular del crédito quien sea y lo haya adquirido por el importe que la oportunidad le haya brindado.

Pero no es menos cierto que la transmisión de un crédito depende sustancialmente de la voluntad del acreedor y, si la voluntad del acreedor es la de transmitir un crédito a pérdida, ¿por qué no va a poder beneficiarse preferentemente de tal situación el deudor?

Conforme a nuestro Derecho vigente, no existe norma alguna que prohíba transmitir un crédito por debajo de su importe nominal, lo que supone que la transmisión en tales circunstancias no admite reproche legal alguno.

Son razones de justicia material las que nos llevan a la convicción de que la legalidad que ampara a las transmisiones en las condiciones indicadas nos lleva a un resultado que puede ser injusto, como es el no dar preferencia a que sea el

¹⁹ S. A. P. Burgos, secc. 2, n.º 273/2017, de 31 de julio.

²⁰ STS. n.º 459/2007, de 30 de abril de 2007, recurso n.º 2110/2000.

deudor el que pueda amortizar su deuda en unas condiciones ventajosas por las que ha optado el acreedor.

Esta inclinación a dar preferencia al deudor para poder extinguir su deuda de manera preferente al cesionario ha sido catalogada por algún autor como un *privilegio* que incluso encuentra respaldo en la doctrina jurisprudencial²¹: «Adicionalmente, si recordamos que, de acuerdo con lo que dispone el art. 1157 del Código Civil, “no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía”, habremos necesariamente de admitir que el art. 1535 del Código concede al deudor del crédito litigioso un auténtico *privilegio*, el de extinguirlo por una cantidad menor que la que realmente adeuda.»

Por otra parte, la jurisprudencia parece acoger esta tesis o, al menos, califica el retracto de crédito litigioso como un *privilegio* en la ya mencionada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 1952, cuyo considerando quinto expone que: «*Con base en el concepto de la palabra crédito que queda expresado, es fácil de explicar cómo ha de realizarse lo prevenido en el precepto del Código Civil que se está analizando, esto es, que cuando la persona que ha de recibir la cosa (acreedor) reclama de quien ha de entregarla (deudor) mediante interpelación judicial en que ha de decidirse sobre la existencia de la obligación y el quantum de su importe, es decir, que por ser dudoso ha de resolverse mediante la sentencia (condición para calificar el crédito de litigioso a que se refiere la jurisprudencia de esta Sala en sus resoluciones de 14 de febrero de 1903 y 8 de abril de 1904) y durante la tramitación del pleito el acreedor vende su derecho a otra persona, que se subroga en aquel derecho, pero no en obligación alguna en este trance cuando el deudor puede utilizar la especie de retracto que el repetido precepto tiene establecido, pero sin que este privilegio pueda ser utilizado por quien no ostente la cualidad de deudor en la relación jurídica a la que se pretende poner fin*».

Esta preferencia es la que permitiría el llamado *retracto de crédito litigioso* a favor del deudor, aunque ciertamente no nos encontremos ante la figura del retracto, como seguidamente se analiza.

En consecuencia con lo anterior –razones de justicia material– no puedo sino mostrar absoluta aquiescencia con la doctrina del Tribunal Supremo²² en la que se establece que cuando la transmisión de créditos se efectúa en seno de las reestructuraciones empresariales que regula la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, por más que pudiésemos estar ante la transmisión de un crédito en litigio, no puede considerarse de aplicación el artículo 1535 del Código Civil, y creo que la razón no puede ser otra que el hecho de no encontrarnos ante una transmisión extra-patrimonial, sino una segregación

²¹ CARMONA ROMÁN, Carlos: <http://www.andaluciaterritorioempresa.es/2017/05/03/retracto-de-creditos-litigiosos-art-1535-codigo-civil/>.

²² STS. n.º 165/2015, de 1 de abril de 2015, rec. n.º 1748/2013.

patrimonial, a través de la cual sale de la titularidad de una determinada persona jurídica un patrimonio en bloque, recibándose a cambio la propiedad de determinados títulos-valores, pero esa segregación patrimonial, ese patrimonio separado, no abandona el ámbito al que se extiende el dominio del propietario, si bien la propiedad estará materializada a través de la titularidad de los valores.

Ello, en definitiva, supone que se habrá producido una sucesión universal, y si apuramos estaremos ante una novación en la titularidad, pero no ante una salida del entorno patrimonial, a diferencia con el supuesto que analizamos, en el que se produce la transmisión en bloque de una cartera de créditos acumulados en una sola operación de venta, que se transmite con todos sus derechos y obligaciones, quedando fuera del patrimonio del vendedor al haber obtenido un precio a cambio de los créditos.

Es en estas circunstancias en las que optamos por la aplicación del artículo 1535 del Código Civil, no en ejercicio de una acción de retracto, sino en ejercicio de una acción de extinción de la obligación de pago por confusión de los derechos del acreedor y deudor.

La acción de retracto, en cualquiera de las modalidades contenidas en nuestro ordenamiento jurídico, supone una subrogación, quedar colocado en puesto de una sustitución de uno de los elementos personales de la relación jurídica por otro, en las mismas condiciones en las que se encontraba el originario.

Esa situación, en nuestro caso, no llega a alcanzarse, puesto que en el mismo instante en el que se produce el pago en los términos recogidos en el artículo 1535 CC, el deudor asume también el rol de acreedor, por lo que la obligación queda instantánea y automáticamente extinguida por mor de lo establecido en el artículo 1192 del CC. Esta ficción se produce en un mismo momento, es instantánea, por lo que no podemos aceptar que tras el pago del precio del crédito en su transmisión aparezca un nuevo acreedor, circunstancia imprescindible para que podamos hablar de subrogación en virtud del ejercicio de una acción de retracto, sino que habrá quedado extinguida la obligación por confusión, y si no existe obligación no ha podido quedar sujeto alguno subrogado en la posición acreedora ni deudora.

Por tales razones, la doctrina de las Audiencias Provinciales²³ viene manteniendo que es impropio denominar como derecho de retracto al derecho que resulta del contenido del artículo 1535 CC, puesto que *«ni por su finalidad ni por su dinámica puede ser considerado un verdadero retracto, pues no hay subrogación alguna del retrayente en la posición del retraído (como observa ya la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2008), sino pura, simple y directa extinción del crédito, mediante el pago, no de la prestación a que venía obligado*

²³ S. A. P. Burgos, secc. 2, de 31 de julio de 2017, n.º 273/2017, recurso n.º 457/2016.

el deudor, sino la del precio de la cesión, que se supone menor o más ventajosa que aquélla».

Esta interpretación no es otra que la interpretación literal de la norma, puesto que es el propio artículo 1535 CC el que hace referencia a que el deudor tiene derecho a *extinguir* la deuda en la forma que recoge.

En definitiva, no nos encontramos ante una acción de retracto, sino ante un modo de extinción de una obligación, puesto que cuando el deudor ejercita la acción que le confiere el artículo 1535 CC no adquiere nada, sino que extingue un crédito, lo que supone que estaremos ante un derecho de adquisición preferente, pero no ante una acción de retracto.

2. Presupuestos del ejercicio de la acción

La propia dicción del artículo 1535 CC nos establece los presupuestos que han de concurrir para la viabilidad del ejercicio de la acción que recoge. La doctrina de las Audiencias Provinciales²⁴ ha establecido que los presupuestos para el ejercicio del derecho contemplado en el artículo 1535 CC han de ser:

- La cesión, mediante precio, del crédito.
- El objeto de la cesión ha de ser un crédito²⁵.
- Ha de tratarse de un crédito litigioso.
- Se ha de ejercitar la acción en el plazo de nueve días.
- La legitimación material le corresponde al titular del derecho, es decir, al deudor²⁶.

2.1. Venta

El primer presupuesto que ha de concurrir es la existencia de un contrato de compraventa, en el que concurren sus elementos, el objeto y el precio. No puede ser de otra manera, pues el precepto exige que exista una venta para que el deudor pueda ejercitar la acción que el mismo le confiere.

²⁴ S. A. P. Madrid, secc. 18, n.º 235/17, de 26 de junio de 2017.

²⁵ En el sentido amplio que ha establecido el TS en su sentencia de 31 de octubre de 2008.

²⁶ Ha de tenerse en cuenta que la A. P. de Burgos, sentencia de 31 de julio de 2017, rec. n.º 457/2016, admite la posibilidad de que la acción sea ejercitada por un garante, aunque en tal caso: «no se subrogaría éste en la posición de acreedor cesionario y no podría ejercitar la acción, por esa presunta subrogación, frente al deudor, sino que, a lo sumo, podría reclamar a éste, en estricta acción de reembolso, lo que hubiese pagado efectivamente para extinguir el crédito».

Precisamente por tal razón el Tribunal Supremo, en la reseñada sentencia de 1 de abril de 2015, niega la posibilidad del ejercicio de la acción del art. 1535 CC cuando la transmisión del crédito o créditos se ha producido en virtud de un traspaso en bloque por sucesión universal, operada en aplicación de lo establecido en el artículo 71 de la Ley 3/2009, toda vez que no nos encontramos ante un contrato de compraventa, sino de un negocio jurídico que, si bien es traslativo, es a cambio de recibir los títulos-valores representativos del derecho de propiedad.

Por similares razones no puede extenderse la acción que se analiza a otros supuestos de transmisión, tales como la permuta, la cesión lucrativa o la transmisión por concepto de herencia, quedando la acción reservada exclusivamente a la venta en virtud de la literalidad del precepto.

2.2. *Identificación e individualización*

Los detractores de la acción que analizamos, en favor de su postura han argüido la dificultad de identificar un crédito cuando la venta se produce a través de una cartera en bloque.

Igualmente, han discrepado frente a la posibilidad de ejercitar la acción que comentamos sobre la base de la falta de individualización del crédito que se transmite.

Individualizar equivale a señalar las características particulares que hacen que un crédito quede distinguido e individualizado respecto de los demás de su clase. Y resulta evidente que, en la transmisión de carteras de créditos en bloque, éstos han de estar identificados e individualizados, pues no puede entenderse de otra forma el hecho de que el adquirente pueda conocer lo que está recibiendo.

La identificación se corresponderá con el tipo de contrato que haya originado el crédito, bien sea préstamo, bien disposición de tarjeta de crédito, bien autorización de descubierto en cuenta bancaria, etc. Y su individualización se corresponderá con el elemento o código que internamente haya utilizado la parte transmitente para su especificación.

De una forma o de otra, el argumento consistente en que la venta en cartera impide la identificación e individualización de los créditos para posibilitar el ejercicio de la acción del artículo 1535 CC, decae, toda vez que es peregrino el argumento consistente en que el adquirente de la cartera pueda identificar lo que adquiere y el deudor no pueda alcanzar la identificación para ejercitar la acción. Si puede identificar e individualizar el comprador, también podrá el deudor.

E igualmente insólito resulta el argumento de los detractores de la acción, consistente en que por no estar individualizado el crédito, toda vez que se vende como parte de una cartera, no es aplicable el precepto, ya que el artículo 1535 CC

habla de venta de crédito en singular y la venta en bloque no estaría amparada en el mismo.

No puede mostrarse conformidad con tal afirmación. El hecho de que la cartera objeto de venta esté conformada por un conjunto de créditos en absoluto obsta a que los mismos estén identificados e individualizados siguiendo el método que haya deseado la parte vendedora. Se tratará de créditos agrupados por su clase, identificados por pertenecer a la misma clase o procedencia (pensemos por ejemplo en los que tengan su origen en descubiertos en cuenta corriente), pero necesariamente estarán individualizados. Cada uno de ellos tendrá su número, su código, su importe, etc., circunstancias que suponen las características particulares por las que queda individualizado respecto de los demás de su clase.

Pero, *ex abundantia*, el precepto comentado no veta el ejercicio de la acción al caso de que el crédito de que se trate esté vendido en seno de una cartera de créditos en similares condiciones o circunstancias. Ciertamente el artículo está redactado en singular, «*vendiéndose un crédito...*», pero la redacción está dada desde la perspectiva del deudor, toda vez que el derecho a extinguir la deuda en las condiciones de la venta es al deudor y no a otro al que corresponde, y el deudor puede identificar «*su crédito*» aunque se encuentre dentro de un conjunto. Para el deudor estará individualizado, ya que se trata de «*su deuda*», a pesar de que se transmita conjuntamente con otras similares.

No entenderlo así supone legitimar el simple fraude consistente en unir varios créditos en una operación de venta para imposibilitar el ejercicio del derecho que concede el artículo comentado, por lo que resultaría evidente la flagrante vulneración del artículo 7 del Código Civil²⁷.

2.3. *Forma, plazo y elementos personales*

No alberga duda el hecho de que el contenido del artículo comentado faculta al deudor para ejercitar una acción, entendida como el derecho, reconocido constitucionalmente, de acceder a la jurisdicción, a fin de que el órgano judicial competente resuelva conforme a Derecho la pretensión que se le someta a su consideración.

El acceso a la jurisdicción no cabe efectuarlo nada más que por una demanda que dé inicio a un juicio, demanda en la que habrán de consignarse las circunstan-

²⁷ «Artículo 7.

1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

cias de las partes que han de intervenir, los hechos, narrados de forma ordenada y clara, los fundamentos jurídicos con los que se pretenda respaldar la pretensión y la petición clara de lo solicitado.

Entendemos que no cabe otra alternativa. Podrá prepararse el ejercicio de la acción mediante actos previos al ejercicio de la misma (acto de conciliación o requerimiento notarial), a través de los cuales se determine la pretensión y se trate de conocer la posición de la contraparte, que bien pudiese ser la de aceptar la extinción del crédito, pero que no pueden considerarse como aptos para dar por cumplida la exigencia consistente en *haber ejercitado la acción* a través de tales actos.

De igual forma, en el supuesto de que el deudor ya esté siendo sujeto pasivo de la ejecución del crédito, en cuyo procedimiento haya formulado oposición respecto del mismo, deberá de interponerse la correspondiente demanda ejercitando clara y expresamente la acción de extinción del crédito.

Conforme establece el propio artículo 1535 CC, el plazo para el ejercicio de la acción de extinción es de nueve días «*contados desde que el cesionario reclame el pago*».

Este plazo es de caducidad, por lo que dentro del mismo tendrá que estar presentada la demanda ante el tribunal competente. Es evidente que no necesariamente tendrá que estar admitida a trámite, puesto que esta decisión escapa al alcance del titular de la acción y que, una vez admitida, los efectos se retrotraerán al momento de la presentación²⁸.

Decimos que estamos ante un plazo de caducidad, pues está temporalmente delimitado de antemano, «*nueve días*», respecto del que no cabe suspensión ni interrupción²⁹.

Por lo que a los elementos personales se refiere, parece claro el artículo comentado. Intervendrán el titular de la acción o deudor y el cesionario, tal y como refiere el precepto al hacerle titular del reembolso que ha de efectuar el deudor.

²⁸ «Ley de Enjuiciamiento Civil:

«Artículo 410 LEC. Comienzo de la litispendencia.

La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.»

²⁹ STS de 28 de enero de 1983 (RJA núm. 393): «*Si bien en nuestro derecho no existe una norma específica que fije la distinción entre la prescripción y la caducidad, que responden a la común razón de la presunción de abandono tanto de los derechos como de las acciones que son su consecuencia, tampoco cabe desconocer que se diferencian en que cuando se otorgue un tiempo determinado para su ejercicio se está ante la presencia de un plazo de caducidad, pasado el cual el derecho de que se trata ha dejado de existir, debiendo ser tomado en cuenta por el juzgador aun cuando sólo se desprenda su transcurso de los hechos que el actor exprese...».*

Resulta evidente que el anterior titular del crédito o cedente no ha de intervenir en la relación jurídica, puesto que salió de ella al ceder su crédito al cesionario, el cual se ha convertido en el actual acreedor.

2.4. *Cantidades a pagar*

El propio precepto las menciona. El deudor tendrá que pagar al cesionario el precio que pagó por el crédito, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en el que fuese satisfecho al cedente.

No obstante la claridad de la norma, se constituirá en cuestión hartamente difícil el conocer el importe de los conceptos que el deudor deba de satisfacer para extinguir el crédito, puesto que es de sospechar que el cesionario no estará por la labor de darlos a conocer, y el escaso plazo con el que se cuenta para ejercitar la acción supondrá un importante hándicap para preparar acertadamente el ejercicio de la acción.

Ya hemos visto anteriormente que la individualización del crédito, cuando de venta de carteras o venta en globo se trata, será dificultosa para el deudor. No obstante esta individualización existe, aunque se encuentre oculta, puesto que, si se trata de la venta de una cartera, el contrato de compraventa exige, para su existencia, la identificación de su objeto y la determinación del precio. Será mediante un código, mediante una clave, mediante letras, números, símbolos, etc., pero necesariamente ha de existir una identificación individualizada.

Posiblemente tendrá que ser a través del procedimiento iniciado al ejercitar la acción la forma en la que tengamos que conseguir el acceso a tales datos, y que, tras el requerimiento oportuno, tendrán que ser facilitados por el nuevo acreedor en virtud del principio de proximidad a la prueba.

Ello nos acarrea un problema adicional, cual es la consignación del importe de las cantidades que han de ser abonadas para lograr la extinción del crédito. Tendrá que actuar la prudencia acomodada a las circunstancias del caso, practicando requerimiento de información al nuevo acreedor, una vez que el mismo requiera el pago de la deuda. La falta de respuesta determinará la posibilidad de una consignación alzada que posteriormente podrá ser, si fuese el caso, complementada.

IV. CONCLUSIONES

Hay quien defiende³⁰ que, en cualquier relación jurídica y en los coletazos de la crisis, la parte más débil y desfavorecida tiene derecho a ser protegida, defen-

³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús: <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/breves-comentarios-cesion-creditos-691365921>.

diendo que a través de la progresiva concepción de la cláusula *rebus sic stantibus* pueda tener derecho a extinguir sus deudas mediante una sustancial rebaja. La progresión de la concepción de la cláusula *rebus* a través de la doctrina del Tribunal Supremo es lenta y han de llegar los litigios cuyo objeto permita que emane la doctrina.

Pero quizás sea más directa y efectiva la modificación normativa. El legislador tiene la obligación de captar el sentir de la población y arbitrar los medios para corregir la disfunción legal. A través de unos «retoques» al artículo 1535 CC se debería poder corregir la situación actual, tendiendo a proteger a la parte desfavorecida, arbitrando para ello que:

- En las cesiones de créditos, sean litigiosos o no, sea precisa la intervención del deudor, ostente la condición de consumidor o no, haciendo que la notificación previa de la cesión sea requisito de validez de la misma.
- El deudor ha de tener un derecho preferente para la cancelación de la deuda en las condiciones que se le pretenda transmitir el crédito a un tercero.
- Que la transmisión del crédito sea nula si faltasen los anteriores requisitos.

Es evidente que la modificación legislativa puede ser más rápida y eficaz que la progresión de la interpretación que lleve a cabo la doctrina jurisprudencial, interpretación acorde con la realidad social³¹ en la que nos encontramos,

Y puesto que actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso de los Diputados el proyecto de Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario³², quizás por la proximidad conceptual, sería un momento oportuno para introducir la modificación del texto del artículo 1535 CC que propugnamos.

No obstante, ambos caminos, el de la modificación normativa o el de la interpretación jurisprudencial, pueden ser paralelos, en orden a proteger los intereses de la parte más débil en la relación jurídica comentada.

*(Trabajo recibido el 26/07/2018
y aceptado para su publicación el 08/09/2018)*

³¹ Artículo 3.1 CC: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

³² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 17 de noviembre de 2017.

PRÁCTICA JURÍDICA

EJERCICIO DEL CARGO Y ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LOS LIQUIDADORES EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

Notaria

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

Notaria

RESUMEN

En este trabajo se analizan cuestiones de interés práctico relacionadas con los liquidadores de las sociedades de capital. Desde la forma en la que han de ejercitar el cargo, en caso de pluralidad de ellos, hasta su ámbito de actuación, matizando qué actos pueden llevar a cabo y cuáles no, a la vista de la finalidad liquidadora que ha de guiar su actuación. También se estudian los efectos frente a terceros de la actuación de los liquidadores cuando éstos exceden de sus facultades legales; así como la representación de los liquidadores por apoderados.

Palabras clave: liquidadores, facultades, pluralidad de liquidadores, forma de actuación, ámbito de la representación, efectos frente a terceros.

EXERCISE OF POSITIONS AND SCOPE OF ACTION OF CAPITAL CORPORATION LIQUIDATORS

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA

Notary Public

LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

Notary Public

ABSTRACT

This paper analyses questions of practical interest relating to liquidators and receivers with respect to both the manner in which they exercise their positions when more than

BLANCA DE LA CÁMARA ENTRENA Y LUCÍA GIL LÓPEZ DE SAGREDO

one are appointed and also the scope for their actions, indicating which acts they can and cannot perform. Lastly, the authors delve more deeply into the questions of whether or not we are facing here a case of organic representation and what happens with the Company's officers and proxies in the context of the liquidation.

Keywords: joint and several liquidators, joint liquidators, scope of representation, structural representation, powers, corporate purpose.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EJERCICIO DE LAS FACULTADES EN CASO DE PLURALIDAD DE LIQUIDADORES.—III. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LOS LIQUIDADORES.—IV. LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD POR LOS LIQUIDADORES.

I. INTRODUCCIÓN

Con la disolución de la sociedad mercantil se abre el período de liquidación, durante el cual la sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica. Durante este tiempo deberá añadir a su denominación la frase «*en liquidación*» y, lo que es más importante, desaparecerá el órgano de administración, que será sustituido por los liquidadores, subsistiendo, no obstante, la Junta general de la sociedad (artículos 374 y 375 de la Ley de Sociedades de Capital).

La actividad de la sociedad, encaminada a obtener un lucro a través de la realización del objeto social, se sustituye por una actividad puramente liquidatoria, lo cual tiene una clara incidencia en el ámbito de actuación de los liquidadores, que sustituyen a los administradores. Esta finalidad liquidatoria se puede descomponer en tres fases: la de preparación, la práctica de las operaciones propiamente liquidatorias y el reparto del haber social. En general, el régimen jurídico de la liquidación se contiene para las sociedades personalistas en los artículos 227 y siguientes del Código de Comercio y para las sociedades de capital en los artículos 371 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. La principal diferencia estriba en que, en las sociedades personalistas, las normas de liquidación, conforme al 227 Código de Comercio, tienen carácter dispositivo, mientras que son imperativas para las sociedades de capital; circunstancia ésta que tiene repercusión en los distintos aspectos que procederemos a analizar a lo largo de la exposición.

Centrándonos en las sociedades de capital, vemos cómo el órgano de administración y gestión pasa a estar compuesto por los liquidadores, cesando automáticamente desde el inicio de la liquidación los antiguos administradores. A continuación procedemos a analizar determinadas cuestiones que se suscitan en relación con el ejercicio del cargo de liquidador y su ámbito de actuación.

II. EJERCICIO DE LAS FACULTADES EN CASO DE PLURALIDAD DE LIQUIDADORES

El modo de ejercer las facultades de los liquidadores de las sociedades de capital se regula en los artículos 379.1 de la LSC y 243 del RRM. Éste último señala que, cuando sean varios los liquidadores, deberá determinarse el modo de ejercer sus facultades; bien sea de forma **solidaria, mancomunada o colegiada**. Por su parte, la Dirección General, en Resolución de 3 de septiembre de 1998, se pronuncia sobre esta materia matizando que en caso de pluralidad de liquidadores no puede entenderse sin más que el régimen de éstos sea el mismo régimen que era aplicable a los administradores; pudiendo alterarse al tiempo del nombramiento de los liquidadores, sin que sean precisos los rígidos requisitos de la modificación de los estatutos sociales.

Asimismo, se plantea la cuestión de **cuál será el régimen de los liquidadores en caso de que los estatutos de la sociedad no se pronuncien sobre la materia**. Al respecto, acudimos al artículo 379.1 LSC, que señala: «*Salvo disposición contraria de los estatutos, el poder de representación corresponderá a cada liquidador individualmente*»; es decir, si los estatutos no señalan lo contrario, cada liquidador actúa solidariamente. Y ello con independencia de que los anteriores administradores ejercieran el cargo con carácter mancomunado o de manera colegiada.

Por otro lado, la pluralidad de liquidadores y la interpretación del artículo 379 de la Ley de Sociedades de Capital nos plantea la pregunta de si **el citado artículo se refiere a una disposición contraria en estatutos que se ocupe de los administradores o liquidadores**. Es decir, ¿es precisa una cláusula estatutaria que expresamente exija la mancomunidad de los liquidadores para eludir la aplicación del artículo 379.1 o basta con que en estatutos se señale la mancomunidad del órgano de administración? A nuestro modo de ver, de acuerdo con la ubicación sistemática del artículo 379 en sede de liquidación, entendemos que es precisa una cláusula estatutaria que expresamente se pronuncie sobre el órgano de liquidación para que actúen mancomunadamente, de lo contrario regirá la solidaridad. Por tanto, si los estatutos no se pronuncian sobre la materia, los liquidadores actuarán solidariamente, a pesar de haber régimen de mancomunidad para el órgano de administración por haberse señalado así en estatutos sociales. A nuestro parecer, esto será así **incluso en el supuesto de que los liquidadores nombrados fueran previamente los administradores de la sociedad**; ya que si bien esto puede resultar chocante e incluso extraño para los terceros que se relacionan con la sociedad, una solución contraria no seguiría la pauta que sobre el órgano de liquidación mantiene el legislador y la Dirección General.

Partiendo, por tanto, de que salvo disposición contraria en los estatutos los liquidadores ejercerán su cargo solidariamente, se plantea la cuestión de **qué sucede si los demás liquidadores se oponen a la actuación de uno de ellos**. Sobre esta materia podemos formular fundamentalmente dos posturas; de una parte

entender que si uno de los liquidadores se opone a la actividad de otro determina una paralización de la misma, debiendo alcanzarse un consenso sobre la cuestión de que se trate; desde esta perspectiva se lograría un mayor equilibrio en el órgano de liquidación y asimismo un autocontrol en el funcionamiento del mismo. Sin embargo, una segunda postura sería entender que los liquidadores actuarán solidariamente incluso cuando uno de ellos se oponga a la actuación de otro; ésta parece, a nuestro modo de ver, la opción más adecuada; habida consideración que el legislador parece ir más allá al emplear la terminología «individualmente» y no solidariamente; asimismo, ésta parece ser la postura más acorde a la función principalmente liquidatoria que marca la actuación de los liquidadores.

Por último, y para cerrar la problemática de la pluralidad de liquidadores, hemos de plantearnos **la posible relación entre el artículo 379.1 de la LSC y el artículo 233.2.c) del citado cuerpo legal**. Es decir, nos cuestionamos si procede que los liquidadores de las sociedades de responsabilidad limitada actúen colegiadamente si son más de dos liquidadores mancomunados. Por su parte, BLANCO PULLEIRO¹ defiende la aplicación del artículo 233.2.c) a los liquidadores mancomunados, en esencia, sobre la base de la remisión genérica del artículo 275.2 LSC y 109 RRM en cuanto a la facultad de certificar. Asimismo, sobre esta materia se ha pronunciado la DGRN señalando la necesidad de que los estatutos ofrezcan soluciones para el caso de que el número de liquidadores pueda resultar par y así evitar que en un momento tan crítico como es la liquidación de la sociedad se deba proceder o a revocar el nombramiento hecho en favor de uno de ellos o a completar su número con alguien extraño al órgano anterior administrativo. También se ha pronunciado en el mismo sentido en el caso de que los estatutos prevean que el Consejo de Administración se convierta en Comisión Liquidadora.

III. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LOS LIQUIDADORES

Mientras que en las sociedades personalistas la principal especialidad es que los liquidadores puedan reclamar a los socios que sean responsables por las deudas sociales el pago de su importe; en las sociedades de capital las **funciones de los liquidadores** en esta fase pueden agruparse en dos bloques: la formación de la masa patrimonial y el pago de las deudas sociales. A ambas se refieren los artículos 383 y siguientes de la LSC, de los que resulta que corresponderá a los liquidadores la formación del inventario y balance inicial, velar por la integridad del patrimonio de la sociedad, realizar las operaciones pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación, percibir los créditos, pagar a los acreedores y enajenar bienes, entre otras.

Cabe la posibilidad de que la sociedad sea objeto de liquidación en el marco de un proceso de escisión, fusión o cesión global del activo o del pasivo, de forma

¹ BLANCO PULLEIRO, Alberto: «Societario. Junta general. Administradores. Capital. Cuentas. Concurso», *Preguntas y Repuestas*, vol. 1, Editorial Comares, Granada, 2014.

que la liquidación de la sociedad no coincide propiamente con la liquidación de la empresa. No obstante, en el presente artículo nos centramos en el supuesto en que sí que se produce una **liquidación material definitiva**, en que la actividad de los liquidadores se dirige a eliminar la empresa del tráfico definitivamente.

Hecha esta precisión y dejando al margen las funciones de los liquidadores de carácter fiscal y contable, nos centramos en los distintos supuestos de actuación de los liquidadores, empezando por la **enajenación de los bienes sociales**. Esta cuestión deriva en esencia del artículo 387, que indica que «*Los liquidadores deberán enajenar los bienes sociales*»; precepto que parece enmarcar un carácter imperativo que tiene la finalidad de lograr la obtención del dinero suficiente, que generalmente no existe en caja, para poder pagar las deudas sociales y luego la cuota de liquidación de los socios. No obstante, a nuestro juicio se ha de entender que la enajenación que contempla el artículo 387, y pese a la literalidad del precepto, sería **una facultad más que una obligación de los liquidadores**. Congruentemente con ello, no habría inconveniente en que, siempre que se acuerde por unanimidad de la Junta general, por virtud del artículo 393 LSC, los bienes sociales que resten y no se hayan vendido se adjudiquen a los socios en pago de su haber.

En cuanto a la regulación estatutaria de esta fase, la DGRN se ha pronunciado en varias ocasiones sobre si es o no inscribible el **pacto estatutario**, según el cual se contempla, en primer lugar, la **reversión de un bien** a favor de alguna persona o entidad. Ha sido rechazada dicha cláusula por la DGRN por ser contraria al principio de responsabilidad patrimonial universal contemplado en el artículo 1911 CC y vulnerar la previsión establecida en el artículo 391 LSC, que prohíbe a los liquidadores repartir entre los socios el patrimonio social sin que hayan sido satisfechos primero todos los acreedores o consignado el importe de sus créditos y que prevé que «*el activo resultante después de satisfacer los créditos contra la sociedad se repartirá entre los socios en la forma prevista en los Estatutos, o en su defecto, en proporción al importe nominal de las acciones*».

Además, respecto a las sociedades anónimas, el artículo 387.2 LSC exigía que los inmuebles se vendieran necesariamente en **pública subasta**. No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencia de 1996 y la Dirección General en Resolución de 23 de julio de 2004, ya consideró que la Junta General Universal, por acuerdo unánime de los socios, podía dispensar de la subasta, por ser un requisito establecido para garantía de socios y no de los acreedores (que tienen otros medios para defender sus créditos, como la acción paulina o la subrogatoria). En esta línea, por las últimas reformas legislativas se eliminó tal apartado segundo del citado precepto, de forma que tanto en SA como en SL los liquidadores pueden ya vender los bienes sociales por el precio que entiendan oportuno, con arreglo a los criterios de mercado y de oportunidad que consideren.

Vista la enajenación de los bienes, nos situamos en el supuesto contrario, la **adquisición de nuevos bienes**. En definitiva, ¿pueden los liquidadores de las

sociedades de capital **realizar operaciones de inversión?** Interpretando el artículo 387 LSC *sensu contrario*, parece ser que no, que si los bienes sociales preferiblemente han de ser vendidos no tiene mucho sentido que ingresen nuevos bienes en un haber social que va a ser objeto de liquidación inminente. No obstante, en la línea anteriormente apuntada, la obligación de los liquidadores no es solo la de que la liquidación de la sociedad no se alargue innecesariamente en el tiempo, sino también la de que ésta se lleve a cabo de la forma más eficiente y económicamente ventajosa posible. Este artículo debe interpretarse conjuntamente con los artículos 379.3 y 384 LSC, que respectivamente contemplan que realicen actuaciones de arbitraje y transacción, y que les corresponde realizar las nuevas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad. De tal forma que, si dichas actuaciones de inversión responden a un mayor interés social, sí que habrían de admitirse, correspondiendo exclusivamente a los liquidadores —siempre sujetos al régimen de responsabilidad correspondiente— decidir si estos actos facilitan o están conectados con la liquidación y, por tanto, si son o no convenientes para el interés liquidatorio.

Igual solución habría de aplicarse al caso de la **constitución de nuevos derechos reales** sobre los bienes, debiendo admitirse ésta siempre que se entienda ligada o ventajosa para la liquidación. Por ejemplo, podríamos hablar de la constitución de un **derecho de opción de compra** sobre bienes de la sociedad. En principio, este derecho estaría ligado a la propia venta de los bienes inmuebles, y por tanto sería admisible si se dirige al reparto del haber social neto entre los socios, siempre previamente pagadas las deudas sociales —o si no existieran deudas— y con el acuerdo de Junta correspondiente (en este sentido, RDGRN de 26 de enero de 1994). No obstante, habría de valorarse también si tal derecho de opción impone un compromiso de venta durante un período de tiempo prolongado que, en definitiva, haga alargarse excesivamente la liquidación. En todo caso, corresponderá a los liquidadores realizar el baremo de los pros y contras de esta actuación, siempre sin perjuicio de su responsabilidad y del control judicial de la liquidación en el caso de que la misma se prolongue más de tres años ex art. 389 LSC.

Conviene tratar también el supuesto de la **constitución de derechos reales de garantía**, sobre todo si garantizan deudas preexistentes, ajenas o de nuevas obligaciones contraídas por la sociedad. En principio, estos actos sí que no parecen estar dirigidos a la liquidación, puesto que más que a la liquidación de las deudas se orientan más bien a la conservación de los créditos y, por tanto, a su prolongación en el tiempo. Sin embargo, podría haber casos concretos en que, habida cuenta de las especialidades del negocio, pudiera probarse lo contrario por los liquidadores. Por ejemplo, cuando sirvan para garantizar **nuevas operaciones pasivas** que, en función de las concretas circunstancias concurrentes, sean ventajosas para la sociedad; ya sea por permitir reestructurar la deuda y facilitar el cumplimiento de las obligaciones preexistentes, o por permitir mediante nuevas operaciones pasivas hacer frente a otras ya preexistentes que por las condicio-

nes de mercado existentes entonces eran menos ventajosas que las actuales (por ejemplo, mediante la novación de éstas).

En definitiva, es muy difícil establecer una enumeración sistemática de qué actos pueden o no pueden realizar los liquidadores, dado que siempre habrá que atender al caso concreto, a las circunstancias concurrentes y a si permite obtener un resultado liquidatario más eficiente, manteniendo en lo posible el valor de los bienes y concluyendo de la forma más óptima las relaciones de la sociedad con los socios y con terceros. Cuando la operación en cuestión no encuentra justificación en la liquidación y supone un desarrollo transitorio del objeto social, podría interpretarse como una reactivación de hecho, siendo por tanto contraria a lo dispuesto en la LSC y en consecuencia impugnabile; siempre sin perjuicio de la posible responsabilidad de los liquidadores si no se abstienen de ejecutar los acuerdos que resulten contrarios a la liquidación material de la sociedad que se está llevando a cabo.

IV. LA REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD POR LOS LIQUIDADORES

En todo caso, también ha de ser objeto de análisis si la sociedad resulta obligada por estos actos frente a los terceros que contraten con los liquidadores, aspecto al cual dedicamos el presente apartado, tratando primero la representación orgánica y luego la voluntaria.

La **representación orgánica de la sociedad** ejercida por los liquidadores deriva del artículo 379.2 LSC: «*La representación de los liquidadores se extiende a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad*». La cuestión más controvertida en esta materia es la extensión de las facultades representativas y, en concreto, si vinculan a la sociedad frente a tercero los actos en los que el liquidador sobrepase tales facultades. Sobre la cuestión existen dos posturas:

- Por un lado, un sector doctrinal minoritario que entiende que estamos ante un supuesto de representación orgánica, limitada legalmente por la propia alteración del objeto de la sociedad, que pasa a ser el de su liquidación. En consecuencia, en caso de extralimitación de los liquidadores, la sociedad no queda vinculada frente al tercero de buena fe.
- Por otro lado, otro sector doctrinal mayoritario —que también parece coincidir con la actual línea jurisprudencial— que entiende que estamos ante un supuesto de representación orgánica, donde las limitaciones al poder de representación no son oponibles al tercero de buena fe. En primer lugar porque en derecho español la capacidad de la sociedad no está determinada por el objeto, con lo cual un cambio de éste, como sucede en la liquidación,

no afecta a las facultades de la sociedad y los liquidadores. En segundo lugar por aplicación analógica del 234 LSC².

Respecto a la **representación voluntaria**, lo más interesante es que los poderes otorgados por la administración antes de la apertura de la liquidación subsistirán porque continuará la personalidad jurídica de la sociedad y no se aplica el artículo 1.732 del Código Civil, porque la sociedad no se extingue por el mero hecho de producirse la apertura de la fase la liquidación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es posible la revocación tácita del poder en los casos en que el contenido de éste no se ajuste a la finalidad liquidatoria, sin perjuicio de la protección del tercero de buena fe por el juego de la apariencia jurídica.

Por otro lado, en relación con la representación de los liquidadores, nos preguntamos si **¿pueden los liquidadores nombrar apoderados para la enajenación de bienes?** Al respecto podríamos entender, de una parte, que no cabe dicha posibilidad sobre la base de una interpretación restrictiva de la regulación jurídica de la liquidación, pues tal y como se deriva *strictu sensu* del artículo 383 LSC, únicamente pueden proceder a vender los bienes sin contemplar ni mencionar la posibilidad de delegar la actuación en apoderados. A mayor abundamiento, los liquidadores —a diferencia de los administradores— no tienen atribuida en términos generales la gestión de la sociedad, sin existir paralelamente en sede de liquidación un precepto semejante al artículo 209 de la LSC. Sin embargo, a nuestro modo de ver, hemos de realizar una interpretación amplia, integrando la regulación de la liquidación con las normas de administración tal y como resulta del artículo 375 LSC, que recoge la aplicación supletoria de las mismas en cuanto no se opongan a la regulación de la liquidación. Por tanto, los liquidadores pueden desempeñar sus funciones de la misma forma que podrían hacerlo los administradores, pudiendo para ello servirse de apoderados sin ningún problema.

(Trabajo recibido el 10/12/2018
y aceptado para su publicación el 17/12/2018)

² Aunque la buena fe del tercero puede ser discutible, toda vez que a la denominación de la sociedad se le añadirá la expresión «en liquidación».

FISCALIDAD DE LA EMPRESA

TRATAMIENTO TRIBUTARIO DEL *BITCOIN* Y DEMÁS CRIPTOMONEDAS

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

Abogado del Área de Fiscal del Despacho Cuatrecasas

RESUMEN

Poco a poco la utilización de *bitcoins* y demás criptomonedas está adquiriendo una creciente importancia en el ámbito económico. Esta realidad no ha pasado desapercibida para las autoridades tributarias españolas, las cuales han comenzado a pronunciarse sobre su tratamiento fiscal y a introducir medidas con el objetivo de incrementar el control sobre las operaciones con estas monedas virtuales.

En el presente artículo se analizará el tratamiento tributario de las criptomonedas y operaciones asociadas a las mismas en las distintas figuras impositivas comprendidas en la imposición directa de las personas físicas, la imposición indirecta y la imposición local. Con carácter previo a dicho análisis, se hará referencia al concepto, características y funcionamiento de las criptomonedas, centrándonos en el *bitcoin* como el ejemplo más relevante.

Palabras clave: *bitcoin*, criptomoneda, tributación, imposición directa, imposición indirecta, imposición local.

TAX TREATMENT OF BITCOINS AND OTHER CRYPTOCURRENCIES

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

Lawyer, Associate at the Cuatrecasas Law Office

ABSTRACT

The use of bitcoins and other cryptocurrencies is becoming increasingly important in the economic area. This reality has not gone unnoticed by the Spanish Tax authorities, which have started to decide on their tax treatment, and to introduce new tax measures in order to increase the control on the operations using these virtual currencies.

ÍÑIGO EGEA PÉREZ-CARASA

This paper analyses the tax treatment given to the cryptocurrencies and the operations carried out with them in the different taxes that operate in the direct taxation of individuals, the indirect taxation and the local taxation. Previously to this analysis, reference will be made to the concept, characteristics and operation of these cryptocurrencies, focusing in the bitcoins as the foremost example.

Key words: bitcoin, cryptocurrency, taxation, direct taxation, indirect taxation, local taxation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE CRIPTOMONEDA, CARACTERÍSTICAS, TECNOLOGÍA SUBYACENTE Y FUNCIONAMIENTO. 1. Concepto de criptomoneda. El bitcoin. 2. Características. 3. Tecnología subyacente: Tecnología de cadena de bloques o *blockchain*. 4. Funcionamiento práctico. 4.1. El proceso de creación de *bitcoins*. 4.2. Funcionamiento de la transmisión de *bitcoins* ya existentes en el mercado secundario.—III. TRIBUTACIÓN DEL *BITCOIN*. 1. Tributación en imposición directa de las personas físicas. 1.1. IRPF. 1.2. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). 1.3. Impuesto sobre el Patrimonio (IP). 1.4. Obligaciones de información. 2. Tributación en Imposición indirecta. 2.1. IVA. 2.2. ITPAJD. 3. Tributación en imposición local (IAE).—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Poco a poco el término «criptomoneda» o «criptodivisa» está adquiriendo una indudable relevancia en la actualidad. En efecto, cada vez resulta más habitual encontrarse noticias sobre el bitcoin y resto de monedas digitales tanto en los medios de comunicación como en la prensa más especializada.

Este indicador da una idea de la creciente importancia que este tipo de instrumentos están adquiriendo en la economía mundial. Y es que, en los últimos años, el proceso de creación de monedas digitales y las transacciones efectuadas con las mismas se ha incrementado de forma considerable.

Esta realidad práctica y económica no puede escapar del ámbito tributario. Tanto es así que en el Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017¹ se introducía ya como línea de investigación el «análisis de los nuevos medios de pago que cada vez con mayor fuerza se están implantando –criptomoneda, plataformas mediadoras de pago, pagos desde dispositivos móviles, etc.–» y, siguiendo con dicha línea de investigación, el Plan Anual de Control Tributario de 2018² hace referencia al estudio de la incidencia fiscal de nuevas tecnologías, como *blockchain* y, en especial, las criptomonedas.

En esta misma dirección, recientemente, el Ministerio de Hacienda ha anunciado un incremento del control sobre los titulares de criptomonedas. Dicho anuncio se ha visto materializado en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal, de trasposición de las Directivas (UE) 2016/1164,

¹ Resolución de 19 de enero de 2017, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017.

² Resolución de 8 de enero de 2018, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2018.

del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra la práctica de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, y 2017/1852, del Consejo de 10 de octubre de 2017, relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea y de modificación de diversas normas tributarias (en adelante, «**El Anteproyecto**»), el cual incorpora dos nuevas medidas en relación con las criptomonedas, que, de aprobarse finalmente esta norma, tienen previsto entrar en vigor con efectos 1 de enero de 2019.

El objetivo perseguido por estas medidas puede verse manifestado en la exposición de motivos del Anteproyecto, el cual establece lo siguiente:

«A su vez, con la finalidad de reforzar el control tributario sobre los hechos imponibles relativos a monedas virtuales, se establecen dos nuevas obligaciones informativas referidas a la tenencia y operativa con monedas virtuales.»

A la luz de la creciente trascendencia de las monedas virtuales en el ámbito tributario, en el presente artículo se abordará el tratamiento tributario de las criptomonedas y operaciones asociadas a las mismas dentro de las distintas figuras impositivas. Con carácter previo a dicho análisis, se hará referencia al concepto, características y funcionamiento de las criptomonedas, centrándonos en el bitcoin como el ejemplo más relevante.

II. CONCEPTO DE CRIPTOMONEDA, CARACTERÍSTICAS, TECNOLOGÍA SUBYACENTE Y FUNCIONAMIENTO

1. Concepto de criptomoneda. El bitcoin

Una criptomoneda, criptodivisa, puede definirse como un medio digital de intercambio, es decir, en términos coloquiales, dinero virtual³. Según el Banco Central Europeo (BCE)⁴, una criptomoneda es «*dinero electrónico no regulado emitido y controlado por quienes lo crean y habitualmente usado y aceptado como unidad de pago para el intercambio de bienes y servicios dentro de una comunidad virtual específica*».

De modo resumido, y siguiendo con la definición del BCE, puede decirse que las criptomonedas constituyen: (i) dinero virtual, (ii) controlado por sus usuarios, (iii) que no se encuentra regulado, y (iv), que puede ser utilizado para adquirir bienes o servicios, o bien para ser intercambiado por dinero fiduciario (euros, dólares u otras divisas). Entre sus principales características destacan dos: que

³ SÁNCHEZ BERMEJO, D: «Régimen legal y tributario del bitcoin y demás criptodivisas», *Revista Fiscal y laboral al día*, marzo de 2018.

⁴ European Central Bank: *Virtual Currency Schemes*, October 2012, p. 13.

utilizan la criptografía para proporcionar seguridad al sistema digital que les da vida⁵ y que su uso no requiere de intermediarios⁶.

Dentro de las criptomonedas, la más conocida y que a su vez fue la primera en operar es el *bitcoin*. Si acudimos a su página web⁷, el *bitcoin* se define como:

«Una red consensuada que permite un nuevo sistema de pago y una moneda completamente digital. Es la primera red entre pares de pago descentralizado impulsado por sus usuarios sin una autoridad central o intermediarios. Desde un punto de vista de usuario, bitcoin es como dinero para Internet»

El *bitcoin* apareció en 2009 y fue creado por un autor (o varios) bajo el pseudónimo de Satoshi Nakamoto. Tal y como señalan PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ⁸, el *bitcoin* se configura como una moneda virtual que nació con la finalidad de convertirse en un medio de pago libre descentralizado y seguro, que se materializa en anotaciones en un libro de contabilidad almacenado en Internet y cuyo sistema se compone fundamentalmente: (i) de un software de firma electrónica; (ii) otro software de red entre pares (Peer to Peer o P2P) y (iii) de algoritmos y funciones criptográficas.

Cabe destacar que esta moneda virtual surge con un límite máximo de emisión, de forma que, al alcanzar la cifra de 21 millones de *bitcoins*, no se podrán crear o generar más.

Siendo el *bitcoin* la criptomoneda más relevante, debe tenerse en cuenta que no es la única. En este sentido, tras la creación del *bitcoin* han ido apareciendo multitud de criptomonedas con características propias desde su programación, entre las que cabe destacar Reddcoin, Europecoin, Ethereum, Blazecoin, Monerum, Litecoin, o Ripple, entre otras.

2. Características

A partir de su concepto, y tal y como establece FRANCO⁹, las dos principales notas características del *bitcoin* que pueden extraerse son: (i) que es una moneda virtual libre (esto es, de dominio público) y (ii) que está descentralizada, y ello,

⁵ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B: «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (*bitcoins*) en las empresas», *Revista Quincena fiscal*, núm. 3, 2018.

⁶ SÁNCHEZ BERMEJO, D: «Régimen legal y tributario del *bitcoin* y demás criptodivisas», *Revista Fiscal y laboral al día*, marzo de 2018.

⁷ <http://www.bitcoin.org>.

⁸ PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B: »Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (*bitcoins*) en las empresas», *Revista Quincena fiscal*, núm. 3, 2018

⁹ FRANCO, P: «Entendiendo el *bitcoin*: Criptografía, Ingeniería y Economía», *Revista Anales de mecánica y electricidad*, septiembre-octubre, 2014.

dado que opera a través de redes entre particulares, llamados nodos, que ejecutan un software entre particulares que carece de un servidor central que controle el proceso.

Esta descentralización determina que el *bitcoin* no se encuentre controlado por ningún Estado, entidad financiera o compañía, lo cual a su vez tiene, entre otras, las dos siguientes implicaciones:

- a) Ausencia de control y supervisión institucional en la emisión de *bitcoins*: La generación de *bitcoins* se gestiona por parte de la propia red de forma descentralizada, a través de una rutina matemática prefijada y de un proceso conocido como minería. De esta forma, no hay ninguna institución central capaz de supervisar o controlar la inflación de este tipo de criptomonedas.
- b) Falta de regulación, supervisión y riesgos asociados: En este sentido, tanto el BCE, como la Reserva Federal Americana, han advertido sobre los peligros derivados de la falta de regulación de estas monedas, de los riesgos del soporte virtual y de la posible utilización de las mismas como medios de pago en actividades ilícitas. Del mismo modo, los organismos reguladores españoles, como el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores, han advertido de que, hasta la fecha, ninguna emisión de criptomoneda ha sido registrada, autorizada o verificada por ningún organismo supervisor en España, lo cual conlleva que no se apliquen a este tipo de inversiones ninguna de las garantías o protecciones previstas en la normativa relativa a productos bancarios o de inversión.

Junto con las dos características anteriores, y siguiendo a PACHECO JIMÉNEZ¹⁰, cabe destacar las siguientes características adicionales:

- a) Intangibilidad: Como resulta evidente, no nos encontramos ante un bien tangible, ya que los *bitcoins* carecen de representación física.
- b) Globalidad: El *bitcoin* se configura como una moneda de carácter internacional.
- c) Ausencia de intermediarios: En las transacciones de *bitcoins* no se necesita acudir a un banco u organización que se encargue de procesar las mismas, y ello dado que dichas transacciones se realizan directamente de persona a persona («peer-to-peer») y de manera instantánea, lo cual se traduce en una mayor agilidad y, en principio, en costes más bajos asociados a la transacción.

¹⁰ PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves: «Criptomonedas: Del *bitcoin* al MUFG. El potencial de la tecnología Blockchain», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016.

- d) Inalterabilidad: El *bitcoin* se basa en la tecnología *blockchain* y en un complejo sistema criptográfico que otorga protección a los usuarios, simplifica las transacciones y garantiza que esta criptomoneda sea imposible de falsificar o duplicar.
- e) Confidencialidad: No es necesario revelar la identidad al hacer negocios.
- f) Irreversibilidad de las transacciones: Una vez realizado un pago, el mismo no se puede anular. Ahora bien, el receptor de la moneda siempre podría realizar una transacción de vuelta al emisor.
- g) Intercambiabilidad: Es posible convertir los *bitcoins* a euros o a otras divisas, y viceversa.

Pues bien, muchas de las notas características del *bitcoin* que se acaban de mencionar se consiguen a través de la tecnología *blockchain*, en la que se basa esta moneda virtual y que pasamos a describir a continuación.

3. Tecnología subyacente: Tecnología de cadena de bloques o *blockchain*

Blockchain o cadena de bloques es la tecnología en la que se basan las criptomonedas y sin la cual no es posible entender las mismas. La tecnología *blockchain* permite la realización de forma segura de cualquier tipo de transacciones entre dos particulares sin necesidad de intermediarios a través de Internet. Tal y como señala KARP¹¹:

«Blockchain es una contabilidad pública de persona a persona que se mantiene mediante una red distribuida de computadoras y que no requiere ninguna autoridad central ni terceras partes que actúen como intermediarios. Consta de tres componentes fundamentales: una transacción, un registro de transacciones y un sistema que verifica y almacena la transacción. Los bloques se generan a través de software de código abierto y registran la información sobre cuándo y en qué secuencia ha tenido lugar la transacción. Este «bloque» almacena cronológicamente información de todas las transacciones que tienen lugar en la cadena, de ahí el nombre de cadena de bloques o blockchain. Dicho de otro modo, una blockchain es una base de datos con información horaria estampada e inmutable de cada transacción que se replica en servidores de todo el mundo.»

En términos coloquiales, podríamos identificar la tecnología *blockchain* como una contabilidad pública compartida e ilimitada, que contiene un registro en constante actualización de las transacciones que se realizan. Como ilustra SÁNCHEZ

¹¹ KARP, N.: «Tecnología de cadena de bloques (*blockchain*): la última disrupción en el sistema financiero», accesible mediante el siguiente link: https://www.bbvaresearch.com/wpcontent/uploads/2015/07/150714_US_EW_BlockchainTechnology_esp.pdf.

BERMEJO¹², la tecnología *blockchain* se asemeja a un libro de contabilidad digital donde se anotan todas las transacciones que suceden en la red, agrupando dichas transacciones en bloques que se enlazan linealmente entre sí de forma continua.

La principal característica de esta tecnología es lo que se denomina como inmutabilidad, esto es, la garantía de que los registros de las transacciones realizadas sean válidos e inalterables. Siguiendo con el ejemplo de SÁNCHEZ BERMEJO anterior, si nos imaginamos cada bloque como una de las páginas del libro de contabilidad digital, la tecnología *blockchain* garantiza que lo registrado en dichas páginas no pueda modificarse, alterarse, repetirse o eliminarse y ello dado que cada registro se encuentra cubierto por una huella digital única, lo cual se consigue a través de la criptografía de clave asimétrica.

4. Funcionamiento práctico

Una vez descritas sus características principales y la tecnología en la que se basa, cabe hacer una breve referencia al funcionamiento del *bitcoin*¹³.

Cabe puntualizar que, desde el punto de vista técnico, nos encontramos ante un mecanismo de funcionamiento complejo, por lo que teniendo en cuenta que el presente artículo tiene carácter jurídico-tributario, nos limitaremos a exponer de los principios fundamentales en los que se basa, desde una perspectiva práctica, y a nivel usuario.

De cara a entender cómo funcionan los *bitcoins*, es preciso conocer: (i) el proceso de creación y asignación originaria de estas criptomonedas y (ii) el proceso que se desencadena cuando se transmiten *bitcoins* ya existentes (a cambio de divisas o como medio de pago por la adquisición de bienes o servicios) en el mercado secundario.

¹² SÁNCHEZ BERMEJO, D.: «Régimen legal y tributario del *bitcoin* y demás criptodivisas», *Revista Fiscal y laboral al día*, marzo de 2018.

¹³ A la hora de describir este funcionamiento se ha empleado: (i) PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B.: «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (*bitcoins*) en las empresas», *Revista Quincena fiscal*, núm. 3, 2018; (ii) PACHECO JIMÉNEZ, M.^a Nieves: «Criptodivisas: Del *bitcoin* al MUFG. El potencial de la tecnología Blockchain», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016; (iii) GONZÁLEZ APARICIO, M.: «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 118; (iv) GÓMEZ JIMÉNEZ, C.: «El *bitcoin* y su tributación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 380 (noviembre de 2014); y (v) MIRAS MARTÍN, N.: «El régimen jurídico-tributario del *bitcoin*», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 406 (enero de 2017).

4.1. El proceso de creación de bitcoins

Como expone GÓMEZ JIMÉNEZ¹⁴, el *bitcoin* se origina «en un proceso informático regido por una rutina matemática preestablecida con un calendario prefijado». Así, el informe del Banco de España¹⁵ hace referencia a esta rutina matemática en los siguientes términos:

«En virtud de esta se generan y distribuyen de forma aleatoria, a razón de unas seis veces por hora, lo que se denomina lotes de bitcoins. Cada lote acumula una cantidad no superior a las 50 bitcoins y el tamaño del lote disminuye progresivamente, según una regla predeterminada, hasta alcanzar un monto total de las monedas en circulación que no llegue a exceder los 21 millones de “unidades”.»

Los bitcoins así generados son asignados en el mercado primario a los llamados «mineros», como contraprestación a la resolución, en un entorno competitivo, de un problema lógico de cálculo que se plantea cada vez que se transmiten bitcoins ya existentes. De esta forma, cabe distinguir dos mercados relacionados con el *bitcoin*:

- Un mercado primario, relacionado: (i) con el proceso de creación originaria de los *bitcoins* a través de la rutina anteriormente mencionada y (ii), la asignación de los mismos entre los mineros que resuelven correctamente los problemas lógico-matemáticos.
- Un mercado secundario en el cual los *bitcoins* ya existentes se transmiten entre particulares, bien a cambio de divisas, bien como medio de pago por bienes y servicios adquiridos.

Estos dos mercados (primario y secundario) se encuentran relacionados entre sí, puesto que la generación y asignación de *bitcoins* en el mercado primario se produce como consecuencia de la resolución, por parte de los mineros, de problemas matemáticos complejos que se plantean para confirmar una transmisión de *bitcoins* ya existentes en el mercado secundario. Podemos decir, por tanto, que estos dos mercados se retroalimentan en tanto que la resolución de los problemas lógicos por los que se reciben *bitcoins* en el mercado primario afianza y garantiza a su vez las transacciones efectuadas en el mercado secundario.

¹⁴ GÓMEZ JIMÉNEZ, C.: «El bitcoin y su tributación» *Revista de Contabilidad y Tributación*, número 380 (noviembre de 2014).

¹⁵ GORJÓN, S.: «Informe de la Dirección General de Operaciones, Mercados y Sistemas de Pago del Banco de España de enero de 2014, «Divisas y monedas virtuales: El caso bitcoin».

4.2. *Funcionamiento de la transmisión de bitcoins ya existentes en el mercado secundario*

Como se ha anticipado, el funcionamiento de este proceso de transmisión se basa fundamentalmente: (i) en la tecnología blockchain, (ii) en las redes entre pares y (iii) en el uso de la criptografía de clave asimétrica, tal y como pasa a describirse seguidamente:

1. El proceso de transmisión de *bitcoins* en el mercado secundario parte de la utilización de las llamadas redes entre pares. Este tipo de redes entre pares o P2P son redes entre iguales, en las que todos son clientes y todos son servidores. Desde un punto de vista técnico a cada participante se le denomina «nodo» debiendo destacar los dos siguientes aspectos:

- (i) Cada nodo guarda una copia en un inmenso libro mayor de contabilidad digital en el que están anotadas todas las transacciones de *bitcoins* llevadas a cabo desde su creación conforme a la tecnología *blockchain*.
- (ii) Existen dos tipos de nodos:
 - a) Nodos denominados «mineros», que se encargan de anotar las transacciones y guardar el libro de contabilidad digital.
 - b) Los nodos normales, llamados «monederos», que se limitan a guardar la información de un usuario concreto y, en su caso, enviar las transacciones.

2. Para poder ser usuario de *bitcoin* y adquirir y transmitir los mismos en el mercado secundario es necesario disponer de un monedero virtual. Dichos monederos virtuales son programas de bases de datos que se descargan e instalan en los dispositivos personales del usuario o en la llamada nube, en donde, en términos coloquiales, «se guardan» los *bitcoins* de cada usuario, cifrados mediante algoritmos que utilizan la criptografía de clave asimétrica.

Técnicamente es importante aclarar que en dichos monederos no se almacenan *bitcoins*, sino que se almacenan y protegen las claves criptográficas que permiten acceder a un cierto saldo de estas criptomonedas almacenado en el *blockchain*. En concreto, en cada monedero los *bitcoins* se guardan de forma encriptada utilizando, a tales efectos, dos tipos de claves:

- (i) Una clave pública (dirección de recepción).
- (ii) Una clave privada (dirección de envío).

La clave pública y la clave privada están vinculadas, pero es muy difícil conocer la relación que existe entre ellas. Sin profundizar en detalles técnicos cabe destacar que las propiedades de estas claves permiten que si alguien cifra un

mensaje con su clave privada (dirección de envío), lo vuelve a cifrar con la clave pública de otra persona (dirección de recepción) y se lo envía garantizando dos cosas: (i) que sólo lo puede leer el destinatario y (ii) que el destinatario sabe que el emisor no puede negar haberlo emitido.

3. Cuando queramos hacer una transacción de *bitcoins* ya existentes, la cartera (monedero) envía a la red un asiento contable en el que viene:

- (i) Nuestra clave pública.
- (ii) Un mensaje compuesto por la cantidad de dinero y la clave pública del destinatario.
- (iii) Firma con nuestra clave privada.

En este sentido, el transmitente firma (con su clave privada) un resumen de la transacción previa junto a la clave pública del siguiente propietario. Dado que en la transmisión los paquetes de datos se descomponen y se recomponen a la recepción, para garantizar que dichos paquetes de datos no se han modificado entre emisión y receptor se utilizan las llamadas funciones *hash* criptográficas jerarquizadas en «árbol de Merkle»¹⁶.

Esto se añade a la cadena de bloques una vez superado el proceso de verificación o *minería*. Puede decirse, por tanto, que la transacción pasa a la red como un bloque de datos cifrados.

4. Las transferencias se verifican por medio del denominado proceso de *minería*. Mediante este proceso, los nodos mineros desbloquean los datos, verifican y confirman la transacción. En particular, en este proceso se llevan a cabo controles con el objetivo de asegurar que la clave pública proporcionada es la dirección de destino de la operación anterior y que esta misma clave pública pertenece al usuario que firmó la transacción.

Para ello, los mineros resuelven un problema lógico-matemático en un entorno competitivo¹⁷. Esta tarea de los mineros se encuentra remunerada, y los

¹⁶ Para un mayor conocimiento de las funciones criptográficas tipo *hash* cabe acudir a MIRAS MARTÍN, N: «El régimen jurídico-tributario del *bitcoin*», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 406 (enero de 2017) y la documentación referenciada en dicho artículo.

¹⁷ En cuanto al problema lógico matemático y el método de confirmación de transacciones en el proceso de minería, PEDREIRA MENÉNDEZ y ÁLVAREZ PÉREZ: *op. cit.*; señalan lo siguiente:

«El método de confirmación de transacciones funciona del siguiente modo: cada diez minutos, cada uno de los nodos mineros intentará crear un bloque, que es el conjunto de transacciones que se han registrado en la red durante ese tiempo. En cuanto lo consiga, lo irá transmitiendo a los demás nodos de la red, que comprobarán que en este nuevo bloque no hay inconsistencias y la contabilidad siga siendo correcta, momento en el cual lo confirmarán y añadirán un *hash* que permitirá que no se pueda alterar el registro.

Como son muchos los «mineros» trabajando a la vez, para evitar que la red se inunde con

misimos reciben, como contraprestación su labor en el proceso de verificación anterior, una remuneración en forma de *bitcoins* originarios.

5. Una vez verificada la transacción, la misma (i) pasa a inscribirse en un bloque del registro de contabilidad público y digital basado en la tecnología *blockchain* y (ii) se extiende al resto de nodos. Dicho registro muestra el historial de todas las transacciones confirmada que se han producido en la red *bitcoin*, está compartido por todos los nodos de la red (los cuales tienen copia completa de la cadena de bloques) y garantiza la integridad y el orden cronológico de la cadena de bloques, así como la inmutabilidad de los mismos.

6. Finalmente, y de acuerdo con lo establecido por MIRAS MARTÍN¹⁸, debe hacerse referencia a dos tipos de operadores que nos encontramos en la práctica a la hora de utilizar este tipo de criptomonedas:

- (i) En primer lugar, las «casas de cambio», «*Exchange houses*» o «*ex-changers*»: son personas físicas o jurídicas cuya actividad consiste en la compraventa de *bitcoins* y en la intermediación en dichas transmisiones, para lo cual suelen utilizar diversos soportes, como páginas *webs* o plataformas virtuales que ponen en contacto a oferentes y demandantes de estas criptomonedas, percibiendo a cambio de su labor una determinada comisión. A modo de ejemplo, podrían asimilarse en su forma de operar a las empresas dedicadas al cambio de divisas.
- (ii) En segundo lugar, las llamadas «*trading plaforms*», que son plataformas de negociación de *bitcoins* que reúnen a compradores y vendedores de esta y demás criptomonedas y que les proporcionan una plataforma de negociación. Se diferencian de las anteriores en que estas plataformas no compran y venden monedas virtuales por sí mismas, sino que se limitan a poner en contacto oferentes y demandantes.

III. TRIBUTACIÓN DEL BITCOIN

La obtención de *bitcoins*, la tenencia y transmisión de estas criptomonedas, y las actividades asociadas a dichas transmisiones generan actos que pueden estar

bloques igualmente válidos se incentiva su creación. Se les obliga a que el hash del bloque sea más pequeño que un cierto número, de modo que tienen que hacer pruebas aleatorias (prueba de trabajo o proof-of-work) hasta encontrar uno bueno. La mayor parte de las veces no lo consiguen y tienen que aceptar el que ha creado otro minero. Pero si lo consiguen, se llevan bitcoins de regalo ("generan bitcoins"). Al principio el premio eran 50, después 25 y en 2017 se están pagando 12,5 bitcoins y su número irá disminuyendo hasta llegar a cero, cuando se alcance el máximo de los 21 millones en circulación, momento a partir del cual los "mineros" sólo percibirán comisiones por las transacciones.»

¹⁸ MIRAS MARTÍN, N: «El régimen jurídico-tributario del *bitcoin*», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 406 (enero de 2017).

gravados en el ámbito de la imposición directa e indirecta. A continuación analizaremos dicha tributación en tres ámbitos diferentes:

1. En el ámbito de la tributación directa de las personas físicas: En este apartado se expondrá la tributación en sede del Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas (IRPF), en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), en el Impuesto sobre el Patrimonio (IP), así como las obligaciones de información asociadas a la tenencia de criptomonedas¹⁹.
2. En el ámbito de la tributación indirecta. En este apartado se analizará la tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD).
3. En el ámbito de la tributación local y más particularmente en el ámbito del Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE).

En este apartado se analizarán en profundidad las implicaciones fiscales en cada uno de estos tres ámbitos señalados.

1. Tributación en imposición directa de las personas físicas

1.1. IRPF

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (en lo sucesivo «LIRPF»), el IRPF grava la obtención de renta por parte del contribuyente siempre que el mismo sea considerado residente a efectos fiscales en España²⁰.

Dentro de las operaciones relacionadas con criptomonedas que pueden dar lugar a la obtención de renta por parte del contribuyente cabe destacar las dos siguientes:

- (i) Obtención de *bitcoins* en el mercado primario a través del proceso de minería.

¹⁹ No se analizarán las implicaciones en el ámbito de la tributación directa de las personas jurídicas, esto es, no se llevará a cabo un estudio de la tributación en sede del Impuesto sobre Sociedades. Como quiera que dicho impuesto parte de la contabilidad, y que sería razonable esperar una futura resolución del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) al respecto (al margen de la consulta del ICAC ya existente con referencia rnr/38-14,), nos centraremos en el presente artículo en la imposición directa sobre las personas físicas y se abordará su tratamiento contable y en el IS, en un futuro, cuando se apruebe esta nueva regulación.

²⁰ Residencia conforme a los criterios establecidos en el artículo 9 de la LIRPF.

- (ii) Transmisión de *bitcoins* (como activo en sí mismo a cambio de una divisa, o como medio de pago por la adquisición de bienes o servicios).

En este apartado pasamos a analizar detenidamente el tratamiento en cada una de ellas:

- (i) Obtención de bitcoins en el mercado primario a través del proceso de minería

Como se ha expuesto a la hora de describir el funcionamiento de los *bitcoins*, la creación y asignación de *bitcoins* a los mineros en el denominado mercado primario se lleva a cabo como consecuencia de la resolución por parte de estos de un problema lógico-matemático que se plantea en la transmisión de *bitcoins* en el mercado secundario. Nos encontramos, por tanto, ante la obtención de una renta por parte de los mineros (en forma de *bitcoins* originarios) como contraprestación a la realización de una actividad intelectual (resolución de un problema lógico-matemático complejo) llevado a cabo por estos últimos.

Asumiendo que el minero que obtiene dicha renta es una persona física²¹, a efectos de IRPF, la renta obtenida en forma de *bitcoins* por su actividad podría encuadrarse dentro de las tres siguientes categorías de rentas: (i) rendimientos del trabajo; (ii) rendimientos de actividades económicas o (iii) ganancias y pérdidas patrimoniales.

En cuanto a la primera de las categorías de renta señaladas cabe destacar que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 17 de la LIRPF, en el plano teórico cabría calificar los *bitcoins* obtenidos como rendimientos del trabajo siempre que el minero prestase sus servicios en el ámbito de la organización de un tercero dedicado a la obtención de *bitcoins* y en régimen de ajenidad y dependencia. Sin embargo, tal y como señalan GONZÁLEZ APARICIO²² y GÓMEZ JIMÉNEZ²³, atendiendo a cómo funciona el proceso de creación de *bitcoins* y teniendo en cuenta que, en la actualidad, se desconoce qué persona física o jurídica dirige, controla, y es responsable del proceso de emisión originaria de *bitcoins*, esta calificación desde el punto de vista teórico, carece de relevancia práctica.²⁴

²¹ Ya que, de lo contrario, esto es, de ser una persona jurídica, tributaría por el Impuesto sobre sociedades.

²² GONZÁLEZ APARICIO, M.: «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm.118.

²³ GÓMEZ JIMÉNEZ, C.: «El *bitcoin* y su tributación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 380 (noviembre de 2014).

²⁴ Cuestión distinta sería que un trabajador de una entidad, perciba, como consecuencia de su trabajo personal (no necesariamente vinculado a la obtención de *bitcoins*), desempeñado en el marco de una relación laboral, una parte de su salario en forma de *bitcoins*. En este caso, sí cabría calificar el pago mediante *bitcoins* como rendimientos del trabajo, pero no nos encontraríamos ante una adquisición de *bitcoins* en el mercado primario, sino ante una adquisición de *bitcoins* ya

Descartado, desde el punto de vista práctico, que la obtención originaria de *bitcoins* por parte de los mineros pueda calificarse como rendimientos del trabajo a efectos del IRPF, el encuadramiento dentro de las dos categorías de renta remanentes puede resultar controvertido. En efecto:

- En principio, dado que la obtención de *bitcoins* por parte de los mineros trae causa de la realización de una actividad personal por parte de los mismos, y que dicha actividad se lleva a cabo de forma profesional y por cuenta propia (esto es, sin mantener ninguna relación de dependencia con un tercero), parece razonable calificar este tipo de rentas como rendimientos de actividades económicas²⁵. Así, los rendimientos obtenidos en forma de *bitcoins* se cuantificarían atendiendo a las reglas dispuestas en la sección III del capítulo II del título III de la LIRPF (artículos 27 a 32 de la LIRPF) y se integrarían en la base imponible general.

Ahora bien, la calificación como rendimientos de actividades económicas parte de una premisa fundamental, y es que se considere que los mineros efectivamente llevan a cabo la prestación de un servicio (mediante la resolución del problema lógico-matemático). Esta hipótesis de partida tiene como obstáculo el criterio de la DGT evacuado en el ámbito de la imposición indirecta, en particular, en su consulta V3625-16, en la cual se manifiesta que:

«(...) la actividad de minado no conduce a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario del mismo y en los que la retribución abonada al prestador del servicio sea el contravalor del servicio prestado en los términos previstos en la jurisprudencia del Tribunal y en, particular, en el asunto Tolsma anteriormente referido, de tal forma que en la actividad de minado no puede identificarse un destinatario o cliente efectivo de la misma, en la medida que los nuevos bitcoins son automáticamente generados por la red.

En consecuencia, la falta de una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida en los términos señalados, los servicios de minado objeto de consulta no estarán sujetos al Impuesto sobre el Valor Añadido».

Como se puede observar, esta interpretación de la DGT, en el ámbito de la imposición indirecta, puede suponer un obstáculo para calificar las rentas

existentes previamente adquiridos por parte de la entidad empleadora que satisface los rendimientos del trabajo mediante *bitcoins*.

²⁵ Sobre todo, si se tiene en cuenta que en la actualidad la actividad de minería necesita para ser llevada a cabo de forma rentable y eficiente que se organicen una cantidad de medios y equipos informáticos que ya es complicado alcanzar de forma individual. En este sentido resulta frecuente que los mineros se coordinen y organicen en redes llamadas «pools» o incluso que se lleve a cabo esta actividad a través de sociedades con equipos especializados llamadas «granjas de servidores».

como actividades económicas²⁶. Sólo en el caso de que, acogiéndonos al principio de estanqueidad, defendamos que el criterio anterior no aplica en el ámbito de la imposición directa, y que, en el IRPF sí existe una verdadera prestación de servicios relacionada directamente con la remuneración percibida (en contra del criterio sostenido por la DGT para el IVA), es posible sostener su calificación como rendimiento de actividades económicas²⁷.

- Por lo que respecta a las ganancias patrimoniales cabe indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.1 de la LIRPF, esta categoría resulta subsidiaria a las dos calificaciones anteriores. En efecto, el último inciso del artículo 33.1 de la LIRPF prevé expresamente que se califican como ganancias patrimoniales aquellas rentas que no puedan calificarse previamente como rendimientos (en este caso, como rendimientos de actividades económicas). Por lo tanto, atendiendo al carácter residual de las ganancias y pérdidas patrimoniales, únicamente sería posible calificar como tal a la obtención originaria de *bitcoins* si se aplica en el IRPF la interpretación de la DGT en el ámbito del IVA.

En tal caso, al no proceder la ganancia patrimonial de una transmisión de elementos patrimoniales, la misma también debería incluirse en la base general del contribuyente [artículos 45 y 46.b) de la LIRPF].

A la luz de la controversia anterior habrá que esperar a un pronunciamiento expreso por parte de la DGT o de la jurisprudencia para aclarar la calificación que debe otorgarse a este tipo de renta en el ámbito del IRPF.

(ii) *Transmisión de bitcoins en el mercado secundario*

A la hora de afrontar la calificación que debe otorgarse en el IRPF a la renta derivada de la transmisión de *bitcoins* en el mercado secundario debe efectuarse una distinción fundamental, y es si dicha transmisión se efectúa por parte de particulares que realizan la actividad de transmisión e intermediación de manera profesional o por particulares que transmiten *bitcoins* de forma privada y al margen de cualquier actividad profesional.

De este modo, es preciso diferenciar los dos siguientes escenarios:

²⁶ Esta opinión es compartida por GONZÁLEZ APARICIO, M.: «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm.118, página 76.

²⁷ A favor de la calificación de estos rendimientos como rendimientos de actividades económicas y en contra de su calificación como ganancias patrimoniales se ha pronunciado GÓMEZ JIMÉNEZ, C.: «El *bitcoin* y su tributación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 380 (noviembre de 2014), páginas 95 y 96.

a) *Transmisión de bitcoins por profesionales (exchangers personas físicas)*

Como se ha expuesto con anterioridad, los llamados *exchangers* son personas físicas o jurídicas cuya actividad consiste en la compraventa de *bitcoins* y en la intermediación en dichas transmisiones. Para la realización de estas actividades suelen utilizar diversos soportes, como páginas *webs* o plataformas virtuales que ponen en contacto a oferentes y demandantes de estas criptomonedas percibiendo a cambio de su labor una determinada comisión.

En este primer escenario entendemos que la renta obtenida por parte de los *exchangers* (personas físicas) al transmitir sus *bitcoins* en el marco de su actividad profesional se calificaría como rendimiento de actividades económicas de conformidad con el artículo 27 de la LIRPF. Esto es así en la medida en que entendemos que se cumpliría con los dos requisitos establecidos en el citado precepto:

- (i) Son rendimientos que proceden de trabajo personal y/o del capital.
- (ii) Se realiza, por parte del *exchanger*, una ordenación por cuenta propia de medios de producción y/o recursos humanos con el fin de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios.

Partiendo de esta calificación, consideramos: (i) que los rendimientos se determinarán por el método de estimación directa (en su modalidad normal o simplificada), calculándose conforme a las reglas del artículo 28 de LIRPF (el cual se remite a la normativa del IS), y (ii) que dichos rendimientos se integrarán en la base imponible general del IRPF del contribuyente.

b) *Transmisión por particulares que no desarrollan una actividad profesional*

En este segundo escenario nos encontramos ante personas físicas que adquieren *bitcoins* como inversores privados (esto es, al margen de cualquier actividad profesional) y que posteriormente transmiten los mismos:

- A cambio de una divisa. En este supuesto el *bitcoin* se transmite como activo en sí mismo y se recibe a cambio: (i) euros (en cuyo caso parece que nos encontraríamos ante una compraventa²⁸) o bien (ii) otra divisa extranjera como dólares o libras (en cuyo caso estaríamos ante una permuta²⁹).
- A cambio de otra criptodivisa. En este caso nos encontramos también ante una permuta, como confirma la DGT en su consulta V1149-18.

²⁸ Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 1445 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, «CC»).

²⁹ De acuerdo con la definición de permuta prevista en el artículo 1538 del CC.

- A cambio de la adquisición de bienes o servicios. En este caso nos encontraríamos nuevamente ante una permuta en la que los *bitcoins* se entregan a un tercero que lo admite como medio de pago en contraprestación a los bienes entregados o servicios prestados.

Pues bien, en todos los casos anteriores, a la hora de calificar la renta generada en sede del contribuyente como consecuencia de la transmisión o permuta de los *bitcoins* de los que dicho contribuyente es titular, es necesario acudir al concepto de ganancia o pérdida patrimonial establecido en el artículo 33 de la LIRPF. En virtud del mismo se considera que se genera una ganancia o pérdida patrimonial si se cumplen los tres siguientes requisitos:

1. Que se produzca una variación en el valor del patrimonio del contribuyente.
2. Que dicha variación esté motivada por una alteración en la composición del patrimonio.
3. Que la renta no se califique legalmente como rendimientos (del trabajo, de actividades económicas o del capital mobiliario).

Atendiendo a los requisitos anteriores, las rentas obtenidas por parte de los inversores que transmiten o permutan sus *bitcoins* de forma privada se calificarían, con carácter general, como ganancias o pérdidas patrimoniales a efectos del IRPF. Esta calificación ha sido confirmada por parte de la DGT en sus consultas V0808-18 y V1604-18, a las cuales nos referiremos más adelante.

No obstante lo anterior, es necesario realizar las dos siguientes precisiones importantes:

- Si los *bitcoins* han sido adquiridos de forma originaria (esto es, si nos encontramos ante transmisiones de *bitcoins* por parte de los mineros) no puede descartarse su calificación como rendimientos de actividades económicas por encontrarse estos *bitcoins* afectos a la actividad realizada por los mineros y atendiendo a la controversia anteriormente expuesta en torno a la calificación de la renta percibida en forma de *bitcoins* en el mercado primario, a la cual nos remitimos.³⁰
- La simple variación del valor de los *bitcoins* que se encuentran en el patrimonio del contribuyente (por la fluctuación de su valor en el mercado) no genera, *per se*, una ganancia patrimonial tributable en el IRPF. Debe recordarse en este punto que el IRPF no grava como ganancias patrimo-

³⁰ Lo mismo puede ocurrir si los *bitcoins* se han adquirido de forma derivativa (esto es, en el mercado secundario), pero los mismos se encuentran afectos a una actividad económica.

niales las plusvalías latentes o no realizadas³¹, sino que para que se genere una ganancia patrimonial es necesario que, además de la variación del valor de los *bitcoins*, dicha variación traiga causa de una alteración en la composición del patrimonio de su titular, esto es, de la transmisión o permuta de los mismos.

Sentando lo anterior, y partiendo de la calificación de este tipo de rentas como ganancias patrimoniales, interesa realizar las siguientes consideraciones a la hora de determinar la ganancia patrimonial a integrar en la base imponible del ahorro del IRPF del contribuyente que los transmite:

1) Cuantificación: Conforme a la regla general establecida en el artículo 34 de la LIRPF, el importe de la ganancia patrimonial se cuantificará como la diferencia entre (i) el valor de transmisión y (ii) el valor de adquisición del elemento transmitido (en este caso los *bitcoins*).

De encontrarnos ante una operación calificada como permuta (lo cual ocurriría cuando los *bitcoins* se transmitan a cambio de otras divisas distintas al euro, de otras criptodivisas o de la adquisición de bienes o servicios) resultaría de aplicación la regla especial de determinación de la ganancia o pérdida patrimonial prevista en el artículo 37.1.h) de la LIRPF³², en virtud de la cual la ganancia o pérdida patrimonial se determinará por la diferencia entre (i) el valor de adquisición del bien o derecho que se cede (*bitcoin*) y (ii) el mayor de los dos siguientes:

- El valor de mercado del bien o derecho entregado (*bitcoin*).
- El valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio (otra divisa, otra criptodivisa, o el bien o servicio recibido).

2) En la determinación del valor de transmisión y adquisición a tener en cuenta en las reglas anteriormente expuestas deben computarse los gastos o comisiones que cobran las casas de cambio o «exchange houses» por las adquisiciones y por las ventas de estas criptomonedas, en tanto que estos gastos guardan una relación directa con dichas operaciones y siempre que sean satisfechos por el contribuyente.

Así lo ha reconocido expresamente la DGT en su consulta V1604-18, permitiendo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 de la LIRPF: (i) incrementar los costes de adquisición por las comisiones pagadas por el contribuyente a los *exchangers* en la adquisición de los *bitcoins* y (ii) minorar el valor de transmisión por las comisiones y gastos satisfechos por el transmitente a dichas casas de cambio inherentes a la transmisión de los *bitcoins*.

³¹ Salvo en el caso de *exit tax*, al que nos referiremos más adelante.

³² En su consulta V1149-18, la DGT aplica este precepto al caso de la permuta que se produce en el intercambio de una criptodivisa por otra, si bien no menciona dicho precepto cuando la transmisión se produce a cambio de euros.

3) Imputación temporal: En relación con las permutas, es importante resaltar que, recientemente, la DGT ha denegado la aplicación del criterio que mantiene en las operaciones con divisas a las operaciones realizadas con criptomonedas.

Debe recordarse a este respecto que, según el criterio tradicional de la DGT en relación con las inversiones en divisas, la tributación como ganancia patrimonial sólo se producía cuando se llevaba a cabo la conversión de las divisas a euros (pero no a otras divisas). Este criterio lo encontramos en la consulta V0234-07 de la DGT, en la cual se exponía lo siguiente:

«Según preceptúa el artículo 14.1.c) del TRLIRPF, las ganancias y pérdidas patrimoniales se imputan al periodo impositivo en que tenga lugar la alteración patrimonial. Ahora bien, lo señalado anteriormente sólo procederá si con motivo del traspaso se recibe el cambio de las divisas en euros. En caso contrario, es decir, cuando lo recibido sean divisas, el resultado derivado de las diferencias de cambio no se imputará hasta el momento en que ese cambio se realice efectivamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.2.e) del TRLIRPF: «Las diferencias positivas o negativas que se produzcan en las cuentas representativas de saldos en divisas o en moneda extranjera, como consecuencia de la modificación experimentada en sus cotizaciones, se imputarán en el momento del cobro o del pago respectivo».

De aplicarse este criterio a los *bitcoins*, únicamente se produciría una ganancia patrimonial si dichos *bitcoins* son intercambiados por euros, pero no se generaría tributación en las permutas, esto es, cuando los *bitcoins* se intercambien (i) por otras criptomonedas o (ii) por otras divisas distintas al euro.

Pues bien, recientemente la DGT, en su consulta V0808-18, ha considerado que las criptomonedas no deben calificarse como «*divisas*», sino como una suerte de «*activos intangibles no asimilables a divisas*». Ello permite que se generen ganancias patrimoniales no sólo cuando se conviertan las criptomonedas a euro, sino que basta con «moverse» de una criptomoneda a otra para generar una ganancia o pérdida patrimonial a integrar en la base imponible del ahorro del contribuyente.

Por lo tanto, conforme al criterio de la DGT, se genera una ganancia patrimonial tributable en IRPF: (i) tanto si hay movilización en criptomonedas como (iii) si hay conversión de criptomonedas a euros o a otra divisa, debiendo imputarse temporalmente dicha ganancia patrimonial en el momento en el que se produzca cualquiera de las transmisiones/conversiones anteriores.

4) Pérdidas patrimoniales: En aquellos casos en los que, como consecuencia de la caída del valor del *bitcoin* en el mercado, el valor de transmisión sea inferior al valor de adquisición, se generará en sede del contribuyente una pérdida patrimonial como consecuencia de su transmisión que podrá ser integrada y compensada en la base imponible del ahorro atendiendo a las reglas generales del IRPF.

No obstante lo anterior, debe hacerse especial referencia a las pérdidas que se puedan originar como consecuencia de un robo de *bitcoins* o de la quiebra de una de las casas o plataformas de internet que actúan como intermediarias en la adquisición y tenencia de dichas criptomonedas. Sobre este particular se ha pronunciado la DGT, entre otras, en sus consultas V1979-15 y V2604-15 en los siguientes términos:

«Desde esta configuración legal de las ganancias y pérdidas patrimoniales, el importe de un crédito no devuelto a su vencimiento no constituye de forma automática una pérdida patrimonial, al mantener el acreedor su derecho de crédito, y sólo cuando ese derecho de crédito resulte judicialmente incobrable será cuando produzca sus efectos en la liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, entendiéndose en ese momento producida la existencia de una pérdida patrimonial»

Siguiendo con el criterio manifestado por la DGT, para poder declarar una pérdida patrimonial en uno de estos supuestos concretos, y en la medida en que tras el robo o la quiebra de la casa intermediaria subsiste un crédito del contribuyente por los importes depositados e invertidos en *bitcoins*, es necesario esperar a que dicho crédito haya sido declarado incobrable por medio de sentencia judicial o, al menos, que haya transcurrido un año desde el inicio del procedimiento judicial que tenga por objeto la ejecución del crédito sin que éste haya sido satisfecho (artículo 14.2.k LIRPF).

5) Criterios de identificación de los *bitcoins* transmitidos: Si el contribuyente dispone de *bitcoins* adquiridos en fechas diferentes y, en su caso, adquiridos a través de diferentes casas de cambio, surge la cuestión de cuál es el criterio que debe seguirse de cara a identificar los *bitcoins* que deben ser tenidos en cuenta en el cálculo de la ganancia o pérdida patrimonial obtenida por la transmisión de los mismos.

Pues bien, sobre este particular se ha pronunciado recientemente la DGT en su contestación a la consulta V1604-18. En la misma, la DGT considera que los *bitcoins* tienen naturaleza de bienes homogéneos dado que los mismos «*computables por unidades o fracciones de unidades tienen su origen en un mismo protocolo específico y poseen todos ellos las mismas características*».

Sobre esa base alcanza las dos siguientes conclusiones:

- Que, para estos supuestos de ventas parciales de *bitcoins*, ante la ausencia de una norma específica diferente en la LIRPF para las criptodivisas, debe acudirse al criterio *First in First Out* (FIFO) establecido en el artículo 37.2 de la LIRPF³³. De acuerdo con este criterio FIFO, se entiende que los *bitcoins* transmitidos son los que se adquirieron en primer lugar.

³³ En este punto, la DGT señala expresamente en la citada consulta V1604-18: «*Habida cuenta*

En este punto el hecho de que la DGT aplique para los *bitcoins* un precepto que inicialmente establece para los valores homogéneos puede llevar a plantearnos si, a través de esta contestación, dicho órgano está aceptando indirectamente la naturaleza de estas criptomonedas como valores.

- Que el criterio FIFO se aplica globalmente por contribuyente, con independencia de que haya adquirido las *bitcoins* a diferentes casas de cambio o «exchangers». Dicho de otra forma, la DGT confirma que no debe aplicarse un criterio FIFO por cada casa de cambio, sino teniendo en cuenta el cómputo global de *bitcoins* adquiridos en todas ellas³⁴.

6) Impuesto de salida o exit tax: Finalmente cabe plantearse si, en caso de traslado de residencia del contribuyente titular de los *bitcoins*, el mismo debe abonar un impuesto de salida o *exit tax* por la parte correspondiente a las plusvalías tácitas generadas por estas criptodivisas.

Como hemos visto, esta medida, regulada en el artículo 95 bis de la LIRPF, obliga al contribuyente que traslada su residencia fiscal al extranjero a tributar por las plusvalías no realizadas que, en la medida en que se cumplan determinados requisitos, puedan producirse sobre determinados tipos de activos. En particular, dicho precepto hace referencia, exclusivamente, a las plusvalías tácitas que se hubieran podido generar con respecto a las acciones o participaciones de cualquier tipo de entidades (admitidas o no a negociación en un mercado regulado) incluyendo, a tales efectos, a las acciones o participaciones representativas del capital o patrimonio de las instituciones de inversión colectiva.

En el caso concreto de la tenencia de criptomonedas, la sujeción o no de estos activos al *exit tax* depende, en gran medida, de la naturaleza jurídica que se le otorgue a este tipo de activos. Si se sigue el criterio (i) de la DGT manifestado en su consulta V0808-18 de calificar estas criptomonedas como activos intangibles no asimilables a divisas o (ii) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto David Hedqvist (C263/14), el cual conceptualiza las criptomonedas como medios de pago³⁵, cabe defender que las monedas virtuales no se califican como acciones o participaciones en entida-

que la LIRPF no establece una regla específica diferente para identificar, en el caso de monedas virtuales homogéneas, las que se entienden transmitidas a efectos de determinar la correspondiente ganancia o pérdida patrimonial, cabe entender, de acuerdo el criterio anteriormente señalado, que en el caso de efectuarse ventas parciales de monedas virtuales “bitcoin” que hubieran sido adquiridas en diferentes momentos, debe considerarse que los “bitcoin” que se transmiten son los adquiridos en primer lugar».

³⁴ En palabras de la propia DGT en la consulta referenciada: «Finalmente, el hecho de que los “bitcoins” se adquieran y transmitan en diferentes casas de cambio o “exchanges” no constituye una circunstancia que altere la homogeneidad de las referidas monedas virtuales, por lo que para determinar la antigüedad y el correspondiente valor de adquisición de los “bitcoins” que se consideran vendidos conforme al criterio señalado en el párrafo anterior, habrán de tenerse en cuenta todos los “bitcoins” adquiridos sin distinguir en función de las diferentes casas de cambio en las que se hubieran realizado las operaciones».

³⁵ Esta cuestión será abordada detenidamente en el apartado de imposición indirecta.

des y, en consecuencia, que no resultaría de aplicación el régimen de *exit tax* con respecto a estos activos en caso de traslado de residencia.

Esta parece haber sido la opción por la que se ha decantado la DGT en su consulta V1149-18, en la que confirma que las monedas virtuales *bitcoin* e *iota* no se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación del *exit tax* «*al no tener dichas monedas virtuales consideración de acciones o participaciones de cualquier tipo de entidad*». Ahora bien, la DGT matiza que otras monedas virtuales distintas podrían presentar otras características que deberían analizarse para concluir acerca de su inclusión en el mencionado régimen.

1.2. Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD)

En el caso de que la transmisión de las criptomonedas se produzca a título gratuito, bien *mortis causa*, o bien *inter vivos*, dicha transmisión quedaría gravada por parte del ISD (con las particularidades que se expondrán en función de la naturaleza de los sujetos intervinientes en la donación).

En efecto, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, «LISD»), se cumpliría con el hecho imponible de este impuesto:

- (i) Con la adquisición de criptomonedas por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito *inter vivos*.
- (ii) Con la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio (*mortis causa*).

El tratamiento a efectos de ISD variará en función de si nos encontramos ante un supuesto u otro, como pasamos a ver a continuación:

(i) Donación de criptomonedas

En el caso de que se lleve a cabo una donación de *bitcoins* habrá que diferenciar los siguientes escenarios, atendiendo a la naturaleza del donatario (persona que recibe la donación):

- Si el donatario es una persona jurídica, dicha donación no se encontraría sujeta a ISD, sino al IS.
- Si el donatario es una persona física, la donación se encuentra sujeta a ISD, siendo el donatario el sujeto pasivo encargado de liquidar y pagar este impuesto.

Por su parte, una donación de *bitcoins* no sólo generará renta gravable por el ISD (o el IS) en sede del perceptor, sino que dicha operación también puede

generar rentas sujetas a tributación en sede del donante como transmitente de las criptomonedas. Así:

- Si el donatario es persona jurídica, la donación de *bitcoins* puede generar una renta gravable en sede de su IS.
- Si el donante es persona física, la transmisión de *bitcoins* (a título gratuito) podrá generar en su IRPF una ganancia patrimonial cuantificada por la diferencia entre (i) el valor de transmisión (el cual no podrá exceder del valor de mercado, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la LIRPF) y (ii) el coste fiscal de adquisición en los términos expuestos anteriormente y a los cuales nos remitimos. En el caso de que el valor de mercado en el momento de la donación sea inferior al coste fiscal de adquisición dicha pérdida no podrá computarse en la base imponible del ahorro del IRPF del transmitente atendiendo a lo dispuesto en el artículo 33.5.c) de la LIRPF.

Por lo que respecta a la tributación de los donatarios, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.b) de la LISD, a la hora de determinar la base imponible en su correspondiente liquidación del ISD deberán atender al valor real de los *bitcoins* recibidos (entendido en la práctica como su valor de mercado en el momento de efectuar la donación). Posteriormente, en dicha liquidación se aplicarán las reducciones, tipos de gravamen, deducciones y bonificaciones que se regulen en la normativa autonómica que resulte aplicable.

En este punto debe recordarse que el ISD es un impuesto que se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas (CCAA), regulándose (i) el alcance de la cesión, (ii) los puntos de conexión y (iii) el alcance de las competencias normativas de las CCAA para este impuesto a través de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias (en adelante, «Ley 22/2009»). En el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos* de criptomonedas, y teniendo en cuenta que los *bitcoins* no se encuadrarían dentro de la categoría de bienes inmuebles a estos efectos, el punto de conexión que determinará la CCAA que tiene cedido el rendimiento y cuya normativa debe aplicarse es la residencia del donatario³⁶, tal y como dispone el artículo 32.2.c) de la Ley 22/2009.

Como expone GONZÁLEZ APARICIO³⁷, un ejemplo de donación habitual que nos podemos encontrar en la práctica son los llamados «*tips*» de *bitcoins*. Como su nombre indica, son propinas en forma de *bitcoin* o porción de los mismos que, en

³⁶ Entendiendo que la residencia del donatario se encontrará, tal y como dispone el artículo 28.1.1.º, letra b), de la propia Ley 22/2009, en aquella CCAA en la que el donatario hubiera permanecido un mayor número de días dentro del periodo de los cinco años inmediatos anteriores a la fecha del devengo de la donación (contados de fecha a fecha).

³⁷ GONZÁLEZ APARICIO, M.: «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm.118, página 76.

la práctica, se entregan gratuitamente, por ejemplo, por acudir a un curso sobre el funcionamiento de *bitcoins* para que conozcan su operatividad en la práctica. Pues bien, esta práctica constituiría una donación, y, siendo el donatario una persona física, deberán tributar por el ISD en los términos expuestos.

(ii) Fallecimiento de un propietario de estas monedas y transmisión a sus herederos

En caso de que se produzca el fallecimiento de un contribuyente que era titular de criptomonedas (causante), la adquisición por parte de sus herederos de dichas criptomonedas también estarían sujetas al ISD.

En estos supuestos, el valor de los *bitcoins* a la fecha de fallecimiento del causante se incluirá dentro del caudal hereditario que posteriormente conformará la base imponible del ISD. Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 9.a) de la LISD, y al igual que ocurre con las donaciones, en la determinación de la base imponible deberá atenderse al valor real (valor de mercado) de dichas criptomonedas en el momento de fallecimiento del causante.

Dicho lo anterior, hay dos particularidades importantes que deben tenerse en cuenta con respecto a la tributación de las donaciones anteriormente analizada:

- En primer lugar, que en el caso de fallecimiento no se generará renta en sede del IRPF del causante por la transmisión *mortis causa* de los *bitcoins*. Así lo establece expresamente el artículo 33.3.b) de la LIRPF, el cual dispone que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente (la denominada plusvalía del muerto).
- En segundo lugar, y partiendo, como se ha indicado, de que el ISD es un impuesto cedido a las CCAA, cabe destacar que en las transmisiones *mortis causa* el punto de conexión para determinar la CCAA a la que se cede el rendimiento y la normativa autonómica aplicable varía con respecto a las transmisiones lucrativas *inter vivos*. Así, de conformidad con lo establecido en el artículo 32.2.c) de la Ley 22/2009, en caso de transmisiones *mortis causa* deberá atenderse a la residencia del causante (fallecido).

Sobre la base de lo anterior, en la liquidación del ISD de los herederos se aplicarán, en su caso, las reducciones, tipos de gravamen, deducciones y bonificaciones que se regulen en la normativa autonómica de la CCAA en la que se considere que el causante tiene su residencia habitual, pudiendo originarse sensibles diferencias de tributación en función de una CCAA u otra.³⁸

³⁸ En los términos del artículo 28.1.1.^a de la Ley 22/2009.

1.3. Impuesto sobre el Patrimonio (IP)

De acuerdo con los artículos 1 y 3 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, «LIP»), el hecho imponible del IP se encuentra constituido para el sujeto pasivo (persona física) y en el momento del devengo del impuesto (31 de diciembre), por la titularidad del conjunto de bienes y derechos de contenido económico que le sean atribuibles, con deducción de cargas y gravámenes que disminuyan su valor y de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder.

De esta forma, si dentro del conjunto de bienes y derechos que conforman el patrimonio de un determinado contribuyente nos encontramos con *bitcoins*, el valor de dichas criptomonedas deberá computarse junto con el resto de bienes y derechos de dicho contribuyente para la determinación de la base imponible del IP.

En este sentido se ha pronunciado la DGT en sus recientes consultas V0250-18 y V0590-18 en las cuales este centro directivo confirma la sujeción al IP de la tenencia de criptomonedas en los siguientes términos:

«Consiguientemente, los «bitcoins» y demás criptomonedas deberán declararse en el Impuesto sobre el Patrimonio por su precio de mercado determinado a fecha de devengo (31 de diciembre de cada año), de acuerdo, respectivamente, con lo artículos 24 y 29 de la Ley».

Adicionalmente, con respecto a la tenencia de una cuenta electrónica de criptomonedas, la DGT, en su consulta V2289-18, dispone lo siguiente:

«Desde la perspectiva del Impuesto sobre el Patrimonio, habrán de declararse junto con el resto de los bienes de titularidad de la persona física, de la misma forma que se haría con un capital en divisas, valorándose en el impuesto a precio de mercado a la fecha del devengo, es decir, a 31 de diciembre de cada año (artículo 24 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, que regula el impuesto), en definitiva, por su valor equivalente en euros a dicha fecha.»

Vemos cómo en esta última consulta, la DGT parte de la consideración de los *bitcoins* como medios de pago³⁹ y establece que las mismas deben declararse *«de la misma forma que se haría con un capital en divisas»*. Pues bien, cabe poner de manifiesto que esta asimilación de la forma de declarar las criptomonedas a la forma de declarar las divisas a efectos de IP puede resultar incoherente con el criterio manifestado por la propia DGT en el ámbito del IRPF (en el que se niega, precisamente, la aplicación a las criptomonedas de los criterios de imputación temporal mantenidos para las divisas)⁴⁰.

³⁹ Basándose en la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del IVA, como veremos a continuación.

⁴⁰ No obstante lo anterior, se podría argumentar que la DGT en el ámbito de IP, no otorga, es-

Al margen de lo anterior, el principal problema de índole práctica en relación con el IP nos lo encontramos precisamente en la valoración de las criptomonedas, que debe tenerse en cuenta a la hora de liquidar este impuesto. La DGT hace referencia al artículo 24 de la LIP, el cual establece que «*Los demás bienes y derechos de contenido económico, atribuibles al sujeto pasivo, se valorarán por su precio de mercado en la fecha del devengo del Impuesto*».

Ahora bien, la determinación a la fecha de devengo del impuesto (31 de diciembre) del valor de mercado puede variar en función del indicador al que acudamos y de si tomamos en consideración el valor de cierre de dicho día o el valor medio del día (teniendo en cuenta las fluctuaciones intradía que pueden producirse en este tipo de inversión).

Sin perjuicio de las anteriores dudas, y en lo que se refiere a la liquidación, debe tenerse en cuenta, una vez más, que el IP también es un impuesto cedido a las CCAA de forma que su liquidación variará dependiendo de si el contribuyente es residente en una CCAA u otra. A este respecto, (i) el artículo 31 de la Ley 22/2009 determina que el rendimiento del IP se ha producido en la CCAA en la que el sujeto pasivo tenga su residencia habitual (aplicándose la normativa autonómica aprobada por la misma) y (ii) el artículo 28 apartado 1.1.º y apartado 2 de la Ley 22/2009 determina que se considera que una persona física es residente a estos efectos en aquella CCAA en la que hubiera permanecido un mayor número de días dentro del periodo impositivo (comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre –fecha de devengo del IP).

Sobre la base de lo anterior, la liquidación del IP se efectuará atendiendo (i) a las reducciones, (ii) tarifas y (iii) deducciones y bonificaciones aprobadas, en su caso, por la normativa autonómica que corresponda, lo cual llevará a sensibles diferencias de tributación en la práctica por este impuesto⁴¹.

1.4. Obligaciones de información (720)

(i) *Situación de controversia actual*

Al margen de su tributación, otra de las cuestiones que se plantean en la práctica en relación con la tenencia de criptomonedas es la necesidad o no de incluir las mismas en la declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, modelo 720, por parte de sus titulares.

trictamente hablando, a los *bitcoins* la naturaleza de divisas, sino que simplemente asimila la forma en que deben declararse unos y otros en las declaraciones de IP.

⁴¹ Téngase en cuenta que, actualmente, el IP se encuentra bonificado al 100% en la CCAA de Madrid, lo cual determina que en esta Comunidad Autónoma no se ingresaría importe alguno por este impuesto, mientras que en otras CCAA sí.

Esta obligación tributaria fue incorporada a partir de la promulgación de la Ley 7/2012, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, a través de la cual se introdujo la Disposición Adicional decimoctava en la LGT. Este precepto ha sido desarrollado reglamentariamente en los artículos 42 bis, 42 ter y 54 bis del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en adelante, «RGAT»)⁴².

A grandes rasgos, la regulación anterior introduce la obligación tributaria de informar sobre las tres siguientes categorías de bienes descritas expresamente en la Disposición Adicional Decimoctava de la LGT:

«(...) a) Información sobre las cuentas situadas en el extranjero abiertas en entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio de las que sean titulares o beneficiarios o en las que figuren como autorizados o de alguna otra forma ostenten poder de disposición.

b) Información de cualesquiera títulos, activos, valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios, de los que sean titulares y que se encuentren depositados o situados en el extranjero, así como de los seguros de vida o invalidez de los que sean tomadores y de las rentas vitalicias o temporales de las que sean beneficiarios como consecuencia de la entrega de un capital en dinero, bienes muebles o inmuebles, contratados con entidades establecidas en el extranjero.

c) Información sobre los bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles de su titularidad situados en el extranjero.»

Como se puede observar en el precepto transcrito, tres son los tipos de bienes y derechos que deben ser objeto de inclusión en el modelo 720, a saber: (i) cuentas en entidades financieras; (ii) títulos, activos y valores o derechos representativos del capital social, fondos propios o patrimonio de todo tipo de entidades, o de la cesión a terceros de capitales propios; (iii) bienes inmuebles y derechos sobre los mismos.

Adicionalmente, para que deban ser incluidos en la citada declaración, los bienes que, por su naturaleza, se encuentren dentro de estas tres categorías, (i) deben

⁴² Por último, las disposiciones reglamentarias se complementan con la Orden HAP/72/2013, de 30 de enero, por la que se aprueba el modelo 720, declaración informativa sobre bienes y derechos situados en el extranjero, a que se refiere la disposición adicional decimoctava de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y se determinan el lugar, forma, plazo y el procedimiento para su presentación (publicada en el BOE el 31 de enero de 2013).

estar situados en el extranjero y (ii) deben cumplir un determinado límite cuantitativo, regulado de forma específica para cada categoría junto con la información a incluir y determinados aspectos particulares en cada uno de los tres artículos del RGAT anteriormente mencionados⁴³.

Partiendo de la normativa anterior, cabe plantearse si los *bitcoins* u otro tipo de criptomonedas que sean titularidad de los sujetos incluidos dentro del ámbito subjetivo de esta obligación⁴⁴ deben ser declarados o no en cumplimiento de esta obligación tributaria de información e incluidos, en su caso, en el correspondiente modelo 720.

Pues bien, esta es una cuestión (i) que no se encuentra específicamente abordada en la regulación actualmente vigente que se acaba de exponer y (ii) sobre la cual, hasta la fecha, no se ha pronunciado la DGT ni la jurisprudencia. Nos encontramos, por tanto, ante una cuestión controvertida, en la medida en que la propia naturaleza de las criptomonedas y la forma de operar con las mismas generan los dos siguientes interrogantes a la hora de determinar si la tenencia de criptomonedas se encuentra o no dentro del ámbito de aplicación de esta declaración tributaria:

(i) El primer interrogante que se plantea es si las criptomonedas se encuentran dentro de las tres categorías de bienes anteriormente descritas a los que se refiere esta declaración. Esta es una cuestión que entronca directamente con la naturaleza jurídica del *bitcoin* y resto de criptomonedas, aspecto que no se encuentra aclarado por la norma y sobre la cual existen diversas opiniones.

Es evidente que las criptomonedas no se encuentran dentro de la categoría de bienes inmuebles o derechos relacionados con los mismos. Ahora bien, mayores dudas se plantean a la hora de descartar que los mismos se consideren valores o derechos representativos de la cesión a terceros de capitales propios.

Como veremos más adelante al analizar las consecuencias en el ámbito de la tributación indirecta, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, «TJUE») ha definido en su sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto David Hedqvist (C263/14), la naturaleza jurídica de las criptomonedas como medios de pago directos. Si bien este pronunciamiento se realiza en el ámbito del IVA, la naturaleza de los *bitcoins* como medios de pago reconocida por el TJUE constituye un argumento técnico para defender que las criptomonedas no se en-

⁴³ En este sentido: (i) el artículo 42 bis regula la obligación de informar acerca de cuentas en entidades financieras situadas en el extranjero; (ii) el artículo 42 ter hace referencia a la obligación de información sobre valores, derechos, seguros y rentas depositados, gestionados u obtenidas en el extranjero; y (iii) el artículo 54 bis regula específicamente la obligación de informar sobre bienes inmuebles y derechos sobre bienes inmuebles situados en el extranjero.

⁴⁴ Las personas físicas y jurídicas residentes en territorio español, los establecimientos permanentes en dicho territorio de personas o entidades no residentes y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la LGT.

cuentran dentro de las tres categorías reguladas actualmente y que, por tanto, no deben ser objeto de declaración.

Otro argumento a favor puede encontrarse en el criterio de la DGT en el ámbito del régimen de *exit tax* del IRPF (consulta V1149-18), que descarta que las monedas virtuales «bitcoin» e «iota» sean acciones o participaciones de cualquier tipo de entidad. Sin duda, esta conclusión dificulta que puedan considerarse como valores representativos de la participación en entidades a efectos del artículo 42.ter del RGAT.

Ahora bien, en la práctica pueden resultar más conflictivos aquellos supuestos en los que los *bitcoins* se encuentren gestionados a través de un Exchange o casa de cambios, ya que, en estos casos, no se puede descartar que la Administración tributaria trate de incluirlos dentro de la categoría de «derechos representativos de la cesión a terceros de capitales propios» o «cuentas situadas en el extranjero en entidades que se dediquen al tráfico bancario o crediticio». Frente a esta eventual calificación también existirán argumentos de defensa puesto que: (i) estas casas de cambios, de momento, no pueden ser consideradas entidades que se dedican al tráfico bancario o crediticio; (ii) que, atendiendo a los términos y condiciones que se suelen suscribir para operar con este tipo de operadoras, tampoco se desprende claramente que se produzca una cesión de los capitales que pudieran estar depositados, sino simplemente una prestación de servicios de intermediación y uso de los soportes suministrados por parte de estas casas de cambio, pero sin que se produzca, estrictamente hablando, una cesión de capitales a estas últimas; y (iii) tal y como la Administración española confirma⁴⁵, la cesión de terceros de capitales propios únicamente genera la obligación de declaración en el modelo 720 cuando dicha cesión está representada por valores (concepto que podría entenderse referido al artículo 2 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y que a día de hoy no parece concurrir en el caso de las criptodivisas).

Como se puede observar, si bien no es una cuestión que esté meridianamente clara, existen argumentos que permiten defender, atendiendo a la naturaleza jurídica de los *bitcoins*, que los mismos no se encuadran dentro de los activos que deben ser declarados conforme a la regulación vigente⁴⁶.

(ii) La segunda cuestión que se plantea es si se puede entender que los *bitcoins* y resto de criptomonedas se encuentran o no en el extranjero. De nuevo, si se tiene en cuenta que, técnicamente, los *bitcoins* y demás monedas virtuales constituyen una anotación en un libro de contabilidad digital de carácter global,

⁴⁵ Consulta de la DGT V1342-18 y pregunta frecuente número 37 de la Agencia Tributaria en su sección de preguntas frecuentes del modelo 720.

⁴⁶ Esta posición se ve reforzada por el hecho de que, como veremos, el Anteproyecto de Ley haya necesitado introducir una cuarta categoría de bienes para incluir a las criptomonedas (lo cual implícitamente corrobora que no se encontraba en las tres categorías existentes conforme a la normativa actual).

cuya localización territorial resulta indefinida, nos encontramos ante una cuestión controvertida.

De esta forma, se podría argumentar: (i) que, realmente, los *bitcoins*, no están localizados en ningún territorio o en todos a la vez o (ii) si se admite que estas monedas virtuales se localizan allí donde pueda existir una copia del libro-registro digital (lo cual de por sí ya podría ser discutido), bastaría con que se entienda que hay una copia de este libro registro de contabilidad digital en España (por haber una copia de la base de datos de la cadena de bloques en el equipo de un minero localizado en territorio español) para defender que, en este caso, no estamos ante bienes localizados en el extranjero.

No obstante, también cabría defender la posición opuesta, y la localización en el extranjero no se puede descartar del todo, sobre todo en aquellos casos en los que los *bitcoins* se tienen a través de una casa de cambios intermediaria o Exchange localizada en el extranjero, en los que la defensa de la ausencia de este elemento extraterritorial sería más complicada⁴⁷.

En este sentido, si nos fijamos en la finalidad del régimen de declaración de bienes y derechos en el extranjero, parece que la intención del legislador es que los contribuyentes informen a la Administración española de los elementos patrimoniales de los que son titulares y de los que ninguna otra persona informa a aquella. Bajo esta perspectiva, en la que no es tan relevante la situación física del elemento en el extranjero como la información que del mismo se facilita a la Administración⁴⁸, debería entenderse que las criptomonedas se encuentran situadas en el extranjero si la obligación de informar sobre su titularidad no recae sobre ninguna persona distinta de su titular.

A la luz de los dos interrogantes que se acaban de exponer queda claro que, con la normativa actualmente vigente, nos encontramos ante una situación conflictiva que precisa ser regulada con mayor claridad y en la que existen argumentos para defender (i) que no son bienes y derechos incluidos dentro de las categorías objeto de esta declaración y/o (ii) que no radican en el extranjero.

En cualquier caso, ante las dificultades que se plantean, consideramos que los interrogantes y argumentos anteriores deberían ser, como mínimo, suficientes para defender que la no inclusión de las criptomonedas responde, al menos, a una interpretación razonable de la regulación actualmente vigente, lo cual, *per se*,

⁴⁷ No obstante, aún en estos casos subsistiría la duda, ya que siempre se podrá argumentar que los *bitcoins* técnicamente se encuentran anotados en el libro de contabilidad digital global basado en la tecnología *blockchain*.

⁴⁸ Esta parece ser la interpretación de la DGT cuando en diversos pronunciamientos (entre otros, consulta V1406-13, pero también en varias preguntas frecuentes de la Agencia Tributaria) exime de la obligación de información sobre participaciones en entidades extranjeras (es decir, activos situados en el extranjero) en los casos en los que ya existe una entidad financiera española que, por ejemplo, como depositaria o comercializadora, está obligada a informar sobre dicha titularidad a la Administración española.

debería descartar la imposición alguna de sanciones en este ámbito atendiendo a lo dispuesto en el artículo 197.2 de la LGT.

(ii) Nueva regulación propuesta por el Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal

Dicho todo lo anterior, debe destacarse que la controversia planteada con la regulación actualmente vigente puede quedar aclarada si finalmente se aprueba el Anteproyecto de Ley de Medidas de Prevención y Lucha contra el Fraude Fiscal⁴⁹ promovido por el Ministerio de Hacienda a propuesta de la DGT.

Como anticipábamos al inicio de este artículo, el tratamiento tributario de estas criptomonedas constituye uno de los objetivos de este Anteproyecto, en cuya exposición de motivos se expone lo siguiente:

«A su vez, con la finalidad de reforzar el control tributario sobre los hechos imponible relativos a monedas virtuales, se establecen dos nuevas obligaciones informativas referidas a la tenencia y operativa con monedas virtuales.»

Con esta finalidad de incrementar el control sobre las operaciones relacionadas con monedas virtuales se elimina uno de los interrogantes anteriores y se introduce una obligación específica de informar en la declaración de bienes y derechos situados en el extranjero (modelo 720) de los saldos de moneda virtual situados en el extranjero de los que el contribuyente sea titular, beneficiario o autorizado (es decir, se introduce una nueva cuarta categoría de bienes susceptibles de ser informados).

Esta modificación la encontramos en el apartado veinticuatro del artículo 10 del Anteproyecto, en el cual se propone modificar los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimoctava de la LGT, añadiéndose una nueva categoría de bienes, en los siguientes términos:

«d) Información sobre las monedas virtuales situadas en el extranjero de las que se sea titular, o respecto de las cuales se tenga la condición de beneficiario o autorizado o de alguna otra forma se ostente poder de disposición, custodiadas por personas o entidades que proporcionan servicios para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros, para mantener, almacenar y transferir monedas virtuales.»

De aprobarse y entrar en vigor el citado Anteproyecto quedaría resuelto el primer interrogante anteriormente expuesto y ello dado que, con esta nueva regula-

⁴⁹ En principio, de aprobarse este Anteproyecto, las dos medidas expuestas entrarían en vigor con efectos de 1 de enero de 2019.

ción, resultará evidente que los *bitcoins* y demás criptomonedas entrarían dentro de esta cuarta categoría específicamente establecida al efecto⁵⁰.

No obstante, el segundo interrogante no se solucionaría con la misma claridad, por lo que resultaría conveniente que, de aprobarse esta norma, se defina con mayor precisión cuándo se considera que una moneda virtual está «situada en el extranjero» atendiendo a la naturaleza y operativa habitual que se lleva a cabo con las mismas. Basándonos en lo expuesto anteriormente en torno a la finalidad del régimen de declaración de bienes y derechos en el extranjero, no resulta descartable que la respuesta a esta pregunta puede resolverse en atención a las obligaciones de información que recaigan en atención a la segunda de las novedades propuestas, que se detalla a continuación.

Con la misma finalidad enunciada anteriormente, el Anteproyecto introduce una nueva obligación de suministrar información relativa a las inversiones en monedas virtuales a cargo de las personas y entidades residentes en España. En concreto, dichas nuevas obligaciones tributarias se contemplan en el apartado 4 del artículo 3 del Anteproyecto en cuya redacción actual se introducen dos nuevos apartados en la Disposición Adicional decimotercera de la LIRPF (apartados 6 y 7) que regulan la obligación tributaria de suministrar información en los tres siguientes supuestos:

- (i) Cuando presten servicios para salvaguardar claves criptográficas privadas en nombre de terceros para almacenar y transferir monedas virtuales. información sobre la totalidad de las monedas virtuales que mantengan custodiadas. En este caso, conforme a la redacción actual del Anteproyecto, el suministro de información a la Administración tributaria comprenderá *«información sobre saldos en cada moneda virtual diferente y, en su caso, en dinero de curso legal, así como la identificación de los titulares, autorizados o beneficiarios de dichos saldos»*.
- (ii) Cuando presten servicios de cambio o intermediación con otras monedas virtuales o monedas de curso legal. En estos casos, conforme a la redacción actual del Anteproyecto, la obligación comprende *«la comunicación a la Administración tributaria de las operaciones de adquisición, transmisión, permuta y transferencia, relativas a monedas virtuales, así como los cobros y pagos realizados en dichas monedas, en las que intervengan o medien, presentando relación nominal de sujetos intervinientes con indicación de su domicilio y número de identificación fiscal, clase y número de monedas virtuales, así como precio y fecha de la operación»*.

⁵⁰ También debe tenerse en cuenta que, mediante la creación de una cuarta categoría, implícitamente se está reconociendo que los *bitcoins* y demás monedas virtuales no se encuentran dentro de las tres categorías anteriores, reforzando los argumentos ante el primer interrogante planteado con la normativa actual.

- (iii) Cuando realicen ofertas iniciales de nuevas monedas virtuales (ICOs) a cambio de aportación de otras monedas virtuales o de dinero de curso legal.

Con respecto a estas obligaciones adicionales, no debe olvidarse que aún nos encontramos ante una fase temprana de tramitación de la norma, y que habrá que esperar a su remisión a las Cortes, a su tramitación en ambas Cámaras (con la eventual incorporación de enmiendas en las mismas), y, en su caso, su definitiva aprobación y publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE).

2. Tributación en el ámbito de la imposición indirecta

2.1. IVA

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido («en adelante, “LIVA”»), «estarán sujetas al impuesto las entregas de bienes y prestaciones de servicios realizadas en el ámbito espacial del impuesto por empresarios o profesionales a título oneroso, con carácter habitual u ocasional, en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, incluso si se efectúan en favor de los propios socios, asociados, miembros o partícipes de las entidades que las realicen».

Con respecto a la aplicación del IVA, debe recordarse que este impuesto se encuentra armonizado a nivel de la Unión Europea, de forma que:

- La regulación básica armonizada la encontramos en la Directiva 2006/112/CE relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (en adelante «Directiva de IVA»). A los efectos que aquí interesan tiene especial importancia el artículo 135 de la Directiva de IVA, pues es el precepto que regula determinadas operaciones financieras que se encuentran exentas de IVA y que, como veremos más adelante, resultarán de aplicación a algunas de las operaciones a realizar con las criptomonedas.

Como consecuencia de la citada armonización, cobran especial relevancia, a los efectos que nos ocupan, los pronunciamientos del TJUE en esta materia. Como veremos, en este punto es importante resaltar la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto David Hedqvist (C263/14).

Por su parte, la normativa española ha llevado a cabo la transposición de los supuestos de exención contemplados para determinadas operaciones financieras en el artículo 135 de la Directiva de IVA, incorporándolos al derecho interno a través del artículo 20. Uno.18 de la LIVA.

Siguiendo con el orden empleado en el análisis de la tributación directa, cabe analizar dos tipos de operaciones relacionadas con las criptomonedas que pueden llevar aparejada tributación en el IVA:

- (i) Obtención de *bitcoins* en el mercado primario a través del proceso de minería.
- (ii) Transmisión de *bitcoins* a cambio de una divisa en el mercado secundario.

En este apartado analizaremos detenidamente el tratamiento en cada una de ellas en el ámbito del IVA y, en particular, si las mismas pueden considerarse operaciones sujetas o no a este impuesto y si les resulta de aplicación alguna de las exenciones financieras establecidas en el artículo 20.Uno.18 de la LIVA.

(i) Obtención de bitcoins en el mercado primario a través del proceso de minería

Como hemos visto a lo largo del artículo, mediante el llamado proceso de minería, los mineros obtienen *bitcoins* de forma originaria a cambio de la realización de una actividad intelectual (resolución de un problema lógico matemático complejo) que permite verificar e incluir en el libro de contabilidad digital las transacciones de *bitcoins* en el mercado secundario.

Pues bien, como se anticipaba al analizar la imposición directa de la minería (y la calificación a efectos de IRPF como rendimientos de actividades económicas o como ganancias patrimoniales), el tratamiento a efectos de IVA de esta operativa ha sido analizado por parte de la DGT en su consulta V3625-16, en la que concluye que las operaciones o servicios de minado no se encuentran sujetos a IVA.

En su razonamiento, la DGT parte de lo dispuesto en los artículos 4 y 5 de la LIVA y recuerda (i) que, para que los mineros puedan ser considerados empresarios o profesionales a efectos del IVA, los mismos deben llevar a cabo una ordenación por cuenta propia los factores de producción necesarios con el fin de intervenir en el mercado y (ii) que, en tal caso, únicamente estarán sujetas al IVA las entregas de bienes y prestaciones de servicios que realicen a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional.

Centrándose en el requisito de que los servicios se presten a título oneroso, la DGT acude al criterio del TJUE manifestado en sus sentencias (i) de 5 de febrero de 1981 Coöperatieve Aardappelenbewaarplaats (Asunto C-154/1980) y (ii) de 3 de marzo de 1994, R. J. Tolsma (Asunto C-16/1993) para aclarar que sólo cabe considerar que una operación se efectúa a título oneroso en materia de IVA en la medida en que exista una relación directa entre el servicio prestado y la con-

traprestación recibida. En palabras del propio TJUE, una operación se realiza a título oneroso «si existe, entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario»⁵¹.

Partiendo de la consideración anterior y aplicándola al caso del minado de *bitcoins*, la DGT establece en la mencionada consulta (V3625-16) que, en este caso, no puede considerarse que las operaciones de *bitcoins* se efectúen a título oneroso en tanto que no puede identificarse una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por parte del minero. Así, a juicio de la DGT:

«Las operaciones de minado de bitcoins son aquellas que permiten crear nuevos bloques de los que se derivan nuevos bitcoins y que son remunerados por el sistema con una cantidad de bitcoins. Pues bien, la actividad de minado no conduce a una situación en la que exista una relación entre el proveedor del servicio y el destinatario del mismo y en los que la retribución abonada al prestador del servicio sea el contravalor del servicio prestado en los términos previstos en la jurisprudencia del Tribunal y, en particular, en el asunto Tolsma anteriormente referido, de tal forma que en la actividad de minado no puede identificarse un destinatario o cliente efectivo de la misma, en la medida que los nuevos bitcoins son automáticamente generados por la red.»

Este criterio relativo al minado de *bitcoins* ha sido reiterado con posterioridad por la DGT en sus consultas V1748-18 y V2034-18. Como se puede observar, a la hora de justificar la no sujeción a IVA de los servicios de minería, la DGT destaca (i) que en dicha actividad no es posible identificar a un destinatario o cliente efectivo de los servicios prestados por el minero (ya que no existe una relación directa entre este último y los sujetos que transmiten *bitcoins* en el mercado secundario a un tercero –cuya transacción es verificada por parte del minero–) y (ii) que la remuneración obtenida por el minero (*bitcoins* generados y asignados al mismo en el mercado primario) no proviene de las personas que transmiten *bitcoins* sino que son generadas por el propio sistema, conforme a la rutina matemática preestablecida.

Estas conclusiones no están exentas de controversia y frente a las mismas cabe encontrar argumentos en contra⁵². En cualquier caso, y como ya señalábamos con anterioridad, la extrapolación de las conclusiones anteriores al ámbito

⁵¹ Apartado 14 de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 1994, R. J. Tolsma (asunto C-16/1993).

⁵² En este sentido cabría argumentar que técnicamente no es del todo cierto que la retribución que recibe el minero no esté directamente relacionada con su actividad. Hay una parte de la retribución que se corresponde con la comisión que abona el emisor de la transacción. A mayor comisión pagada se eleva la posibilidad de entrar en un bloque, lo que puede llegar a ser muy relevante para acelerar la ejecución de la transacción y con ello la obtención del resto de remuneración.

de la imposición directa puede condicionar la calificación de las rentas obtenidas por los mineros como rendimientos de actividades económicas, por lo que sería conveniente, al objeto de conseguir una mayor seguridad jurídica, que la DGT se pronuncie expresamente sobre la calificación de este tipo de rentas a efectos del IRPF.

(ii) *Transmisión de bitcoins (como activo en sí mismo a cambio de una divisa)*

Por lo que respecta a las transmisiones de *bitcoins* a cambio de divisas, cabe destacar que el tratamiento a efectos de IVA de estas operaciones ha sido analizado (i) inicialmente por la DGT, en sus consultas V1028-15; V1029-15 y V2846-15 y (ii) posteriormente, por el TJUE, en su sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto David Hedqvist (C263/14) y (iii) finalmente, tras el criterio del TJUE, por la DGT en sus consultas V1748-18 y V2034-18.

Tanto la DGT en sus contestaciones a las consultas tributarias como el TJUE en la referida sentencia:

- Analizan supuestos en la que los sujetos que intercambian *bitcoins* a cambio de divisas (actividad propia de los *exchanges* o casas de cambio de *bitcoins*) tienen la consideración de empresarios o profesionales a efectos de IVA. En particular⁵³:
 1. La DGT analiza supuestos en los que los consultantes llevan a cabo la compra y venta de moneda virtual a través de cajeros y máquinas de *vending*⁵⁴ o de un portal de internet propio⁵⁵ a cambio de una comisión, lo cual corrobora, a juicio de la DGT, el carácter empresarial de la actividad y la consideración de los consultantes como empresarios o profesionales a efectos de IVA.
 2. El TJUE, por su parte, analiza en la sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto David Hedqvist (C263/14), un supuesto en el que el transmitente es una sociedad cuyo objeto social es la compra y venta de *bitcoins*, a través de una página *web* habilitada para ello, y obteniendo ganancias (o pérdidas) mediante la adquisición y reventa de los *bitcoins* en función de la evolución del precio de cotización de esta criptomoneda.

⁵³ La consideración del transmitente de los *bitcoins* como empresario o profesional a efectos de IVA es una cuestión fundamental a la hora de determinar la sujeción de esa operación al IVA. En caso contrario, esto es, si el transmitente no actúa como empresario o profesional sino como un particular, la transmisión escaparía del ámbito de aplicación del IVA y se consideraría sujeta al ITPAJD, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

⁵⁴ Consultas de la DGT V1028-15 y V2846-15.

⁵⁵ Consulta de la DGT V1029-15.

- Partiendo de lo anterior, la DGT y el TJUE coinciden en ambos casos en considerar que las operaciones de intercambio de *bitcoins* por divisas planteadas son operaciones sujetas a IVA. Sobre este particular, cabe matizar que, si bien es cierto que la DGT obvia pronunciarse sobre si nos encontramos ante entregas de bienes o prestaciones de servicios a efectos de IVA en sus consultas, este aspecto sí es aclarado de forma pormenorizada por parte del TJUE en su sentencia, el cual concluye, como se verá más adelante, que estas operaciones de intercambio de *bitcoins* por divisas constituyen prestaciones de servicios a efectos de IVA sujetas a este impuesto.
- Verificada la consideración de este tipo de intercambios como operaciones sujetas a IVA, la DGT y el TJUE pasan a analizar si esta operativa puede considerarse exenta de IVA atendiendo a lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Directiva de IVA y el artículo 20. Uno.18 de la LIVA (respectivamente). A estos efectos debe recordarse:
 1. Que el artículo 135.1 de la Directiva de IVA establece que los Estados miembros eximirán del IVA, entre otras, a las siguientes operaciones financieras:
 - i. Exención aplicable a operaciones con efectos comerciales (artículo 135.1, letra d): *«las operaciones, incluida la negociación, relativas a depósitos de fondos, cuentas corrientes, pagos, giros, créditos, cheques y otros efectos comerciales, con excepción del cobro de créditos»*.
 - ii. Exención aplicable a operaciones efectuadas con medios de pago (artículo 135.1, letra e): *«las operaciones, incluida la negociación, relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago, con excepción de las monedas y billetes de colección, a saber, las monedas de oro, plata u otro metal, así como los billetes, que no sean utilizados normalmente para su función de medio legal de pago o que revistan un interés numismático»*.
 - iii. Exención aplicable a operaciones efectuadas con títulos-valores (artículo 135.1 letra f): *«las operaciones, incluida la negociación, pero exceptuados el depósito y la gestión, relativas a acciones, participaciones en sociedades o asociaciones, obligaciones y demás títulos-valores, con excepción de los títulos representativos de mercaderías y los derechos o títulos enunciados en el apartado 2 del artículo 15»*.
 2. Que el legislador español ha traspuesto las anteriores exenciones contempladas en la Directiva de IVA al ordenamiento español:

- i. A través del artículo 20.Uno.18 de la LIVA, letras h) e i), para las operaciones con efectos comerciales. En virtud de este precepto, estarán exentas «*las operaciones relativas a transferencias, giros, cheques, libranzas, pagarés, letras de cambio, tarjetas de pago o de crédito y otras órdenes de pago*» y «*la transmisión de los efectos y órdenes de pago a que se refiere la letra anterior, incluso la transmisión de efectos descontados*».
- ii. Mediante el artículo 20.Uno.18 de la LIVA, letra j), de la LIVA, para las operaciones efectuadas con los medios de pagos, el cual dispone que estarán exentas «*las operaciones de compra, venta o cambio y servicios análogos que tengan por objeto divisas, billetes de banco y monedas que sean medios legales de pago, a excepción de las monedas y billetes de colección y de las piezas de oro, plata y platino*».
- iii. Mediante las letras k) y l) del citado artículo 20.Uno.18 de la LIVA⁵⁶, en el caso de operaciones efectuadas con títulos-valores.

Pues bien, como veremos detenidamente, la DGT y el TJUE acaban interpretando que las operaciones de intercambios de *bitcoins* por divisas constituyen operaciones sujetas y exentas de dicho impuesto, atendiendo a los citados preceptos. Sin embargo, si bien es cierto que siempre se llega a una misma conclusión (operación sujeta, pero exenta de IVA), los razonamientos técnicos y los preceptos utilizados para justificar la aplicación de la exención han sido diferentes, debiendo distinguir:

- (i) El criterio inicial de la DGT manifestado en sus consultas V1028-15; V1029-15 y V2846-15, que utiliza las exenciones previstas para las operaciones con efectos comerciales.
- (ii) El criterio del TJUE, posteriormente adoptado por la DGT (la cual ha rectificado su interpretación inicial), en el que se acude a las exenciones previstas para las operaciones realizadas con medios de pago.

A continuación se expone detalladamente esta evolución de los criterios adoptados para justificar la aplicación de la exención.

(i) Consultas iniciales de la Dirección General de Tributos (V1028-15; V1029-15 Y V2846-15)

En estas consultas, la DGT parte de la consideración de las operaciones de compra y venta de moneda virtual a través (i) de cajeros y máquinas de *vending* o

⁵⁶ Y la remisión al artículo 314 de la LMV.

(ii) de un portal de internet propio a cambio de una comisión, como operaciones realizadas por un empresario o profesional a efectos de IVA, y por tanto sujetas a dicho impuesto conforme dispone el artículo 4 de la LIVA. Sentado lo anterior analiza la aplicación a los supuestos planteados de algunas de las exenciones financieras contempladas en el artículo 20.Uno.18 de la LIVA.

Sobre este particular, la interpretación de la DGT manifestada en las tres consultas de referencia es que las operaciones de transmisión de *bitcoins* deben considerarse exentas de IVA atendiendo la exención prevista en el artículo 135.1.d) de la Directiva de IVA para las operaciones con efectos comerciales, traspuesta en nuestro ordenamiento en el artículo 20.Uno.18, letras h) e i) de la LIVA.

En este sentido, a juicio de la DGT, los intercambios de criptomonedas por divisas de curso legal deben quedar exentas al encuadrarse dentro de la categoría de «*otros efectos comerciales*» y para ello basa su argumentación en la sentencia del TJUE de 12 de junio de 2014, caso Granton Advertising BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag (C-461/12) y las conclusiones de la abogada general en dicho asunto.

En dicha sentencia el TJUE concluye que la exención prevista en el artículo 13, parte B, letra d), número 3 (actual artículo 135.1.d) de la Directiva de IVA) se refiere a medios de pago como los cheques y que por su propio funcionamiento debe implicar una transferencia de dinero. En este asunto, son particularmente interesantes las conclusiones de la abogada general cuando expone que, a su juicio, la expresión de «*otros efectos comerciales*» únicamente podría comprender a aquellos derechos que, sin ser un crédito o un cheque, confieran un derecho a una determinada cantidad de dinero, concluyendo que «*tal punto de vista también es acorde con la finalidad que yo atribuyo a la exención de las operativas relativas a los efectos comerciales. A mi juicio, se persigue tratar, a los efectos del IVA, a aquellos derechos que en tráfico son considerados similares al dinero, como la propia entrega de dinero*»⁵⁷.

La DGT acoge esta interpretación teleológica⁵⁸ y concluye lo siguiente: «*el concepto de “otros efectos comerciales” del artículo 135.1.d) de la Directiva 2006/112/CE está íntimamente ligado a instrumentos de pago que permiten la transferencia de dinero y que como tales operaciones financieras deben quedar exentas del Impuesto. Las monedas virtuales bitcoin actúan como un medio de pago y por sus propias características deben entenderse incluidas dentro del*

⁵⁷ Según el apartado 41 de la citada sentencia del TJUE de 12 de junio de 2014, Caso Granton Advertising BV contra Inspecteur van de Belastingdienst Haaglanden/kantoor Den Haag (C-461/12).

⁵⁸ En particular, siguiendo con dicha interpretación finalista, la DGT expone en las citadas consultas que: «*En definitiva, si las entregas de dinero a título de contraprestación no están gravadas por el Impuesto, el objetivo de esta disposición es la exención de todas aquellas operaciones que impliquen el movimiento o transferencia de dinero, ya sea directamente a través de transferencias o bien a través de diversos instrumentos como los cheques, libranzas, pagarés u otros que supongan una orden de pago*».

concepto “otros efectos comerciales”, por lo que su transmisión debe quedar sujeta y exenta del Impuesto».

Como puede observarse, la DGT conceptualiza las monedas virtuales como los *bitcoins* como «*otros efectos comerciales*», considerando que su transmisión debe quedar sujeta y exenta del IVA en aplicación de lo dispuesto, atendiendo a lo dicho en el artículo 135.1.d) de la Directiva de IVA para las operaciones con efectos comerciales, traspuesta en nuestro ordenamiento en el artículo 20.Uno.18, letras h) e i) de la LIVA.

Este razonamiento no coincide con el seguido por el TJUE, el cual mantiene la aplicación de la exención a efectos de IVA, pero atribuyendo a los *bitcoins* otra naturaleza y justificando la exención en la aplicación de un precepto diferente de la Directiva de IVA.

(ii) TJUE

Como se ha anticipado, el TJUE también considera que la transmisión de *bitcoins* a cambio de divisas tradicionales es una operación sujeta y exenta, pero difiere en la categoría de la exención aplicable con respecto a la alcanzada por la DGT que se acaba de exponer.

El razonamiento seguido por parte del TJUE en su sentencia de 22 de octubre de 2015, asunto David Hedqvist (C263/14), parte en primer lugar de la consideración de las transmisiones de *bitcoins* a cambio de divisas como operaciones sujetas al IVA al constituir prestaciones de servicios a título oneroso. Detengámonos en estos dos componentes:

(i) Prestaciones de servicios: Para concluir este extremo, el TJUE realiza un análisis de gran trascendencia en torno a la naturaleza jurídica de estas monedas virtuales. A juicio del TJUE, el *bitcoin* tiene la naturaleza de divisa virtual de flujo bidireccional, cuya única finalidad es la de desempeñar las funciones de un medio de pago.

Sobre la base de esa naturaleza, y teniendo en cuenta, además, que este tipo de monedas carece del carácter corporal necesario para que su transmisión sea calificada como una entrega de bienes, el TJUE concluye que nos encontramos ante una prestación de servicios en el sentido del artículo 24 de la Directiva de IVA.

(ii) Onerosidad: Adicionalmente, el TJUE determina que la prestación de servicios se lleva a cabo a título oneroso. Como hemos visto previamente en el apartado de la minería, para considerar que existe este carácter de onerosidad es necesario que exista una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida por el sujeto pasivo.

Como expone MIRAS MARÍN⁵⁹ al analizar el pronunciamiento del TJUE: «*En las operaciones de compraventa de bitcoins por divisa tradicional observa el tribunal que existe una relación jurídica sinalagmática en la que las partes se obligan recíprocamente a entregar una determinada cantidad en divisas tradicionales y a recibir su contravalor en bitcoins o divisa virtual de flujo bidireccional o la operación contraria. A cambio de esta prestación se recibiría una cantidad cifrada en el margen incluido en el cálculo de los tipos de cambio, lo que pone de manifiesto la onerosidad de la operación (...)*».

Este margen que otorga el carácter oneroso a la prestación de servicios viene determinado por la diferencia entre (i) el precio al que el operador de que se trate compre las divisas y (ii) el precio por el que dicho operador lo venda a sus clientes.

Una vez aclarada la naturaleza tributaria a efectos de IVA del bitcoin y la sujeción a IVA de su transmisión a cambio de divisas como prestaciones de servicios onerosas, el TJUE pasa a analizar si resulta o no de aplicación alguna de las exenciones financieras previstas en el artículo 135 de la Directiva de IVA.

En opinión del TJUE, la transmisión se enmarca dentro de la exención contemplada dentro del artículo 135.1 e) de la Directiva de IVA aplicable a operaciones efectuadas con medios de pago. Para ello excluye la aplicación de la exención prevista:

(i) En el artículo 135.1, letra d), de la Directiva de IVA para las operaciones con efectos comerciales. Los dos motivos para excluir esta exención (especialmente relevantes teniendo en cuenta los pronunciamientos previos de la DGT) los encontramos en los apartados 42 y 43 de las conclusiones de la sentencia, cuya reproducción es la siguiente:

«42. *Al ser la divisa virtual bitcoin un medio de pago contractual, por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente ni un depósito de fondos, un pago o un giro. Por otra parte, a diferencia de los créditos cheques y otros efectos comerciales mencionados en el artículo 135, apartado 1, letra d) de la Directiva del IVA constituye un medio de pago directo entre los operadores que la aceptan.*

43. *Por tanto, operaciones como las controvertidas en el litigio principal no están incluidas en el ámbito de aplicación de las exenciones establecidas en esa disposición.»*

(ii) En el artículo 135.1 letra f), de la Directiva de IVA para las operaciones con títulos-valores. El razonamiento por el que el TJUE excluye esta exención lo

⁵⁹ MIRAS MARÍN, N.: «El régimen jurídico tributario del bitcoin», *Ceflegal* núm 406, enero 2017, págs. 101-136.

encontramos en los apartados 54, 55 y 56 de la sentencia, en los que se expone lo siguiente:

«54. En lo que respecta, por último, a las exenciones establecidas en el artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva del IVA basta con recordar que esta disposición menciona, en particular, las operaciones relativas a “acciones, participaciones en sociedades o asociaciones [y] obligaciones”, a saber, títulos que confieren un derecho de propiedad sobre personas jurídicas, y las operaciones relativas a los “demás títulos-valores”, de los que debe considerarse que tienen una naturaleza comparable a la de los títulos-valores específicamente mencionados en dicha disposición (sentencia Granton Advertising, C-461/12, EU:C:2014:1745, apartado 27).

55. Pues bien, consta que la divisa virtual “bitcoin” no es ni un título que confiera un derecho de propiedad sobre personas jurídicas ni un título que tenga una naturaleza comparable.

56. Por consiguiente, las operaciones controvertidas en el litigio principal no están incluidas en el ámbito de aplicación de las exenciones establecidas en el artículo 135, apartado 1, letra f), de la Directiva del IVA».

Vemos cómo, en definitiva, la aplicación de la exención del artículo 135.1. e) de la Directiva de IVA viene justificada por la consideración de la naturaleza de los bitcoins como un medio de pago de general aceptación, que permite, atendiendo a un punto de vista finalista de la exención, la equiparación del tratamiento de estas criptodivisas al de las divisas tradicionales.

MIRAS MARÍN⁶⁰ lo expresa con mucha precisión cuando dispone que: «En cuanto a la posibilidad de aplicar una exención fiscal del IVA en las operaciones de cambio de bitcoins por divisas tradicionales y, viceversa, el TJUE ha mantenido en la sentencia Hedqvist que la exención a operaciones con medios de pago del artículo 135.1, letra e), de la Directiva 2006/112/CE se aplica a todo tipo de divisas incluido bitcoin, y que la finalidad de la exención es paliar las dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible del importe del IVA que sufren al gravar las operaciones financieras. Estas dificultades relacionadas con la determinación de la base imponible y del importe del IVA deducible son idénticas tanto si se trata de un intercambio de divisas tradicionales como de un intercambio, en uno u otro sentido, de tales divisas por divisas virtuales de flujo bidireccional que, sin ser medios legales de pago, constituyen un medio de pago aceptado por las partes en una transacción».

Si trasladamos la conclusión del TJUE al ordenamiento jurídico español, el cambio de bitcoins por divisas serían operaciones sujetas y exentas de IVA en

⁶⁰ MIRAS MARÍN, N.: «El régimen jurídico tributario del bitcoin», *Ceflegal* núm 406, enero 2017, págs. 101-136.

virtud de lo dispuesto en el artículo 20.Uno.18, letra j), de la LIVA, que señala que están exentas de IVA las operaciones relativas a las divisas, los billetes de banco y las monedas que sean medios legales de pago. Queda patente, por tanto, cómo, aun llegando al mismo resultado (operaciones sujetas y exentas de IVA), la justificación técnica seguida por el TJUE es diferente a la seguida originariamente por parte de la DGT.

(iii) Consultas de la Dirección General de Tributos en las que se rectifica el criterio y se adopta la interpretación del TJUE (V1748-18 y V2034-18)

Tras el pronunciamiento del TJUE, la DGT ha decidido rectificar su interpretación inicial y alinear su criterio con el del TJUE a la hora de justificar la aplicación de la exención de IVA a las operaciones de transmisiones de *bitcoins* a cambio de divisa.

En este sentido, tras hacer referencia al criterio inicial, la DGT en sus consultas V1748-18 y V2034-18 manifiesta expresamente lo siguiente:

«No obstante, dicho criterio debe revisarse a la vista de la sentencia del TJUE, sentencia de 22 de octubre de 2015, David Hedqvist, asunto C-264/14, en la que el Tribunal analiza la sujeción al impuesto de las operaciones de cambio de divisas tradicionales por la divisa virtual “bitcoin”, o viceversa, señala que estas divisas virtuales no quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación de la letra e) del artículo 135 de la Directiva.»

En ambas consultas, tras reproducir los apartados 42 a 53 de la sentencia del TJUE, la DGT concluye de la siguiente forma:

«Por tanto, los bitcoins, criptomonedas y demás monedas digitales son divisas por lo que los servicios financieros vinculados con las mismas están exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido en los términos establecidos en el artículo 20.Uno.18 de la Ley 37/1992.»

Vemos, por tanto, cómo la DGT abandona su criterio inicial de calificar las criptomonedas como «*otros efectos comerciales*» y pasa a considerarlas como divisas, de forma que, en línea con lo establecido por el TJUE, pasa a aplicar la exención prevista para las operaciones efectuadas con los medios de pagos contemplada en el artículo 20.Uno 18 de la LIVA, letra j), de la LIVA.

2. ITPAJD

En caso de que la persona que transmite los *bitcoins* no sea considerada como un empresario o profesional a efectos de IVA, sino que actúe a título particular y como inversor privado, dicha transmisión de criptodivisas no estaría sujeta al

IVA y es necesario analizar su tributación por la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas (TPO) del ITPAJD.

El artículo 7.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante «TRLIRPA-JD») dispone expresamente que son transmisiones patrimoniales sujetas «A) *Las transmisiones onerosas por actos “inter vivos” de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas*».

Atendiendo a esta amplia definición realizada por el precepto anterior del hecho imponible, la sujeción a la modalidad de TPO de la transmisión de *bitcoins* por parte de personas que no son empresarios o profesionales a efectos de IVA resulta evidente. Adicionalmente, si se tiene en cuenta la incompatibilidad entre las tres modalidades de este impuesto, la sujeción de la transmisión a TPO excluye la posibilidad de que la misma se encuentre sujeta a las otras dos modalidades del impuesto.

Ahora bien, aun cuando nos encontramos ante una operación sujeta al TPO, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 45.1.B), apartado 4 del TRLIRPA-JD, en virtud del cual están exentas del ITPAJD «*las entregas de dinero que constituyan el precio de bienes o se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o indemnizaciones. Las actas de entrega de cantidades por las entidades financieras, en ejecución de escrituras de préstamo hipotecario, cuyo impuesto haya sido debidamente liquidado o declarada la exención procedente*».

En virtud de dicho precepto, si extrapolamos las consideraciones del TJUE sobre la naturaleza de las criptomonedas como medios de pago al ámbito del ITPAJD, cabría defender que la transmisión de *bitcoins* y su cambio por monedas se encontraría sujeta, pero exenta, de la modalidad de TPO. En esta misma línea se ha pronunciado GONZÁLEZ APARICIO⁶¹.

No obstante, al encontrarnos ante la aplicación de un beneficio fiscal, y en la medida en que la naturaleza jurídica manifestada por el TJUE se circunscribe al ámbito del IVA, el razonamiento anterior debe tomarse con cautela y sería aconsejable esperar a que la DGT se pronuncie expresamente sobre este tema.

3. Tributación en el ámbito de la imposición local

Dentro de las figuras impositivas del ámbito local, la única que puede tener incidencia en relación con la tenencia y operativa relacionada con *bitcoins* y demás criptomonedas es el IAE.

⁶¹ GONZÁLEZ APARICIO, M.: «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm.118, página 91.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 78.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante «TRLRHL»), el hecho imponible del IAE se encuentra constituido *«por el mero ejercicio, en territorio nacional, de actividades empresariales, profesionales o artísticas, se ejerzan o no en local determinado y se hallen o no especificadas en las tarifas del impuesto»*.

Por lo que respecta a las actividades empresariales o profesionales, el artículo 79 del TRLRHL considera que una actividad se ejerce con carácter empresarial, profesional o artístico si se cumplen los siguientes requisitos:

- (i) Que dicha actividad se realice en territorio nacional.
- (ii) Que la misma suponga ordenación de medios de producción y/o recursos humanos con un fin determinado.
- (iii) Que dicho fin sea, precisamente, la intervención en la producción o distribución de bienes y servicios.
- (iv) Que la referida ordenación se haga por cuenta propia.

Sobre la base de la definición anterior del hecho imponible encontramos varias actividades relacionadas con las criptomonedas que pueden encontrarse sujetas al IAE. En este punto, y al igual que ocurría en el IRPF, resulta esencial analizar si las actividades en cuestión se están realizando de forma profesional o no teniendo en cuenta los requisitos anteriores del artículo 79 del TRLRHL. De esta forma, podemos diferenciar, a estos efectos:

- (i) Aquellas actividades desarrolladas con carácter profesional que implican una ordenación por cuenta propia de factores, como son: (i) la obtención originaria de *bitcoins* por parte de los mineros o (ii) la transmisión o intermediación en la compra y venta de criptomonedas efectuada por parte de los *exchangers*, las cuales se encontrarán sujetas a dicho impuesto.
- (ii) Aquellas actividades, como pueden ser la venta de criptomonedas por divisas o por otras criptomonedas, efectuadas a título particular por un inversor privado, las cuales se encuentran excluidas del hecho imponible de este impuesto.

En segundo lugar, si conforme a lo anterior nos encontramos ante operaciones sujetas al IAE no debe olvidarse que el propio TRLRHL contempla dos exenciones relevantes en su artículo 82 que pueden resultar de aplicación:

- (i) En virtud del artículo 82.1.b) del TRLRHL, estarán exentos los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español du-

rante los dos primeros períodos impositivos de este impuesto en que se desarrolle aquella.

- (ii) Por otra parte, el artículo 82.1.c) del TRLRHL declara una exención subjetiva del IAE para los siguientes sujetos pasivos:

- Las personas físicas.
- Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades civiles y las entidades del artículo 35.4 de la LGT que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros.

Una vez verificado que las actividades efectuadas con las criptomonedas se encuentran sujetas y no resultan de aplicación las exenciones anteriores, lo siguiente que cabe plantearse es cómo clasificar cada una de estas actividades dentro de las Tarifas del IAE para determinar la tributación por este impuesto. Sobre este particular se ha pronunciado la DGT con respecto a diferentes actividades, entre otras, en sus contestaciones a las consultas tributarias vinculantes V1028-15, V2908-17 y V3625-16.

En todas ellas este Centro Directivo sigue el mismo razonamiento. Y es que, en la medida en que las actividades planteadas no se encuentran expresamente contempladas en ninguno de los epígrafes de las tarifas del IAE, debe aplicarse lo dispuesto en la regla 8.^a de la Instrucción, que señala lo siguiente:

«Las actividades empresariales, profesionales y artísticas, no especificadas en las Tarifas, se clasificarán, provisionalmente, en el grupo o epígrafe dedicado a las actividades no clasificadas en otras partes (n.c.o.p.), a las que por su naturaleza se asemejen y tributarán por la cuota correspondiente al referido grupo o epígrafe de que se trate. Si la clasificación prevista en el párrafo anterior no fuera posible, las actividades no especificadas en las Tarifas se clasificarán, provisionalmente, en el grupo o epígrafe correspondiente a la actividad a la que por su naturaleza más se asemejen y tributarán por la cuota asignada a ésta.»

Sobre la base de lo anterior, y en aplicación de la citada regla 8.^a de la Instrucción, la DGT se pronuncia sobre la clasificación, en los epígrafes del IAE, de las siguientes actividades:

- (i) La compraventa de *bitcoins* en cajeros virtuales debe clasificarse en el epígrafe 969.7 de la sección primera, «Otras máquinas automáticas», de acuerdo con lo dispuesto en la consulta V1028-15.
- (ii) La compraventa de *bitcoins* a través del desarrollo y explotación de una aplicación *web* propia debe encuadrarse en el epígrafe 831.9 de la sección primera, «Otros servicios financieros n.c.o.p.», de conformidad con lo dispuesto en la consulta V2908-17.

- (iii) Por último, el minado de *bitcoins* obteniendo como contraprestación por tal labor una comisión y un número de *bitcoins* debe clasificarse en el epígrafe 831.9 de la sección primera, «Otros servicios financieros n.c.o.p.», siguiendo el criterio de la consulta V3625-16.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BARCIELA PÉREZ, J. A.: «“Bitcoin” e “IVA”. El asunto Hedqvist», *Quincena fiscal*, núm. 14/2016.

European Central Bank: «Virtual Currency Schemes», octubre de 2012, p. 13.

FALCÓN Y TELLA, R.: «La tributación del dinero virtual», *Quincena Fiscal*, núm. 20/2013.

FRANCO, P.: «Entendiendo el *bitcoin*: Criptografía, ingeniería y economía», *Revista Anales de mecánica y electricidad*, septiembre-octubre de 2014.

GÓMEZ ARAGÓN, D.: «Exención del IVA de las operaciones de cambio de la divisa virtual *bitcoin* por divisas tradicionales», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 9, diciembre de 2015.

GÓMEZ JIMÉNEZ, C.: «El *bitcoin* y su tributación», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 380, noviembre de 2014, págs. 81-104.

GONZÁLEZ APARICIO, M.: «Fiscalidad aplicable a los *bitcoins* a la luz del ordenamiento tributario español», *Revista Técnica Tributaria*, núm. 118, julio-septiembre de 2017, págs. 55-92.

GORJÓN, S.: «Informe de la Dirección General de Operaciones, Mercados y Sistemas de Pago del Banco de España de enero de 2014, «Divisas y monedas virtuales: El caso *bitcoin*».

KARP, N.: «Tecnología de cadena de bloques (*blockchain*): la última disrupción en el sistema financiero», accesible mediante el siguiente link: https://www.bbvaresearch.com/wpcontent/uploads/2015/07/150714_US_EW_BlockchainTechnology_esp.pdf (último acceso el 11 de noviembre de 2018).

MIGUEL CANUTO, E.: «Servicios de intercambio de divisas virtuales ante el IVA (1)», *La Ley Unión Europea*, núm 34, febrero de 2016.

MIRAS MARÍN, N.: «El régimen jurídico-tributario del *bitcoin*», *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 406, enero 2017, págs. 101-136.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N.: «Criptodivisas: del *bitcoin* al MUFG. El potencial de la tecnología Blockchain», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016, págs. 6-15.

PEDREIRA MENÉNDEZ, J. y ÁLVAREZ PÉREZ, B.: «Consideraciones sobre la tributación y la calificación contable de las operaciones con moneda digital (*bitcoins*) en las empresas», *Revista Quincena Fiscal*, núm. 3/2018.

PUJALTE MÉNDEZ-LEITE, H.: «La proliferación de las monedas virtuales en un entorno desregulado: su impacto en la fiscalidad», *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, núm. 6/2017.

SÁNCHEZ BERMEJO, D.: «Régimen legal y tributario de *bitcoin* y demás criptodivisas», *Revista Fiscal y laboral al día*, marzo de 2018, págs. 110-117.

SÁNCHEZ, M.: «Criptomonedas: funcionamiento y fiscalidad del *trending topic* en inversión», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 937/2018.

(Trabajo recibido el 21/11/2018
y aceptado para su publicación el 03/12/2018)

RÉGIMEN FISCAL DE LOS SOCIOS DE UNA EMPRESA FAMILIAR CONFIGURADA COMO ENTIDAD: IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO E IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

Abogado

Profesor asociado de la Universidad «Antonio de Nebrija»

RESUMEN

El régimen tributario de los socios de una empresa familiar, configurada o no como una entidad, se regula, fundamentalmente, en la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aunque en este trabajo solo será objeto de estudio la modalidad mediante una entidad.

En la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio se regulan las condiciones para que la inversión de los socios en una entidad puedan acceder a la exención en caso de que ésta cumpla las condiciones de familiar y la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se remite, a su vez, a las condiciones de la regulación del Impuesto sobre el Patrimonio para que las adquisiciones a título lucrativo *mortis causa* o *inter vivos* de participaciones en entidades puedan beneficiarse de una reducción fiscal.

Los tribunales de justicia y la Dirección General de Tributos han analizado en diversas sentencias y contestaciones vinculantes las condiciones que se establecen en la normativa para que una entidad cualifique como familiar y, en consecuencia, sus socios accedan a las correspondientes bonificaciones fiscales.

Los aspectos de estas condiciones, que son objeto de análisis en este trabajo, son el efecto del reparto de dividendos en el cómputo de los valores o activos no afectos a actividades económicas, la remuneración y participación del miembro de la familia que ejerce funciones de dirección en la empresa y la proporcionalidad del beneficio fiscal a los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional.

Palabras clave: Impuesto sobre el Patrimonio, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, empresa familiar, dividendo, remuneración, accionista y proporcionalidad.

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

TAX REGIME FOR PARTNERS IN A FAMILY-OWNED BUSINESS SET UP AS A SEPARATE ENTITY: WEALTH TAX AND TAX ON SUCCESSIONS AND DONATIONS

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

Lawyer

Associate Professor at the "Antonio de Nebrija" University

ABSTRACT

Tax regime for business family owners, whether or not set up as an entity type, is regulated, mainly, in laws concerning Wealth Tax and Inheritance and Gift Tax, although in this paper only family business set up as an entity will be analysed.

Wealth Tax Law regulates conditions that enables investments in an entity to access to a tax regime exemption in case it meets some conditions to be considered as a family business and Inheritance and Gift Tax Law refers also to conditions on Wealth Tax regulation, so that inheritance or gift mode of acquisitions of participations in entities can apply for a tax relief.

Spanish Courts of Justice and Tax Administration have analysed in judgments and binding answers conditions that are imposed to an entity to qualify as a family business and, consequently, its family owner's access to corresponding tax relief.

Issues related to these conditions that are analyzed in this paper are the consequence of the distribution of dividends on the calculation of values or assets not affected by economic activities, remuneration and stock participation of family members who exercises management functions in the company and proportionality of the fiscal benefit to the necessary assets to exercise business or professional activity.

Keywords: Wealth Tax, Inheritance and Gift Tax, family business, dividend, remuneration, shareholder and proportionality.

SUMARIO: I. EMPRESA FAMILIAR. 1. Concepto. 2. Modalidades.—II. RÉGIMEN FISCAL DE LOS SOCIOS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO Y EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES. 1. Consecuencias del reparto de dividendos en el cómputo de los valores o activos no afectos a actividades económicas. 2. Miembro de la familia que ejerza funciones de dirección en la empresa: No es obligatorio que tenga remuneración ni participación en la empresa. 2.1. Gratuidad del cargo de administrador. 2.2. Ejercicio del cómputo de la remuneración de funciones de dirección. 2.3. El miembro de la familia que ejerza funciones de dirección no es obligatorio que tenga participación en la empresa. 3. Beneficio fiscal es proporcional a los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional.

I. EMPRESA FAMILIAR

1. Concepto

A pesar de la relevancia económica y social que tiene la empresa familiar en España, puesto que representa el 88,8% del total de las empresas en España, el 66,7% del empleo privado y el 57,1% del Producto Interior Bruto del sector privado, según datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar¹, la única definición de este tipo de empresas que se encuentra en el ámbito del Derecho Privado está en la exposición de motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares que las denomina como *«aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí»*.

En cambio, en el ámbito del Derecho Público ha sido la regulación del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la que ha establecido una serie de requisitos para que una empresa pueda catalogarse como familiar y, en consecuencia, los empresarios o los socios de la empresa tengan acceso a unos beneficios fiscales, cuyo objetivo es favorecer la continuidad de la empresa.

2. Modalidades

La empresa familiar puede manifestarse bien a título individual, sin la utilización de una forma societaria o de otro tipo, o bien mediante su configuración a través de una o varias entidades, que es la modalidad que será analizada en este artículo.

¹ <http://www.iefamiliar.com/cifras/1> (fecha de consulta: 19 de octubre del 2018)

También es importante destacar que el tamaño de las empresas familiares puede variar desde pequeñas microempresas hasta grandes corporaciones, cuyas acciones cotizan en mercados regulados, porque el carácter familiar de una empresa lo otorga el hecho de que la propiedad pertenezca, fundamentalmente, a un grupo de personas que tengan lazos familiares y sean más o menos próximos y no al tamaño de la propia empresa.

II. RÉGIMEN FISCAL DE LOS SOCIOS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES EN EL IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO Y EN EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

La Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante, LIP) regula un régimen fiscal de exoneración a los socios de las entidades en las que se cumplan las siguientes condiciones:

«Dos. La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurran las condiciones siguientes:

a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurran, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o

Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

A los efectos previstos en esta letra:

Para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos:

1.º No se computarán los valores siguientes:

Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.

Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.

Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.

Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales y la entidad participada no esté comprendida en esta letra.

2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por 100, de la realización de actividades económicas.

b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

A efectos del cálculo anterior, no se computarán entre los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal los rendimientos de la actividad empresarial a que se refiere el número uno de este apartado.

Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas personas a las que se refiere la letra anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16.uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora.

Tres. Reglamentariamente se determinarán:

a) Los requisitos que deban concurrir para que sea aplicable la exención en cuanto a los bienes, derechos y deudas necesarios para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional.

b) Las condiciones que han de reunir las participaciones en entidades.»

Asimismo, la adquisición a título lucrativo por herederos o donatarios de participaciones en una empresa familiar que cumpla los requisitos para la exoneración descrita en el Impuesto sobre el Patrimonio conlleva la aplicación de las reducciones previstas en los apartados 2.c) y 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, LISD) en los siguientes términos:

«c) En los casos en los que en la base imponible de una adquisición «mortis causa» que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo.

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge superviviente tendrá derecho a la reducción del 95 por 100.»

«6. En los casos de transmisión de participaciones «inter vivos», en favor del cónyuge, descendientes o adoptados, de una empresa individual, un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, se aplicará una reducción en la base imponible para determinar la liquidable del 95 por 100 del valor de adquisición, siempre que concurran las condiciones siguientes:

a) Que el donante tuviese sesenta y cinco o más años o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez.

b) Que, si el donante viniera ejerciendo funciones de dirección, dejara de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.

A estos efectos, no se entenderá comprendida entre las funciones de dirección la mera pertenencia al Consejo de Administración de la sociedad.

c) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

Asimismo, el donatario no podrá realizar actos de disposición y operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial del valor de la adquisición. Dicha obligación también resultará de aplicación en los casos de adquisiciones «mortis causa» a que se refiere la letra c) del apartado 2 de este artículo.

En el caso de no cumplirse los requisitos a que se refiere el presente apartado deberá pagarse la parte del impuesto que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada y los intereses de demora.»

A continuación se analizan jurídicamente los siguientes aspectos de esta regulación:

1. Consecuencias del reparto de dividendos en el cómputo de los valores o activos no afectos a actividades económicas

El primer requisito que establece la LIP para que la participación de unos socios en una entidad cualifique para la aplicación de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio es que la actividad principal de ésta no sea la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Y, a estos efectos, considera que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario cuando más de la mitad de

su activo está constituido por valores o activos no afectos a actividades económicas.

Además, la norma añade que no se computan ni como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos elementos del activo que no superan el importe que corresponde a la cifra total de beneficios empresariales no distribuidos que han sido obtenidos tanto en el propio año al que corresponde la autoliquidación del Impuesto sobre el Patrimonio como en los últimos 10 años anteriores.

Llegados a este punto y a efectos del cómputo de las reservas (es decir, de los beneficios no distribuidos) surge la duda sobre si los beneficios que hubieran sido distribuidos a los socios en cualquier ejercicio mediante un reparto de dividendo corresponden bien a los beneficios del propio año o de los últimos 10 años anteriores o bien a los previos a los últimos 10 años anteriores porque, evidentemente, la consecuencia de imputar ese reparto a un año u a otro puede tener efectos diferentes en el cumplimiento del requisito de proporción de activos no afectos a actividad económica que permite acceder al régimen de exención.

La razón es que en el caso de considerar que un reparto de dividendos procede del beneficio del propio año de la autoliquidación del Impuesto sobre el Patrimonio o de los últimos 10 años anteriores, en lugar del beneficio generado en algún ejercicio anterior a los últimos 10 años anteriores, la consecuencia sería que disminuye la cifra de beneficios no distribuidos que permite, a estos efectos, que no se computen en el activo ni valores ni elementos no afectos a actividades económicas y, por lo tanto, se reduce la posibilidad de que la empresa tenga la consideración fiscal de empresa familiar, ya que del total de reservas (beneficios no distribuidos) las procedentes de años previos a los últimos 10 años anteriores aumentarán con respecto a las del propio año y las de los últimos 10 años anteriores (que son las que producen el deseado efecto de no computar en el activo ni valores ni elementos no afectos a actividades económicas).

En cambio, si resultara que el beneficio que ha sido distribuido procede del ejercicio previo al año al que corresponde la autoliquidación o al de los últimos 10 años anteriores podría aumentar la posibilidad de que la empresa se catalogue como familiar, a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, porque del total de reservas (beneficios no distribuidos) las que permiten no computar en el activo ni valores ni elementos no afectos a actividades económicas (procedentes del propio año o de los últimos 10 años anteriores) aumentarán con respecto a las que no producen tal efecto (las de los años previos a los últimos 10 años anteriores).

Ante la ausencia de un criterio claro en la ley que permita determinar el ejercicio al que corresponden (como hubiera sido, por ejemplo, si se hubiera establecido un criterio que consistiera en que desde un punto de vista fiscal las reservas repartidas son las más antiguas o las más recientes), a estos efectos fiscales, los beneficios distribuidos es razonable considerar que el beneficio repartido corres-

ponde al ejercicio que conste en el acuerdo de reparto de dividendo adoptado por la Junta General Universal.

Este argumento podría defenderse de acuerdo con la contestación vinculante, número V0480/2006, de 23 de marzo del 2006 de la Dirección General de Tributos, en la que adopta el siguiente criterio en el ámbito del Impuesto sobre Sociedades, en cuanto a la manera de acreditar que los beneficios distribuidos se corresponden con beneficios obtenidos en un determinado período.

«En este sentido la sociedad deberá estar en disposición de acreditar por cualquier medio de prueba admitido en Derecho que los beneficios no distribuidos proceden de periodos impositivos en los que a la sociedad consultante le resultó de aplicación el régimen de las sociedades patrimoniales, sirviendo a estos efectos como prueba, en su caso, el acuerdo de la junta general de accionistas y la indicación que al respecto se establezca en la memoria de la sociedad que efectúa el reparto de los dividendos conforme al artículo 47 del RIS.»

Adicionalmente, en los artículos 21.1.a) y el 32.1 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, también se recoge que en el ámbito de la corrección de la doble imposición del Impuesto sobre Sociedades *«en el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas»*.

Finalmente, la Dirección General de Tributos contestó a una consulta que redactó este autor mediante contestación vinculante número V3.770/2015, de 20 de noviembre del 2015, en la que en el ámbito del Impuesto sobre el Patrimonio avaló de la siguiente manera el criterio consistente en que los beneficios repartidos en un dividendo corresponden al beneficio del ejercicio que se determine en el acuerdo social:

«Del texto reproducido resulta que solamente a los exclusivos efectos de determinar la composición del activo de una entidad y de la calificación de su actividad como de gestión patrimonial y no empresarial, no se computarán aquellos elementos cuyo precio de adquisición no exceda del importe de los beneficios obtenidos y no distribuidos tanto del propio año como de los diez anteriores.

Consiguientemente, si en el acuerdo de reparto de dividendo se hace constar expresamente que se distribuye «con cargo a reservas voluntarias anteriores al ejercicio 2000», el beneficio obtenido tanto en el propio año de la distribución del dividendo como en el anterior al mismo tendrá la condición de no distribuido, siempre que tanto el reparto con cargo a reservas como la obtención del dividendo en ambos ejercicios tengan su oportuno reflejo contable en la entidad de que se trate.»

2. Miembro de la familia que ejerza funciones de dirección en la empresa: No es obligatorio que tenga remuneración ni participación en la empresa

2.1. Gratuidad del cargo de administrador

Respecto a la obligación que establece el artículo 4. Ocho. Dos. c) de la LIP sobre la obligación de que las rentas por ejercer funciones de dirección en la entidad representen más de la mitad de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales o del trabajo, el Tribunal Supremo aclaró en su sentencia de 18 de enero del 2016 (Rec. 2.319/2015) que en el caso de que el cargo de administrador fuera gratuito no se ponen en peligro los beneficios fiscales relativos a la empresa familiar, si queda demostrado que realmente ejerce funciones de administración.

En ese asunto, el Alto Tribunal siguió el criterio que había fijado previamente en su sentencia de 31 de marzo del 2014 (Rec. 4.203/2010) y en las contestaciones de la Dirección General de Tributos vinculantes número V1.335/2.013, V115/2014 y V3.085/2014, que establecían:

«Cualquiera que sea la denominación empleada para calificar las funciones desempeñada por el sujeto en la entidad mercantil, lo realmente decisivo es que tales funciones impliquen la administración, gestión, dirección, coordinación y funcionamiento de la correspondiente organización.»

2.2. Ejercicio del cómputo de las remuneración de funciones de dirección

El artículo 4. Ocho. Dos. d) de la LIP establece que la remuneración que obtenga el sujeto pasivo por ejercer funciones de dirección en la entidad represente más de la mitad de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

A este respecto, debe tenerse en cuenta el ejercicio del fallecimiento del causante, que es el comprendido entre el primer día del año y el del fallecimiento a los efectos del cómputo de la remuneración por dirección de la entidad como renta mayoritaria respecto del total de rentas de actividades económicas (empresariales y profesionales) y del trabajo.

Ahora bien, en el supuesto de que el desempeño de función de dirección corresponda a algún miembro del grupo familiar que no sea el causante, el ejercicio que procede tomar como referencia para computar si las retribuciones percibidas por el miembro familiar por las efectivas funciones de dirección en la empresa son superiores al 50 por 100 del resto de rentas de actividades económicas y del trabajo será también el del fallecimiento del causante.

Este criterio ha sido el establecido por el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de diciembre del 2013 (Rec. 28/2010) y, posteriormente, por el Tribunal Económico-Administrativo Central en sus resoluciones de 15 de septiembre del 2016 (Resol. 1701/2013) y de 10 de octubre del 2107 (Resol. 7323/2014).

2.3. *El miembro de la familia que ejerza funciones de dirección no es obligatorio que tenga participación en la empresa*

La LIP establece que para acceder al beneficio fiscal de empresa familiar las participaciones de la entidad deben pertenecer al grupo familiar, pero no regula la obligatoriedad de que los miembros de la familia que ejercen funciones de dirección deban ser socios de la empresa.

Aunque este criterio no era compartido ni por la inspección de los Tributos ni por los tribunales económico-administrativos, ni por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue el Alto Tribunal el que acabó resolviendo en favor del contribuyente en diversas sentencias como las de 12 de mayo del 2016 (Rec. 2.639/2014), 26 de mayo del 2016 (Rec. 4.098/2016 y 4.027/2014) y la de 14 de julio del 2016 (Rec. 2.330/2015) y permitió de la siguiente manera aplicar la reducción del 95 por 100 por adquisición de empresa familiar en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en aquellos casos en los que el miembro de la familia que dirige la empresa no posee participación alguna en la misma:

«La cuestión que se discute es, pues, si para gozar de la bonificación fiscal analizada es necesario que la persona que forma parte del grupo familiar y que cumple el requisito de ejercer funciones efectivas de dirección de la empresa familiar, percibiendo por ello la mayoría de sus rendimientos, debe, además, ser titular de alguna participación en el capital de dicha empresa.

La interpretación realizada por el TEAR no se ajusta al espíritu de la norma, pues en ningún momento la Ley dice que las funciones de dirección deban realizarlas las personas que tengan participaciones, sino las que formen parte del grupo de parentesco, y obviamente las hijas del contribuyente forman parte del mismo. Así, las hijas del contribuyente ejercen funciones de dirección y perciben las remuneraciones derivadas de las mismas, con lo que se cumple escrupulosamente con cada uno de los puntos, pudiéndose acoger a la exención.

El segundo requisito es el que hace referencia a la necesidad de que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50% de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal. De este segundo requisito tampoco resulta la obligación de que el sujeto que ejerza las funciones de dirección tenga que ser titular de participaciones, pudiendo pertenecer éstas al grupo familiar.

Ahora bien, en supuestos de existencia de un grupo de parentesco –en este caso, padres e hijos–, titular conjuntamente de la totalidad de las participaciones y, por tanto, cumpliendo holgadamente el requisito de titularidad mínima de un 20%, la Ley 19/1991 admite que las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma puedan cumplirse por al menos una de las personas del grupo, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención en el impuesto patrimonial. Se trata de un problema que viene resuelto por la propia Ley 19/1991 del Impuesto del Patrimonio, cuyo artículo 4.8 Dos. d), último párrafo, indica que «cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas personas a las que se refiere la letra anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.»

3. Beneficio fiscal es proporcional a los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional

La exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, de acuerdo con lo establecido en la LIP, solo alcanza al valor de la participación de los socios en la entidad respecto a la parte correspondiente a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional de la entidad, minorado en el importe de las deudas derivadas de la misma y el valor del patrimonio neto de la entidad, pero para que la participación en la entidad acceda a la exención (que es el paso previo a determinar el porcentaje exento) hay que determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas.

A este respecto, la norma favorece el acceso a la exención de sus socios al permitir en la letra a) del apartado dos del artículo 8 de la LIP que no se computen aquellos valores o elementos no afectos, cuyo precio de adquisición no exceda del importe de los beneficios empresariales obtenidos y no distribuidos tanto del propio año como de los diez anteriores. Destaco que este último criterio consistente en no computar es aplicable en el acceso a la exención (Art. 8. Dos. a de la LIP), pero no en la aplicación proporcional de la exención a los activos necesarios para el ejercicio de la actividad económica (Art. 8. Dos. último párrafo de la LIP).

En lo que concierne al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la LISD se limita a decir que si a la participación en la empresa le es aplicable la exención del apartado octavo del artículo 4 de la LIP será aplicable, en consecuencia, la reducción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, pero no aclara si este beneficio fiscal es o no proporcional a los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional.

Debido a que esta situación provocó criterios contrapuestos por los tribunales superiores de justicia, el Tribunal Supremo dictó sentencia con fecha 16 de julio

del 2015 (Rec. 171/2014) en resolución de recurso de casación para unificación de doctrina en la que concluye que en la medida en que la exoneración en el Impuesto sobre el Patrimonio se reconoce a bienes y derechos necesarios para el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, dicho principio también debe aplicarse en la reducción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que lo que pretende el legislador es la aplicación de un beneficio fiscal para *«favorecer que los bienes y derechos que estén afectos a una actividad económica continúen en dicha situación»* y *«no privilegiar a quienes son empresarios para que bajo el paraguas de la empresa eviten pagar el Impuesto sobre Sucesiones que correspondería por la adquisición de los bienes que nada tienen que ver con la actividad empresarial»*. En definitiva, resulta lógico que un bien que no es necesario para la actividad económica no se beneficie de la reducción de la LISD tanto si forma parte del activo de una empresa familiar como si es de titularidad directa de una persona física.

Esta posición del Tribunal Supremo se alineó con la Dirección general de Tributos, que en sus contestaciones vinculantes, número V177/2009, de 30 de enero del 2009, y V2.162/2013, de 2 de julio del 2013, defendía que para la aplicación de la reducción del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones *«el porcentaje de reducción habrá de operar sobre el importe que resulte exento del valor de los elementos de que se trate»* y la Comisión europea, que en su Recomendación de 7 de diciembre del 1994 invita a los Estados miembros a *«reducir, siempre que se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo, la carga fiscal que grava los activos estrictamente profesionales en caso de transmisión mediante donación o sucesión»*.

Por último, en el ámbito de las transmisiones *inter vivos* de participaciones en una entidad, con carácter general, se pone de manifiesto en el donante una ganancia patrimonial por la diferencia positiva entre el valor real de las participaciones y su valor de adquisición que tributa en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

No obstante, en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas regula en su artículo 33.3.c) que *«Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...) c) Con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones»*.

Ahora bien, la Dirección General de Tributos en su contestación vinculante, número V2.017/2015, de 29 de junio, también estableció que el criterio de exoneración proporcional a los activos necesarios para realizar la actividad económica que se regulaba en la LIP y que el Tribunal Supremo fijó, posteriormente, en el ámbito del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se aplicara también

ENRIQUE SANZ DE SANDOVAL

en el ámbito del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de la siguiente manera:

«Siempre con ese alcance objetivo (respecto del porcentaje de activos afectos a la actividad económica realizada, se entiende) sería de aplicación la presunción de inexistencia de ganancia o pérdida patrimonial que establece el artículo 33.3.c) de la Ley del IRPF.»

Nuevamente, este criterio resulta lógico desde mi punto de vista, porque de lo contrario se produciría una discriminación de trato entre los bienes que forman parte del activo de una empresa familiar y los que son de titularidad directa de una persona física.

*(Trabajo recibido el 30/11/2018
y aceptado para su publicación el 10/12/2018)*

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO CONTRACTUAL

LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS POR IMPAGO DE UNA SOLA CUOTA: SITUACIÓN ACTUAL A RAÍZ DE LA STS DE 27 DE ENERO DE 2017, BREVE RESUMEN, POSIBLES CONSECUENCIAS Y SOLUCIONES

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ
Notario de Figueras

RESUMEN

Estos comentarios pretenden esclarecer la situación en la que se encuentran los préstamos con garantía hipotecaria en los que se incluyeron cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una única cuota, declarada la nulidad de dicha cláusula. Sobre esta y otras cuestiones conexas está pendiente de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de la cuestión prejudicial elevada al mismo mediante Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017.

Palabras clave: cláusulas de vencimiento anticipado, nulidad, suspensión, procedimiento de ejecución directa, normativa comunitaria.

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ

**EARLY MATURITY CLAUSES IN MORTGAGE LOANS
DUE TO NON-PAYMENT OF A SINGLE INSTALMENT:
CURRENT STATUS FOLLOWING THE SUPREME
COURT JUDGMENT DATED JANUARY 27TH, 2017,
BRIEF SUMMARY, POSSIBLE CONSEQUENCES AND
SOLUTIONS**

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ
Notary Public

ABSTRACT

These comments are an attempt to clarify the situation of mortgage-backed loans that included early maturity clauses due to non-payment of a single instalment, now that such clauses have been declared null and void. The European Union Court of Justice is still to issue its pronouncements on this and other related matters in response to the pre-trial question submitted to it by a Ruling of the Spanish Supreme Court dated February 8th, 2017.

Keywords: early maturity clauses, grounds for nullity, suspension, direct foreclosure procedure, community regulations.

SUMARIO: I. SITUACIÓN EN QUE NOS ENCONTRAMOS.—II. UN BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS.—III. APROXIMACIÓN AL DERECHO APLICABLE. 1. Derecho comunitario. 2. Derecho interno. 3. Breve resumen de la legislación europea en este aspecto. 3.1. Cuándo una cláusula es abusiva. 3.2. Quién es competente para determinar la abusividad de la cláusula.—IV. CONSIDERACIONES DEL TJUE EN LA SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2017. 1. Parte procesal. 2. Parte sustantiva.—V. ARGUMENTOS DEL TS EN SU AUTO DE 8 DE FEBRERO DE 2017 RESPECTO A LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—VI. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES QUE PUEDE CONLLEVAR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 1. Que se entienda admisible la doctrina jurisprudencial de aplicar el 693.2 de la LEC con su redacción tras la Ley 1/2013. 2. Que la cláusula sea nula sólo en parte. 3. Que la cláusula sea declarada nula.

I. SITUACIÓN EN QUE NOS ENCONTRAMOS

A la espera de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), trataremos de esclarecer la situación en la que se encuentran los préstamos con garantía hipotecaria que incluyen cláusulas de vencimiento anticipado por impago tras el recurso prejudicial elevado al TJUE mediante Auto del TS de 8 de febrero de 2017.

II. UN BREVE RESUMEN DE LOS HECHOS

El inicio del procedimiento judicial tiene su fundamento en una ejecución hipotecaria instada por Banco Primus, S. A., en contra de un consumidor. La causa es el impago de las cuotas correspondientes a siete meses del préstamo, por lo que al amparo de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en la escritura de constitución se procede a la ejecución por la totalidad de la cantidad adeudada.

Tras decretar la subasta del inmueble hipotecado y quedar desierta la misma, se decreta judicialmente la adjudicación del inmueble a la entidad ejecutante por el 50% de su valor. El banco no llega a tomar posesión de la referida finca debido a que se producen sendos incidentes procesales que dan lugar a la cuestión prejudicial iniciada por Auto de 10 de septiembre de 2014. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vino de la mano de la sentencia de 26 de enero de 2017, que determinó el hecho de que sean declaradas nulas las cláusulas de vencimiento anticipado y es independiente de que el acreedor no la haya ejercitado en la práctica.

Dado el evidente riesgo de paralización de una gran parte de los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que la cláusula que sirve de fundamento a la ejecución fuera de vencimiento anticipado, posteriormente se interpone por parte del TS recurso prejudicial ante el TJUE a fin de que determine si lo que procede

es el sobreseimiento de todos los procedimientos afectados por la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Este cuestión está aún sin resolver, habiendo recaído únicamente las conclusiones del abogado general.

III. APROXIMACIÓN AL DERECHO APLICABLE

1. Derecho comunitario

Artículo 1.2, 3, 4 y 6 de la Directiva 93/13.

2. Derecho interno

Artículo 1124 del Código civil. Artículo 552.1, 557, 561.1, 693.2 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 83 de la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios.

3. Breve resumen de la legislación europea en este aspecto

3.1. Cuándo una cláusula es abusiva

Aunque consabidos por todos los profesionales del Derecho, debemos recordar qué criterios fija el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en, entre otras, la STJUE de 14 de marzo de 2013, para determinar cuándo es abusiva una cláusula. En efecto, son tres los requisitos para determinar dicha abusividad. A saber:

1. Que cause un desequilibrio importante entre el consumidor y el profesional.
2. Tener en cuenta especialmente las normas de Derecho nacional, de suerte que se considerará abusiva la cláusula si ésta causa un detrimento importante al consumidor con respecto a su situación si se aplicara la norma nacional.
3. Que la cláusula no haya sido negociada individualmente.

3.2. Quién es competente para determinar la abusividad de la cláusula

Será, en conformidad con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el juez nacional el que determine la abusividad de la cláusula, toda vez que es el juez nacional el encargado de aplicar e interpretar el Derecho comunitario. Sólo en caso de dudas acerca de la aplicación del Derecho comuni-

tario podrá el juez nacional instar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este último caso nos encontramos.

IV. CONSIDERACIONES DEL TJUE EN LA SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2017

1. Parte procesal

Lo primero que llama la atención es que la suspensión de la ejecución por abusividad se efectúa por parte del TS fuera del plazo establecido en los artículos 556 y 557 de la LEC. A ello responde el TJUE recordando que la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial, cuando se fundamenta en la falta de adecuación de la legislación de un Estado Miembro al Ordenamiento comunitario, sólo puede denegarse cuando el asunto no tenga relación alguna con la legislación comunitaria. Fundamenta esta interpretación en sentencias como la de 14 de junio de 2012. Es evidente que esto no se da en el supuesto que nos ocupa, cuya relación con el Derecho comunitario es innegable. Tal y como sostiene en sus conclusiones el abogado general del TJUE, el procedimiento aún no ha terminado, por lo que es admisible dicha cuestión prejudicial. En consecuencia, se entiende que la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 es contraria al derecho de la Unión.

Asimismo, se pone en cuestión la adecuación al Derecho comunitario de la disposición transitoria 4.^a de la Ley 1/2013, toda vez que estableció un periodo preclusivo de un mes para que todos aquellos consumidores que se encontrasen en procedimiento de ejecución hipotecaria alegasen la abusividad de la cláusula que es axioma de la ejecución. En efecto, de la lectura del inciso 1 de la Directiva 93/13 se desprende que la norma interna no puede menoscabar el derecho del consumidor a no estar vinculado por una cláusula abusiva. De esta forma, el hecho de que se promueva un incidente de oposición por parte del consumidor en cualquier momento del procedimiento es bastante para que el juez nacional efectúe el control de abusividad de cualquiera de las cláusulas del contrato. Si admitiéramos lo contrario, en palabras del TJUE, «la protección del consumidor resultaría incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de este tipo de cláusulas en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13». En conclusión, el TJUE determinó que no era contraria al Derecho de la Unión la dicción literal del artículo 209 de la LEC, siempre que fuera interpretado este artículo en el sentido de que sólo podía ser controlada la legalidad de una cláusula una sola vez, pero cabían varios controles de legalidad si lo que se cuestionaba eran distintas cláusulas.

2. Parte sustantiva

Pasando ahora a la parte sustantiva de la demanda, existen dos cláusulas cuya abusividad se cuestiona:

- La primera de ellas es la admisibilidad de que los intereses del préstamo tomen como base no el año natural (365 días), sino comercial (360 días).
- La segunda es la cláusula de vencimiento anticipado, que permitía, a la luz de lo dispuesto en el artículo 693, punto 2.º de la LEC, antes de la nueva redacción dada por la Ley 1/2013, el vencimiento de la totalidad del préstamo por la falta de pago de una sola de las cuotas de que se compone el mismo.

Respecto a la cláusula de cálculo de los intereses, considera el TJUE que no estaba redactada con claridad, así como que genera un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes. Así pues corresponderá al Tribunal calcular los intereses resultantes aplicando el baremo del año comercial y aplicando el año natural. De esas circunstancias, así como de la aplicación de los criterios interpretativos señalados por el propio TJUE y que ya hemos expuesto, resultará la abusividad o no de la cláusula.

En cuanto a la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, el TJUE señaló que el Tribunal nacional deberá determinar si la cláusula es abusiva valorando: a) si el incumplimiento por parte del consumidor de una sola cuota es suficientemente grave como para determinar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, b) si dicha facultad es una excepción a las normas generales del ordenamiento jurídico, y c), y esto es lo más importante, si en dicho Ordenamiento jurídico existen medios adecuados y eficaces para que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado de un préstamo (apartado 66 de la STJUE de 26 de enero de 2017).

Finalmente, en la sentencia, el TJUE, que se pronuncia sobre si es procedente la doctrina jurisprudencial que entiende que, aun declaradas nulas las cláusulas de vencimiento anticipado que se supediten al impago de una sola cuota del préstamo, no debe aplicarse sin más la nulidad si el profesional no la ha aplicado de hecho, observado los plazos y requisitos de la norma de Derecho nacional (tres meses o equivalente).

A ello responde el TJUE señalando a la hora de declarar la abusividad de una cláusula, no pueden tenerse en cuenta circunstancias no presentes al tiempo de la celebración del contrato (art. 1282 C. c.). Procede, en consonancia con el artículo 7 de la Directiva 93/13, la no aplicación de la cláusula declarada abusiva, por ser este efecto disuasorio el buscado por la Legislación europea, que busca evitar que la parte dominante del contrato plantee su inclusión en el clausulado contractual. El hecho de que el acreedor no haya aplicado en la práctica la cláusula no impide al juez nacional deducir todos sus efectos de su declaración de abusividad.

V. ARGUMENTOS DEL TS EN SU AUTO DE 8 DE FEBRERO DE 2017 RESPECTO A LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

De lo expuesto anteriormente podemos extraer múltiples efectos cuya gravedad requiere un pormenorizado análisis, que bien podríamos comenzar con las consideraciones del Alto Tribunal con respecto a las adversas consecuencias que la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado puede conllevar.

Señala el Tribunal Supremo que una de las primeras consecuencias de la nulidad de las cláusulas mencionadas es el perjuicio que al consumidor puede derivarse del hecho de no poder acceder al procedimiento de ejecución hipotecaria. Ello es así debido a que el procedimiento declarativo que en tal caso corresponde para exigir el cumplimiento de la obligación lleva aparejado costes procesales, así como un incremento evidente de los intereses de demora.

Para evitar las hipotéticas consecuencias desfavorables que suponen iniciar un procedimiento declarativo, el Tribunal Supremo intenta aplicar la doctrina jurisprudencial que entiende que, aunque la cláusula sea nula en caso de incumplimiento de una sola cuota, debe aceptarse que si son más de tres las cuotas no satisfechas el acreedor está facultado para ejercitar la cláusula de vencimiento anticipado del crédito (v. STS de 18 de febrero de 2016). Esta interpretación jurisprudencial, acorde al contenido sustantivo del artículo 693.2 de la LEC, se fundamenta en ser valorado el incumplimiento de una sola cuota como de poca importancia con relación al total de la obligación. Ello no puede hacer olvidar que la nulidad, sin más, de la cláusula conlleva un mayor perjuicio al consumidor. En resumen, el Tribunal sostiene la posibilidad de aplicar *de facto* y no obstante la nulidad de la cláusula lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC, conforme a su redacción dada por la Ley 1/2013, de tal forma que cuando el incumplimiento del deudor supere los tres meses o cuotas equivalentes, el acreedor podrá ejercitar la cláusula de vencimiento anticipado.

En este mismo intento de preservar el interés del consumidor busca el TS aplicar dos de las teorías que mitigan los efectos adversos que para el consumidor puede tener la declaración de nulidad de la cláusula.

La primera de las excepciones mencionadas es la de la sentencia Kásler y Káslerné Rabai, que tenía por objeto la nulidad de una cláusula hipotecaria. En ella el tribunal se cuestionó si, declarada la nulidad de la cláusula, podría ser ésta sustituida por una norma de Derecho nacional. En interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el TJUE contestó que era admisible la sustitución con una norma nacional si el contrato celebrado, declarada la abusividad de la cláusula, no podía subsistir.

La segunda de las excepciones que el TS busca aplicar al caso es la desarrollada por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo alemán) acerca del fracciona-

miento de la cláusula. El contenido de la doctrina consiste en entender que una cláusula pueda, una vez declarada abusiva sólo en parte, subsistir en el resto de la misma eliminando la «parte infectada».

En la resolución del presente problema tampoco podemos perder de vista el evidente riesgo sistémico que para el mercado financiero puede suponer declarar la nulidad, sin más, de las cláusulas de vencimiento anticipado, puesto que a nadie se le escapa que la mayor parte de los préstamos con garantía hipotecaria concedidos con anterioridad a 2013 tienen dicha cláusula de vencimiento anticipado.

VI. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS SITUACIONES QUE PUEDE CONLLEVAR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

En este punto toca referirse a los posibles desenlaces, para ello recordaremos que la competencia para determinar la abusividad de una cláusula corresponde al juez nacional, pues es quien en primera instancia debe interpretar el Derecho de la Unión, sólo en caso de duda sobre la aplicación del derecho de la Unión procederá elevar la cuestión prejudicial al TJUE.

1. Que se entienda admisible la doctrina jurisprudencial de aplicar el 693.2 de la LEC con su redacción tras la Ley 1/2013

Lo primero que tenemos que tener en cuenta es que esta es una solución que busca por encima de todo evitar los inconvenientes que para las partes supone la imposibilidad de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria. Como ya hemos apuntado antes, la pérdida de la facultad de promover la ejecución hipotecaria implica inconvenientes para el consumidor (costas procesales e intereses de demora), pero sobre todo para la entidad bancaria, pues obligar a la misma a iniciar un procedimiento declarativo para su posterior ejecución sería desmesuradamente oneroso para unos operadores financieros que se dedican a la intermediación en el crédito.

Para paliar estos efectos adversos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha intentado aplicar con carácter general lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC. Recuerda el Tribunal Supremo que el procedimiento de ejecución hipotecaria no sólo conlleva la enajenación forzosa de la finca hipotecada, sino que también comprende una preferencia sobre el bien en caso de ejecución (*vid.* 1923 y 1927 C. c.) y un derecho de ejecución separada del bien en caso de concurso de acreedores. En consecuencia, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no supone la eliminación de todas las facultades propias del acreedor hipotecario.

Cabe ahora cuestionarnos si es posible efectuar esta integración con normas de Derecho interno, a la luz de la legislación comunitaria. Para ello debemos partir de que, con arreglo a la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del art. 6 de la directiva 93/13, las cláusulas declaradas abusivas no pueden producir efecto alguno. En consecuencia, los jueces nacionales dejarán sin efecto dicha cláusula. En efecto, el Tribunal, en la sentencia del banco Primus hizo especial hincapié en la consecuencia disuasoria del artículo 7 de la mencionada Directiva, ya que el hecho de que la nulidad de una cláusula contractual conlleve una posible ineficacia del contrato es la mejor garantía de que la parte dominante no las incluya en su articulado.

Sin embargo, el propio TJUE permitió en la sentencia Kásler vs Káslerné Rábai la aplicación de una norma supletoria del Estado para el caso de declaración de abusividad de una cláusula. Esta posibilidad no se admitía con carácter general, sino que exigía que se dieran dos circunstancias concurrentes para que esta integración fuera admisible. La primera de ellas es que sin esa cláusula el contrato quedara sin efecto, y la segunda, que éste recuperara su efecto en caso de que se produjera dicha integración. ¿Quedaría sin efecto el contrato de préstamo con garantía hipotecaria en caso de que se declarara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado? La realidad es que no, simplemente se produciría una limitación en las facultades del acreedor, que perdería la facultad de instar la ejecución hipotecaria. Y decimos esto toda vez que ni el Tribunal Supremo, ni el propio consumidor ponen en cuestión la existencia del mencionado préstamo, sino la abusividad de la cláusula que sirve de fundamento a la ejecución hipotecaria.

¿Puede admitirse, si el acreedor en su ejecución cumple los requisitos del artículo 693.2 de la LEC, que el Tribunal no entre a valorar la abusividad de la cláusula? Nos referimos al caso en que, aun existiendo la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, el acreedor no ejecuta el préstamo con garantía hipotecaria hasta transcurridos los plazos del artículo citado. A nuestro juicio esto no es posible, toda vez que tal y como señala la citada sentencia del Banco Primus, el juez debe deducir todas las consecuencias del eventual carácter abusivo de la sentencia. Por consiguiente, no puede interpretarse que la Directiva permita no entender abusiva una cláusula por el mero hecho de que en la práctica no se esté aplicando, sino que la mera inclusión de la misma en el contrato es causa suficiente para su nulidad.

2. Que la cláusula sea nula sólo en parte

Se trata de que el TJUE determine si es conforme al Derecho de la Unión la interpretación jurisprudencial que considera que puede aplicarse la cláusula de vencimiento anticipado en la parte no infectada por la abusividad. De esta forma, la cláusula de vencimiento anticipado quedaría fraccionada, distinguiendo parte subsistente y parte anulada.

El origen de esta interpretación radica en el Bundesgerichtshof (Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo alemán). Basándose en el artículo 306 del Código civil alemán. Para ello estableció tres requisitos, que son:

- 1.º Que la parte infectada pueda eliminarse sin otra modificación.
- 2.º Que la frase subsistente tenga sentido incluso sin los elementos eliminados.
- 3.º Se preserve la finalidad inicial de la frase subsistente.

Para la aplicación de esta doctrina se usa la técnica del *blue pencil test*, que gráficamente supedita a que, con un mero tachado con bolígrafo de la parte abusiva de la cláusula, el resto mantenga no sólo sentido, sino el mismo sentido inicial.

La cláusula que nos ocupa dice en su tenor literal: «El banco, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses de demora, gastos y costas en los siguientes casos: a) falta de pago de *cualquiera* de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad, según lo dispuesto el artículo 693 de la LEC».

Si eliminamos la palabra «cualquiera» nos encontramos con que la cláusula queda con redacción difusa, pues no podría determinarse cuántas cuotas han de dejarse de pagar para que pueda considerarse pertinente el vencimiento anticipado del préstamo. Por consiguiente, lo que en realidad se requiere es la integración de la cláusula, lo que sería contrario a la doctrina del TJUE respecto a los efectos de la declaración de nulidad de las mismas.

3. Que la cláusula sea declarada nula

En el caso de que las cláusulas sean declaradas nulas por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la inmediata consecuencia, como ya hemos dicho, es la necesidad de abrir procedimiento declarativo para la satisfacción del interés del acreedor. Como norma esto producirá un incremento de los costes para el consumidor, así como un aumento de la onerosidad que para los bancos supone la falta de pago de los préstamos con garantía hipotecaria.

No hacen falta excesivos conocimientos en economía para pronosticar que si la nulidad de todas las cláusulas de vencimiento anticipado existentes en la mayoría de hipotecas anteriores a la Ley 1/2013 conllevan sobreseimiento del procedimiento de la ejecución directa, producirán un aumento de los tipos de in-

terés que las entidades ofertarán a los consumidores, así como restricciones en el crédito. Habida consideración a que el préstamo con garantía hipotecaria ha sido una de las principales herramientas de ahorro de los españoles, pues ha permitido a grandes capas de la clase media el acceso a la propiedad de sus viviendas, los efectos pueden ser finalmente adversos al consumidor.

Por ello, nuestra propuesta es que, en caso de ser declaradas nulas de pleno derecho las cláusulas de vencimiento anticipado, el legislador debe fijar mediante norma imperativa y con carácter retroactivo cuándo puede entenderse vencido anticipadamente el crédito. En este mismo sentido se manifiesta el artículo 22 del Proyecto de Ley de Contratos de Crédito inmobiliario, que señala en su tenor literal que:

«En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: Al dos por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de nueve plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a nueve meses. Al cuatro por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos quince días para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario.»

Sin embargo, no podemos desconocer que esta norma no sería aplicable a los procedimientos de ejecución hipotecaria ya comenzados, así como el hecho de que existen sentencias del TJUE que ya han determinado contrario al Derecho de la Unión la práctica legislativa consistente en integrar el contrato mediante una disposición transitoria de una norma posterior. Ejemplo de la misma es la STJUE de 21 de enero de 2015. En esta sentencia se entendió que el recálculo de intereses moratorios (limitándola a incrementar en dos puntos el interés ordinario), ordenado por la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, era contrario

PEDRO FERNÁNDEZ YÁÑEZ

al Derecho de la Unión por realizarse una integración del contrato por parte del juez, cuando lo que procede es la nulidad, sin más, de la cláusula.

*(Trabajo recibido el 26/11/2018
y aceptado para su publicación el 10/12/2018)*

LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE ANTE EL PODER EXTINGUIDO (A PROPÓSITO DE LA RDGRN DE 10 DE MAYO DE 2018)

ESTEBAN MANUEL GARCÍA MARTÍN
Notario de Los Arcos

RESUMEN

Cuando se produce la extinción del poder por la muerte del poderdante se cuestiona si, en caso de ser utilizado por el apoderado y para lograr la protección del tercero de buena fe, es necesario que esta buena fe concorra solo en este último o también en el apoderado. Partiendo del estudio de la RDGRN de 10 de mayo de 2018 se estudia la ultraactividad del poder y la interpretación doctrinal y jurisprudencial del art. 1738 CC para, por último, relacionarlo con supuestos semejantes de la esfera mercantil.

Palabras clave: extinción del poder, representación aparente, tercero de buena fe, ultraactividad del poder.

THE PROTECTION OF THIRD PARTIES ACTING IN GOOD FAITH IN THE FACE OF EXTINGUISHED POWERS OF ATTORNEY (APROPOS OF THE DGRN RESOLUTION DATED MAY 10TH, 2018)

ESTEBAN MANUEL GARCÍA MARTÍN
Notary public in Los Arcos

ABSTRACT

Whenever powers of attorney becomes extinguished through the death of the principal, the question arises, in the event of their use by the proxy to achieve the protection of a third party acting in good faith, of whether or not it is necessary for good faith to exist only on the part of the latter or also on the part of the proxy. Starting from an analysis of the resolution dated May 10th, 2018, from the Directorate General for Public Registries and Notaries Public, this article studies the extended use of powers of attorney and the

ESTEBAN MANUEL GARCÍA MARTÍN

interpretation of section 1,738 of the Civil Code in both case law and judicial thinking in order to relate it, at the end of the day, with similar scenarios in a business context.

Keywords: extinguishing powers of attorney, apparent representation, third party acting in good faith, extended use of powers of attorney.

SUMARIO: I. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE MAYO DE 2018.—II. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE EN EL ÁMBITO CIVIL.—III. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE EN EL ÁMBITO MERCANTIL.

I. LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 10 DE MAYO DE 2018

La DGRN, mediante resolución de 10 de mayo del año 2018, entró a resolver sobre una de las cuestiones más polémicas y a la vez más relevantes de la práctica notarial y de la eficacia de los negocios jurídicos: La subsistencia del poder extinguido en aras de la protección del tercero de buena fe.

Si bien la resolución objeto del presente comentario no cabe enmarcarla dentro de la esfera mercantil, sino más bien de la puramente civil, partiendo del presente supuesto me referiré a supuestos similares que sí se ajustan a la rama del derecho en primer lugar mencionada.

Los hechos sobre los que entra la DGRN a resolver son los siguientes: El día 11 de enero de 2018, doña J. V. H., actuando en nombre y representación del titular registral y declarando que las facultades de las que hacía uso se encontraban plenamente vigentes, vendió una finca inscrita en el RP a don J. F. V. por precio que se confesó recibido en metálico con anterioridad. El día 1 de febrero de 2018 compareció en la oficina del mismo Registro el cónyuge del poderdante, si bien separado de hecho desde hacía más de diez años, aportando certificado literal de defunción del titular registral de la que resulta que esta persona falleció a la una hora y nueve minutos del día 11 de enero de 2018, es decir, el mismo día del otorgamiento de la EP de venta y previsiblemente antes, debido a la hora de fallecimiento, de la hora en que se otorgó la escritura de venta.

Por tanto, la cuestión que se plantea, dejando de lado las cuestiones de naturaleza formal y procedimental, es si debe inscribirse la venta y proteger al tercero de buena fe o, por el contrario, entender que se habría extinguido el mandato y, entonces, que sería nula por falta de consentimiento del transmitente.

Los argumentos esgrimidos por el registrador de la Propiedad para denegar la práctica de la inscripción son los siguientes. En primer lugar, se basa en el art. 18

LH, que le permite calificar la validez del acto dispositivo cuya inscripción se pretende. En segundo lugar, en que el mandato habría quedado extinguido por el fallecimiento del mandante, como recoge expresamente el art. 1732.3 CC. En tercer lugar, que, debido a la extinción del mandato y como resulta de los arts. 1259 y 1262.1 CC, falta el consentimiento como elemento esencial del contrato. Todo ello le hace concluir la falta de subsistencia del poder y la imposibilidad de inscribir la EP objeto del recurso.

El adquirente de la finca, frente a los argumentos anteriores, expone: Que el art. 18 LH tiene el contrapunto del art. 98.2 de la Ley 24/2001, que excluye de la calificación registral la valoración de la vigencia del apoderamiento «2. *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 (...)*». Que frente al art. 1732.3 no debe obviarse el art. 1738 CC, que al señalar «*Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe*», está creando la ficción de la subsistencia del poder extinguido frente al tercero de buena fe, como sería el propio recurrente. Por último, que sí que existiría el consentimiento y no cabría por tanto alegar los arts. 1259 y 1261 CC, puesto que además de la eficacia legitimadora de la posesión por el apoderado de la escritura de poder a favor de tercero de buena fe, previamente al fallecimiento del poderdante se celebró un contrato privado de venta de la finca, que no se elevó a público por razones fiscales y futuros acuerdos en cuanto a las deudas del poderdante y su consiguiente cargo por los herederos.

Por su parte, la DGRN resuelve estimando el recurso y reconociendo la «ultra-actividad» del poder y, tras recordar el deber que tiene todo ciudadano, y más aún aquel que ejerce funciones públicas, de poner en conocimiento de los tribunales cualquier hecho que pueda ser constitutivo de infracción penal, manifiesta que debe despacharse el documento presentado, que tiene una prioridad tabular ganada por razón de tiempo. Entiende, por tanto, que debe inscribirse la EP de venta por existir argumentos suficientes para la protección del tercero de buena fe, sin perjuicio de reconocer que existen también importantes argumentos en contrario que, en su caso, deben ser valorados por la autoridad judicial competente.

II. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE EN EL ÁMBITO CIVIL

Visto lo argumentado por las partes y por el Centro Directivo centraré el comentario en la cuestión más controvertida: si basta la buena fe del tercero o, por el contrario, es también necesaria la buena fe del apoderado para que la venta

sea válida y quede protegido el tercero. Doctrina y jurisprudencia no tienen una solución unánime.

Un sector de la doctrina, encabezado por autores como MIQUEL GONZÁLEZ¹, entienden que el art. 1738 CC debe ser interpretado literalmente, lo que lleva a la exigencia de la buena fe tanto del mandatario como del tercero, de forma que es el art. 1734 el que exige buena fe solo de este último. Entiende que la teoría de la protección de la apariencia no es suficiente para obviar las fuentes del derecho y que ello no supone la desprotección del tercero de buena fe, sino que podría exigir responsabilidad al mandatario por la relación existente entre ambos, si bien no por su relación con el mandante. En la misma línea, PANTALEÓN PRIETO² entiende que, en aras del principio de autonomía de la voluntad, no cabe tampoco exigir al mandante responsabilidad por la mala fe del mandatario. Del mismo modo, el Tribunal Supremo, en STS de 7 de junio de 2005, 24 de octubre de 2008, de 13 de febrero de 2014, entendió que la no concurrencia de buena fe en el mandatario impedía dar validez al negocio jurídico y aplicar el art. 1738 CC.

Frente a este sector, la mayoría de la doctrina expresa una postura fundada en la protección de la apariencia, en la protección del tercero de buena fe y de la seguridad en el tráfico. Se basan estos autores en que el sentido de la norma es la protección del tercero de buena fe, quien no debe sufrir las consecuencias de una posible mala fe del apoderado y como tal debe vincular también el mandante en base a la «autorresponsabilidad del poder», es decir, debe responder el mandante de un uso inadecuado del poder por el mandatario incluso en el presente caso, tras el fallecimiento del poderdante cuando el tercero no pudo conocer tal circunstancia. Esta solución se encuentra también presente, como señala MARINO PARDO³, en los Principios Europeos de Derecho de Contratos, «Principios Lando», que en su art. artículo 3.209 señala que «*el poder del representante subsiste hasta que el tercero tenga noticia o hubiera podido saber que: a) el representante, el representado o ambos han revocado o renunciado a ese poder ...*», así como en el Código Civil Catalán, que en su Libro VI, de reciente publicación, dispone en el art. 622-39.3: «*Si los terceros de buena fe no conocen la extinción del contrato, este hecho no les afecta, con independencia de las acciones del mandante contra el mandatario*». A mayor abundamiento, la Propuesta de Modificación del Código Civil dispone, en el art. 1293.3, que «*La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conociera ni hubiera debido conocerla en el momento de celebrar el contrato, a no ser que se haya comunicado o hecho público por los mismos medios por los que se publicó o se hizo público su otorgamiento. En todo caso, la extinción del poder será oponible al tercero que sea adquirente a título*

¹ MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario del art. 7 del Código Civil», *Comentario del Código Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid. 1991, pp. 37 y ss.

² PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «A propósito de la discusión sobre la STS de 13 de febrero de 2014» *Blog Derecho Mercantil España*, entrada de 22 de abril de 2014.

³ MARINO PARDO, Francisco: «La subsistencia del poder extinguido y la buena fe del apoderado. Las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008 y de 13 de febrero de 2014», *blog Iuris Prudente*, entrada de 2 de octubre de 2014.

gratuito y al tercero que solo hubiera tenido conocimiento del mismo a través de la mera declaración del representante». En cualquier caso, como señala ESPEJO LERDO DE TEJADA⁴, la jurisprudencia tradicional del TS sí recoge en numerosas ocasiones la exclusión expresa de la buena fe del representante como requisito necesario para la protección del tercero de buena fe. Así, en sentencia de 1976 afirmó que «es un hecho cierto que el Código Civil en su artículo 1738 lleva en sí, un supuesto determinado, cierta protección especial de los terceros adquirentes, encaminada a evitar que la inexistencia o la extinción del derecho del transferente pueda perjudicar al tercero, y así, dicho precepto defiende a éste sobre la base de una especie de protección de la “confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica” constituyendo dicha norma una excepción a los principios generales, a tenor de los que el error invalida de derecho el consentimiento, ya que se encuentra justificado por los principios de equidad, y como esta validez, constituye una ficción jurídica establecida por la Ley para beneficiar a los terceros de buena fe, ya que el conocimiento de la revocación del “poder” que no llega a éstos sólo cabe imputar al poderdante el riesgo en la creencia del mismo, que sólo él ha creado, y por eso la buena fe de aquéllos es en estos casos fundamento suficiente por sí solos para que sean protegidos».

En vista de lo expuesto, entiendo que la revocación de la nota de calificación del registrador, postura ésta seguida por la DGRN en la Resolución objeto del presente comentario, es la más adecuada. La actuación por parte del apoderado, quien entiendo que conocía el fallecimiento del mandante y, por tanto, la terminación del poder (art. 1732.3 CC) no debe impedir la inscripción de la EP a favor del comprador, quien hay que presuponer que obró de buena fe. Respecto a este tercero conviene destacar que el fallecimiento del poderdante no estaba inscrito en el Registro Civil en el momento del otorgamiento, por lo que, además de que el RC carece de la eficacia general de lo inscrito que sí existe en el Registro de la Propiedad y Mercantil, en ningún caso puede exigírsele que hubiera conocido tal fallecimiento. Consecuentemente, ¿debe negarse la protección al tercero por un negocio jurídico celebrado por un apoderado que aparentemente sigue ostentando poder para realizarlo? Considero que no, que el principio de autorresponsabilidad del poder, de que «allí donde has guardado la confianza debes ir a buscarla» debe hacer que el poderdante, en este caso fallecido, deba asumir las consecuencias, sus herederos en este caso, de la actuación de la persona en quien él confió y todo ello en aras de mantener la rapidez y seguridad en el tráfico.

III. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO DE BUENA FE EN EL ÁMBITO MERCANTIL

La protección del tercero de buena fe es igualmente relevante en la esfera mercantil, donde igualmente se plantea la posible aplicación del art. 1738 CC

⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente», *Revista para el análisis del derecho*, nº 747, Barcelona, enero de 2015.

respecto a los actos realizados por el administrador de una sociedad, en nombre de esta, cuando ha sido cesado y no se ha inscrito el cese en el Registro. Mercantil. ¿Quién debe quedar en este caso protegido, la sociedad o el tercero de buena fe? El art. 20.1 CCo al señalar: «*El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad*», y el art. 21.1, «*Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”*». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción», por lo que el referido tercero igualmente debería quedar protegido. Del mismo modo, y para reforzar la solución señalada y, por supuesto, siendo plenamente conscientes de su aplicación en el ámbito civil, cabría aplicar analógicamente el referido art. 1738 CC o, incluso, el art. 1734 CC.

Cuestión distinta, y siguiendo dentro del ámbito de la representación orgánica, serían los actos realizados por el administrador de la sociedad de capital con cargo caducado e inscrito, que efectivamente pudiera realizar por sí solo, nombrado por un tiempo determinado y no hallándose dentro del supuesto que recoge el art. 222 LSC. En este caso, la protección del tercero prevista en los artículos anteriormente señalados y en los arts. 7 y 8 del RRM entiendo no sería de aplicación, puesto que el tercero carecería de la buena fe exigida al deber conocer, por su publicación, el contenido del Registro Mercantil en el que efectivamente constaría la caducidad de tal cargo.

También ha suscitado serias discrepancias en la doctrina el supuesto de la existencia de dos administradores mancomunados, en el que uno de ellos autoriza al otro a realizar determinados actos por sí solo. Los negocios jurídicos realizados por el administrador que efectivamente ostente el consentimiento serían válidos en tanto que se cumple la voluntad social, prevista en los estatutos de que ambos estén de acuerdo para vincular a la sociedad con los terceros. ¿Qué ocurriría si el que presta el consentimiento fallece previamente a la realización del negocio? En este punto habría que distinguir según si el fallecimiento constara inscrito en el Registro Civil, en cuyo caso sería muy discutible la existencia de una buena fe objetiva por parte del tercero y, por supuesto, siempre que, de conformidad con el art. 171 LSC no se hubiera convocado Junta general y modificado e inscrito la nueva forma de administración, y el supuesto de que ni siquiera se hubiera inscrito en el RC, siendo un supuesto semejante al de la Resolución estudiada en el presente comentario. ¿Podría protegerse al tercero mediante la aplicación del art. 1738 CC? Considero que sí por el carácter general del presente artículo y su posible extrapolación a otros supuestos de representación, pudiendo apoyarse la protección del tercero, incluso, en la figura del gestor de negocios ajenos (art. 1888 CC y ss.).

Por último, me referiré al mandato mercantil, al contrato de comisión, en el que no habría lugar a la polémica objeto de estudio en la Resolución comentada. Si bien el contrato de comisión mercantil, por su carácter «*intuitu personae*»,

ESTEBAN MANUEL GARCÍA MARTÍN

sí se extingue por el fallecimiento del comisionista, no en caso de fallecer el comitente. Por tanto, no sería necesario extrapolar la aplicación del art. 1738 CC, siquiera de la aplicación de la doctrina de protección del tercero de buena fe. Esto se justifica en que los principios que rigen el presente contrato son distintos a los del mandato civil, siendo esencial el principio de conservación de la empresa que impide la terminación del contrato por tal circunstancia, sin perjuicio de su posible revocación por los herederos del comitente.

*(Trabajo recibido el 30/10/2018
y aceptado para su publicación el 20/11/2018)*

TRANSACCIÓN, NOVACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES*

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN

El presente estudio se va a centrar en el análisis de la validez o no de los acuerdos transaccionales o novatorios de préstamos o créditos hipotecarios, teniendo en cuenta, por un lado, la normativa europea de protección de consumidores –efecto de no vinculación previsto en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, efecto disuasorio y el principio de efectividad– y la normativa nacional de consumidores actualmente existente y la futura relativa al crédito inmobiliario que está siendo objeto de su correspondiente tramitación parlamentaria y, por otro, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la materia de cláusulas abusivas y control de transparencia y de nuestro Tribunal Supremo también sobre tales materias y, en especial, las recientes sentencias de 16 de octubre de 2017 y de 11 de abril, de 15 de junio y de 13 de septiembre de 2018 referidas, precisamente, a acuerdos novatorios y transaccionales y su compatibilidad con la protección de los consumidores.

Palabras clave: novación, transacción, renuncia, consumidores, préstamos o créditos hipotecarios, cláusulas suelo, orden público comunitario y cosa juzgada.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación UCM 971680, «Derecho de Daños. Derecho de la Contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

COMPROMISES, NOVATIONS AND CONSUMER PROTECTION

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Contracted Doctoral Lecturer in Civil Law. UCM.

ABSTRACT

The present study focuses on analysing the validity or otherwise of compromise agreements or novations of loans or mortgage credits bearing in mind, on the one hand, European consumer protection regulations (the non-binding effect foreseen in article 6.1 of Directive 93/13/EEC, the deterrent effect and the principle of effectiveness) and also the national legislation on consumer protection currently in place as well as the future regulations on real-estate credits still before Parliament; and, on the other hand, the case law of the European Union Court of Justice regarding abusive clauses and the oversight of transparency, and also that of the Spanish Supreme Court on such matters as well as, in particular, the recent judgments dated October 16th, 2017, and April 11th, June 15th and September 13th, 2018, all referring precisely to resolutions on novations and compromises and their compatibility with consumer protection.

Keywords: novation, compromise, waiver, consumers, mortgage loans or credits, floor clauses, law and order in the community, and *res judicata*.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. TRANSACCIÓN, NOVACIÓN Y RENUNCIA. 1. Transacción. 2. Novación. 3. Renuncia.—III. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: EL CONTROL DE INCORPORACIÓN, CONTENIDO Y TRANSPARENCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE SU INOBSERVANCIA. 1. El orden público comunitario y el efecto de «no vinculación» del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. 2. El valor de la cosa juzgada y la revisión de sentencias firmes. 3. Nulidad de la cláusula novatoria: sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2017. 4. Validez del acuerdo transaccional: sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2017.—IV. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y CONTROL DE CONTENIDO EN LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES Y NOVATORIOS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En relación con contratos de préstamo o crédito hipotecario hemos asistido en los últimos tiempos a la posibilidad de llevar a cabo por las partes implicadas acuerdos novatorios y transaccionales relacionados con las cláusulas que forman parte de dichos contratos. Sobre todo en materia de acuerdos transaccionales nos encontramos ante soluciones extrajudiciales dirigidos a evitar litigios o terminar los ya comenzados.

Ciertamente, un claro impulso en el Derecho de la Unión Europea a la solución extrajudicial de conflictos, se ha concretado a través de la Directiva 2013/11/CEE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por el que se incorpora al ordenamiento interno la Directiva mencionada. El artículo 2.1 de la Directiva 2013/11/CEE se refiere a los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa «que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa», expresión que alude tanto al arbitraje como a la mediación. Y aunque en su considerando número 20 se establezca que «un procedimiento extrajudicial creado *ad hoc* para un único litigio entre consumidor y comerciante no es un procedimiento de resolución alternativa, esto no impide que en los Estados miembros se articulen otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en relación con los consumidores, siempre que se ofrezcan garantías suficientes para la protección y el adecuado respeto de sus derechos». Por lo que la transacción no formaría parte de los instrumentos de resolución alternativa de conflictos (ADR), entre los que estarían la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Por otra parte, el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo (convalidado por acuerdo del Congreso de los Diputados de 31 de enero de 2017) admite la

posibilidad de que la entidad de crédito y el consumidor alcancen un acuerdo sobre la cantidad que deba ser restituida por haberse aplicado indebidamente una cláusula suelo, lo que particularmente se refleja en su artículo 3.3. Tal previsión es reflejo también de la validez de posibles acuerdos en este ámbito sin tener que abocar necesariamente en la judicialización de la controversia. Asimismo, en el apartado III de su preámbulo alude a la voluntariedad a la hora de acceder a un procedimiento de solución extrajudicial con carácter previo a la interposición de la demanda judicial, sin coste adicional para el consumidor e imperativo para las entidades de crédito. Esencialmente, con esa voluntariedad se consigue evitar un posible conflicto con una interpretación exigente del derecho de acceso a la jurisdicción del artículo 24 de la Constitución española. Además se indica que «durante el tiempo en que se sustancie la reclamación previa, las partes no podrán ejercitar contra la otra ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con ánimo de evitar prácticas de mala fe que solo persiguen desde un primer momento entablar acciones judiciales».

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en lo que representa los acuerdos transaccionales y novatorios en el ámbito de la contratación hipotecaria y su operatividad en el marco de la normativa de protección de consumidores y la contenida en el Código Civil. Para ello tendremos en cuenta la reciente doctrina jurisprudencial existente, en concreto analizaremos las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2017¹, en un supuesto de novación; y la sentencia de este mismo Alto Tribunal, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2018², en relación con un acuerdo transaccional. Asimismo, aludiremos a la normativa actualmente en tramitación –Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario– en lo que supone la regulación del control de transparencia material y el deber de información precontractual y cómo afecta a la operatividad de posibles y futuros acuerdos transaccionales.

II. TRANSACCIÓN, NOVACIÓN Y RENUNCIA

1. Transacción

El artículo 1809 del Código Civil establece que «*la transacción es un contrato por el cual, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*».

Para TAMAYO HAYA es «un contrato en el que, antes de las disputas que surgen entre los particulares por el mantenimiento de disparidad de criterios, éstos deciden dentro de la libertad que poseen, sustituir la potestad jurisdiccional de los tribunales de justicia –forma normal y más frecuente de proceder–, o de terceras

¹ RJ 2017/4332.

² LA LEY 21223/2018.

personas privadas –solución arbitral–, por el arreglo pactado de sus intereses. Y la forma normal de proceder no es sino a través de decisiones extrajudiciales, acuerdos de voluntades, cuyo objeto es dirimir la contienda mediante concesiones recíprocas, es decir, abandonando parcialmente sus expectativas y pretensiones»³. RODRÍGUEZ MORATA señala que la transacción «constituye una forma de autocomposición bilateral de conflictos intersubjetivos, por el que los particulares, mediante un convenio o contrato, realizan recíprocas concesiones al objeto de evitar la provocación de un pleito o poner término al que habían comenzado» y añade que «la transacción también denominada concordia, arreglo o acomodamiento es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado»⁴.

Por su parte, NOYA FERREIRO define la transacción como «un contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al ya comenzado»⁵.

En el seno de la jurisprudencia, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de octubre de 1997⁶, dispone que el contrato de transacción «hay que referirlo a todo convenio dispositivo por medio del cual y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios se eliminan pleitos pendientes y futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica que, mediante pacto, pasa a revestir una configuración cierta y vinculante». Efectivamente, mediante la transacción se evita un pleito o se pone fin al que se hubiera iniciado.

Partiendo de tales definiciones podemos destacar como **caracteres** de este contrato los siguientes⁷:

1. Es consensual, pues, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes –existe desde que los contratantes consienten en obligarse–, y está sometido a la libertad de forma, salvo que el acto o negocio jurídico me-

³ TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. IV, coordinadores Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016, p. 1031.

⁴ RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. IX, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 12412.

⁵ NOYA FERREIRO, L.: «La transacción», *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, directora Raquel Castillejo Manzanares, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 377.

⁶ RJ 1997/7073. Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991/3705) y las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 3 de febrero de 1998 (AC 1998/3724); y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 7 de diciembre de 2002 (JUR 2003/33159).

⁷ TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 1033-1034; RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, p. 12415. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8618); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 5.ª, de 22 de enero de 2004 (JUR 2004/80532); y de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 31 de enero de 2001 (JUR 2001/219516).

dante el que se transige sea preciso una determinada forma para su validez. En todo caso, la transacción homologada judicialmente debe constar en auto judicial (artículo 206.2.2.^a LEC) y solo la transacción que conste en documento público puede servir para oponerse a un juicio ejecutivo (artículos 556.II y 557.6 LEC)⁸.

2. Es bilateral o sinalagmático en cuanto surgen obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes y, en consecuencia, para la doctrina mayoritaria procede aplicar el artículo 1124 del Código Civil⁹; y plurilateral si más de dos partes transigen.
3. Es oneroso en cuanto existen recíprocas concesiones¹⁰. Cada una de las partes ha de dar, prometer o retener alguna cosa a cambio de la concesión que hace la otra parte. Estamos ante mutuos sacrificios y ventajas con el objeto de evitar el litigio. No es indispensable la igualdad de los acuerdos adoptados ni la paridad en las concesiones¹¹.
4. Reconocida la onerosidad hay que afirmar su conmutatividad. A este fin señala TAMAYO HAYA que hay que diferenciar dos ámbitos: la finalización del litigio y las recíprocas concesiones. Y añade que «la conclusión de la transacción ha venido impulsada precisamente para eliminar el *alea* que viene ínsito en todo litigio»¹².
5. Es típico por su expresa regulación en los artículos 1809 a 1819 del Código Civil.

En cuanto a los **requisitos** de la transacción hay que señalar los siguientes¹³:

⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *Contratos mercantiles*, t. II, sexta edición, director Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2017, p. 1630. Asimismo, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 1954 (RJ 1954/15459); de 19 de febrero de 1958 (RJ 1958/753) y de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/6042).

⁹ TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1056; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *op. cit.*, p. 1642; RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1816 del Código Civil», *op. cit.*, p. 12441. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8630) y de 11 de junio de 1987 (RJ 1987/4278).

¹⁰ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de noviembre de 1987; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 1 de septiembre de 2001 (JUR 2001/312055).

¹¹ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1964.

¹² TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 1034-1035.

¹³ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «Los contratos aleatorios: la transacción», *Curso de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Contratos y responsabilidad civil*, volumen coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid 2016, pp. 301-302; RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 12414-12415; TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1035.

1. Entre las partes ha de mediar una relación jurídica incierta o litigiosa, esto es, ha de existir incertidumbre, dudas o disputas sobre los derechos, posiciones o pretensiones de cada una de ellas. Se trata de poner fin a una relación jurídica incierta –*res dubia*– mediante un acuerdo o convenio con un contenido cierto y determinado. Si bien, la incertidumbre no se refiere al elemento objetivo de la relación obligacional sobre el que recae la transacción, sino que se refiere al resultado incierto de una decisión judicial que puede poner fin a la controversia existente, lo que se conoce como *timor litis*¹⁴.
2. La intención de los contratantes de poner término a una situación controvertida, incierta y litigiosa, sustituyéndola por otra cierta y determinada en la que se concreta los derechos que corresponden a cada parte y se da por finalizado el litigio en curso o se evita que se inicie¹⁵. Ciertamente, con la transacción se pretende evitar un pleito, por lo que no resulta necesario la amenaza de un pleito inminente, sino sólo su posibilidad, pudiendo en consecuencia operar sobre una situación aún no litigiosa, pero que puede llegar a serlo en un futuro¹⁶.
3. Los contratantes han de hacerse recíprocas concesiones, de modo que, cada uno de ellos, dando, reteniendo o prometiendo alguna cosa sufren algún sacrificio en sus posiciones y pretensiones de forma definitiva¹⁷. No hace falta que las pretensiones sean equivalentes ni que se alcance la paridad en las concesiones, ni siquiera se exige que tenga que ser siempre de contenido económico, pues pueden ser de índole moral¹⁸. En todo caso,

¹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «Los contratos aleatorios: la transacción», *op. cit.*, p. 302.

¹⁵ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 1954 (RJ 1954/3001); de 6 de noviembre de 1965 (RJ 1965/5331) y de 14 de julio de 2010 (RJ 2010/6042).

¹⁶ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 1977 (RJ 1977/3904); y, 2 de junio de 1989 (RJ 1989/4284).

¹⁷ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 1948 (RJ 1948/291); de 10 de junio de 1968 (RJ 1968/3179); de 24 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4335); de 2 de junio de 1989 (RJ 1989/4284); de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8233); de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/6452) y de 25 de mayo de 1999 (RJ 1999/3930).

¹⁸ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1955 (RJ 1955/765); de 19 de diciembre de 1960 (RJ 1960/4101); de 8 de marzo de 1962 (RJ 1962/1229); de 26 de junio de 1969 (RJ 1969/3663); de 21 de octubre de 1977 (RJ 1977/3904); de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989/6972); de 4 de abril de 1991 (RJ 1991/2634); de 16 de mayo de 1991 (RJ 1991/3705); de 30 de junio de 2001 (RJ 2001/4982); de 20 de diciembre de 2000 (RJ 2001/352) y de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/6575).

En esta línea precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8618) que «no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones el designio de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones y aunque si una de las partes no da, promete o cede su derecho, existirá una mera renuncia de la otra; no obstante, las prestaciones pueden ser sacrificios de orden moral y no han de tener necesariamente contenido económico, radicando sus medios en cierto y recíproco sacrificio de parte de las respectivas posiciones y pretensiones de las partes, con el fin de evitar la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado, pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo».

la existencia de estas recíprocas concesiones es lo que permite diferenciar la transacción de otras figuras, como la condonación de la deuda o de la renuncia abdicativa de derechos¹⁹. De todas formas, la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones²⁰.

Su **finalidad**, como dice la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de marzo de 1948²¹, es sustituir una relación jurídica incierta y puesta en litigio o susceptibles de serlo por otra relación no dudosa.

Sobre tales bases conceptuales, en la doctrina se proponen diferentes **clases de transacción**. Así puede ser total o parcial, según se refiera a la completa controversia entre las partes o tan sólo lo haga parcialmente; pura o simple o mixta o compleja en función de si se opera solo sobre la materia misma del litigio o situación controvertida o si afecta a uno o varias pretensiones extrañas al objeto del litigio²². Puede ser definitiva o plantearse para habilitar a un tercero para que resuelva una controversia ajena²³. O, en fin, siendo quizá la que más interés práctico plantea, hay que distinguir entre transacción judicial y extrajudicial. Para RODRÍGUEZ MORATA la transacción es extrajudicial cuando: «1. Se celebra antes de que se inicie el proceso judicial, evitando que éste dé comienzo en el futuro; 2. Se celebra una vez iniciado el proceso judicial, pero sin incorporarse al mismo; 3. Se celebra una vez iniciado el proceso al que se incorpora y pone fin, aunque no es objeto de homologación por parte del juez y al que se incorpora y pone fin, aunque no es objeto de homologación por parte de juez y tampoco evita la sentencia ulterior». Por tanto, evita la provocación del pleito, si bien no produce los efectos propios de la cosa juzgada formal, pues puede ser impugnada como cualquier contrato ante la existencia de vicios del consentimiento por cualquiera de las partes. Pero si los efectos de cosa juzgada material, salvo que hayan versado sobre cuestiones indisponibles por los particulares –estado civil–. Respecto de la judicial, regulada en el artículo 19 de la LEC y que faculta a los litigantes para disponer del objeto del proceso mediante transacción, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razón del interés general o en beneficio de tercero, señala este autor que debe reunir los siguientes requisitos: «1. La existencia de un proceso pendiente ante los Tribunales al que se pretende poner fin mediante la transacción; 2. La incorporación de la transacción al proceso en marcha;

¹⁹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000/9193).

²⁰ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2008 (RJ 2008/6281) y de 5 de abril de 2010 (RJ 2010/2541).

²¹ RJ 1948/291.

²² Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 1955 (RJ 1955/765); de 9 de noviembre de 1969 (RJ 1969/5110) y de 9 de noviembre de 1971 (RJ 1971/4803).

²³ Vid. por todos, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *op. cit.*, pp. 1626-1627; TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1041.

3. La homologación o autorización de la transacción por parte del juez que hasta el momento venía conociendo del asunto objeto de la controversia, dando fin a las actuaciones judiciales mediante auto y no por sentencia»²⁴. Puede ser instada en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o en ejecución de sentencia (artículo 19.3 LEC)²⁵. Y en caso de convenio o acuerdo transaccional de la partes alcanzado extraprocesalmente podrá ser homologado mediante auto ante el Tribunal que conoce el litigio al que se pretende poner fin (artículo 22.1 LEC), otorgándole la eficacia de cosa juzgada propia de las resoluciones judiciales y la virtualidad de no condena en costa a las partes²⁶.

Por lo que respecta a su **régimen jurídico**, el Código Civil no dice nada sobre la capacidad que se requiere para transigir, por lo que las partes deben tener la capacidad de disposición sobre la relación jurídica determinante de la transacción. Si bien, hay que señalar que hay ciertas normas que se refieren a supuestos concretos (artículos 1810 y 1811). Así, en el ejercicio de la representación legal que corresponde a los titulares de la patria potestad, éstos pueden transigir sobre los bienes y derechos de quienes están bajo ésta, si bien han de cumplir con las reglas que se exigen para enajenarlos, esencialmente las contenidas en el artículo 166 del Código Civil, por lo que para tal acto se requiere autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. En cuanto al tutor, el artículo 1811 dispone que no transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en este Código, por lo que necesita autorización judicial para transigir (artículo 271.3). También necesitará autorización judicial para transigir el representante del ausente, si la controversia versa sobre la propiedad o so-

²⁴ RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1816 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 12416-12417 y 12441 y 12443.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de julio de 1996 (RJ 1996/6079), la transacción extrajudicial, para poner término a un pleito comenzado es un contrato y así lo dice el artículo 1809 del Código Civil. Por ello, constituye vínculo obligacional entre los que la hubieran otorgado y su perfección y cumplimiento está sujeto a las reglas generales de los contratos».

²⁵ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/6452) convenio entre litigantes durante la tramitación del recurso de casación.

²⁶ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2010 (RJ 2010/2541) señala que «la transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con efecto de hacer posible su ejercicio como si se tratara de una sentencia (artículos 1816 del Código Civil y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 del Código Civil no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda». *Vid.*, asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2016 (JUR 2016/162336); y la Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2016 (BOE, número 8, de 10 de enero de 2017, pp. 1360 a 1366).

bre la titularidad de derechos reales (artículo 186)²⁷. Tratándose de representante voluntario –mandato representativo– el artículo 1713.2 exige mandato expreso para transigir. En todo caso, el menor emancipado necesitará el complemento de su capacidad para transigir (artículo 323). Y, en cuanto a las corporaciones, el artículo 1812 del Código Civil establece que para transigir se ha de cumplir con los mismos requisitos que se les exige para enajenar sus bienes. Por su parte, el artículo 415.1.IV LEC respecto a la transacción homologada judicialmente señala que el juez examinará la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados que asisten al acto.

En este contexto la transacción ha de tener por **objeto** la relación jurídica controvertida, pues, sin ella y sin la incertidumbre existente sobre el resultado del pleito, no es posible hablar de transacción. Si bien, ésta deberá recaer sobre cada una de las cuestiones controvertidas y, por ende, sobre bienes y derechos susceptibles de ser un objeto de un contrato, por lo que ha de ser el objeto de la transacción posible, lícito y determinado o determinable (artículos 1271 a 1273)²⁸. En principio, las partes únicamente operan sobre la cuestión objeto de controversia –transacción pura o simple–, aunque también pueden hacerlo sobre cuestiones ajenas a la controversia principal –transacción mixta o compleja–. De todas formas, cabe la transacción sobre la acción civil proveniente de un delito, sin conllevar ello la extinción de «la acción pública para la imposición de la penal legal» (artículo 1813); y, asimismo, no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales ni sobre los alimentos futuros, por tratarse de materias que afectan al orden público (artículo 1814). Al respecto dispone el artículo 751.1 de la LEC que las cuestiones civiles en que existe un interés público están excluidas de la posibilidad de transacción. En todo caso «no cabe transigir cuando la ley lo prohíba o establecer limitaciones por razones de interés general o en beneficio de terceros» (artículo 19.1 de la LEC). No obstante, sí se puede transigir sobre las consecuencias de naturaleza patrimonial que pueden derivarse de cuestiones matrimoniales y, sobre los alimentos impagados ya vencidos, al considerarse un crédito disponible²⁹.

La **función o causa de la transacción** es, como señala MARTÍNEZ MARTÍNEZ, «la composición de la controversia jurídica preexistente entre las partes, cuya solución o liquidación asumen los propios interesados evitando provocar un pleito o acabando el ya iniciado y se realiza mediante recíprocas concesiones»³⁰. Por su parte, RODRÍGUEZ MORATA manifiesta que la transacción es un contrato causal, si bien puede servir de causa a las más diversas obligaciones típicas o atípicas. Y

²⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *op. cit.*, p. 1632.

²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «Los contratos aleatorios: la transacción», *op. cit.*, p. 303; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *op. cit.*, p. 1636. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de marzo de 2001 (RJ 2001/4735).

²⁹ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1987 (RJ 1987/8344).

³⁰ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *op. cit.*, p. 1638.

aunque «*el animus transigendi*» no se halla, primariamente, en el intercambio de bienes o servicios obtenidos mediante las recíprocas concesiones de las partes, sino en la resolución de una disputa o, cuando menos, de unas diferencias no siempre contrastadas, la causa de la transacción en suma no es otra cosa que dirimir controversias, autocomponiéndolas los propios interesados, sin necesidad de que juzgue sobre ellas el órgano judicial»³¹.

Ahora bien, la transacción, como cualquier contrato, tiene fuerza de ley entre las partes y obliga al cumplimiento de lo acordado (artículo 1257 del Código Civil). Por lo que la **eficacia** obligatoria de la transacción y la renuncia a someter a juicio la controversia que forma parte de su esencia, se circunscribe a las partes contratantes y los que de ellos traen causa y sin que, en principio, pueda obligar a terceros no intervinientes en la misma³². Esta vinculación de las partes a lo acordado alcanza a lo que expresamente se hubiera convenido por aquéllas en el contrato transaccional o se dedujera de sus términos (artículo 1815.1) –esto es, obliga a los interesados a la estricta observancia de lo que constituye su contenido obligacional expreso o que se pueda inducir de sus términos–³³. De forma que el contrato transaccional requiere de una interpretación estricta y su eficacia no puede traspasar los límites del objeto controvertido que constituye su objeto; de ahí que se considere que el artículo 1815.1 es un precepto interpretativo especial en relación con las normas generales establecidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil³⁴. Asimismo, y en lo que representa la renuncia general de derechos que se puede contener en un contrato de transacción, hay que señalar que la misma ha de referirse a los derechos «que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción» (artículo 1815.2).

En todo caso, la transacción tiene el valor de cosa juzgada entre las partes (artículo 1816). Sin embargo, existen diferencias entre la autoridad de cosa juzgada de la transacción y los efectos de la cosa juzgada material de las sentencias firmes. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de abril de 1985³⁵, «la autoridad de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil

³¹ RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, p. 12415.

³² Las partes no pueden desconocer la fuerza vinculante del contrato y su eficacia «novatoria o liquidatoria» intentando «evitar su cumplimiento, exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes de las relaciones jurídicas cuya incertidumbre generó el pacto transaccional» (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 1963 (RJ 1963/2418); de 29 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8575); de 6 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8618); y de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/6575)).

Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de septiembre de 1955 (RJ 1955/27249); de 28 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4365); de 30 de octubre de 1989 (RJ 1989/6972); de 19 de octubre de 1995 (RJ 1995/7546); de 21 de junio de 2005 (RJ 2005/4933) y de 10 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8034); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.ª, de 20 de abril de 2015 (JUR 2015/169041).

³³ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de julio de 1991 (RJ 1991/5385); de 16 de marzo de 1995 (RJ 1995/2659); de 9 de julio de 1995 (RJ 1995/4913) y de 7 de julio de 2006 (RJ 2006/4715).

³⁴ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de enero de 1999 (RJ 1999/635).

³⁵ RJ 1985/1690.

atribuye a la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes, dado que a la posibilidad de impugnar la transacción en que intervenga error, dolo, violencia o falsedad de documentos con el riesgo de nulidad, se contraponen la irrevocabilidad de tales sentencias; tienen, sin embargo, de común (...) la idéntica consecuencia de vincular al órgano jurisdiccional del posterior proceso, bien en su aspecto negativo de impedir una nueva decisión sobre el fondo, bien en su aspecto positivo de condicionarla». Por lo tanto, la autoridad de cosa juzgada atribuida a la transacción excluye la posibilidad de someter a los órganos jurisdiccionales las cuestiones que determinaron la transacción y fueron resueltas por medio de la misma —efecto vinculatorio de la transacción misma en proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos—³⁶. En consecuencia, si una de las partes formulase pretensión procesal en la que pretendiera que los órganos judiciales resolviesen de nuevo sobre cuestiones ya transaccionadas, la otra parte podrá oponer la *exceptio rei per transationem finitae* —no es una verdadera excepción procesal sino una «excepción de transacción» o «*exceptio pacti* de carácter material»—³⁷. Si bien, esta excepción de transacción puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque el artículo 557.1.6.^a de la LEC se refiera solo a ella como excepción de la acción ejecutiva³⁸. De todas formas, la autoridad de cosa juzgada de la transacción se manifiesta en el absoluto respeto a la nueva situación y en el cumplimiento de las obligaciones fijadas en el pacto transaccional³⁹, por lo que determina que, si se incumple lo acordado en el convenio transaccional, se ha de acudir a la vía judicial y el órgano jurisdiccional habrá de atender a lo expresamente pactado por las partes en el contrato transaccional, sin perjuicio de poder instar la resolución de la transacción, si abiertamente se faltase a las estipulaciones⁴⁰.

³⁶ Como señala el Tribunal Supremo, «si la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada no le es dable para evitar su cumplimiento, exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes las relaciones jurídicas cuya incertidumbre generó el pacto transaccional que, ha de ser respetado con absoluto y escrupuloso cumplimiento de las obligaciones asumidas» (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de abril de 1963 (RJ 1963/2418); de 14 de mayo de 1982 (RJ 1982/2573); de 14 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9442); de 30 de enero de 1990 (RJ 1990/101); de 30 de enero de 1999 (RJ 1999/635) a lo que añade que «los efectos de la cosa juzgada se manifiestan en el absoluto respeto a la nueva situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general; y de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004/6575).

³⁷ RODRIGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1816 del Código Civil», *op. cit.*, p. 12438. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de septiembre de 1984; de 8 de julio de 2008 (RJ 2008/3351) y de 5 de abril de 2010 (RJ 2010/2541), señala que esta *exceptio pacti* tiene un significado semejante al de la cosa juzgada material, puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiere a ella como excepción a la acción ejecutiva (artículo 557.1.6.^a LEC). Asimismo, *vid.* la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 9.^a, de 11 de septiembre de 1999 (AC 1999/1960).

³⁸ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2010 (RJ 2010/2541).

³⁹ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de abril de 1989 (RJ 1989/3244).

⁴⁰ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de mayo de 1950 (RJ 1950/728) y de 16 de mayo de 1951 (RJ 1951/1616).

En este contexto no procede la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de una transacción judicial (artículo 1816, último inciso). Ciertamente, el auto que homologa la transacción judicial (artículo 206.2.2 LEC) es título que lleva aparejada la ejecución (artículo 517.2.3 LEC), aunque también lo es la primera copia de la escritura pública en que consta la transacción extrajudicial (artículo 517.2.4 LEC).

Ahora bien, la atribución a la transacción de la autoridad de cosa juzgada no impide la posibilidad que pueda ser impugnada por error, dolo, violencia o falsedad de documentos (artículo 1817.1 del Código Civil)⁴¹. Para la impugnación del error vicio será preciso que éste sea esencial —que si haberlo padecido la declaración no se hubiese emitido— y excusable —aquel en que razonablemente se puede caer y que no sea imputable al que lo padece—. Además el artículo 1266 CC exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa objeto de contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Y es opinión mayoritaria de la doctrina la necesidad de diferenciar según que éste incida sobre cuestiones que ya se han planteado en la controversia (*error in caput controversum*) o sobre cuestiones que no han sido objeto de la controversia (*error in caput no controversum*), y la exclusión de la impugnación de la transacción por error de derecho con base en la propia configuración del contrato⁴². Por otra parte, se limita el campo de actuación del error de hecho en la transacción, pues se impide al que hubiera sufrido tal error servirse del mismo en los casos en que por la transacción la otra parte hubiera desistido del pleito ya comenzado (artículo 1817.2).

Además, sobre la base de los artículos 1269 y 1270 del Código Civil podrá también impugnarse la transacción cuando una de las partes, con palabras o maquinaciones insidiosas, induce a la otra parte a celebrarlo⁴³. El dolo puede ser producido por la contraparte o por un tercero ajeno a la relación contractual, si bien, si ninguna de las partes conocía la situación que había provocado el dolo, o no había confabulado con aquél, no estamos ante un supuesto de ineficacia del negocio; si bien, puede ser el negocio jurídico anulado por error, cuando el dolo del tercero haya provocado un error esencial en una de las partes contra-

⁴¹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de abril de 2010 (RJ 2010/2541); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 12 de abril de 2005 (JUR 2005/129939).

⁴² RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1817 del Código Civil», *op. cit.*, p. 12448; TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1817 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 1076-1077.

⁴³ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 3 de febrero y 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/347; RJ 1981/4001); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 21 de abril de 1993 (AC 1993/597) manifiesta que, «constituyendo dolo un vicio del consentimiento contractual, es comprensivo tanto de la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, como de la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe, lo que exige la concurrencia de dos requisitos, constituido el uno por el empleo de una maquinación engañosa, o conducta insidiosa del agente, ya por acción, abstención u omisión, y de otra, la inducción que tal comportamiento ejerce sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio que de otra forma no hubiera realizado».

tantes⁴⁴. En todo caso, no habrá anulación cuando se dé un dolo recíproco. De todas formas, aunque nuestro Código Civil no considera ilícita la *litis temeraria*, esto es, cuando una de las partes mantiene su pretensión sabiendo que carece de fundamento con la finalidad de obtener una ventaja, aprovechándose del temor inducido a la parte contraria. Esta falsedad en la posición temeraria de una de las partes puede determinar la anulabilidad del contrato transaccional, si resulta constitutiva de dolo⁴⁵.

Finalmente, relacionado con la actuación dolosa de una de las partes contratantes, hemos de referirnos a la posibilidad que la transacción resulte afectada y ser causa de anulabilidad de la misma cuando, con posterioridad a ésta se descubrieran nuevos documentos cuyo desconocimiento sea debido a la mala fe de una de las partes (artículo 1818). Por otra parte, en caso de sentencia firme, la transacción podrá ser, asimismo, anulable cuando se celebre ésta, ignorando, alguna de las partes interesadas la existencia de tal sentencia. Lo que resulta exigencia lógica derivada de la cosa juzgada material y formal de la que gozan las resoluciones judiciales firmes (artículo 207 de la LEC) y es una facultad que se reconoce a quien en su momento obtuvo una sentencia favorable sobre una controversia. No obstante, no se reconoce la facultad de impugnar la transacción en los casos en que la sentencia ignorada careciera del carácter de firme. En consecuencia, solo hay límite a la validez del pacto transaccional cuando la sentencia adquiere firmeza en cuanto no hay posibilidad de revocación.

2. Novación

En este contexto, la novación, por su parte, supone «la sustitución o cambio de una obligación por otra posterior, que extingue o modifica la primera, ya variando su objeto o condiciones principales, o bien sustituyendo la persona del deudor, o subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»⁴⁶. Por lo que supone o bien una modificación de una relación obligatoria preexistente, subsistiendo la obligación originaria, pero modificada (**novación impropia o modificativa**)⁴⁷; o bien su extinción y su sustitución por otra nueva (**novación propia o extintiva**). A la novación modificativa se refiere el artículo 1203 y los artículos 1209 a 1213 del Código Civil, reguladores, en sede de novación, de la subrogación de un tercero

⁴⁴ TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1817 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1078. Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de abril de 1994 (RJ 1994/3218).

⁴⁵ TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, p. 1036.

⁴⁶ VAQUERO PINTO, M.^a. J.: «Comentario al artículo 1203 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 8897.

⁴⁷ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015/335).

en los derechos del acreedor⁴⁸ y puede afectar a los sujetos (novación subjetiva) o al objeto (novación objetiva)⁴⁹.

La cuestión importante es determinar en cada caso cuándo hay modificación y cuándo hay extinción, lo que se puede resolver con los criterios establecidos en el artículo 1204. Así, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «hay extinción y no modificación cuando se declare terminantemente o cuando la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles» y añade: «en los demás casos, siempre que se pruebe que efectivamente ha habido intención de introducir alguna variación en la obligación hay que entender que estamos ante una mera modificación, con subsistencia de la obligación inicial modificada»⁵⁰. De todas formas, nuestro Tribunal Supremo entiende que, en los casos dudosos, ha de entenderse que la novación es modificativa y no extintiva. Asimismo, que la voluntad de las partes resulta esencial para afirmar la existencia de novación en una u otra de las modalidades, como la significación económica de la novación⁵¹. Y en ningún caso la novación se presume, sino que debe constar inequívocamente la voluntad de novar, por lo que no puede inferirse de meras deducciones o conjeturas⁵². En todo caso, la determinación de cuándo hay novación extintiva o modificativa representa una cuestión de hecho que corresponde decidir al Tribunal de instancia, por lo que no puede ser revisada en casación⁵³.

⁴⁸ En el ámbito de los préstamos hipotecarios, el artículo 4.2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere a un supuesto de novación. Así dispone que «cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: 1. La ampliación o reducción de capital; 2. La alteración del plazo; 3. Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; 4. El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; 5. La prestación o modificación de las garantías personales».

⁴⁹ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de marzo de 2006 (RJ 2006/5724) señala que: «(...) La novación modificativa o impropia, como su denominación implica, no tiene efectos extintivos, sino únicamente de simple cambio o alteración de algunos de los aspectos no fundamentales en cuanto a su carácter y naturaleza, del negocio u obligación por ella aceptado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aun cuando modificado en algunos de sus aspectos». Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5121) tiene lugar la novación del préstamo hipotecario en el que se han subrogado los compradores de una vivienda, sustituyendo el euro como moneda de pago inicialmente pactado por el franco suizo y conversión del capital pendiente de amortizar en euros a francos suizos.

⁵⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, C.: «Modificación y extinción de las obligaciones», *Curso de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Teoría General de la Obligación y el contrato*, volumen coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid 2016, p. 263.

⁵¹ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 1981 (RJ 1981/2141); de 3 de octubre de 1985 (RJ 1985/4570); de 26 de julio de 1997 (RJ 1997/5953); y, de 9 de marzo de 2005 (RJ 2005/2223).

⁵² Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 1986 (RJ 1986/5948); de 17 de febrero de 1987 (RJ 1987/700); de 28 de mayo de 1996 (RJ 1996/3860); de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997/4332); de 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8591) y de 19 de diciembre de 2001 (RJ 2001/249). Si bien, se admite la novación extintiva tácita cuando la nueva obligación es de todo punto incompatible con la antigua, vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 2008 (RJ 2008/4038).

⁵³ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6401) y de 29 de enero de 1999 (RJ 1999/330).

Ahora bien, el acuerdo novatorio ha de reunir los elementos esenciales para la conclusión de cualquier contrato, esto es, consentimiento, objeto y causa. Con relación a la forma del convenio es aplicable el principio de libertad de forma, si bien se requerirá una determinada forma cuando se modifique una obligación que la requiera o cuando venga impuesta por la naturaleza de la nueva obligación⁵⁴.

En cuanto a los **efectos** de la novación, el artículo 1207 del Código Civil, consecuencia del principio de lo accesorio sigue a lo principal, determina que, cuando se extinga la obligación principal por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento; y, asimismo, la novación es nula cuando también lo fuera la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen (artículo 1208)⁵⁵. Por ello, la extensión de la ineficacia de la obligación extinguida a la nueva obligación cede en dos casos: cuando la causa de nulidad solo puede ser invocada por el deudor —máxime cuando nos encontramos ante un caso de novación subjetiva por cambio de deudor—⁵⁶; o cuando el negocio novatorio pueda constituir una forma de confirmación tácita de la eficacia del negocio cuando se cumplan los requisitos del artículo 1311 del Código Civil, esto es, «cuando la parte que estuviera legitimada para anular el contrato conociera la causa de la nulidad y ésta hubiera cesado»⁵⁷.

Si la obligación primitiva es simplemente anulable, en principio es posible la novación, pero la eficacia de la nueva obligación depende que la primitiva sea impugnada. Si la acción prospera, la ineficacia de la obligación primitiva se extiende a la obligación novada. Si no prospera o resulta convalidada o confirmada la obligación primitiva, la nueva obligación es válida, eficaz y adquiere firmeza.

⁵⁴ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6689); de 11 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9478) y de 4 de abril de 2011 (RJ 2011/3142).

Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 29 de enero de 2008 (RJ 2008/228) señala que «no cabe la novación por decisión unilateral, pues vulneraría de pleno el artículo 1256 del Código Civil, ni se puede dar valor de consentimiento al silencio, pues, de una parte, la jurisprudencia ha señalado que solo cabe dar valor al silencio cuando se pueda y deba responder y el consentimiento pueda prestarse en forma tácita, pero ha de resultar de una conducta terminante, clara e inequívoca».

⁵⁵ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9713) y de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009/7), que consideró ineficaz la obligación nacida de la subrogación en la posición deudora de un préstamo nulo por usurario porque en tal caso «la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar».

⁵⁶ PERTINEZ VÍLCHEZ, Fco.: «Comentario al artículo 1208 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. III, coordinadores Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016, p. 518, precisa al respecto que «es lógico que si el único legitimado para invocar la ineficacia de la obligación fuera el deudor primitivo, como titular de un interés protegido por la norma que determina la ineficacia del contrato, no opere a consecuencia de la novación subjetiva, una especie de sucesión de la legitimación para anular el contrato en la persona del nuevo deudor, salvo, claro está, que en el mismo concurra la misma causa de anulabilidad».

⁵⁷ PERTINEZ VÍLCHEZ, Fco.: «Comentario al artículo 1208 del Código Civil», *op. cit.*, p. 518.

Sobre tales bases procede señalar que **la transacción y la novación** no son figuras excluyentes entre sí, representan dos institutos jurídicos que tienen una naturaleza jurídica diversa, aunque pueden coincidir en los efectos y ciertamente operan sobre una relación jurídica preexistente. Es cierto que puede haber transacción sin novación, novación no transaccional, pero también una transacción en la que puede haber a su vez una novación modificativa de un contrato previo, esto es, producir efectos novatorios⁵⁸. TAMAYO HAYA señala las siguientes diferencias entre ambos institutos así: «la transacción parte de la existencia o posibilidad de un litigio que provoca un estado de incerteza, en la novación esta premisa se centra en la existencia segura de una obligación». Por otra parte, señala que «la novación opera una sustitución de obligaciones unidas entre sí por un estricto nexo causal, de tal forma que la validez de la obligación nueva presupone aquella de la obligación novada, la transacción novativa sustituye una relación incierta e inválida por otra cierta y válida, haciendo independiente la validez de la obligación nueva de la situación precedente. El *animus novandi* se contrapone al *animus transigendi*: aunque en un primer momento parezca que pueda darse una novación, las partes no tienen intención de novar, no persiguen la modificación o extinción de una relación obligatoria, sino evitar un pleito»⁵⁹. Ciertamente, la transacción no conlleva necesariamente una novación extintiva o modificativa de las obligaciones de las partes en conflicto, no hay *animus novandi* en la transacción, sino *animus transigendi*. El presupuesto del que se parte es, precisamente, la existencia de una relación jurídica controvertida sobre la que se pretende evitar un pleito y, en consecuencia, acordar la constitución de una relación jurídica nueva y no controvertida entre las partes. Si bien, es posible que la modificación de la situación jurídica preexistente determine que la novación incida en la transacción en cuanto medio que posibilite su alcance⁶⁰.

⁵⁸ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de diciembre de 1960 (RJ 1960/4101); de 26 de abril de 1963 (RJ 1963/2418); de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/6452) y de 10 de julio de 2002 (RJ 2002/5908). Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 6 de febrero de 1959 (RJ 1959/462) rechaza la aplicación de las normas de la novación a la transacción.

⁵⁹ TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 1054-1055.

⁶⁰ RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1816 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 12438-12439 señala al respecto que «cuando la transacción incida sobre la situación litigiosa alternado el título constitutivo cabría señalar que se ha producido una novación. Por el contrario, cuando la composición de la controversia se produzca respecto de algunos aspectos del título que constituyen la situación jurídica preexistente, la transacción no produce efectos novatorios». Por su parte, CARRASCO PERERA, Á.: «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Una buena sentencia de casación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 13 de abril de 2018, p. 5, manifiesta que «novación y transacción no son excluyentes porque no se mueven en el mismo plano lógico. Pero no toda novación es transacción, porque se requiere en aquella nueva causa (nuevas contraprestaciones respectivas) y un estado previo de mínima contienda o mínima incertidumbre». Asimismo, MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 de abril de 2018, p. 4, dispone que «la transacción es un contrato mientras que la novación no, pues se trata de una forma de modificar o extinguir las obligaciones. (...). En conclusión, un acuerdo entre dos sujetos puede ser una transacción y al mismo tiempo novar un contrato previo. Puede también ser una novación transaccional. Y es posible que ese acuerdo nove algún elemento del contrato original e introduzca por primera vez nuevo contenido vinculante entre las partes (nueva regulación *ex novo*)». En fin, RUIZ-RICO RUIZ, J. M.,

3. Renuncia

Finalmente, con relación a la renuncia constituye una manifestación de voluntad llevada a cabo por el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo y se exige que esa voluntad, además de personal, sea clara, terminante e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o tácita, si bien mediante actos concluyentes, igualmente claros e inequívocos⁶¹. Como se trata de un acto de disposición de un derecho por su titular, se exige plena capacidad de obrar. Ahora bien, es preciso para que la renuncia sea válida y tenga efectos que, no implique perjuicios para terceros ni sea contraria al interés o el orden público (artículo 6.2 del Código Civil). Una renuncia que también puede afectar a las acciones que derivan de un derecho del sujeto renunciante. En todo caso, para que pueda tener lugar la renuncia, resulta necesario que los derechos y acciones que se renuncian sean efectivamente renunciabiles.

Sobre tales bases hay que señalar que la renuncia previa del consumidor y usuario a los derechos que les reconoce la normativa sobre protección de consumidores es nula e, igualmente, se entiende nulo cualquier acto realizado en fraude de ley (artículo 10 del TRLGDCU). Lo que se presenta como una manifestación concreta de la norma general sobre la exclusión de la ley aplicable contenida en el artículo 6.2 del Código Civil. Al dotar de imperatividad a las normas de derecho de consumo, la renuncia previa a los derechos conferidos al consumidor será una renuncia contraria al orden público y, por tanto, nula de pleno derecho⁶².

«Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 150, abril-junio 2018, pp. 169 y 171, manifiesta que «el contrato de transacción nunca será técnicamente una novación, ya que precisamente, por discutirse sobre cuál era el objeto preciso de la obligación u obligaciones asumidas por una de las partes y mantenerse posturas discrepantes, no se podrá saber nunca si ha habido realmente o no una auténtica novación de la relación originaria. Esto mismo sucede incluso aunque estemos ante una transacción de las llamadas «mixtas» en las que se entrega a una de las partes una prestación que no estaba prevista originariamente en el contrato primitivo a cambio de la total renuncia de ésta a su pretensión». A todo esto añade «la imposibilidad de recurrir analógicamente al artículo 1208 del Código Civil para aplicarlo a las transacciones, no sólo porque ni habría una laguna legal que cubrir, sino porque el legislador consideró la cuestión y decidió que no era merecedor de un trato específico el supuesto de transacción sobre contrato previo nulo, sino que se regiría por las reglas específicas sobre la ineficacia de las transacciones».

Respecto de la posibilidad que la transacción pueda contener un acuerdo novatorio, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de julio de 1998 (RJ 1998/64529); de 10 de julio de 2002 (RJ 2002/5908) y de 21 de febrero de 2015 (RJ 2015/335), que disponen que la transacción sea judicial o extrajudicial tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida.

⁶¹ *Vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de enero de 1995 (RJ 1995/178); de 12 de febrero de 2016 (RJ 2016/242) y de 6 de junio de 2017 (RJ 2017/3495).

⁶² PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 10 del TRLGDCU», *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 105; CÁMARA LAPUENTE, S.: «Comentario al artículo 10 del TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, director Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011, p. 218.

Lo que se prohíbe en el artículo 10 del TRLGDCU es la renuncia previa total o parcial de los derechos y facultades que en la normativa de consumo se concede a los consumidores y usuarios. Sin embargo, no está prohibida la renuncia total o parcial de estos derechos y facultades una vez que se han adquirido. De forma que todos los derechos de carácter patrimonial que el consumidor tiene tras la celebración del negocio jurídico de consumo poseen carácter disponible y su renuncia no contraviene ni el interés ni el orden público⁶³. En este contexto, el artículo 86.7 del TRLGDCU dispone que «*en cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, en particular aquellas estipulaciones que prevean: 7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*». Ciertamente, este precepto se refiere a la renuncia anticipada o exclusión de la ley aplicable, teniendo en cuenta el carácter imperativo del derecho de consumo y también a la renuncia *a posteriori* respecto de cualquier derecho ya adquirido conforme a la ley, cuando se pretende imponer aquélla como cláusula predispuesta. Ahora bien, el artículo 86.7 no convierte automáticamente la cláusula en la que se contiene la renuncia en abusiva, sino que estamos ante una presunción *iuris tantum* de abusividad que exige someterlo a los criterios generales del artículo 82.1 y 3 del TRLGDCU –integrada en la lista gris como «cláusulas contractuales presuntamente abusivas»–, por lo que corresponde al empresario predisponente la carga de probar la validez de la cláusula por no ser contraria a la buena fe o cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato⁶⁴. En todo caso, el citado artículo 86.7 opera tanto para las renunciaciones de derechos reconocidos en normas imperativas como dispositivas; si bien, en este último caso, no deviene nulo, sino que haya que atender a los parámetros de abusividad contenidos en el artículo 82 del TRLGDCU.

III. PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES: EL CONTROL DE INCORPORACIÓN, CONTENIDO Y TRANSPARENCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE SU INOBSERVANCIA

El artículo 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación –en adelante, LCGC–, establece que 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, su apariencia

⁶³ PEÑA LÓPEZ, F.: «Comentario al artículo 10 del TRLGDCU», *op. cit.*, p. 108.

⁶⁴ CÁMARA LAPUENTE, S.: «Comentario al artículo 86 del TRLGDCU», *op. cit.*, p. 837; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario al artículo 82 del TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, director Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011, pp. 743 y 747; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 86 del TRLGDCU», *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 1258-1259.

externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

A su vez, cuando el contratante sea consumidor, el artículo 80 del TRLGCU utiliza la expresión «cláusulas no negociadas individualmente» en los contratos celebrados con consumidores, respecto de las cuales el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece 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 los contratos de adhesión».

Como puso de manifiesto la sentencia del pleno de la Sala de lo Civil 241/2013, de 9 de mayo⁶⁵, la exégesis del artículo 1 de la LCGC lleva a concluir que los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes –aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Si bien, desde un punto de vista negativo, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y

⁶⁵ RJ 2013/3088. Asimismo, *vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5632).

- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. A tal efecto, la Exposición de Motivos de la LCGC indica 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».

De ahí que, como se declaró en la sentencia 649/2017, de 29 de noviembre⁶⁶, «(...) Parece claro que la utilización de condiciones generales tiene un sentido económico, por lo que en determinados sectores y de manera relevante en la contratación bancaria fue determinante que se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos, por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en el que el destinatario –tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario– las acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio⁶⁷, denomina «contratación seriada» y califica como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

Ahora bien, en lo relativo al conocimiento y consentimiento de las condiciones generales de la contratación, la jurisprudencia ha establecido las siguientes conclusiones:

- a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar.
- b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.
- c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.
- d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario.

⁶⁶ RJ 2017/5632.

⁶⁷ RJ 2012/8857.

Respecto a lo que atañe al requisito de la predisposición se ha considerado que lo determinante es que las cláusulas hayan sido elaboradas o redactadas antes de la celebración del contrato, a cuyo efecto resulta indiferente el formato o soporte en que estén recogidas (documento impreso, archivo informático, etc.), así como que el predisponente sea o no su autor material, pues es suficiente con que las utilice, con independencia de su autoría. Si bien, el sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como predisponente en la relación contractual, sino que lo será quien incorpore las cláusulas predispuestas al contrato. Si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente debiera ser el autor material del contenido contractual, a éste le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales mediante el encargo de la redacción a un tercero.

En todo caso, es el profesional o empresario, en este caso la entidad bancaria, quien asume la «carga de la prueba» de que la cláusula o el condicionado en cuestión ha sido realmente negociado con los clientes o consumidores. En este sentido, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo 649/2017, de 29 de noviembre⁶⁸, es doctrina reiterada de esta Sala que el hecho de que una cláusula, o un condicionado, sea aceptado por el consumidor, no le priva de su calificación de cláusula impuesta. Pues para que no sea considerada como tal no basta con que el consumidor hubiera podido influir en su redacción, sino que es preciso, además, que efectivamente haya influido; extremo que debe ser probado por el profesional o el empresario. En parecidos términos, la redacción del *Darft Common Frame of Reference* (DCFR) respecto del papel activo que debe desempeñar el consumidor para que se considere que ha habido auténtica negociación entre las partes.

A su vez, y de un modo terminante, este papel activo que debe desempeñar el consumidor para poder considerar que la cláusula en cuestión ha sido objeto de negociación es también exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, casos, entre otros, de las sentencias de 21 de febrero de 2013⁶⁹, Banif Plus Bank, C-472/11, y de 14 de abril de 2016⁷⁰, Caixabank, S. A., C-381/14, que a tales efectos expresamente declara: «No obstante, en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

En este contexto, la doctrina emanada de las sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil números 241/2013, de 9 de mayo⁷¹; 464/2014, de 8 de septiembre⁷²;

⁶⁸ RJ 2017/5632.

⁶⁹ TJCE 2013/46.

⁷⁰ TJCE 2016/138.

⁷¹ RJ 2013/3088.

⁷² RJ 2014/4660.

138/2015, de 24 de marzo⁷³; y 139/2015, de 25 de marzo⁷⁴; y de 222/2015, de 29 de abril⁷⁵, han tratado el **control de transparencia** en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria («cláusulas suelo»). Ya con anterioridad a tales resoluciones varias sentencias habían declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre⁷⁶; 375/2010, de 17 de junio⁷⁷; 401/2010, de 1 de julio⁷⁸; y 842/2011, de 25 de noviembre⁷⁹; y se perfila con mayor claridad en las núms. 406/2012, de 18 de junio⁸⁰; 827/2012, de 15 de enero de 2013⁸¹; 820/2013, de 17 de enero⁸²; 822/2012, de 18 de enero de 2013⁸³; 221/2013, de 11 de abril⁸⁴; 638/2013, de 18 de noviembre⁸⁵; y 333/2014, de 30 de junio⁸⁶.

Sin embargo, el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

Y precisamente la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo⁸⁷, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio⁸⁸, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las «contraprestaciones», que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014⁸⁹,

⁷³ RJ 2015/845.

⁷⁴ RJ 2015/845.

⁷⁵ RJ 2015/5042.

⁷⁶ RJ 2010/703.

⁷⁷ RJ 2010/5407.

⁷⁸ RJ 2010/6554.

⁷⁹ RJ 2012/576.

⁸⁰ RJ 2012/8857.

⁸¹ RJ 2013/2276.

⁸² RJ 2013/1819.

⁸³ RJ 2013/1604.

⁸⁴ RJ 2013/3490.

⁸⁵ RJ 2014/2233.

⁸⁶ RJ 2014/3526.

⁸⁷ RJ 2013/3088.

⁸⁸ RJ 2012/8857.

⁸⁹ TJCE 2014/165.

asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015⁹⁰, asunto C-143/13, ratifican que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Por su parte, la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo⁹¹, señala que este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la Sala de lo Civil en la sentencia 406/2012, de 18 de junio⁹², debemos referirnos al control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la «carga jurídica» del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, sigue diciendo la citada sentencia que «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un

⁹⁰ TJCE 2015/93.

⁹¹ RJ 2015/845. *Vid.* asimismo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2017 (RJ 2017/4558); el control de transparencia es aplicable en el contrato de préstamos concertado con consumidores; y, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de diciembre de 2018 (Roj. 4161/2018; Id Cendoj: 28079110012018100687) señala que, el control de incorporación es aplicable a cualquier contrato en que se utilicen condiciones generales de la contratación. Pero no ocurre igual con los controles de transparencia y abusividad reservada a los contratos con consumidores. Y añade que «este tribunal ha sentado una jurisprudencia estable en esta materia contenida en las sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre y 8/2018, de 10 de enero en el que hemos afirmado que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores. Del mismo modo, hemos establecido que el control de transparencia material únicamente es procedente en tales contratos». En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de diciembre de 2018 (Roj. 4144/2018, Id Cendoj: 28079110012018100680) manifiesta al respecto que resulta indiscutido que el prestatario no tenía la condición de consumidor cuando suscribió el contrato, puesto que destinó el préstamo a una actividad profesional o empresarial, como fue la adquisición de una oficina de farmacia (artículo 1 de la LGDCU de 1984, vigente en el momento de celebración del contrato). Desde esa cualidad del adherente no consumidor puede realizarse un control de incorporación de la condición general de la contratación litigiosa, pues dicho control es común a adherentes profesionales y adherentes consumidores, pero no un control de transparencia que, como el de abusividad, está limitado a estos últimos según reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala (sentencias 367/2016, de 3 de junio; 30/2017, de 18 de enero; 41/2017, de 20 de enero; 57/2017, de 30 de enero; 587/2017, de 2 de noviembre; 639/2017, de 23 de noviembre, y 8/2018, de 10 de enero, entre otras).

⁹² RJ 2012/78857.

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».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7 b de la LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio⁹³. El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad («la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles»), 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. Efectivamente, el control de transparencia tiene su justificación en el citado artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente.

⁹³ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 2018 (RJ 2018/2448); señala que no debe confundirse control de transparencia con control de incorporación.

Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 28 de mayo de 2018 (RJ 2018/2281), dispone que: «el control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en los preceptos siguientes: artículo 5 para establecer los requisitos de incorporación; y en el artículo 7 para establecer cuando las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato».

Por ello, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Las citadas sentencias de esta Sala de lo Civil han basado dicha exigencia de transparencia, indicando que van más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y a tales efectos a lo declarado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013⁹⁴, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste».

Ahora bien, esta jurisprudencia 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 la sentencia de 30 de abril de 2014⁹⁵, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multdivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (apartado 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (apartado 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (apartado 73), y concluye el fallo que «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 que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también 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

⁹⁴ TJCE 2013/93.

⁹⁵ TJCE 2014/165.

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».

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior sentencia de 26 de febrero de 2015⁹⁶, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: «de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai⁹⁷, EU:C:2014:282, apartado 73)».

Por su parte, la sentencia de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo), asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15⁹⁸, 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» (apartado 49), añade en los siguientes apartados: «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 2013⁹⁹, 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, 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».

Asimismo, la sentencia de 26 de enero de 2017¹⁰⁰, caso Banco Primus (C-421/14) explicita la consecuencia o efecto de que una determinada cláusula, referida al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, no pase el control de transparencia: «62. (...) según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, 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

⁹⁶ TJCE 2015/93.

⁹⁷ TJCE 2014/105.

⁹⁸ TJCE 2016/309.

⁹⁹ TJCE 2013/93.

¹⁰⁰ JUR 2017/26895.

los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra —cláusulas comprendidas en el ámbito regulado por esta Directiva—, sólo 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 (...)». Por lo que, como se viene entendiendo desde la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, la cláusula suelo forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y por ello del objeto principal del contrato.

En este contexto, el apartado segundo del fallo de la sentencia de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuciuc) asunto C-421/14¹⁰¹ declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del artículo 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: «El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

Por lo que, a efectos del control de transparencia, lo determinante es que la cláusula en cuestión no se ha acreditado que fuera negociada individualmente, sino que ha sido impuesta y predispuesta por la entidad prestamista. Como se indicó en la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, 241/2013, de 9 de mayo, «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». Así como que «la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos

¹⁰¹ TJCE 2017/171.

con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

En relación al objeto principal del contrato, la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que más allá de la mera exigencia de claridad de los términos de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto (sentencias del Tribunal Supremo de 406/2012, de 18 de junio¹⁰²; 221/2013, de 11 de abril¹⁰³; y 241/2013, de 9 de mayo¹⁰⁴).

Ahora bien, a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un *plus* de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. Asimismo, 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 pueden tenerse en consideración otros medios a través de los cuales se pudo cumplir con la exigencia 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 implicaba¹⁰⁵.

Al respecto, en la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, se declaró que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia¹⁰⁶. Debe tomar-

¹⁰² RJ 2012/8857.

¹⁰³ RJ 2013/3490.

¹⁰⁴ RJ 2013/3088.

¹⁰⁵ Vid. las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018 (RJ 2018/58); de 7 de junio de 2018 (RJ 2018/2414); de 13 de junio de 2018 (RJ 2018/2450) y de 20 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4260);

Por su parte, en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2018 (RJ 2018/34) y de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/81), la obligación de información y el control de transparencia se ha de cumplir también en caso de subrogación del consumidor comprador en el préstamo suscrito por el promotor vendedor.

¹⁰⁶ Vid. también las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2018 (RJ 2018/1793) y de 15 de junio de 2018 (RJ 2018/2434).

se, además, en consideración que el artículo 84 del TRLDCU solo prevé que el notario no autorizará los contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Por su parte, en la sentencia 138/2015, de 24 de marzo¹⁰⁷ se llama la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo¹⁰⁸ se determinó al respecto que «en la contratación de préstamos hipotecarios puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia (...)»¹⁰⁹.

En este contexto procede señalar la importancia de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Efectivamente, cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional¹¹⁰. Efectivamente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que

¹⁰⁷ RJ 2017/977. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de enero de 2018 (RJ 2018/182) y de 23 de marzo de 2018 (RJ 2018/1892), donde se establece que la necesidad de información no queda excluida por la labor del notario durante la firma del contrato.

¹⁰⁸ RJ 2017/977.

¹⁰⁹ *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (RJ 2018/240), la simple intervención del notario y la prestación de consentimiento contractual por los prestatarios no son suficientes para que la cláusula suelo supere el control de transparencia.

¹¹⁰ *Vid.* la sentencia 367/2017, de 8 de junio (RJ 2017/2509). Igualmente, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de noviembre de 2017 (RJ 2017/5261); el deber de información precontractual incide en el deber de transparencia; de 1 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5634) escritura de novación modificativa de préstamos en la que se constata falta de transparencia; de 29 de enero de 2018 (RJ 2018/199), precisa que la información precontractual es algo más que poner a disposición de los prestatarios el borrador de escritura de préstamo hipotecario; de 1 de febrero de 2018 (RJ 2018/314); y de 24 de mayo de 2018 (RJ 2018/2139), la obligación de información de forma comprensible opera, igualmente, en caso de subrogación del comprador de vivienda en el préstamo solicitado por el promotor.

se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de marzo de 2013¹¹¹, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51 y de 30 de abril de 2014¹¹², caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartado 70. También lo hace la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017¹¹³ en el caso Andriuc, cuyo apartado 48 declara: «Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia 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 (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016¹¹⁴, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)». Asimismo, esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A– Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras». Y en su considerando 58 nos recuerda, de acuerdo con el artículo 3.1, en relación con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia debe hacerse también: «(...) en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en

¹¹¹ TJCE 2013/93.

¹¹² TJCE 2014/105.

¹¹³ TJCE 2017/171.

¹¹⁴ TJCE 2016/309.

cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

Por lo que podemos concluir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea nos destaca que la apreciación del carácter abusivo debe realizarse de un «modo sistemático», esto es, teniendo en cuenta «todos los elementos» que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor (entre otras la ya citada sentencia de 26 de febrero de 2015 y la de 30 de abril de 2014). Asimismo, nos indica que la aplicación del control de transparencia debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor revista una importancia fundamental para que éste pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato.

Sobre tales bases procede señalar que, en el análisis del control de transparencia, no se tienen necesariamente que analizar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para poder concluir que las cláusulas enjuiciadas superan el control de transparencia. En cada supuesto pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia¹¹⁵. Precisamente, la sentencia 241/2013 identificó seis motivos diferentes cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes, que eran los siguientes: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo; d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA; e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual; y f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

¹¹⁵ Vid. la sentencia 171/2017, de 9 de marzo (RJ 2017/977).

De hecho, esta sentencia fue objeto de aclaración por Auto del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2013¹¹⁶, en el que se declaró que: «11. El apartado séptimo del fallo identificó seis motivos diferentes –uno de ellos referido a las cláusulas utilizadas por una de las demandadas– cuya conjunción determinó que las cláusulas suelo analizadas fuesen consideradas no transparentes. 12. A la vista de lo razonado en la sentencia y de los términos del fallo queda claro que las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas. No se trata de una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra. Tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo».

En todo caso, el carácter ejemplificativo de los parámetros utilizados en la sentencia 241/2013 para determinar que las cláusulas suelo no son transparentes y la afirmación en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, que lo determinante es la concurrencia de circunstancias que, en su conjunto, pongan de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia, no permite que para enjuiciar la transparencia de una cláusula suelo se tomen en consideración criterios que nada tengan que ver con el significado y alcance del control de transparencia, o que incluso sean totalmente contradictorios con dicha institución.

Como hemos dicho anteriormente, al predisponente se le exige un *plus* de información sobre las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa, sin necesidad de un examen exhaustivo y pormenorizado. En la contratación en masa, el consumidor centra su atención, y por ello su consentimiento es pleno, en el precio y en la prestación que recibe a cambio. No le es exigible, incluso aunque se trate de una persona con formación, un examen exhaustivo del clausulado general que le permita descubrir aquellas condiciones generales que carecen del tratamiento adecuado a su naturaleza, pese a que influyen decisivamente sobre los elementos esenciales del negocio y que, de un modo sorprendente, pueden modificar la carga económica y las consecuencias jurídicas que el consumidor había considerado que le suponía el contrato.

En cuanto al **control de contenido**, la doctrina suele distinguir entre cláusulas abusivas negras y grises. Así, para GONZÁLEZ PACANOWSKA son «negras» «las cláusulas cuya abusividad deriva sin más de contratar su contenido con el enunciado de la regla general, lo que entraña cierta autonomía en su aplicación». Son cláusulas abusivas *per se*, pues la abusividad opera de forma automática. Son por el contrario «grises» «aquellas que requieren analizar si en el caso concreto se vulnera el límite legal descrito de manera imprecisa o provocan el resultado o efecto que se juzga indeseable, lo que habrá de aquilatarse teniendo en cuenta

¹¹⁶ RJ 2013/3617.

los elementos que señala el artículo 82.3 del TRLGDCU». Por lo que habrá que atender a lo dispuesto en el citado artículo 82 para determinar si la cláusula es o no abusiva –la contravención de la buena fe y al desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes–¹¹⁷. En todo caso, para la calificación de abusividad de una cláusula han de tratarse de condiciones generales, cláusulas predispuestas o prácticas no consentidas expresamente y tal control de contenido se realiza a través del artículo 82.1 y los principios desarrollados en los artículos 85 a 90 –siendo algunas de estas normas imperativas en su alcance–. Como hemos señalado, el control de transparencia tiene su justificación en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, de forma que el control de contenido no puede referirse «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esto es, cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación, si no es transparente. Por lo que dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible «abusividad» del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés «conceptualmente abusivo». Serán, si operan los criterios del artículo 82 del TRLGDCU, abusivas y no vincularán (artículo 6.1 de la Directiva 93/13).

Frente a estas cláusulas están aquellas no negociadas individualmente y que se refiere al objeto principal del contrato y que no son abusivas, si se han redactado de manera clara y comprensiva. Sobre las mismas recae el control de transparencia material –comprensibilidad real y material– al que se refirió la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y con posterioridad en la sentencia de 25 de marzo de 2015, pues, aunque el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no se ha traspuesto, se le ha dado una adecuada interpretación, formando parte de nuestro Derecho interno¹¹⁸. Precisamente, la cláusula suelo no negociada individualmente forma parte del objeto principal del contrato y está sometida al citado control de transparencia material y no al control de contenido. En todo caso, si la cláusula no es transparente y, por ende, abusiva puede considerarse nula. De todas formas,

¹¹⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 86 del TRLGDCU», *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 1106.

¹¹⁸ MUÑOZ GARCÍA, C.: «Acuerdo transaccional para evitar enjuiciar una posible «falta de transparencia» (consideraciones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 151, julio-septiembre 2018, pp. 367-368 dispone al respecto que «mientras la Directiva 93/13 conectó el control de contenido y subsiguiente carácter abusivo de una cláusula (artículos 3 y 4.1) a la consecuencia de que esta «no vinculará» efectivamente al consumidor (artículo 6), no conectó el control excepcional de transparencia del artículo 4.2 a la abusividad, salvo que la cláusula no sea clara y comprensible y tampoco lo conectó con sus consecuencias. Estas cláusulas que no pasan el filtro de transparencia, no entrañan sanciones propias y quedan sometidas una interpretación *contra proferentem*, como así indica el Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13».

recordemos que la citada sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 consideró lícitas la cláusulas suelo.

Por otra parte, procede señalar que, en el plano de la interpretación contractual se da una clara compatibilidad entre el control específico establecido para la contratación bajo condiciones generales, acuerdos y el marco general de interpretación del Código Civil. La razón de esta compatibilidad se residencia en la propia y necesaria abstracción del proceso interpretativo que alcanza, ineludiblemente, a todo orden o tipo de control sobre el contenido y aplicación de las normas, de suerte que los propios controles de inclusión, transparencia y de contenido que prevé la regulación de las condiciones generales de contratación se sirven, previamente, de estos medios interpretativos en su conjunto. De esta forma, los mismos requisitos de incorporación que contempla esta legislación (artículo 5.5 de la LCGC) presuponen que el ajuste a los criterios de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» se ha realizado desde una previa labor interpretativa. En todo caso, la razón de compatibilidad viene establecida expresamente en las reglas de interpretación de la citada ley, pues en su artículo 6.3 se hace una remisión supletoria a las disposiciones sobre interpretación de los contratos contenidas en el Código Civil. De forma implícita, idéntica proyección la encontramos en el régimen aplicable a la declaración judicial de su no incorporación o de nulidad de la cláusula, en donde la sentencia estimatoria debe «aclarar», esto es, interpretar, el alcance de la eficacia contractual resultante o, en su caso, la justificación de la nulidad operada (artículo 9.2 de la LCGC). Todo ello sin perjuicio del alcance interpretativo del artículo 1288 del Código Civil y su incidencia en la llamada «*interpretatio contra stipulatorem*», o del alcance del principio de buena fe como elemento de la interpretación integradora del artículo 1258 del Código Civil¹¹⁹.

En este contexto, respecto a las abusividad de las cláusulas establece el artículo 83 del TRLDCU que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas; el artículo 8 de la LCGC establece en su apartado primero que «serán nulas de pleno derecho las condiciones que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» y en su apartado segundo se dispone que «en particular serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios». No debemos olvidar que el artículo 6.3 del Código Civil señala que los actos contrarios a normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

¹¹⁹ Vid. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2012 (RJ 2012/8857).

1. El orden público comunitario y el efecto de «no vinculación» del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE

Sobre tales bases, la conexión de régimen del control de transparencia, con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13, y a sus propias directrices de «no vinculación» y de «efecto disuasorio», ha sido una constante en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confirmado en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, respecto del régimen normativo que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de la denominada «cláusula suelo» —que determinó un cambio de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero¹²⁰; y en la de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

Así, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, caso Asturcom Telecomunicaciones, S. L., asunto C-40/08¹²¹, en su apartado 52 dispone que «así pues, dada la naturaleza e importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tiene rango de normas de orden público»¹²².

Igualmente, la citada sentencia de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ha manifestado que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición que, como establece en su apartado 54, «debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales, que en el ordenamiento jurídico interno tienen la naturaleza de normas de orden público»; en su apartado 55 insiste que «por otro lado se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que puede restablecer la igualdad entre éstas (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de crédito, C-618/10, apartado 63)»; y, para lograr tal fin, señala en su apartado 57: «incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia del 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 65)». Por lo que el carácter imperativo «como norma de

¹²⁰ RJ 2017/602.

¹²¹ JUR 2017/88971.

¹²² Asimismo, añade en su apartado 53 que «el juez nacional que conozca una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme debe, con arreglo a las normas procesales internas, apreciar de oficio la contrariedad de un cláusula arbitral con las normas nacionales de orden público, está igualmente obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de dicha cláusula desde el punto de vista del artículo 6 de la citada Directiva, tan pronto como dispongan los elementos de hecho y de Derecho necesario para ello». Sobre esta sentencia, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «Cláusula suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales. Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018», *Revista de Derecho vLex*, número 167, abril 2018, p. 5.

orden público de la Directiva» que tiene el efecto «no vinculante» se proyecta sobre las consecuencias de la cláusula declarada abusiva. En todo caso, declarada abusiva la cláusula, el efecto no vinculante de la misma debe aplicarse también de oficio por el juez nacional. Por lo que se establece como una consecuencia ligada causalmente a la declaración de la abusividad de la cláusula, que lo determina de un modo automático (apartados 58 y 59). No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección –ni, por tanto, su contenido sustancial–, poniendo de este modo en cuestión la protección más eficaz del consumidor, mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, como voluntad del legislador de la Unión europea, tal como se afirma en el décimo considerando de la propia Directiva 93/13 (apartado 65). Efectivamente, ha sido «voluntad del legislador de la Unión Europea» que este carácter normativo y, por tanto, vinculante del régimen de ineficacia de la cláusula abusiva formase parte del «contenido sustancial» de la protección dispensada a los consumidores por la Directiva 93/13/CEE.

En esta línea, la también citada sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 respecto del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, reitera en su apartado 42 que «según reiterada jurisprudencia esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véase las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartados 51 y 52; y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 54)», debiendo el juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE (apartado 43)¹²³. A esa actuación de oficio se refería también la sentencia, Gran Sala, de 22 de junio de 2010, caso *Aiz Melki y Sélim Andei*, asuntos acumulados C-188/2010 y C-189/2010¹²⁴, pues el juez nacional encargado de aplicar las disposiciones que forman parte del Derecho de la Unión está obligado a garantizar la plena eficacia de éstas, dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, sin solicitar ni esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional.

La atribución del rango de norma imperativa y de orden público del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que debe ser observada por los tribunales nacionales y su propia actuación de oficio, tiene su razón de ser en la primacía del derecho comunitario que tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha adquirido rango normativo, pues se introduce un nuevo artículo 4 bis, en cuyo apartado primero se establece que los

¹²³ Sobre el orden público comunitario y sus efectos procesales, *vid.* SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores», *Revista de Derecho vLex*, número 158, julio 2017, pp. 1-10; PÉREZ DAUDI, V.: *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona 2018, 175 pp.

¹²⁴ TJCE 2010/439.

jueces y tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²⁵. Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al interpretar el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, ha fijado doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de su inobservancia, pues se trata de una norma de orden público y de derecho imperativo, lo que significa el efecto de no vinculación; como expresión de la ineficacia resultante de la declaración de abusividad, queda asimilado a una nulidad radical o de pleno derecho, tal y como ya contempla el artículo 8 de la LCGC y el artículo 6.3 del Código Civil. Una nulidad absoluta o radical que debe ser apreciada de oficio por los tribunales, sin que pueda beneficiarse de los institutos jurídicos de la prescripción o de la caducidad, ni de la confirmación o convalidación. En todo caso, lo que el efecto no vinculante comporta, como dispone el apartado 71 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, es que «las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales a las que se refiere el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no podrán afectar al contenido sustancial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva, derecho que la citada disposición, tal como ha sido interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recordaba en los apartados 54 a 61 de la presente sentencia, atribuye a los consumidores». Asimismo en esta misma sentencia se destaca que el efecto disuasorio tiene relación con el efecto de no vinculación, esto es, forma parte sustancial del principio de efectividad que consagra el artículo 6.1 de la Directiva y, por tanto, de su consideración o alcance de orden público. Es por ello que se puede afirmar que dicho principio es un desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Justicia en apoyo del nivel de protección máximo que caracteriza la aplicación de esta Directiva. Por lo que tampoco cabe su moderación o integración, es decir, o bien hay efecto disuasorio pleno o no lo hay (apartados 60 y 63). De todas formas, en esta sentencia la falta de transparencia de una cláusula referida al objeto principal del contrato tiene, como sucede con todas las demás cláusulas abusivas, las mismas consecuencias, pues a todas ellas se aplica el artículo 6.1 de la Directiva (apartado 51) serán, por tanto, nulas y se tendrán por no puestas, como si no hubieran existido –no vincularán–, restableciendo al consumidor en la situación originaria de hecho y de derecho con efectos restitutorios *ex tunc* –recordemos que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 los había limitado, en contra de las normas de nuestro Derecho interno (artículo 83 del TRLGDCU y artículo 1303 del Código Civil– los efectos restitutorios de las cláusulas suelo a la fecha de 9

¹²⁵ SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores», *op. cit.*, p. 2, señala que «en la actualidad ya forma parte del ADN de nuestra cultura jurídica la primacía del derecho comunitario»; del mismo autor, «Efectos procesales y sustantivos derivados de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016», *Revista de Derecho vLex*, número 152, enero 2017, p. 3, manifiesta que «este principio de primacía del Derecho comunitario tiene su origen en la primera sentencia del TJUE de 15 de julio de 1964 (C-6/64) y que ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto por el TC en sus sentencias de 2 de julio de 2012; de 13 de febrero de 2014 y de 5 de noviembre de 2015, como por la Sala primera del TS en sus sentencias de 9 de mayo de 2013, de 30 de octubre de 2013 y 8 de septiembre de 2015 y ha sido elevado a rango legal en el artículo 4 bis de la Ley Orgánica 7/2015».

de mayo de 2013 (de la sentencia del Tribunal Supremo sobre cláusulas suelo)–. Por su parte, un tanto más moderado en sus planteamientos, la sentencia de 26 de enero de 2017 establece que respecto a las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida por otra 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. Por lo que incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y en particular si esta causa, en detrimento del consumidor que se trata un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato (apartados 62 y 64). En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determina que corresponde al juez nacional la determinación del carácter abusivo o no de una cláusula que se refiera al objeto principal del contrato por falta o no de transparencia, y no que esa atribución corresponda al Tribunal de Justicia, como lo ha hecho en la anterior sentencia mencionada de 21 de diciembre de 2016¹²⁶.

Sobre tales bases normativas nacionales y comunitaria y, lo que representa su alcance, además de la importancia del control de transparencia y el deber de información en la protección de consumidores ha determinado el análisis juris-

¹²⁶ Señala MUÑOZ GARCÍA, C.: «Acuerdo transaccional para evitar enjuiciar una posible «falta de transparencia» (Consideraciones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018)», *op. cit.*, pp. 368-369, que resulta criticable la extralimitación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «al entender que era competente para resolver acerca de las consecuencias de la apreciación de abusividad por falta de transparencia (artículo 4.2) y las equiparó a las previstas para la cláusula abusiva propia (artículo 3.1 y 6 de la Directiva) en cuanto «no vincularán» todo un exceso»; y añade que «no hacía falta esta extralimitación competencial del tribunal comunitario para resolver lo que es conforme al Derecho español, máxime cuando bastaba con desautorizar al Tribunal Supremo sin invadir competencias que, conforme la propia Directiva 93/13, son propias de los Derechos nacionales». A lo que concluye que «este pronunciamiento produjo efectos muy diversos frente a sentencias firmes e inatacables, también frente a los procedimientos pendientes de resolución, e incluso respecto de quienes no habrían iniciado acciones legales, lo que se presentaba no falta de polémica. Privaba al Estado miembro de cierta soberanía en cuanto a las consecuencias, teniendo en cuenta las muy diferentes categorías de ineficacia contractual que existen en cada Derecho interno». En esta línea, LYCZKOWSKA, K.: «CESCO opina sobre la posición del abogado general del TJUE sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1 de septiembre de 2016, pp. 15-16, manifiesta que corresponde a los ordenamientos internos de los países de la Unión Europea establecer las consecuencias jurídicas diversas, desde la nulidad hasta la anulabilidad de las cláusulas. La Directiva no impone sanción concreta más allá de la «no vinculación» que puede interpretarse de diversas formas.

Por su parte, tanto el Auto del Tribunal Supremo de 77/2016, de 18 de febrero, como la sentencia 156/2016, de 14 de marzo, recogen la siguiente interpretación: «En este sentido, el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha declarado respecto a la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores aunque no hayan sido aplicadas que: «La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando el juez nacional haya constatado el carácter ‘abusivo’ –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13– de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión»».

prudencial que lleva nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 16 de octubre de 2017 y de 11 de abril de 2018 ofreciendo soluciones contrarias, según estemos, ante una novación modificativa o una transacción. Aunque adelantamos el problema no es tanto la naturaleza del acuerdo como la cuestión en ambos casos de la validez o no de tales acuerdos y la aplicación sobre los mismos de la norma de protección de los consumidores –control de incorporación, control de contenido y control de transparencia.

2. El valor de la cosa juzgada y la revisión de sentencias firmes

A falta de una normativa procesal común en el seno de la Unión, precisamente, el principio de autonomía procesal de cada Estado miembro de la Unión, y con ello el principio de equivalencia –que las normas que lo regulen no sean menos favorables que las que rigen en el derecho interno– y de efectividad –que no se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario– determinan que corresponde al juez nacional fijar las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad de una cláusula por falta de transparencia, conforme a la normativa interna y, a su vez, no le permiten que su aplicación afecte al contenido sustancial del derecho del consumidor a no estar vinculado por los efectos de la cláusula declarada abusiva. Por ello, el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución. De ahí que el Tribunal Supremo podía declarar legítimamente en la sentencia de 9 de mayo de 2013 que esta última no afectaba a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales no anteriores con fuerza de cosa juzgada (apartado 68 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016), o bien la fijación de plazos de carácter preclusivo para poder recurrir en interés de la seguridad jurídica resulta compatible con el Derecho de la Unión (apartado 69 de la citada sentencia).

En todo caso, con respecto a los efectos derivados de la cosa juzgada, el apartado 45 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 dilucida si la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones del profesional y del consumidor por un equilibrio real que pueda reestablecer la igualdad entre éstos, que viene a imponer al órgano jurisdiccional remitente la obligación de proceder de oficio a un nuevo control judicial de ese contrato, en contra de las normas procesales nacionales que aplican el principio de cosa juzgada. A tal fin, el Tribunal resuelve a través de los párrafos 2 y 3 del apartado 54 que, «los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esta disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en

el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley» y «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada»¹²⁷. Por todo ello, el mecanismo idóneo para revisar una resolución definitiva y firme que haya declarado los efectos retroactivos de una cláusula suelo siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, fijada en la sentencia de 25 de marzo de 2015, sería el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 228.1 de la LEC, si bien este mecanismo cuente con un plazo preclusivo de 20 días hábiles desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del derecho causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de febrero de 2016¹²⁸, ha desestimado la demanda de revisión de sentencias firmes regulado en los artículos 509 y siguiente de la LEC por entender que: «1. La sentencia no es un documento a los efectos procesales pretendidos, sino una resolución jurisdiccional que establece determinada doctrina legal. El artículo 510.1 a) de la LEC se refiere a los documentos mismos, es decir, al soporte material que

¹²⁷ Asimismo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2015, asunto C-160/14, en su apartado 54 dispone que «es cierto que el Tribunal de Justicia ha señalado la importancia que tiene tanto el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos jurídicos nacionales el principio de fuerza de cosa juzgada, precisamente que, a falta de normativa de la Unión en la materia, el sistema de aplicación de este principio se rige por el ordenamiento jurídico de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía procesal de éstos».

No obstante, para SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «La sentencia del TJUE 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/CEE», *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, enero 2017, p. 5, «al consumidor no le ha precluido la pretensión derivada de los efectos *ex tunc* de la nulidad de la cláusula suelo, ni por la regla preclusiva de la cosa juzgada virtual del artículo 400.2 de la LEC, ni por los efectos negativos excluyentes de la cosa juzgada material del artículo 222 de la LEC, ya que el artículo 6-1 de la Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo que tiene rango de norma de orden público, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del TJUE». En concreto cita el apartado 54 de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 que «posibilita que cuando existan una o varias cláusulas contractuales, cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido que el juez nacional ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesario para ello, el eventual carácter abusivo»; del mismo autor, «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de cosa juzgada regulada en la LEC», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2017, pp. 16 y 21; del mismo autor, «La sentencia del TJUE de 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/UE», *Revista de Derecho vLex*, número 152, enero 2017, p. 6.

¹²⁸ RJ 2016/567.

los constituye y no, de entrada, a los datos en ellos constatados o a su contenido; 2. En todo caso, la sentencia del TJUE es de fecha posterior a la resolución cuya revisión se pretende, por lo que no tiene encaje en el artículo 510.1 de la LEC. Como fácilmente se puede colegir, una sentencia posterior no puede constituir tal documento decisivo, por la razón evidente que no existía al dictarse la que se pretende revisar; 3. Tampoco es documento retenido por la otra parte, ni su falta de disposición por la demandante se debió a fuerza mayor». A esto añade que «el recurso de revisión es un remedio procesal excepcional encaminado a atacar el principio de cosa juzgada, por lo que ha de circunscribirse a los motivos taxativamente señalados en la Ley, que además deben ser interpretados de manera estricta. Por tanto, el recurso de revisión nunca puede ser susceptible de conformar una tercera instancia, ni convertirse en un modo subrepticio de reiniciar y reiterar un debate ya finiquitado mediante una sentencia firme, sin que proceda, a su través, examinar la actuación y valoración probatoria llevada a cabo por el Tribunal que dictó la sentencia impugnada, dado que su finalidad no es ésta, como tampoco la de resolver de nuevo la cuestión de fondo ya debatida y definida en la sentencia recurrida». De lo expuesto, concluye la citada resolución que «la jurisprudencia del TJUE no ha desarrollado una doctrina acerca del problema de revisión de resoluciones administrativas y judiciales firmes que permitan afirmar que una sentencia posterior de dicho tribunal posibilite revisar una sentencia firme dictada por un tribunal español» y además «en nuestro ordenamiento jurídico no existe previsión legal respecto a dicha posibilidad de revisión». De hecho, el legislador español ha tenido la ocasión reciente de hacerlo y, sin embargo, tras la modificación del artículo 510.2 de la LOPJ por la Ley Orgánica 7/2015 únicamente ha previsto un mecanismo especial de revisión cuando se trata de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta línea viene confirmada por el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2017¹²⁹. Frente a la «posible cesión» del principio de efectividad ante el de cosa juzgada o seguridad jurídica y la no posibilidad de revisión de sentencias firmes, se ha propuesto por la doctrina la posibilidad de ejercer acción de responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados a los particulares por infracción de una norma de Derecho europeo ante una sentencia firme o que ha devenido firme¹³⁰; lo que no ha estado exento de crítica por otros.

¹²⁹ RJ 2017/2121. Al respecto precisa CÁMARA LAPUENTE, S.: «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo», *InDret*, número 1, enero 2017, p. 26, que «tampoco parece posible acudir al cauce que ofrece el artículo 510 de la LEC con el *recurso de revisión* de las sentencias firmes, pues ninguno de los motivos tasados encaja con este supuesto, ni la sentencia de 21 de diciembre de 2016 pueda considerarse un «documento decisivo» de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado, ni es motivo de revisión la jurisprudencia del TJUE».

¹³⁰ *Vid.* en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 28 de julio de 2016 (TJCE 2016/314), apartado 18. Asimismo, se muestra partidario de tal exigencia de responsabilidad, SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de la cosa juzgada», *op. cit.*, p. 24. Por su parte, se muestra reticente ante tal actuación PAZOS CASTRO, R.: «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», *La Ley*, núm. 8888, sección Tribuna, 23 de diciembre de 2016, pp. 2-3.

Finalmente, hemos de referirnos al Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito hipotecario actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados –aprobado el 20 de diciembre de 2018 por el Pleno de Congreso de los Diputados–. En su capítulo II se establecen las normas de transparencia y de conducta orientadas, en particular, a la concesión de préstamo responsable; además se establece una regulación detallada de la fase precontractual con el objetivo de garantizar que el prestatario tiene a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar y que, por lo tanto, se puede considerar cumplido el principio de transparencia en su vertiente material y, en fin, se regula una doble comparecencia ante notario: antes de la firma del contrato –siete días naturales al momento de la firma del contrato– en el que se comprobará por el fedatario público que se ha entregado por el prestamista la documentación exigida en el artículo 12 y en los plazos establecidos, asimismo, una función de asesoramiento imparcial al prestatario, aclarando todas aquellas dudas que le pudiera suscitar el contrato y una segunda comparecencia para la firma del contrato.

3. Nulidad de la cláusula novatoria: sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2017

Atendiendo a lo expuesto y en el debate sobre la nulidad o no de los acuerdos novatorios en relación con las cláusulas contenidas en los préstamos hipotecarios, después de declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo y que esa nulidad puede y debe ser apreciada de oficio por los jueces, aplica el artículo 1208 del Código Civil al acuerdo novatorio, por lo que lo considera nulo y el consumidor no puede quedar afectado por él, ni la cláusula suelo puede ser objeto de convalidación ni subsanación.

En este caso, los demandantes suscribieron el 13 de febrero de 2009 una escritura pública de compra de una vivienda en la que además se subrogaron en el préstamo hipotecario concedido al promotor por Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, actualmente Banco Caja España de Inversiones, Salamanca y Soria SAU y asimismo novaron algunas de sus condiciones.

En el apartado tercero de la cláusula cuarta-D de la escritura se fijó un interés nominal del 3% anual para el primer año, y en el apartado cuarto se fijó, para el resto de la duración del préstamo, un interés variable equivalente al Euribor a un año incrementado en 0,35 puntos porcentuales «sin que en ningún caso el tipo de interés nominal anual resultante de cada variación pueda ser superior al 12,50% ni inferior al 3,00%».

Caja España no había informado, con anterioridad a la firma de la escritura, de la existencia del «suelo». Ni siquiera entregó con la antelación exigida reglamentariamente la oferta vinculante con las condiciones del préstamo, pues

este documento fue entregado a los prestatarios simultáneamente a la firma de la escritura.

Los demandantes formularon por tal razón una queja al Servicio de Reclamaciones del Banco de España, y el Servicio emitió un informe en el que apreció que Caja España se había apartado de las exigencias de las normas de transparencia y protección a la clientela y de los buenos usos y prácticas financieras por no haber informado al prestatario, con la debida antelación a la firma de la escritura, de la existencia de la limitación al tipo de interés, pues no entregó la oferta vinculante con la antelación exigida.

En noviembre de 2009, los demandantes remitieron una comunicación a Caja España en la que protestaban por la existencia de la cláusula suelo («que jamás se nos comunicó», decían en su escrito), atribuían a Caja España una actuación de mala fe y solicitaban que se redujera el suelo del préstamo hipotecario a un 2,5%, como otros vecinos de la misma promoción. Caja España accedió a la reducción y durante los años 2010 y 2011 aplicó el suelo del 2,5%. En 2012 volvió a aplicar el suelo del 3%.

El 4 de junio de 2013 los prestatarios presentaron una demanda contra Caja España. Como pretensión principal solicitaron que se declarara la nulidad de la «cláusula suelo» al tratarse de una cláusula abusiva que causa desequilibrio y falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor y por falta de transparencia. Solicitaron también que Caja España les restituyera las cantidades que les había cobrado por la aplicación de dicha cláusula y dejara de aplicarla en el futuro; y, como pretensión subsidiaria, para el caso de que no se estimara la anterior, solicitaron que aplicara el «suelo» del 2,5% y les restituyera las cantidades cobradas a partir de 2012 cuando volvió a elevar el suelo hasta el 3%.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona de 12 de diciembre de 2013 consideró que Caja España había incumplido su obligación de informar a los prestatarios de la existencia de la «cláusula suelo», pues no entregó la oferta vinculante con la antelación necesaria. Asimismo, entendió que esta falta de transparencia viciaba el consentimiento de los prestatarios, por error, y producía como efecto la anulabilidad del contrato por error.

Por tal razón, consideraba que conforme al artículo 1208 del Código Civil, al haber negociado un nuevo suelo del 2,5% en noviembre de 2009, los demandantes sanaron el vicio inicial de la cláusula y la hicieron válida, aunque al tipo negociado del 2,5%.

En consecuencia, desestimó la pretensión principal y estimó la pretensión subsidiaria, por lo que condenó a Caja España a aplicar el suelo del 2,5% y a devolver lo cobrado desde que en 2012 volvió a subirlo hasta el 3%.

Los demandantes recurrieron en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y solicitaron que fuera estimada la pretensión principal de su demanda.

La Audiencia Provincial de Navarra, sección 3.^a, en sentencia de 30 de octubre de 2014, desestimó el recurso porque consideró que los demandantes carecían de legitimación para recurrir, pues la sentencia no les era perjudicial al haber estimado la pretensión subsidiaria formulada en su demanda.

Posteriormente, los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal basado en un motivo y recurso de casación basado en dos motivos. En cuanto al primero se dispone al respecto que este tribunal ha declarado que si «desestimada (al demandante) en primera instancia su pretensión principal y estimada alguna de las subsidiarias, lo que pretende es que en la segunda instancia se estime dicha pretensión principal (...) habrá de interponer recurso de apelación o, en su caso, formular impugnación subsiguiente al recurso del demandado (sentencia 977/2011, de 12 de enero de 2012, y las que en ella se citan).

Ello es así porque cuando el demandante acumula en su demanda una pretensión principal y otra u otras como subsidiarias (esto es, para el caso de que fuera desestimada la principal), si fuera estimada una pretensión subsidiaria y desestimada la principal, la tutela judicial que solicitó le fue negada en parte, por lo que fue afectado desfavorablemente por la sentencia de primera instancia y, por tanto, tenía el gravamen que le legitimaba para apelar y solicitar la estimación de su pretensión principal (en este sentido, sentencia 178/2013, de 25 de marzo).

Lo expuesto supone que la Audiencia Provincial, al negar a los demandantes legitimación para apelar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que desestimó su pretensión principal y estimó la subsidiaria, incurrió en la infracción procesal que se denunció en el recurso extraordinario por infracción procesal, que debe ser estimado.

Dado que la cuestión planteada en el recurso de apelación reviste una naturaleza eminentemente jurídico-sustantiva, pues no se cuestionan aspectos fácticos relevantes, procedió a anular la sentencia de la Audiencia Provincial, asumir la instancia y dictar nueva sentencia en la que se resuelva el recurso de apelación, tomando en consideración las alegaciones formuladas en el recurso de casación.

En el recurso de apelación se cuestiona que la sentencia haya considerado que la consecuencia de la falta de transparencia sobre un elemento esencial como es el interés que devenga el préstamo, al haberse introducido una «cláusula suelo» de la que no se advirtió debidamente a los prestatarios, sea la anulabilidad del contrato. Los recurrentes sostienen que la falta de transparencia determina la nulidad absoluta de la cláusula suelo y, por tanto, no susceptible de subsanación por convalidación o novación.

Respecto al recurso de casación, se indica que el juzgado admitió que la cláusula suelo adolecía de falta de transparencia. El préstamo en que se subrogaron los demandantes les fue ofertado como préstamo con interés variable, con un determinado diferencial sobre el índice de referencia, pero en uno de los incisos de la escritura se establecía un suelo del 3%. Los demandantes tampoco habían recibido, con la necesaria antelación, una oferta vinculante en la que se advirtiera adecuadamente de dicha estipulación y de sus consecuencias, puesto que el documento que recoge la oferta vinculante tiene la misma fecha que la escritura de compra de la vivienda y subrogación en el préstamo hipotecario.

Por estas razones, la cláusula suelo, que tiene una incidencia importante en la posición jurídica y económica de las partes –pues en la práctica convirtió el préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo– carece de transparencia y debe considerarse abusiva. Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el consumidor pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva (artículo 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al consumidor una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico, pues de otorgar una protección inferior se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea. Además, se pone de manifiesto que es reiterada la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el consumidor. A todo esto se añade que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan).

La consecuencia de lo expuesto es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada. El supuesto no entra en la previsión del artículo 1208 del Código Civil, en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

Si bien, este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que ésta adolecía. La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca es preciso que se

den los requisitos que el artículo 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.

Por ello, en el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato, pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria. Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimar la pretensión principal formulada en la demanda –recordemos que en ambas instancias se decide en contra de lo dispuesto en esta sentencia, al entender que, al haber negociado, se sanó el vicio inicial de la cláusula suelo y, por ende, se consideró válida–.

Se parte de la nulidad de la cláusula suelo y cualquier novación que se lleve a cabo con relación a la misma determina, sobre la base de la aplicación del artículo 1208 del Código Civil, también la nulidad de la novación, salvo que, por un lado, la causa de la nulidad solo pueda ser invocada por el deudor –si bien, asimismo, en este caso para el Tribunal Supremo no implica la convalidación de la obligación novada–; o por otra parte, la ratificación que convalida actos nulos de origen –lo que supone aplicar el artículo 1311 del Código Civil que, en principio, opera para la convalidación de los actos anulables–.

De todas formas conviene recordar que las cláusulas suelo, según establece la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, no son cláusulas ilícitas *per se*.

4. Validez del acuerdo transaccional: sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 11 de abril de 2017¹³¹

En este supuesto se discute la validez o no de un acuerdo transaccional en el que se contiene una novación en relación con la cláusula suelo que se ve reducida en su tipo porcentual y, además, se recoge la renuncia a acciones.

¹³¹ CARRASCO PERERA, Á.: «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, de 13 de abril de 2018, pp. 1-2, se muestra muy favorable al contenido de esta sentencia. Así dispone que «no son tan abundantes las buenas sentencias del Tribunal Supremo en el sector de los contra-

Los hechos sobre los que se sustenta el fallo son los siguientes: El 11 de septiembre de 2007, Carolina y Marcial compraron a la promotora Promociones Aragonesas Constructivas, S. L., una vivienda sita en Alagón y se subrogaron en el préstamo hipotecario que había sido concedido por Ibercaja el 4 de abril de 2006.

Ese mismo día, 11 de septiembre de 2007, Carolina y Marcial, por una parte, y Caja de Ahorros de la Inmaculada (CAI), que en la actualidad es Ibercaja Banco, S. A., por otro, otorgaron otras dos escrituras públicas.

En la primera se novaba y ampliaba el préstamo hipotecario. Se pactaba un tipo de interés del 5,20% para el primer año y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,50%. En la página 19 de la escritura, bajo la rúbrica «instrumento de cobertura de tipos de interés», se establecía un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,25% y un límite superior de 9,50%.

En la segunda se otorgaba otro préstamo para financiar la vivienda de 40.584 euros. Se pactaba un tipo de interés del 5,50% para el primer año, y posteriormente un tipo variable, referido al Euribor más un diferencial del 0,70%. En la página 15 de la escritura, bajo la rúbrica «instrumento de cobertura de tipos de interés», se establecían un límite inferior a la variabilidad del interés de 4,50% y un límite superior de 9,75%.

El 28 de enero de 2014, después de que esta Sala Primera hubiera dictado su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, Caja 3 (sucesora de CAI) concertó con Caroli-

tos financieros con consumidores como para que, cuando nos adviene una de ellas, como ocurre en este caso, no deban darse las albricias los juristas de bien los que abominar de la sobranza del oportunismo y superficialidad que infecta la praxis en los tribunales españoles de consumo, los que laboran honestamente por los intereses del *consumidor del futuro*. A lo que añade que «se alegra también interesadamente de que hayan salido válidas las propuestas –entonces aisladas– que yo hice sobre el extremo hoy resuelvo, en un trabajo publicado el 14 de octubre de 2017 en CESCO (*Sobre novaciones de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo*). Para poner paz en su propia galería, supongo la sentencia se ve obligada a hacer extraños distinguos para dar la impresión de que no está derogando la mala STS 558/2017, sino que está tratando de cosa distinta. Pero aquí creo, el empeño de Ignacio Sancho no es exitoso: la deroga en efecto y con eso también nos alegramos». Asimismo, RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *op. cit.*, p. 175, indica que «es perfectamente viable, con la ley en la mano, un acuerdo transaccional entre dos partes, una de las cuales dude o discuta sobre la nulidad de una determinada cláusula contractual de un contrato previo existente entre las mismas partes y, a continuación se llegue a un acuerdo en donde una de las partes restituya parte de lo cobrado, a cambio de que la otra reciba esa suma y a la vez renuncie a reclamar en el futuro la nulidad y los efectos específicos de esa hipotética nulidad». Sin embargo, discrepa de estas opiniones, MARÍN LÓPEZ, M.: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 de abril de 2018, pp. 1-20; y SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.³, «Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013», *Actualidad Civil*, núms. 7-8 julio-agosto 2018, pp. 1-14, que comparte la tesis expuesta por el profesor MARÍN LÓPEZ.

na y Marcial sendos contratos privados que modificaban los contratos documentados en las escrituras anteriores.

En ambos casos, en la primera estipulación, se incluyó la siguiente cláusula: «Primero. Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente. En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25%, ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último.

Y la estipulación tercera es del siguiente tenor: «Las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen».

En ambos documentos, que tienen dos hojas escritas en el anverso, se contiene la transcripción a mano por ambos prestatarios, junto con su firma, del siguiente texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Carolina y Marcial presentaron una demanda en la que pidieron la nulidad de los reseñados instrumentos de cobertura de tipos de interés (cláusulas suelo-techo) incorporadas en las escrituras públicas señaladas, autorizadas por los demandantes y la entidad financiera demandada (Caja 3, que sucedió a CAI) el 11 de septiembre de 2007, así como su posterior rebaja al 2,25% mediante documento privado. La nulidad se fundaba en la falta de transparencia de ambas cláusulas. Además se pidió la restitución de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de esa cláusula desde el 9 de mayo de 2013. El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Zaragoza en sentencia de 14 de julio de 2016 estimó la demanda, al apreciar la falta de transparencia. Reseñó la doctrina establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y razonó lo siguiente: «Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo al caso que nos ocupa debemos comenzar señalando que la cláusula suelo no supera el *standard* de claridad exigido, ya que falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. Por otro lado, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar ni consta información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad –caso de existir– o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. Procede, en consecuencia, declarar la nulidad de la cláusula». El juzgado declaró la nulidad de la cláusula y conforme a lo solicitado condenó a la entidad bancaria a devolver lo que hubiera cobrado de más en aplicación de la cláusula declarada nula, a partir del 9 de mayo de 2013, de las diferencias entre la cantidad liquidada por la en-

tividad financiera efectivamente abonada por el prestatario en cada periodo mensual de amortización y la cantidad que debería haber pagado en dichos periodos mensuales sin tener en cuenta los instrumentos de cobertura de tipos de interés declarados nulos y la posterior rebaja en documento privado, más los intereses legales desde la interpelación judicial, de conformidad con el resto de cláusulas financieras del contrato.

Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación, la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.^a, en sentencia de 13 de diciembre de 2016, desestima el recurso y confirma la nulidad de las dos cláusulas suelo iniciales, las de los contratos de 11 de septiembre de 2007. Asimismo, argumenta con mayor detenimiento por qué también son ineficaces la reducción de las cláusulas suelo al 2,25% y la renuncia al ejercicio de las eventuales acciones de nulidad. Al respecto la sentencia de apelación concluye «la imposibilidad de convalidar la cláusula nula mediante su sustitución por otra que sea más favorable a los intereses del consumidor, incluso aunque contenga una renuncia a la acción de nulidad que pudiera corresponderle».

Ibercaja interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de un único motivo, y recurso de casación, que se articula en cinco motivos. Respecto al recurso de casación interpuesto, en el primer motivo se denuncia «la infracción del artículo 326 LEC –en relación con los arts. 1225 y 1227 a 1230 del Código Civil–, que recoge el valor probatorio de los documentos privados». Se indica que, al contestar a la demanda, se aportó los dos documentos privados, fechados el día 28 de enero de 2014, en los que se instrumentó la novación de las escrituras públicas, en lo que respecta a las cláusulas suelo y su autenticidad no fue negada. Según el recurrente, estos documentos tienen gran relevancia porque suponen el reconocimiento de los actores que en su día conocieron la limitación de variabilidad del interés, comprendiendo además sus consecuencias económicas. Esto es, a juicio del recurrente, dichos documentos acreditan que se cumplió con el requisito de transparencia. Sin embargo, esta prueba documental no fue valorada por los tribunales de instancia. Por lo que procede desestimar el motivo porque en su formulación se denuncia la infracción de un precepto procesal, el artículo 326 de la LEC, que se refiere a que los documentos privados harán prueba plena en el proceso y este tipo de infracciones procesales no tienen cabida en casación.

Respecto al segundo motivo se denuncia la «infracción del principio de libertad contractual y la regulación de la transacción prevista en los artículos 1809 y 1819 del mismo Código Civil, que otorga para las partes a lo transigido la autoridad de cosa juzgada (artículo 1816 del Código Civil)». En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida incurre en esta infracción, al pasar por alto los efectos de la transacción y la renuncia de acciones que contiene sin hacer mención alguna a la misma. Se estima el motivo por las siguientes razones: Los dos contratos privados de 28 de enero de 2014, al margen de su denominación (contrato de novación modificativa del préstamo...), en lo que ahora interesa

contienen dos estipulaciones relevantes: se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, «así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha».

Propiamente, ambos contratos no son novaciones, sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubiera dictado la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción, evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Conviene no perder de vista que la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, expresamente refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan sólo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto mediático de aquella sentencia y sus consecuencias en la litigiosidad posterior explica la reseñada situación de incertidumbre y el *animus* de evitar el pleito, circunstancias que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación. Respecto a la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 señala que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». Y como razón adicional se añade que, al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del artículo 1208 del Código Civil, que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

Ciertamente, lo que distingue esta sentencia respecto de aquella de 2017 es que en ésta no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción. De tal forma que lo expuesto en aquella sentencia no impide que pueda admitirse una transacción, aunque la obligación preexistente sobre la que existe controversia pudiera ser nula, circunstancia que sólo podría determinarse si se declarase judicialmente la falta de transparencia. Eso sí, siempre y cuando la nueva relación jurídica nacida de la transacción no contravenga la ley. En este caso se considera que la transacción, en principio, no contraviene la ley, pues nos encontramos ante una materia disponible. Por lo que no se debe negar la posibilidad de que pudiera transigirse en los contratos con consumidores, máxime cuando existe una clara voluntad de favorecer la solución extrajudicial de conflictos también en este ámbito. La imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico.

Al respecto se alude a las reflexiones contenidas en las conclusiones del Abogado General Sr. Nils Wahl de 14 de septiembre de 2017, en el asunto Gavrilescu (C-627/15). El Tribunal de Justicia no llegó a pronunciarse porque la cuestión prejudicial fue retirada por el juez que la había formulado.

En estas conclusiones, aunque se refieren a un supuesto en que se produjo el allanamiento mientras estaba pendiente la resolución de la cuestión prejudicial, el Abogado General hace unas consideraciones sobre la disponibilidad y la autonomía de la voluntad, que podrían resultar «(...) a) Principios de autonomía privada y de buena administración de la justicia: 32. Para empezar, debe recordarse que las normas que permiten a los demandantes desistir o renunciar a todo o a parte del recurso en particular, en materia civil y mercantil son absolutamente cruciales para una buena administración de justicia. Estas normas son la expresión del principio de autonomía privada (también denominado en algunos ordenamientos jurídicos principio dispositivo): si un sujeto decide reivindicar sus derechos ante un juez, y en qué medida lo hace, depende, en última instancia, de su propia voluntad. 33. En efecto, en muchas jurisdicciones incluso en procedimientos ante los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea la facultad de desistir puede ejercerla unilateralmente el demandante, no pudiendo el demandado oponerse a ello. La obligación (o incluso la mera posibilidad) que incumbe a un órgano jurisdiccional de continuar el procedimiento cuando ya no está pendiente litigio alguno ante él quedaría privada de utilidad: no hay ninguna pretensión sobre la que deban pronunciarse los jueces. De hecho, sólo incrementaría el atraso judicial (un problema que comparten muchas instancias jurisdiccionales) y aumentaría el gasto público. 34. Es más, una continuación «forzada» del procedimiento podría disuadir a las partes de llegar a acuerdos amistosos, ya sea judicial o extrajudicialmente, un objetivo que persiguen muchos ordenamientos jurídicos. En este sentido, procede señalar que, con arreglo al artículo 147, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, a menos que se indique lo contrario, «si, antes de que el Tribunal resuelva, las partes llegaran a un acuerdo sobre la solución que debe darse al litigio e informaran al Tribunal de que renuncian a toda pretensión, el Presidente ordenará el archivo del asunto haciéndolo constar en el Registro y decidirá sobre las costas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141, atendiendo, en su caso, a las propuestas formuladas al efecto por las partes». 35. La interpretación del artículo 267 del TFUE propuesta por el órgano jurisdiccional remitente no se compadece con los principios antes citados. (...)».

Por otra parte, se destaca que esta forma de proceder coincide con el modo de actuar en resoluciones anteriores, se refieren a la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales alcanzados entre un empresario y un particular. Así, por ejemplo, también referidas una cláusula suelo, ha homologado las transacciones alcanzadas por las partes (autos de 8 de junio de 2016¹³² y 6 de julio de 2016¹³³); y en el ámbito del contrato de seguro se ha venido admitiendo la validez del

¹³² JUR 2016/162336.

¹³³ JUR 2016/162924.

acuerdo extrajudicial por el que la aseguradora y el perjudicado convienen una determinada indemnización (sentencia 87/2015, de 4 de marzo¹³⁴): «(...) En este caso, el documento suscrito entre el tercero-perjudicado y el asegurado-causante del daño de 8 de noviembre de 2006 no ofrece la menor duda de su carácter satisfactivo de todos los daños y perjuicios que le ocasionó el siniestro acaecido el 18 de agosto de 2006, habiendo otorgado el actor a favor del asegurado saldo y finiquito de toda posible indemnización que pudiera resultar del siniestro, como de forma clara y terminante resulta del exponendo II del documento, y de la estipulación cuarta del mismo, según se ha dejado reproducido en el Fundamento de Derecho primero 1 anterior (...)». También en el ámbito de la Ley 57/1968 se ha considerado que el acuerdo entre los compradores y el promotor por el que se conviene la devolución de una parte del precio recibido a cuenta es una transacción válida, alcanzando incluso la rebaja en la devolución de las cantidades entregadas anticipadamente incluso al aval o seguro (sentencia de pleno 459/2017, de 18 de julio).

En este contexto se precisa que, cuando el objeto de la transacción está predispuesto por el banco, viene a ser el mismo que cualquier otra transacción, acabar con la incertidumbre sobre si las cláusulas suelo introducidas en los dos contratos anteriores son nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo. Precisamente, en este caso, partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad. Ciertamente, el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de concesiones son los elementos fundamentales de la transacción conforme al artículo 1809 del Código Civil. En este caso se indica que existe una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, ésta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5%, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.

Ahora bien, por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. Esto es, que los clientes consumidores, tal y como les fue presentada la transacción, estaban en condiciones de conocer las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación: que se reducía el límite mínimo del interés al 2,25% y que no se discutiría la validez de las cláusulas suelo contenidas en el contrato originario.

¹³⁴ RJ 2015/714.

El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso, se considera por la Sala que viene acreditado porque, en un contexto temporal en que por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013 era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el artículo 13.2.d) del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario cuando, bajo la rúbrica «Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material», establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio: «La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación».

Como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte, el juicio de transparencia ha de realizarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes. Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban. Razón por la cual se entiende que la valoración jurídica que al respecto lleva a cabo la Audiencia en la sentencia recurrida no es correcta e infringe las normas relativas a la eficacia de la transacción.

En todo caso, aun la referencia al efecto de cosa juzgada en el artículo 1816 del Código Civil, como expusimos en líneas precedentes, la transacción como cualquier otro negocio jurídico, supone que lo convenido por las partes tiene eficacia vinculante entre ellas en tanto no se justifique su nulidad. En consecuencia, se considera que, en tanto no se acredite alguna causa de nulidad del acuerdo, las partes quedan vinculadas en los términos transigidos y, por tanto, con renuncia al ejercicio de acciones a cambio de una rebaja en el suelo, lo que impide en un principio enjuiciar la situación previa a la transacción precisamente porque las partes quedan vinculadas por lo transigido.

Por lo que la Sala entiende que procede estimar el recurso de casación, sin que sea necesario el análisis de los restantes motivos y dejar sin efecto la sentencia de apelación recurrida. En su lugar, sobre la base de la justificación empleada para la estimación del recurso de casación, se acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por Ibercaja (entidad que sucedió a Caja 3, que a su vez había sucedido a CAI), y revocar la sentencia de primera instancia, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones ejercitadas frente a ella¹³⁵.

Se formula voto particular por el magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno, al amparo de lo previsto en los artículos 206 y 260 de la LOPJ, y los artículos 203 y 205 de la LEC. El método de análisis que articula el voto particular se realiza en atención a los siguientes planos. En primer lugar, dada la primacía del Derecho comunitario en esta materia, se analizan los aspectos de aplicación al presente caso que comporta la proyección del control de transparencia, de sus presupuestos y contenido, pues la sentencia recurrida parte del carácter abusivo, por falta de transparencia, de las cláusulas suelo de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria suscritos por los clientes, cuestión indiscutida en el presente caso, y extiende su régimen de ineficacia (nulidad absoluta) a las posteriores novaciones modificativas llevadas a cabo. Esta conexión o relación de causalidad que claramente se observa entre los iniciales contratos de préstamo hipotecario y las posteriores novaciones modificativas de los mismos, surgida en el seno y desenvolvimiento de una relación contractual sujeta al régimen tuitivo de la contratación entre consumidores y profesionales, justifica para el autor de este voto particular que, en primer término, conforme a los presupuestos de aplicación del control de transparencia, el análisis se dirija a determinar si los referidos documentos deben ser calificados de condiciones generales, pues dicha calificación ya resulta determinante para valorar el nivel de exigencia de la validez de los mismos a efectos de la transparencia requerida. En segundo término, y en el plano del contenido de los efectos derivados de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo y, por tanto, de su consideración de orden público comunitario en

¹³⁵ En línea con lo dispuesto en esta sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 20 de abril de 2018 (JUR 2018/156431); y de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 24 de mayo de 2018 (JUR 2018/219476). De forma contraria, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª, 15 de enero de 2018 (JUR 2018/62795); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 14 de marzo de 2018 (AC 2018/136); de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 30 de mayo de 2018 (JUR 2018/215063); y, de 27 de junio de 2018 (JUR 2018/246706) en ambos casos, se indica la nulidad del acuerdo transaccional por falta de transparencia.

Asimismo, se considera válida la novación realizada *Vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 12 de enero de 2018 (AC 2018/59); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 8.ª, de 6 de julio de 2018 (JUR 2018/238120). Por su parte, se aprecia la nulidad de la novación por falta de transparencia, *vid.* las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 5.ª, de 11 de octubre de 2016 (JUR 2016/238878); de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, 13 de febrero de 2018 (JUR 2018/95805); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 2.ª, de 21 de mayo de 2018 (JUR 2018/203364) nulidad de la novación contractual de la cláusula suelo y renuncia de acciones; de 31 de mayo de 2018 (JUR 2018/2031181) y de 27 de julio de 2018 (JUR 2018/280733) y de la Audiencia Provincial de Segovia, sección 1.ª, de 19 de abril de 2018 (JUR 2018/188691).

materia de consumidores (artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, en adelante Directiva 93/13/CEE), también considera que procede analizar su incidencia como límite de la posible eficacia de los citados documentos.

Por último, y de cara a la valoración de todas las perspectivas o planos de análisis, se debe plantear su validez en el marco de nuestro Derecho nacional.

Respecto a si los documentos suscritos por los clientes responden a la naturaleza de auténticas condiciones generales de la contratación utilizadas por el profesional, esto es, a un condicionado predispuesto e impuesto por la entidad bancaria, se entiende que ha resultado acreditado en el presente caso que la entidad bancaria, tanto en el escrito de contestación a la demanda como en el recurso de apelación y en el posterior recurso extraordinario por infracción procesal, no solo no prueba que los referidos documentos fueron realmente negociados, sino que tampoco cuestiona o impugna los hechos de la relación contractual que alegan los clientes; en síntesis, que dichos documentos fueron ofertados por la entidad bancaria, que fueron predispuestos e impuestos por la misma, de forma que ni tan siquiera se les entregó copia y que, en definitiva, aunque no sea necesario para su consideración de condición general, que dichos documentos constituyeron una práctica de la entidad bancaria destinada a limitar su responsabilidad patrimonial en los casos de contratación de préstamos hipotecarios con inclusión de cláusula suelo que pudiera ser declarada abusiva.

Estos extremos vienen reconocidos por la sentencia de la Audiencia. De forma expresa con relación al carácter predispuesto de las cláusulas suelo y las posteriores novaciones modificativas (fundamentos de derecho cuarto y sexto: «menciones predispuestas» y «cuando la misma sigue siendo la misma condición general de contratación, aparentemente negociada en el caso concreto», respectivamente). El carácter de condiciones generales de la contratación de los documentos objeto de análisis es de suma importancia, pues la primacía del Derecho de la Unión Europea en esta materia justifica, *ab initio*, la aplicación de la Directiva 93/13/CEE y, con ella, el nivel de protección superior que otorga dicha Directiva al consumidor. En efecto, considera que en la contratación bajo condiciones generales el esquema tradicional del contrato por negociación (de la igualdad y libertad formal de las partes) salta por los aires. El contrato no es conceptualmente una «regla de voluntad», es decir, una manifestación del poder de decidir (libertad) de las partes. De «consentir» en obligarse o de «poder» establecer los pactos, cláusulas o condiciones, conforme a las emblemáticas formulaciones de los artículos 1254 y 1255 del Código Civil, sino otra cosa distinta en donde el poder de decisión del adherente, si acaso lo tiene, porque el bien o servicio le puede resultar imprescindible, se limita a «aceptar» o «rechazar» el único contrato posible, que es el que ha redactado el predisponente.

Por tanto, si a la contratación bajo condiciones generales se le sigue calificando conceptualmente de «contrato» o con mayor precisión, de «modo de contratar», no lo es por su definición de regla de voluntad, de consentimiento prestado, sino

más bien por su condición de «regla de conducta» o de «reglamentación» que viene impuesta por las exigencias mismas que el sistema económico ha determinado; y añade que lo relevante es su alcance conceptual como «valor de contrato», es decir, de su eficacia de vinculación, no le viene dado, con todo, únicamente por esta imposición del sistema económico, que solo acredita su inicial validez como práctica o modo de contratar, sino porque dicha «regla de conducta», que se proyecta en la reglamentación predispuesta, sea capaz de superar un «control social» o «control de transparencia» dirigido a ponderar, desde unos parámetros objetivos, que dicha reglamentación predispuesta cumple con unos estándares de calidad de información (comprensibilidad material o real).

De suerte que cuando la reglamentación predispuesta no supera el citado control (principio de «efectividad» de la Directiva), la cláusula afectada carece de eficacia contractual, esto es, de valor de contrato, y debe tener la consideración de «no puesta» (directriz de «no vinculación» de la Directiva), tal y como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016¹³⁶, asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

Acreditada la predisposición e imposición de los documentos, esto es, su consideración de condiciones generales, y su incidencia tanto en la determinación de los elementos esenciales del contrato (configuración del tipo de interés aplicable, como en la renuncia de los derechos del consumidor, tal y como expresamente se reconoce en dichos documentos, exponiendo VI y estipulación tercera) entiende que procede la aplicación del control de transparencia como presupuesto *ab initio* de su posible validez y eficacia. Se indica que la entidad bancaria no cumplió con la exigencia de la transparencia debida, por lo que en atención a la aplicación del control de transparencia dichos documentos o condicionados deben declararse abusivos y, por tanto, nulos de pleno derecho.

En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos que en el presente caso tienen incidencia en el alcance del compromiso asumido por los consumidores, se observa que los documentos predispuestos por la entidad bancaria no contienen ese «plus» de información, principal y comprensible, acerca de la transcendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados (estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predispuestos parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos», «de su formulación y clausulado», justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); por lo que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le «oculta» la verdadera razón de su predisposición, es decir,

¹³⁶ TJCE 2016/309.

la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario.

De ahí, la ambigüedad calculada y la falta de claridad y de precisión de la información suministrada no solo en la citada cláusula de renuncia, sino en los documentos en su conjunto, acerca de la «transcendencia» para los derechos del consumidor de la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013 que entiende que abrió la vía para la denuncia por abusividad de las cláusulas suelo mediante el ejercicio de acciones individuales por los consumidores y, con ello, la posibilidad de los efectos restitutorios provocados por la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas.

Ausencia de información concreta y precisa que contrasta, significativamente, con la diligencia y anticipación que llevó a cabo la entidad bancaria para hacer firmar, «de puño y letra de los consumidores», la cláusula de conocimiento y comprensión de las cláusulas suelo resultantes de las novaciones modificativas. Con una clara intencionalidad de confirmar la validez de las mismas.

En suma, para apreciar la ineficacia de estos documentos predispuestos, la respuesta la dan los propios consumidores que, tras la firma de los citados documentos y con fundamento en el carácter abusivo de las cláusulas suelo inician acciones judiciales cuando son plenamente conscientes de la situación, la ineficacia de ambos documentos.

En cuanto al régimen de ineficacia de la cláusula suelo declarada abusiva como parte integrante del concepto de «orden público comunitario». Su extensión a los documentos predispuestos en el seno de una relación contractual entre consumidores y profesionales, y la invalidez de la renuncia de derechos básicos del consumidor. Señala que la incidencia del orden público comunitario, en la naturaleza y alcance del régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad de la cláusula resulta más relevante, si cabe, si es considerada desde la perspectiva axiológica que aporta el Derecho de la contratación a las relaciones de consumo, pues revela el peso de los «principios jurídicos» (entre otros, buena fe y transparencia) en el desenvolvimiento mismo de nuestras directrices de orden público económico (sentencia del Tribunal Supremo 464/2014, de 8 de septiembre¹³⁷).

Desde esta perspectiva, considera que resulta incuestionable que el régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE (sentencias del Tribunal de Justicia de

¹³⁷ RJ 2014/4660.

la Unión Europea de 6 de octubre de 2009¹³⁸, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013¹³⁹, asunto C-488/2011). De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales. En el presente caso, que no puede reconducirse ni a un supuesto de mediación, ni a una homologación judicial de convenio transaccional, se ha de concluir que el régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la cláusula suelo, o bien, y de forma más relevante, predisponiendo una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, además, a la tutela judicial efectiva de los consumidores (artículo 24 CE), esto es, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predisuestas por el profesional.

Por último, de acuerdo con el método de análisis seguido, el pretendido acuerdo novatorio en virtud del cual se modifican las cláusulas suelo, modificando el tipo de interés mínimo inicialmente pactado e implicando una renuncia al ejercicio de acciones y reclamaciones por razón de dichas cláusulas, también manifiesta el autor del voto que sería ineficaz para los clientes en atención al marco normativo de nuestro Derecho nacional, conforme a los siguientes argumentos. En primer lugar, hay que señalar que la revisión, en sede casacional, de la calificación declarada por ambas instancias acerca del carácter novatorio de los citados documentos por su naturaleza transaccional no resulta acertada o procedente. Ciertamente, la calificación de dichos documentos como contratos de modificación (novatorios) constituye un aspecto ajeno a la casación porque la valoración sustantiva que realizan ambas instancias no puede calificarse, a su vez, de ilógica, arbitraria o contraria al ordenamiento jurídico.

Por el contrario, en el presente caso, la «causalización» del *effectum iuris* (efecto novatorio) en el sentido y función de los citados documentos resulta clara tanto en relación a la voluntad o protagonismo de las partes, en este caso a la voluntad del predisponente, como en la incidencia del nuevo contenido obligatorio en la relación obligatoria originaria. Aspectos que resultan determinantes en la configuración de la novación de la obligación. Resulta clara «la voluntad de novar» de la entidad bancaria, pues no solo califica dichos documentos como «contratos de novación modificativa de los préstamos» (rúbrica de los contratos y exponiendo VI), sino que además expresamente destaca dicha calificación para indicar su sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo (cláusula quinta). A su vez, y de un modo principal y determinante, es el «efecto novatorio» el que estructura y vertebral el contenido obligatorio de los citados documentos que, en todo momento, parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones» (cláusula tercera), así como del alcance modificativo de la novación operada (exponiendo VI y cláusula quinta).

¹³⁸ TJCE 2009/309.

¹³⁹ TJCE 2013/145.

En todo caso, precisa que la calificación de dichos documentos como contratos transaccionales también tropieza con dos importantes objeciones. La primera es que tanto la finalidad como el contenido de los citados documentos no reflejan, en modo alguno, la «existencia de una situación litigiosa o controversia» que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes. En efecto, en el presente caso, en el que ni siquiera hubo una previa reclamación formal de los clientes, la entidad bancaria, como se ha señalado, en ningún momento contempla la existencia de situación litigiosa o de controversia acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Por el contrario, parte de la validez de las mismas y, sobre todo, que la novación o modificación operada obedece o queda justificada por el citado «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); de forma que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta a los clientes de un «modo inocuo» y, por tanto, sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad.

La segunda, conexas a la anterior, es que la entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las cláusulas suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta Sala. En el presente caso, las «meras quejas» de los consumidores por los intereses pagados con arreglo a la aplicación de las cláusulas suelo y su adhesión a la rebaja propuesta por la entidad bancaria no constituyen actos inequívocos de su voluntad de convalidación de dichas cláusulas, ni de un acuerdo transaccional sobre las consecuencias de la controversia acerca de su posible validez; cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

Por lo que entiende que cabe extraer las siguientes conclusiones: 1. Los documentos suscritos responden a la naturaleza de una novación modificativa de los contratos iniciales de préstamo hipotecario, por la que el predisponente pretende la convalidación de las cláusulas suelo. Dicha convalidación, conforme a la normativa comunitaria y a la legislación sectorial aplicable, resulta improcedente dada la nulidad de pleno derecho de la obligación objeto de la novación, tal y como contempla el artículo 1208 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala (sentencias del Tribunal Supremo de 654/2015, de 19 de noviembre¹⁴⁰; y 558/2017, de 16 de octubre). 2. La calificación de novación modificativa declarada por las instancias no es ilógica, arbitraria o contraria a norma imperativa; por lo que queda extramuros de la revisión en sede casacional. En cualquier caso, su revisión por el carácter transaccional de los citados documentos también resulta improcedente, pues vulnera la regla de la interpretación «*contra proferentem*»

¹⁴⁰ RJ 2015/5501.

(artículo 1288 del Código Civil, artículo 10 del TRLGCU y artículo 6.2 de la LCGC), que impone que debe resolverse dicha duda de interpretación o de calificación en contra del predisponente, esto es, en el sentido más beneficioso para la posición e intereses del consumidor y no, como en el presente caso, para favorecer la limitación de responsabilidad patrimonial de la entidad bancaria, que ve confirmadas sus cláusulas suelo, sin restitución alguna. 3. La calificación transaccional de dichos documentos tampoco procede en atención a los presupuestos requeridos para la misma, a saber, la previa existencia o delimitación de la situación litigiosa y la idoneidad de la controversia para ser objeto de transacción. Ninguno de estos presupuestos concurrieron en la predisposición y adhesión de los citados documentos. Los consumidores no otorgaron un consentimiento «libre e informado» sobre la cláusula de renuncia de acciones y su alcance transaccional, pues no fueron conscientes del alcance de su carácter litigioso. Tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predispuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios (artículo 10 del TRLGDCU, en relación con el artículo 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

En virtud de todo lo expuesto concluye que el recurso de casación de la entidad bancaria debió ser desestimado en su integridad, confirmando la línea seguida hasta ahora acerca de la nulidad absoluta de esta práctica bancaria que vulnera los derechos básicos de los consumidores.

De nuevo, nuestro Tribunal Supremo se pronuncia sobre la aplicación del control de transparencia en una subrogación de préstamo hipotecario con cambio de acreedor y novación modificativa de interés mínimo (cláusula suelo) en la sentencia de 15 de junio de 2018¹⁴¹. Los recurrentes denuncian la infracción del

¹⁴¹ RJ 2018/2443. Los hechos sobre los que se sustenta el presente caso son los siguientes: El 1 de septiembre de 2005, D. Plácido y D.^a Luz, prestatarios y aquí recurrentes, suscribieron con la entidad Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (en adelante, Caixabank S.A.) una escritura de subrogación de hipoteca. En dicha escritura, con base en la subrogación prevista en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, la entidad citada se subrogaba como acreedora en el préstamo hipotecario que inicialmente concertaron los prestatarios, el 30 de mayo de 2003, con la entidad Caja Rural del Sur, S.C.C. y, a su vez, se acordaba la novación modificativa del diferencial sobre el tipo de referencia (Euríbor), que pasaba de 1 punto a 0,95 puntos, y la cláusula suelo que pasaba del 4,25% al 3,15%. Los prestatarios interpusieron una demanda contra Caixabank, S.A., en la que solicitaban la nulidad de la cláusula suelo, contenida en la escritura de subrogación de hipoteca de 2005, por su carácter abusivo, así como la restitución de las cantidades cobradas indebidamente por aplicación de la citada cláusula. La entidad bancaria se opuso a la demanda. El juzgado de Primera Instancia número 6 de Huelva, en sentencia de 23 de julio de 2015 estimó en parte la demanda interpuesta. Consideró que dicha cláusula no superaba el control de transparencia. Por lo que declaró su nulidad y condenó a la entidad bancaria a restituir las cantidades que los prestatarios habían pagado por la aplicación de la citada cláusula desde el 9 de mayo de 2013. Interpuesto recurso de apelación por

artículo 80.1 del TRLGDCU y argumentan que la citada cláusula no supera el control de transparencia. Para el Tribunal, en el presente caso, no puede sostenerse que los prestatarios no tuviesen conocimiento o comprensión real de la cláusula suelo y de las consecuencias económicas que comportaba su aplicación. Por el contrario, fueron estas consecuencias económicas, tal y como resalta la sentencia recurrida, las que motivaron que, al amparo de la subrogación prevista en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, los recurrentes buscaran una mejor financiación en otra entidad bancaria a través de una subrogación hipotecaria en la que, de forma significativa, la modificación más relevante se produjo, precisamente, en la reducción de la cláusula suelo inicialmente prevista, que pasó del 4,25% al 3,15% mediante una novación modificativa del préstamo. Por lo que se desestima el recurso de casación y confirman la sentencia de apelación en la que, precisamente, se declaró probado que los actores conocían perfectamente el funcionamiento y trascendencia de la cláusula suelo y fueron ellos los que buscaron mejores condiciones y negociaron una novación modificativa del préstamo hipotecario referida a tal cláusula, fijando así el suelo en 2,55% en lugar del inicial de 4,5%.

Y, otra vez, el Alto Tribunal se pronuncia en qué medida la nulidad de la cláusula que en el originario contrato de préstamo hipotecario introdujo un límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, aplicable después del primer año de contrato, impide o no que las partes pudieran pactar con posterioridad un límite inferior distinto, más bajo, en este caso del 2,75% primero y más tarde del 2,50%. Esto es, los efectos de la nulidad de pleno derecho de una cláusula de limitación de la variación del tipo de interés de un préstamo hipotecario (cláusula suelo) han de propagarse a las novaciones posteriores tendentes a la rebaja de dicho tipo de interés mínimo (es decir, a las renegociaciones posteriores tendentes a obtener una simple rebaja de dicha «cláusula suelo»). Así en la sentencia de 13 de septiembre de 2018¹⁴² señala que, en primer lugar, conviene recordar

la demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 2.ª, de 11 de noviembre de 2015, la estimó y revocó la sentencia de primera instancia. En síntesis, concluyó lo siguiente: «(...) Los actores conocían perfectamente el funcionamiento y trascendencia de la cláusula. Es así porque la escritura de 1 de septiembre de 2005 contenía una subrogación modificando el contrato anterior, concertado con la Caja Rural el 30 de mayo de 2003. En este primero en el tiempo se había fijado una cláusula suelo del 4,5% que le fue aplicada desde el momento en que entró en vigor el interés variable, al año de la formalización, de manera que estuvo pagando hasta la solicitud de subrogación durante toda la vigencia del contrato un interés fijo (el mínimo o suelo), porque el diferencial del 1% sobre el Euribor entre mayo de 2004 y julio de 2005 no superó el 2,75%. Por ello buscó mejores condiciones haciendo uso de la posibilidad de subrogación y contrató el préstamo hoy vigente, que fijaba un mínimo del 3,50% y un diferencial del 0,95 % sobre el Euribor a un mes. Con este nuevo contrato sólo se aplicaría el suelo si el Euribor bajaba del 2,55%. Con ello, en la fecha de inicio de vigencia del interés variable en este segundo contrato objeto del pleito, marzo de 2006, pasó a pagar el interés variable: el Euribor mensual ese mes estuvo en el 2,6 y subió hasta el 4,8 en diciembre de 2007 para caer bruscamente en febrero de 2009 a 1,735, tres años y medio después de la firma del contrato». Frente a la sentencia de apelación los demandantes interponen recurso de casación.

¹⁴² LA LEY, 116336/2018. Los antecedentes de la sentencia son los siguientes: El 9 de mayo de 2008, Bernabé y María Purificación concertaron con Caja Rural de Asturias un contrato de préstamo hipotecario de 208.000 euros. Durante el primer año, el interés era fijo del 5,20%, y a partir de entonces pasaba a ser variable, determinado por el Euribor más un diferencial de 0,75%, que podía reducirse al 0,40% si los prestatarios domiciliaban su nómina en esa entidad. Además, se introdujo

que una cláusula suelo, aquella que introduce un límite inferior a la variabilidad del interés pactado en un préstamo hipotecario, no es en sí misma nula. Esto es: no se considera abusiva y, por ende, nula como consecuencia de un control de contenido. Sería nula si se hubiera introducido sin cumplir con las exigencias de transparencia previstas en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en la medida en que la falta de transparencia con carácter abstracto puede incidir en la prestación del consentimiento del consumidor. El efecto de la nulidad sería que, la cláusula se tenga por no puesta y, por tanto, que no produzca efectos. En consecuencia, en aplicación del artículo 1303 del Código Civil, si se hubiera aplicado el límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, el banco debería restituir lo cobrado mediante tal aplicación indebida. Esta nulidad, sin perjuicio que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.

Con ello, no se merma el principio de efectividad del artículo 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.

en la escritura una cláusula que limitaba la variación del tipo de interés: «en todo caso, el tipo de interés anual resultante de cada variación no podrá ser superior al 15,00% ni inferior al 3,00%».

Posteriormente, cuando empezó a operar el interés variable y la cláusula suelo, Bernabé negoció con la Caja Rural la fijación de una cláusula suelo más reducida y, se convino entre ambas partes un 2,75%. Al año siguiente, las partes acordaron reducirla al 2,50%. Bernabé y María Purificación, en la demanda que da inicio al presente procedimiento, pidieron la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia y la condena de la Caja Rural a restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Oviedo, de 31 de julio de 2015 estimó en parte la demanda. Después de rechazar que la cláusula suelo hubiera sido negociada, apreció la falta de transparencia de la cláusula y su nulidad. Pero condenó a restituir las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de dicha cláusula desde el 9 de mayo de 2013.

Recurrida la sentencia en apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1ª, de 22 de febrero de 2016 estima el recurso y desestima la demanda, con el siguiente razonamiento: «Concertado el contrato en mayo de 2008 con un tipo suelo del 3%, indiscutiblemente los prestatarios en 2009, “al aplicarse por primera vez la cláusula suelo» (escrito de demanda), pactan verbalmente su minoración al 2,75% y el 14 de mayo de 2010 suscriben con la entidad un documento novando de nuevo el tipo al 2,50%. Cabría aceptar un desconocimiento por los prestatarios del tipo consignado en la escritura, tipo irrelevante en el devenir de la relación prestacional en la medida que no llegó a operar pues durante el primer año el préstamo devengó un interés fijo, pero la dinámica descrita, a criterio de la sala discrepante del sostenido por el juez a quo, muestra que cuando la cláusula suelo entra en vigor a la primera revisión pactada del interés variable en mayo de 2009 lo hizo a un tipo negociado entre las partes, que a su vez fue renegociado a la siguiente revisión del interés variable en mayo de 2010”.

La sentencia ha sido recurrida en casación por Bernabé sobre la base de un solo motivo: la “infracción de la jurisprudencia sobre la propagación de los efectos de la ineficacia contractual a otros actos o contratos que guarden relación con el inválido, en interpretación del artículo 1303 del Código Civil (principio *simil stabunt, simul cadent*, “juntos caerán quienes juntos estén”))».

El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

En este caso quedó acreditado en la instancia que fue el consumidor quien acudió al banco para que le redujera el límite inferior a la variabilidad del interés y que, fruto de la negociación, se fijó primero en el 2,75% y al año siguiente en el 2,50%. Bajo estas premisas, el límite estaría en que el consentimiento prestado a esta sustitución de una cláusula suelo por otra no estuviera viciado, lo que es ajeno no sólo al motivo de casación, sino también al presente caso.

Ahora bien, considera que esta forma de proceder podría parecer que la anterior doctrina entra en contradicción con lo que se razonó en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, que invocó el artículo 1208 del Código Civil como argumento de refuerzo, sin que fuera la razón principal de su decisión.

Al respecto se recuerda que, en el caso resuelto por tal sentencia, con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario para financiar la adquisición de una vivienda dentro de una promoción inmobiliaria, ante las quejas del prestatario adquirente de la vivienda, el banco había rebajado el límite inferior a la variabilidad del interés, para adecuarlo al de otros prestatarios adquirentes de viviendas de esa misma promoción, durante un año, y después había vuelto a aplicar el interés pactado. En este supuesto precisamente se entendió que la nulidad de la cláusula suelo, consecuencia de no cumplir las exigencias de transparencia, no quedaba convalidada por la posterior petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían otros compradores de la misma promoción, «pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria». En realidad, entendió que no había habido ningún acuerdo de modificación de la cláusula suelo, esto es, las partes no habían convenido otro límite inferior a la variabilidad del interés, sino que el banco había reaccionado a las quejas del cliente aplicando, durante un tiempo, un suelo inferior al pactado y equivalente al convenido con otros vecinos de la misma promoción. Como razón adicional, se añade que, al tratarse de una nulidad absoluta, operaría la previsión del artículo 1208 del Código Civil, que vedaría la novación modificativa de la cláusula.

Lo cierto es que esta última afirmación, como ya se advirtió en la posterior sentencia 205/2018, de 11 de abril analizada, se considera que necesitaba de alguna matización. Primero, en ese caso no había habido ningún acuerdo de modificación de la cláusula suelo. Y, además, conforme a lo razonado en un apartado anterior, la modificación del límite inferior a la variabilidad del interés aplicable a la obligación de devolución del préstamo hipotecario no es propiamente una novación extintiva, sino una modificación de un elemento que incide en el alcance de una relación obligatoria válida.

En consecuencia, sin perjuicio de que se mantenga la razón principal de la decisión adoptada en la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, se advierte que la referencia al artículo 1208 del Código Civil en estos casos resultaba improcedente.

En ambas se entiende que se ha superado el control de transparencia y se ha cumplido con el deber de información. Además se parte de la existencia de una negociación previa de las partes. Y además se recalca en la sentencia de 13 de septiembre de 2018 que, pese a la nulidad de una cláusula por no superar el control de transparencia, ello no puede impedir que el consumidor en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad libremente y con conocimiento de lo que hace, fruto de la negociación, puede acordar con el empresario la sustitución de dicha cláusula nula por otra que ya no adolece de ese defecto. Por lo que dado que la cláusula originaria es nula, se debe tener por no puesta y solo podrá operar la cláusula posterior negociada por las partes. Y, al tratarse de una cláusula negociada, implica que no estamos ante una cláusula predispuesta por el empresario, sino que es fruto del acuerdo de las partes.

Sin embargo, en otra sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 2018¹⁴³, que al igual que la otra resolución de esa misma fecha, es ponente el magistrado Javier Orduña Moreno, se vuelve a analizar la aplicación del control de transparencia a un préstamo hipotecario con la denominada cláusula suelo –interés mínimo– que posteriormente fue objeto de novación modificativa y haciendo especial énfasis en la información precontractual que ha de facilitarse al prestatario tanto en el contrato de préstamo como en su posterior novación modificativa, se entiende que no se ha superado tal control de transparencia, ante la ausencia de esa *plus* de información. Así, con cita de la jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de 241/2013, de 9 de mayo, 464/2014, de 8 de septiembre,

¹⁴³ RJ 2018/2434. Los hechos sobre los que se sustenta la sentencia son: El 19 de octubre de 2007, D.ª Nicolasa, prestataria y aquí parte recurrente, suscribió con la entidad Banco Popular, S.A., una escritura de préstamo hipotecario que contenía una cláusula suelo del 5%. Con posterioridad, el 17 de mayo de 2012 dicha escritura fue objeto de una novación modificativa en la que, entre otros extremos, se modificó dicha cláusula suelo, que se redujo al 3,50 %.

En el presente procedimiento, la Unión de Consumidores de Andalucía, en defensa de los intereses de la prestataria, interpuso una acción de nulidad de la cláusula suelo, contenida en la escritura de novación modificativa, por su carácter abusivo y su falta de transparencia. La entidad bancaria se opuso a la demanda.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla, de 12 de septiembre de 2014, estimó la demanda. En síntesis, consideró que la cláusula suelo insertada en el préstamo hipotecario inicial de 19 de octubre de 2007 no superaba el control de transparencia, por lo que resultaba nula de pleno derecho; nulidad que se extendía a la novación modificativa de dicha cláusula en la escritura de 2012. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5.ª, de 5 de octubre de 2015, estimó dicho recurso y revocó la sentencia del Juzgado de lo mercantil. En síntesis, consideró que la cláusula suelo que fue objeto de novación modificativa superaba el control de transparencia, entre otros extremos, por ser una cláusula clara, concreta y sencilla, por suponer una rebaja de lo inicialmente previsto y porque la prestataria tuvo acceso a la escritura y leyó la misma. Frente a la sentencia de apelación, la prestataria y la Unión de Consumidores de Andalucía interponen recurso de casación.

593/2017, de 7 de noviembre y 705/2015, de 23 de diciembre; y las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dichas cláusulas en la ejecución del contrato celebrado. De forma que el control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

Asimismo, se indica que, con respecto a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato con aquellas cláusulas, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato.

Por otra parte, se precisa que la información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado.

Ciertamente, para el Tribunal Supremo el diferencial respecto del índice de referencia, y el TAE que resulta de la adición de uno al otro, que es la información en principio determinante sobre el precio del producto con la que el consumidor realiza la comparación entre las distintas ofertas y decide contratar una en concreto, pierde buena parte de su trascendencia si existe un suelo por debajo del cual el interés no puede bajar. Por tanto, es preciso que en la información precontractual se informe sobre la existencia de ese suelo y su incidencia en el precio del contrato, con claridad y dándole el tratamiento principal que merece.

En el presente caso se indica que, en ningún momento de las fases contractuales que llevaron a la realización del referido contrato de préstamo hipotecario y a su posterior novación modificativa, la entidad bancaria llevó a cabo ese *plus* de información y tratamiento principal de la cláusula suelo que permitiera a la clien-

te adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que comportaba dicha cláusula. Es por ello por lo que se casa la sentencia de la Audiencia y se confirma la del Juzgado de lo Mercantil, que declaró nula de pleno derecho la cláusula suelo, pues no superaba el control de transparencia —el cliente no tenía conocimiento de la carga económica y jurídica de dicha cláusula—, y, asimismo, esta nulidad la extendió a la posterior novación modificativa. Por último, se pone de manifiesto que, en ningún caso, el déficit de información que no queda suplido por la mera lectura de la escritura, o por la claridad gramatical que pueda resultar de la redacción de la cláusula suelo, que si bien sirve para la superación del control de incorporación no determina, por ella sola, en ausencia de ese *plus* de información, que dicha cláusula suelo supere, además, el control de transparencia. En este supuesto se considera que no se ha superado el control de transparencia, además de constatar una ausencia de información y, en consecuencia, la nulidad de la cláusula por abusividad.

IV. CONTROL DE TRANSPARENCIA Y CONTROL DE CONTENIDO EN LOS ACUERDOS TRANSACCIONALES Y NOVATORIOS

Resulta oportuno reseñar que, ya cuando se dictó la sentencia de 11 de abril de 2018, se había emitido la sentencia de 9 de mayo de 2013 sin la determinación de los efectos restitutorios, pues fue en una sentencia posterior de 25 de marzo de 2015 en la que se limitaron los efectos restitutorios a la fecha de la citada sentencia. Por lo que, a partir de 2013 eran posible acuerdos transaccionales sobre las cláusulas suelo y sobre sus efectos restitutorios. Tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016¹⁴⁴, confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2017¹⁴⁵, se pretendieron dejar sin efecto los acuerdos transaccionales ya convenidos¹⁴⁶.

¹⁴⁴ En su apartado 77 fijó como doctrina jurisprudencial que: «El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido 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».

¹⁴⁵ RJ 2017/602. En esta línea, *vid.* las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2017 (RJ 2017/3024); de 18 de julio de 2017 (RJ 2017/33379); de 30 de enero de 2018 (RJ 2018/283); de 26 de abril de 2018 (RJ 2018/1789); de 25 de septiembre de 2018 (RJ 2018/4210); de 17 de octubre de 2018 (RJ 2018/4298); de 19 de noviembre de 2018 (RJ 2018/5172); de 5 de diciembre de 2018 (Roj. 4137; Id Cendoj: 28079110012018100673) y de 12 de diciembre de 2018 (Roj. 4141/2018; Id Cendoj: 28079110012018100677).

¹⁴⁶ Para ALONSO BUZO, R.: «Cláusula suelo: análisis del contrato privado con renuncia de acciones firmado entre consumidor y la entidad bancaria», *La Ley*, 24 de mayo de 2018, p. 4, la transacción «no puede admitirse en los acuerdos privados otorgados con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015». Al efecto considera que «en todos esos acuerdos privados posteriores al 25 de marzo de 2015 la entidad actúa de manera engañosa, pues conocedora de las consecuencias de la declaración de nulidad, por su carácter profesional, oculta

Como hemos reseñado en líneas precedentes, la finalidad de la transacción judicial y extrajudicial es evitar controversias o poner fin a un proceso ya comenzado. Se parte de una situación de incertidumbre, controvertida y para evitar el litigio las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en algo cierto y seguro. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2009, el acuerdo para eliminar la controversia y la reciprocidad de las concesiones son los elementos fundamentales de la transacción conforme al artículo 1809 del Código Civil. Asimismo, resulta posible la transacción sobre cláusulas contractuales, incluso las que recaen sobre el objeto principal del contrato y la renuncia de derechos, si bien, únicamente, lo que tiene que ver con la disputa sobre la que ha recaído la transacción (artículo 1815). Sobre lo que se transige tiene para las partes el valor de cosa juzgada en el sentido que aquéllas no pueden volver a plantear de nuevo la cuestión controvertida, de modo que, si alguno de los transigentes acude a los tribunales buscando un pronunciamiento más favorable, le podrá ser opuesta la denominada *exceptio rei per transactionem finitae* (artículo 1816). Valor de cosa juzgada como si fuera una sentencia firme, aunque no se trata de cosa juzgada material del artículo 222 de la LEC, ya que no se impide que pueda ser impugnado el acuerdo transaccional por algunos de los vicios del consentimiento o por falta de transparencia. Ciertamente, el acuerdo transaccional no excluye ni el control de transparencia ni el control de contenido atendiendo a lo que se transige. En todo caso, la naturaleza contractual de la transacción determina que la materia sobre la que se ha transigido tiene fuerza de ley entre las partes contractuales (artículo 1091 del Código Civil), y que las partes se obliguen al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 del Código Civil). Supone el nacimiento de una nueva relación contractual mediante la cual se evita la controversia, dando lugar a un vínculo contractual en el que se modifica o sustituyen los anteriores –transacción en la que se puede novar un contrato previo.

Sobre tales bases, la cuestión sustancial que se debate en la sentencia de 11 de abril de 2018 es la validez del acuerdo transaccional por el que las partes acordaron rebajar el tipo porcentual de la cláusula suelo respecto al inicialmente pactado en los préstamos, y renunciar al ejercicio de acciones que traigan causa de la formalización de los dos préstamos inicialmente convenidos y de todo su clausulado, como de las liquidaciones y pagos que se hubieran realizado hasta la fecha, esto es, de los efectos restitutorios relativos a tal cláusula suelo. Si bien, conviene precisar que las partes declaran ratificar, precisamente, la validez de los dos préstamos originarios y, por ende, el mantenimiento del resto del clausulado

este dato fundamental en la negociación con el cliente, quien firma dicho acuerdo desconociendo absolutamente las consecuencias jurídicas y económicas del acuerdo: posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar la restitución procedente». A lo que concluye: «no existe, por tanto, en todos estos acuerdos privados ese sacrificio recíproco propia de los pactos transaccionales, pues en todos estos acuerdos la entidad bancaria lo que pretende es vedar la posibilidad de los efectos restitutorios provocados por la nulidad de pleno derecho de dichas cláusulas al consumidor, quien desconoce tal circunstancia».

y condiciones financieras contenidas en el mismo sin variación alguna. En este contexto cabe plantear si es posible transigir sobre todas estas cuestiones y parece que la respuesta del Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de abril de 2018, es afirmativa y, además, de resultar válido tal acuerdo transaccional, si supera el control de transparencia material. Con esta forma de proceder el Tribunal Supremo opera de forma distinta a como lo hizo en un supuesto similar en su sentencia de 16 de octubre de 2017. Si bien, como precisa el Alto Tribunal en este último caso, se trataba de una novación y en el de la sentencia de abril de 2018 de un acuerdo transaccional.

Partiendo de esta premisa, el Tribunal Supremo considera que los dos contratos firmados en enero de 2014 no son novaciones, sino transacciones, que se conciertan en un momento de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, después de que se hubiera dictado la sentencia de 9 de mayo de 2013 y los posteriores autos aclaratorio y denegatorio de nulidad de actuaciones; y porque en tales documentos se advierte la causa propia de la transacción: evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos. Ahora bien, conviene no perder de vista que la sentencia de 9 de mayo de 2013 expresamente se refiere que la cláusula suelo en sí misma no es nula por abusiva, sino tan solo en la medida en que no se cumplan las exigencias de transparencia. El efecto de aquella sentencia y sus consecuencias en los litigios posteriores explica la situación de incertidumbre y el *animus* de evitar un pleito, circunstancias ambas que caracterizan la transacción y permiten diferenciarla de la mera novación. Como se indica en la sentencia, es posible transigir sobre materias reguladas por normas imperativas siempre y cuando el resultado –acuerdo transaccional– sea conforme al ordenamiento jurídico. Así lo pone de manifiesto en las conclusiones del abogado general Sr. Nils Walh, de 14 de septiembre de 2017, en el asunto Gavrilescu, asunto C-627/15, si bien el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no llegó a pronunciarse porque, precisamente, por el acuerdo de las partes, la cuestión prejudicial fue retirada por el juez que la había formulado. En tales conclusiones el abogado general considera ajustado al derecho de la Unión que pueda llegarse a formas de resolución extrajudicial de conflictos en relación con los consumidores, siempre que se ofrezcan garantías suficientes para la protección y el adecuado respeto de sus derechos. Efectivamente, se parte de lo que constituye el objeto de la transacción, realizar concesiones recíprocas para evitar un pleito; de ahí que se indique que lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del caso resuelto por la sentencia de abril de 2018 es que en el caso objeto de aquella sentencia no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción. Además, se añade que ambos contratos, aunque se autodenominen «novación modificativa», no es menos cierto que, en atención a su contenido y la causa que subyace a los mismos, merecen la consideración de transacciones y no de meras novaciones obligacionales, sin perjuicio de que, como parte de las concesiones recíprocas de las partes al transigir, se modifique el límite a la variabilidad del interés convenido (cláusula suelo). Por lo que se

considera por el Alto Tribunal que esta distinción tiene gran relevancia en relación con el juicio sobre su validez. Sin embargo, el voto particular del magistrado Javier Orduña Moreno, interpretando el contrato litigioso, entiende que estamos ante una novación y no ante una transacción, razonando al respecto, como hemos reseñado en líneas precedentes y reiteramos en este apartado, que «en este sentido, y dado que no hay cuestión interpretativa al respecto, por la naturaleza predispuesta de los documentos, la apreciación de «la voluntad de novar» de la entidad bancaria resulta clara, pues no solo califica dichos documentos como «contratos de novación modificativa de los préstamos» (rúbrica de los contratos y exponendo VI), sino que además expresamente destaca dicha calificación para indicar su sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo (cláusula quinta). A su vez, y de un modo principal y determinante, es el «efecto novatorio» el que estructura y vertebría el contenido obligacional de los citados documentos que, en todo momento, parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones» (cláusula tercera), así como del alcance modificativo de la novación operada (exponendo VI y cláusula quinta). 3. En todo caso, la calificación de dichos documentos como contratos transaccionales también tropieza con dos importantes objeciones. La primera es que tanto la finalidad como el contenido de los citados documentos no reflejan, en modo alguno, la «existencia de una situación litigiosa o controversia» que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998, de 24 de julio de 1996 y 16 de febrero de 2010). En efecto, en el presente caso, en el que ni siquiera hubo una previa reclamación formal de los clientes, la entidad bancaria, como se ha señalado, en ningún momento contempla la existencia de situación litigiosa o de controversia acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Por el contrario, parte de la validez de las mismas y, sobre todo, que la novación o modificación operada obedece o queda justificada por el citado «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponendo V); de forma que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta a los clientes de un «modo inocuo» y, por tanto, sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad. La segunda, conexa a la anterior, es que la entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las cláusulas suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta sala (entre otras, sentencias 57/2016, de 12 de febrero; 221/2017, de 5 de abril y 358/2017 de 6 de junio). En el presente caso, las «meras quejas» de los consumidores por los intereses pagados con arreglo a la aplicación de las cláusulas suelo y su adhesión a la rebaja propuesta por la entidad bancaria no constituyen actos inequívocos de su voluntad de convalidación de dichas cláusulas, ni de un acuerdo transaccional sobre las consecuencias de la controversia acerca de su posible validez; cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016». Por lo que concluye que no existe una situación litigiosa entre las partes y no existe una

voluntad de la partes de lograr una transacción, sino que lo que tiene lugar es una novación, por lo que procede aplicar el artículo 1208 del Código Civil. Precepto que considera no aplicable el Tribunal Supremo en sentencia de abril de 2018, pues estamos ante una transacción y no ante una novación, no siendo a aquella aplicable tal precepto¹⁴⁷.

De nuevo el Tribunal Supremo, operando por lo que representa la transacción y su regulación en el Código Civil, pone de manifiesto que, en la formación y prestación del consentimiento en la transacción no se produce como en cualquier otro contrato, pese a la remisión expresa del artículo 1817 al 1265, puesto que resulta patente la concurrencia de elementos singulares que las partes tienen en cuenta, como los costes del litigio, la incertidumbre del resultado de los medios de prueba o la incomodidad que produce cualquier litigio con independencia de su resultado. De ahí que estas mismas consideraciones resulten de aplicación respecto de la transacción, cuando su objeto está predispuesto por el banco: acabar con la incertidumbre de si las cláusulas suelo introducidas en los dos contratos anteriores eran nulas por no pasar el control de transparencia, mediante la fijación de un suelo más bajo. Partiendo de una situación de incertidumbre, controvertida, y para evitar un litigio, las partes convienen realizar concesiones recíprocas y alcanzar un acuerdo que convierta la incertidumbre en seguridad. En este caso estamos ante una cláusula suelo del 4,5% cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, pero también si se apreciaba la transparencia de la misma, ésta sería considerada válida, lo que ante esta incertidumbre las partes convienen recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Por lo que, ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta. De todas formas, conviene recordar que en la transacción no se exige rigurosamente la amenaza de un pleito, sino la posibilidad de que tenga lugar en cuanto existe un desacuerdo entre las partes susceptible de provocarlo, por lo que la transacción puede operar sobre una relación jurídica no litigiosa, pero que puede llegar a serlo, y no hace falta que haya paridad en las recíprocas concesiones –pese a que parezca que salga más beneficiada en este caso la entidad que los clientes–. Lo esencial es que exista controversia, y la apreciación o no de la existencia de la misma está en función de la actividad probatoria que se despliegue en el pleito en cuestión y si *a priori* pudiera existir dudas sobre si los clientes eran o no conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que se pudieran derivar de una eventual situación de litigiosidad,

¹⁴⁷ En esta línea, REDONDO TRIGO, Fco.: «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, julio-agosto 2018, p. 2359, si bien precisa que «nos encontramos ante una novación con finalidad transativa y no ante una simple transacción, por lo que entiende plenamente aplicable al caso el artículo 1208 del Código Civil».

para el Tribunal Supremo, de la carga probatoria proporcionada por el predisponente, ha considerado que sí lo eran.

En este contexto, y a los efectos que a nosotros interesa, cabe preguntarse si la transacción puede operar en el ámbito de la contratación de consumidores. El Tribunal Supremo, después de aludir a la validez de la mediación y la homologación judicial de acuerdos celebrados entre consumidores y empresarios, da una respuesta afirmativa y admite la validez de la transacción en este ámbito. Así señala que «en la mediación existan unas garantías que no se dan en la transacción, lo que no determina que necesariamente la transacción esté vedada en el ámbito de consumo, al no existir norma que lo prohíba. Sin perjuicio de que la ausencia de estas garantías en la transacción derive en una revisión de la validez del acuerdo a la luz de las normas que regulan los contratos celebrados con consumidores para preservar así el debido respeto a sus derechos establecido en normas imperativas. Esta interpretación se adecua al criterio seguido por esta sala en resoluciones anteriores que se refieren a la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales alcanzados entre un empresario y un particular. Así por ejemplo, esta sala, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos similares al presente, en que estaba en cuestión una cláusula suelo, ha homologado las transacciones alcanzadas por las partes (autos de 8 de junio de 2016 y 6 de julio de 2016)». Por su parte, el voto particular del magistrado Javier Orduña, sin negar la posibilidad que la transacción opere en el ámbito de la contratación con consumidores, manifiesta que «tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predisponentes queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios (art. 10 TRLGDCU, en relación con el art. 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo».

No obstante, como bien se indica en la sentencia, no son infrecuentes los casos en que se homologan judicialmente transacciones alcanzadas por las partes para poner fin a procedimientos judiciales sobre la nulidad de cláusulas suelo, o se opera en casos semejantes, como la transacción acordada entre una compañía de seguros y un perjudicado o entre un comprador de vivienda y un promotor inmobiliario en el ámbito de la Ley 57/1968.

Ahora bien, partiendo de la consideración por el Tribunal Supremo que estamos ante una transacción que puede operar en el ámbito de la contratación con consumidores, surge la cuestión de si previamente a la toma del acuerdo ha existido negociación. En ambas instancias judiciales previas se considera como hecho probado el carácter predisponente de los contratos privados; ante ello, el Tribunal Supremo advierte también de una cierta predisposición, refiriéndose al modo predisponente en que se ha propuesto y aceptado la transacción, por lo que

entiende necesario comprobar, incluso de oficio, que se han cumplido las exigencias de transparencia en la transacción. De todas formas, el carácter de condiciones generales de la contratación de los documentos objeto de análisis, en este caso supone aplicar la Directiva 93/13/CEE por la primacía del Derecho de la Unión Europea en esta materia y, con ella, el nivel de protección superior que otorga la misma al consumidor y también toda la normativa de protección nacional de consumidores.

En este contexto, el acuerdo transaccional contraviene la ley cuando no supera los controles de incorporación, contenido y transparencia en su caso establecidos en el TRLGDCU. Ciertamente, y en el ámbito sobre el que estamos actuando, cuando la reglamentación predispuesta no supera el «control de transparencia» (principio de «efectividad» de la Directiva) –dirigido a ponderar, desde unos parámetros objetivos, que dicha reglamentación predispuesta cumple con unos estándares de calidad de información (comprensibilidad material o real)–, la cláusula afectada carece de eficacia contractual, esto es, de valor de contrato, y debe tener la consideración de «no puesta» (criterio de «no vinculación» de la Directiva), tal y como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

Pues bien, en las concesiones recíprocas que convienen las partes, como es la reducción del límite mínimo del interés remuneratorio (cláusula suelo) al referirse al objeto principal del contrato, se ha de someter a un control de transparencia y respecto a la renuncia de derechos a un control de contenido –aunque ello podría ser cuestionable, como veremos–. En todo caso, se puede comprobar incluso de oficio por el juez que se superan tales controles. En este supuesto, en los contratos de préstamo inicialmente se había pactado una cláusula suelo del 4,5%, cuya validez podía ser cuestionada en vía judicial, de modo que si se constataba la falta de transparencia sería declarada abusiva y, consecuentemente, nula, mientras que si se apreciaba la transparencia de la cláusula, ésta sería considerada válida. Ante esta incertidumbre, las partes convinieron recíprocas concesiones: el banco, que en principio tenía una cláusula suelo del 4,5 %, accede a una rebaja del suelo inicial al 2,25%, y los consumidores, aunque no querrían tener cláusula suelo, acceden a soportar un suelo más bajo que el inicialmente fijado a cambio de evitar el pleito que constituiría el presupuesto necesario para la declaración de abusividad. Ambas partes transigen, realizan concesiones recíprocas y evitan el pleito, convirtiendo la incertidumbre inicial en una situación cierta.

Sobre tales bases, recordemos que varias sentencias del Tribunal Supremo han declarado la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. En la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado

por esta Sala en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, continuaba señalando que «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».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7.b de la LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

No cabe duda que corresponde al profesional o empresario, en este caso la entidad bancaria, la «carga de la prueba» que la cláusula o el condicionado en cuestión ha sido realmente negociado con los clientes o consumidores.

Asimismo, como se ha establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la aplicación del control de transparencia atiende, primordialmente, al plano del cumplimiento de los especiales deberes de información que incumben al profesional o predisponente, tal y como dispone el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (entre otras, sentencia de 26 de febrero de 2015, Maittei, C-143/13). Conforme a lo señalado, el profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales de la relación negocial se le exige un «plus» de información, o de exigencia de transparencia, que permita a los consumidores adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga jurídica

y económica que les supondrá la aplicación de dichas condiciones; sin necesidad, dada la asimetría de información existente, de realizar por ellos mismos un minucioso y pormenorizado análisis del condicionado predispuesto.

Para la entidad financiera el cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no sólo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podrían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia, los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual». Aunque reconoce que no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido.

Sin embargo, en el voto particular del magistrado Orduña Moreno, después de señalar la primacía del Derecho comunitario y el carácter imperativo de la Directiva 93/13, como norma de orden público y de concretar que los documentos suscritos por los consumidores tienen la consideración de condiciones generales, destaca que «la entidad bancaria tanto en el escrito de contestación a la demanda como en el recurso de apelación y en el posterior recurso extraordinario por infracción procesal, que ha resultado desestimado, no solo no prueba que los referidos documentos fueron realmente negociados, sino que tampoco cuestiona o impugna los hechos de la relación contractual que alegan los clientes; en síntesis, que dichos documentos fueron ofertados por la entidad bancaria, que fueron predispuestos e impuestos por la misma, de forma que ni tan siquiera se les entregó copia y que, en definitiva, aunque no sea necesario para su consideración de condición general, que dichos documentos constituyeron una práctica de la entidad bancaria destinada a limitar su responsabilidad patrimonial en los casos de contratación de préstamos hipotecarios con inclusión de cláusula suelo, que pudiera ser declarada abusiva». Además, indica que los documentos predispuestos por la entidad bancaria no contienen ese «plus» de información, principal y comprensible acerca de la transcendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados (estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predispuestos parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos», «de su formulación y clausulado», justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); por lo que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un «modo inocuo», sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los

derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le «oculta» la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predisponente de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario. El profesional predispuso una oferta «engañosa» con aptitud e idoneidad para afectar el comportamiento de los clientes sobre la base de «silenciar» datos fundamentales que ofrecieran una mínima concreción sobre las consecuencias jurídicas y económicas que los clientes asumían con su adhesión: ocultar el carácter litigioso de dichas cláusulas suelo en materia de consumidores y la posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar las consecuencias derivadas a los efectos de la restitución procedente.

Además, a juicio del autor del voto particular, son correctos los términos de la sentencia de la Audiencia acerca de la falta de transparencia de los documentos firmados cuando afirma que: «(...) desde el punto de vista de la psicología del cliente, solo el temor en su momento a la posible eficacia de la cláusula tachada ahora nula justifica acceder a una mera rebaja del tipo de interés impuesto; la verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación *ex novo* a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto». En suma, concluye que, para apreciar la ineficacia de estos documentos predispuestos bastaba que nos planteáramos si «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, hubiere estimado razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual». La respuesta la dan los propios consumidores que, tras la firma de los citados documentos y con fundamento en el carácter abusivo de las cláusulas suelo, interesan ahora, cuando son plenamente conscientes de la situación, la ineficacia de ambos documentos.

Ahora bien, a todo lo expuesto resulta necesario añadir que, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea advierte el juicio de transparencia en cada caso ha de realizarse atendiendo a las circunstancias concurrentes y, como señala la sentencia de 20 de septiembre de 2017 en su considerando 58, de acuerdo con el artículo 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia debe hacerse también: «(...) en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

En este contexto no se duda por parte del Tribunal Supremo de la validez de un contrato transaccional en el que se transija sobre cláusulas suelo ni sobre la renuncia de derechos. Asimismo, en el presente caso, aunque en principio pudiera entenderse la existencia de un conocimiento generalizado por la repercusión de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, corresponde siempre al banco cumplir con el control de transparencia material y el deber de información contractual que permita a los consumidores adoptar su decisión con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá la aplicación de dichas cláusulas y respecto a ello considera suficientemente probado el Alto Tribunal el cumplimiento por la entidad bancaria del control de transparencia y del deber de información precontractual, aunque, podemos indicar que, quizá por los datos fácticos obrantes, no se cumplió adecuadamente con tal deber de información precontractual¹⁴⁸.

De todas formas, conviene precisar que, resulta incuestionable la conexión de régimen del control de transparencia, de su función y sentido, con el concepto de orden público que informa la Directiva 93/13, y a sus propias directrices de «no vinculación» y de «efecto disuasorio», que ha sido objeto de confirmación en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, respecto del régimen normativo que se deriva de la declaración de abusividad por falta de transparencia de la denominada «cláusula suelo». Sentencia que determinó un cambio de la

¹⁴⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018 de 11 de abril», *op. cit.*, pp. 8-9, señala que hay argumentos para sostener que no supera el control de transparencia, pues «no basta que el consumidor sepa que el contrato contiene una cláusula suelo, sino que es preciso que conozca el significado económico de la misma. Para ello se requiere que el prestamista informe al prestatario de las cuotas periódicas que debería abonar en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. También es necesario, como indica la jurisprudencia del TS, que exista un adecuado lapso temporal entre la información previa y la celebración del contrato». Además continúa: «la firma manuscrita no hace la cláusula válida. No consta que se le ofreciera información sobre las cuotas que debería abonar según diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. En realidad no recibió información de ningún tipo (...). Este «conocimiento general» sobre el significado de la cláusula suelo, su alcance y la posible nulidad de la cláusula no prejuzga en modo alguno cuál era el conocimiento real del concreto prestatario que celebra el acuerdo novatorio». En fin, sostiene que «la información que tendría que recibir el prestatario antes de celebrar el acuerdo novatorio (incluso aunque hubiere sido realmente negociado) debería ser mayor: debería ser informado que la cláusula suelo original era potencialmente no transparente, y que si así se declara judicialmente debería reputarse nula. Y que esa posible falta de transparencia inicial va a ser subsanada con una nueva cláusula suelo que ya sí es transparente, en la medida en que el prestamista informa adecuadamente de su significado y alcance económico, tomando como referencia distintos escenarios. Es evidente que en el caso de autos no consta que esta información adicional haya sido suministrada al prestatario».

Por el contrario, si considera que se ha cumplido con el control de transparencia, CARRASCO PERERA, Á.: «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Una buena sentencia de casación», *op. cit.*, p. 3, pues indica que «no puede existir falta de transparencia por la propia lógica del proceso negociador, cuando es reproducida en la negociación sucesiva, ya sea ésta una transacción, ya se repunte simplemente novación. El consumidor tiene toda la información necesaria, conoce la repercusión de la cláusula en la economía del contrato, sabe perfectamente que estas cláusulas se están anulando en los tribunales, no necesita otros escenarios alternativos».

jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo a partir de la sentencia 123/2017, de 24 de febrero.

Desde esta perspectiva hay, asimismo, que señalar que el régimen de ineficacia que comporta la declaración de abusividad por falta de transparencia de una cláusula predispuesta constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del orden público comunitario, conforme al principio de efectividad del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE –sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08 y 30 de mayo de 2013, asunto C-488/2011–. De ahí su indisponibilidad y la prohibición de moderación e integración por los jueces nacionales.

Por otra parte, el artículo cuarto de la Directiva 93/13/CEE, en su apartado primero, dispone que para valorar la abusividad de una cláusula no negociada individualmente habrá de tenerse en cuenta «la naturaleza de los bienes o servicios y las circunstancias que concurran en el momento de su celebración y las demás cláusulas». Por lo que deben tenerse presente para apreciar la posible falta de transparencia de una cláusula referida al objeto principal del contrato y el Tribunal Supremo así lo entiende en la sentencia de abril de 2018, pues aplica estos criterios para concluir que la transacción sí era transparente. Ello, a nuestro entender, no impide que el banco debe cumplir con su deber de información y facilitar toda la información que sea necesaria al consumidor con independencia de cuáles sean las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato y que los criterios de la falta de transparencia de una cláusula suelo sean notoriamente conocidos por los clientes a través de la prensa o por otros medios –digitales o no.

Sobre tales bases cabe preguntarse sobre el alcance de la cláusula de renuncia de derechos, esto es, a ejercitar acciones judiciales relativas a las cláusulas suelo u otro tipo de cláusulas financieras incluidas en los préstamos hipotecarios. Al respecto conviene señalar en primer lugar que, como establece el apartado 61 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2010, asunto C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08, «el principio de tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la Unión, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH y que, por otra parte, ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». Se encuentra consagrado en nuestro texto constitucional en el artículo 24.

En el presente caso no se trata de una renuncia previa, sino posterior, por lo que no cabe aplicar el artículo 10 del TRLGDCU. Por su parte, como expusimos en líneas precedentes, el artículo 86.7 del TRLGDCU se refiere a las renunciaciones de derechos reconocidos en normas imperativas o dispositivas, si bien en este último caso se debe acudir a los parámetros de buena fe y desequilibrio establecidos en el artículo 82 del TRLGDCU para determinar su abusividad y, por ende, su nulidad.

Operamos sobre una renuncia a ejercitar judicialmente la nulidad de una cláusula abusiva, si bien, tal como está redactada la cláusula también alcanza esa renuncia a solicitar la nulidad de otras cláusulas y el derecho a solicitar la devolución de los intereses cobrados en exceso desde la firma del contrato por la aplicación del artículo 1303 del Código Civil. En el primer caso estamos ante una norma imperativa –la posibilidad de plantear judicialmente la nulidad de una cláusula abusiva–; respecto del segundo caso, ante una norma dispositiva. Para MARÍN LÓPEZ la cláusula de renuncia al ejercicio de derechos, ni la renuncia a recuperar las cantidades pagadas en exceso por el prestatario, no está sometida a control de transparencia, sino de contenido, por lo que podrá reputarse abusiva conforme a los criterios de abusividad del TRLGDCU¹⁴⁹.

Ahora bien, la renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, y al control judicial de oficio de las cláusulas suelo, por lo que esta renuncia sería contraria al orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de la normativa de protección de consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas¹⁵⁰. Por otra parte, también se puede plantear que, si el objeto de la transacción es evitar un pleito o finalizar el ya comenzado y las recíprocas concesiones, si en tal acuerdo transaccional se incluye la renuncia al ejercicio de acciones, ello significa que tal renuncia forma parte de objeto que la conforma, por lo que como hace la sentencia del Tribunal Supremo de abril de 2018 habrá de someter al control de

¹⁴⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J.: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *op. cit.*, pp. 6 y 16-17, con relación al carácter abusivo de la cláusula de renuncia a solicitar la nulidad de la cláusula suelo inicial manifiesta, asimismo, que «la presunción de abusividad en este caso que se deriva del artículo 86.7 del TRLGDCU no podrá ser destruida mediante prueba en contrario por el prestamista, pues la renuncia a este derecho es siempre abusiva» y respecto al carácter abusivo de la cláusula de renuncia a recuperar las cantidades abonada en exceso al prestamista por aplicación de la cláusula suelo inicial dispone que «también en este caso la cláusula debe considerarse abusiva». En similares términos, SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.^a: «Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013», *op. cit.*, p. 10. Por su parte, LUENGO LLORET, V.: «Transacción con renuncia de reclamar la nulidad de las cláusulas suelo. Reflexiones sobre la STS 205/2018, de 11 de abril», *Actualidad Civil*, número 4, abril 2018, p. 7, desde su punto de vista cree que «no puede transigir o someter a mediación la pretensión de declarar el carácter abusivo de la cláusula y que tampoco puede renunciar a reclamar la nulidad de las cláusulas abusivas que le perjudican conforme al Derecho de la Unión Europea, por aplicación del artículo 19 de la LEC y del 10 del TRLGDCU». No obstante, entiende que «sí que se puede transigir o mediar sobre las concretas cantidades que se le adeudan por la indebida aplicación de las cláusulas abusivas como consecuencia de la nulidad de éstas, tal y como reconoce el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero». Y, concluye, «todo ello sin perjuicio de que la cláusula de renuncia a acciones pasadas y futuras, como cláusula predispuesta, deba superar tanto los controles de transparencia reales o materiales (el voto particular acredita como no se supera control, como el control de abusividad)». Sin embargo, RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *op. cit.*, p. 178, entiende que se permite el acuerdo transaccional si la renuncia se hace *a posteriori*, al no decirse nada en la normativa protectora de consumidores acerca de una hipotética «renuncia» posterior, una vez se hubiera planteado la disputa sobre la abusividad de la cláusula concreta, lo cual llevaría a considerar válido e inatacable el acuerdo transaccional que la contuviese».

¹⁵⁰ En esta línea, SAÉNZ JUBERA HIGUERO, B.: «Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, julio-agosto 2018, p. 2292.

transparencia. Si el consumidor es oportunamente informado y conoce la carga jurídica y económica de lo que renuncia, aunque se trate del ejercicio de la acción de nulidad de una cláusula suelo, como en este caso, no se afecta con ello a la tutela judicial efectiva, ni a la actuación de oficio del juez ante la posible abusividad de tales cláusulas.

Ciertamente, a nuestro entender, el problema descansa en la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva, en concreto, en el criterio de «no vincularán» que, tras la tantas veces mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, representa un concepto autónomo del Derecho de la UE, que implica que «la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe tener como consecuencia que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva» (apartados 61 y 63). Pues bien, cabe plantearse si es posible que el consumidor decida quedar vinculado por una cláusula que trae causa de una anterior que, por no ser clara y transparente, nunca debió vincularle. Esto es que, sea el consumidor el que decida si quiere que, pese a la nulidad de la cláusula suelo, ésta le vincule. Del artículo 6.1 de la Directiva no se deduce nada de permitir este eventual «derecho a decidir»¹⁵¹. Por supuesto, tal derecho de existir

¹⁵¹ Para VÁZQUEZ MUIÑA, T.: *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018, p. 363 y PAZOS CASTRO, R.: «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», *op. cit.*, p. 3 no parece que el artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE tenga por objeto conferir derechos a los particulares, más bien se refiere a los efectos generales que se derivan de una cláusula abusiva. Sin embargo, para SOLER SOLÉ, G.: «Cláusula suelo. TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado», *La Ley*, núm. 8905, sección Tribuna, 20 enero 2016, p. 11 tal precepto si confiere derechos a los consumidores. Asimismo, MUÑOZ GARCÍA, C.: ««Falta de transparencia», posible ineficacia y acuerdo transaccional válido», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, número 152, octubre-diciembre 2018 (actualmente en prensa y cedido amablemente por su autora), pp. 25-27 argumenta a favor de la concesión de derechos al consumidor derivados de la no vinculación y para ello se refiere a varias sentencias del TJUE. Así con relación a la STJUE de 21 de febrero de 2013 señala que, en su apartado 35 como en su declaración final reconoce el derecho del consumidor a transigir sobre una cláusula que puede ser no vinculante; en cuanto a la STJUE de 14 de abril de 2016 en su apartado 25 entiende que, se refrenda la posibilidad del consumidor a renunciar a la «no vinculación» de la cláusula abusiva en el marco jurídico de los artículos 3 y 4.1 de la Directiva. Y, en tercer lugar cita la STJUE de 21 de diciembre de 2016 que se refiere «al derecho a no ser vinculado, como mínimo y a sensu contrario podrá ser o no ejercitado o incluso renunciado». Por lo que considera que, el Tribunal de Justicia «da carta de naturaleza a la transacción sobre cláusulas que podrán adolecer de abusividad y a la renuncia de acciones que pudiendo ejercitar el consumidor, las expulsa de su esfera de actuación en virtud del acuerdo libremente adoptado». A lo que añade que «siendo el acuerdo transaccional un contrato que tiene por pretensión principal evitar el pleito —y este es su objeto esencial— las cláusulas de renuncia a la acción estaría excluida del control de contenido pero no del control de transparencia». En cuanto al derecho interno la citada autora menciona el artículo 19 de la LEC en virtud del cual «expulsar de la esfera de actuación del consumidor la acción a la que habría tenido derecho de no haber transigido, no es contrario a Derecho europeo». Finalmente, pone de manifiesto que, lo único que se indica en el apartado II del preámbulo del texto de consumidores y en el artículo 10 del TRLGDCU es la renuncia previa a los derechos reconocidos en la normativa de consumidores y usuarios.

sólo se concederá al consumidor y no al empresario –entidad financiera en nuestro caso– derivado del necesario efecto disuasorio. En este caso, recordemos, el banco, más bien a su propia iniciativa, ha presentado a sus clientes «un acuerdo de novación modificativa» –que el Tribunal Supremo califica de transacción– en el que se incluye como estipulaciones: 1) Por un lado, se moderaba la cláusula suelo, rebajado el tipo porcentual; b) Por otro lado, se incluía una renuncia de los prestatarios a formular cualquier reclamación judicial o extrajudicial en relación con la cláusula suelo y demás cláusulas y también renunciando a los eventuales efectos restitutorios.

El principio «no vincularán» significa que el consumidor debe quedar en la misma situación –de hecho y de derecho– en que se encontraría de no haber existido nunca la cláusula abusiva, por lo que con ello sería ineficaz cualquier acuerdo posterior que traiga causa de tal cláusula, ya que se entiende que, si nunca ha existido la cláusula abusiva o no transparente (que es lo que se entiende es el criterio «no vincularán»), tampoco sería posible pactar su reducción, moderación o sustitución, pese a que el consumidor podría aceptar tales opciones si las conociese, entendiese su alcance y ha sido debidamente informado de ello. Por lo que «no vinculación» al día de hoy conlleva la prohibición de que empresario y consumidor puedan pactar sobre la moderación de una cláusula abusiva o no transparente, ya sea reduciéndola, ya sea sustituyéndola por otra menos perjudicial. Por lo que la nueva cláusula, que se establece en lugar de la primera, tampoco debe vincular al consumidor. No olvidemos que al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se considera que es un precepto no solo imperativo, sino también de orden público, que opera como límite al artículo 1255 del Código Civil.

Ahora bien, qué sucede si a esa reducción de la cláusula suelo se le añade, como en este caso, una renuncia de acciones en un acuerdo transaccional en el que las partes buscan resolver una controversia sobre una cláusula que quizá no sea transparente. Para nuestro Tribunal Supremo –sentencia 11 de abril de 2018– esto sería posible, pues estamos ante un acuerdo en el que las partes buscan resolver extrajudicialmente la controversia en torno a una posible falta de transparencia de la cláusula, por lo que el juez no tiene que entrar a analizar la validez o abusividad de la cláusula originaria, puesto que las partes ya han zanjado la cuestión, finalizado su controversia a través de un contrato que produce el efecto de cosa juzgada (artículo 1.816 del Código Civil). Lo que significa que el consumidor no sólo quedará vinculado por la nueva cláusula –que se considera que ha superado el control de transparencia–, sino que también quedará definitivamente vinculado por los efectos que hubiera desplegado la cláusula originaria¹⁵². Y se reitera en la posterior sentencia de este mismo Alto Tribunal analizada de 13 de septiembre de 2018, pues la nulidad de una cláusula suelo no impide que con posterioridad el consumidor acepte una reducción o sustitución de una cláusula por otra distinta,

¹⁵² En esta línea, de considerar válidos los acuerdos transaccionales en los que se renuncia a reclamar en el futuro los importes indebidos, MAGRO SERVET, V.: «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo», *La Ley*, núm. 8901, sección Tribuna, 16 enero 2017, p. 2.

siempre que lo haga con conocimiento de su alcance y lo que representa. De forma que el consumidor quedará vinculado por la nueva cláusula que la sustituye. En ambas resoluciones se posibilita que el consumidor pueda actuar en su beneficio y previa negociación con el efecto no vincularán contenido en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. Si bien, señalar que la no vinculación operaría con todas las consecuencias sobre el empresario –efecto disuasorio– y el que tendría el poder de decisión sobre su aplicación sería exclusivamente el consumidor¹⁵³.

Sobre tales bases, concretar que, si este acuerdo está prohibido por el efecto de «no vincularán» y, siendo la finalidad de la transacción resolver la controversia entre las partes sobre la posible falta de transparencia de una cláusula, parece que sí está prohibido pactar la renuncia al ejercicio de acciones, con ello se está mermando la operatividad de la transacción, ya que si no se puede renunciar al ejercicio de acciones, qué controversia se puede evitar, si la única opción que se le concede al consumidor es la actuación judicial, operable incluso de oficio. Debería el Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisar más el alcance del criterio «no vincularán» y determinar si es posible que cualquiera como consumidor puede decidir –ejercer un derecho a decidir– si se quiere que le vincule o no –por ejemplo, la nulidad de la cláusula– y, en consecuencia, poder negociar. Para el Tribunal Supremo, si es posible operar en este sentido, pues ha estimado válido el acuerdo transaccional convenido en los términos expuestos. De todas formas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 nos recuerda que el derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva se atribuye a los consumidores (apartado 71); y, ciertamente, aunque expresamente el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE no contiene derechos a los que se pueda renunciar, sino que se limita a los efectos derivados de la no vinculación –que entre otros puede ser la nulidad de la cláusula– porque no plantear que el derecho a no ser vinculado que se concede al consumidor pueda ser ejercitado no por éste y, en su caso, renunciado por él mismo en un acuerdo transaccional, por ejemplo.

Por otra parte, dentro de la expresión «objeto principal del contrato», además de la reducción de la cláusula suelo, se podría incluir la cláusula por la cual el consumidor renuncia a plantear reclamaciones judiciales o extrajudiciales relativas a la cláusula suelo que se ha visto sustituida. Parece que, para el Tribunal Supremo, la respuesta es de nuevo afirmativa, pues somete a ambas a un control de transparencia al estar integradas ambas en el propio acuerdo transaccional.

Finalmente, si en el acuerdo transaccional se incluyen como parte de su contenido convenido por las partes la negociación además de la cláusula referida al objeto principal del contrato, sobre otras cláusulas no referidas al mismo, el acuerdo transaccional se habría de someter a un control de transparencia respecto

¹⁵³ Sin embargo, recordemos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de octubre de 2017, no es posible la moderación de la cláusula suelo por aplicación del artículo 1208 del Código Civil, que prohíbe la novación de cláusulas nulas.

de la cláusula suelo y respecto de las otras cláusulas a un control de contenido¹⁵⁴. Y, asimismo, señalar que los acuerdos transaccionales pueden ser considerados nulos ante la falta de transparencia, o anulables ante la existencia de un vicio del consentimiento derivado de su naturaleza contractual.

Todas estas cuestiones y dudas expuestas en líneas precedentes han determinado la formulación de dos cuestiones prejudiciales en temas relacionados con la novación y transacción. La planteada por el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, número 3 de Teruel, de 26 de junio de 2018, en el que tras acordar la suspensión del curso de las actuaciones, dispone la siguiente cuestión prejudicial: «A) Si el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril) debe extenderse también a los contratos y negocios jurídicos posteriores sobre esas cláusulas, como lo es el contrato de novación. Y si dado que la nulidad radical implica que, dicha cláusula nunca existió en la vida jurídica-económica del contrato, puede concluirse que los actos jurídicos posteriores y sus efectos sobre aquella cláusula, eso es, el contrato de novación, también desaparecen de la realidad jurídica, debiendo considerarse como inexistente y sin ningún efecto; B) Si los documentos que modifiquen o transaccionan cláusulas no negociadas susceptibles de no superar los controles de falta de abusividad y transparencia, pueden participar de la naturaleza de condiciones generales de la contratación a efectos de lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE, afectándoles las mismas causas de nulidad que los documentos originales novados o transigidos; c) Si la renuncia de acciones judiciales contenida en el contrato de donación debe ser también nula, en la medida en que los contratos que firmaban los clientes no informaban a los mismos de que estaban ante una cláusula nula ni tampoco del dinero o importe económico que tenían derecho a percibir como devolución de los intereses pagados por la imposición inicial de las “cláusulas suelo”. De esta manera, se indica que el cliente firma una renuncia a demandar sin haber sido informado por el banco de a qué renuncia y a cuánto dinero renuncia; D) Si analizamos el contrato de novación modificativa al amparo de la Jurisprudencia del TJUE y de los artículos 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, la nueva cláusula suelo incluida adolece nuevamente de falta de transparencia al volver el banco a incumplir los criterios de transparencia por el mismo fijados en la STS de 9 de mayo de 2013 y no informar al cliente del verdadero coste económico de dicha cláusula en su hipoteca, de manera que pudiera conocer el tipo de interés (y la cuota resultante) que tendría que pagar en el caso de aplicarse una nueva cláusula suelo y el tipo de interés (y la otra cuota resultante) que tendría que pagar en caso de no aplicarse ninguna cláusula suelo y se aplicase el tipo de interés pactado en el préstamo hipotecario sin limitación a la baja; E) Si el clausulado de acciones incluidas en las condiciones generales de contratación del contrato de novación modificativa puede considerarse una

¹⁵⁴ Precisamente, con ello se evita lo que señala el profesor MARÍN LÓPEZ, M.J.: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *op. cit.*, p. 19, pues «la cláusula 3.ª valida todas las cláusulas del contrato inicial, impidiendo al prestatario pedir la nulidad de las mismas y reclamar cantidad alguna ¿Cabe legítimamente sostener que esta cláusula es válida simplemente por ser transparente?».

cláusula abusiva por su contenido en el marco del artículo 3.1, en relación con el anexo de cláusulas abusivas y, en concreto, con el apartado q) de ese anexo (se-rán cláusulas abusivas, aquellas que tengan por objeto suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recurso por parte del consumidor), dado que limitan el derecho de los consumidores al ejercicio de derechos que pueden nacer o revelarse después de la firma del contrato como ocurrió con la posibilidad de reclamar la devolución íntegra de los intereses pagados (al amparo de la sentencia del TJUE de 21 de noviembre de 2016)».

Y, por Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Albacete, de 2 de octubre de 2018¹⁵⁵, en el que se acuerda la suspensión del procedimiento en curso y el planteamiento de las siguientes cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 1. El efecto de «no vincularán» del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, ¿excluye la posibilidad de que el empresario y el consumidor, a través de un acuerdo privado, puedan moderar una cláusula que no supera el requisito de la redacción clara y comprensible del artículo 4.2, ya sea reduciendo el importe de dicha cláusula, ya sea sustituyéndola por otra cláusula menos perjudicial para el consumidor? ¿Cambiaría la respuesta a esta pregunta si esa moderación se inserta en un acuerdo celebrado entre consumidor y empresario cuya finalidad es, precisamente, zanjar la controversia, sin acudir a los órganos judiciales, sobre la posible falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente incluida en un contrato anterior entre ambos? 2. ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado segundo, de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de que en los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», están comprendidas dos cláusulas incluidas en un acuerdo no negociado individualmente entre empresario y consumidor en las que, por un lado, se modera una cláusula incluida en un contrato anterior entre ambos –sustituyéndola por otra menos perjudicial para el consumidor– y, por otro lado, el consumidor renuncia a su derecho a reclamar judicial o extrajudicialmente la posible falta de transparencia de esa cláusula y los efectos inherentes a esa falta de transparencia? 3. Si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, debe interpretarse en el sentido de que «la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato» y «el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración» sólo pueden tenerse en cuenta para enjuiciar el carácter abusivo de cláusulas que no se refieran a la definición del objeto principal del contrato? O, por el contrario, ¿pueden tenerse en cuenta esos mismos criterios para enjuiciar la transparencia de cláusulas que se refieran al objeto principal del artículo 4.2? 4. Si la respuesta a la pregunta 2 es afirmativa, ¿es compatible con el artículo 4.2 de la Directiva –en concreto, con las exigencias de redacción clara y comprensible y de transparencia que del mismo se derivan–, una jurisprudencia nacional que, ante un acuerdo no negociado individualmente entre empresario y consumidor por el que se modera la

¹⁵⁵ LA LEY 134973/2018.

aplicación de una cláusula incluida en un contrato anterior entre ambos, no considera necesario que el empresario informe al consumidor de la posible falta de transparencia de esa cláusula, por entender dicha jurisprudencia nacional que son notoriamente conocidos los criterios que dan lugar a esa falta de transparencia? 5. Si la respuesta a la pregunta 2 es afirmativa, ¿debe interpretarse el artículo 4.2 de la Directiva en el sentido de que una renuncia del consumidor a formular judicial o extrajudicialmente reclamaciones sobre la posible falta de transparencia de una cláusula no negociada individualmente sólo supera la exigencia de «redacción clara y comprensible» si el empresario ha informado previamente al consumidor de los concretos derechos a los que renuncia, y en particular, la concreta cuantía que renuncia a reclamar?

Se solicita al Tribunal de Justicia la admisión a trámite y, además, la tramitación por el procedimiento acelerado.

Finalmente, procede señalar que la regulación con cierta exhaustividad de las normas sobre transparencia y de las obligaciones de información precontractual dirigidas a proporcionar certidumbre en la regulación hipotecaria va a posibilitar la eliminación de diferentes interpretaciones judiciales que existen en la actualidad, y una disminución de los litigios con la consiguiente reducción del campo de actuación de los acuerdos transaccionales. De todas formas, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 2017, se ha reducido en cierta forma la operatividad de los acuerdos transaccionales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO BUZO, R.: «Cláusula suelo: análisis del contrato privado con renuncia de acciones firmado entre consumidor y la entidad bancaria», *La Ley*, 24 de mayo de 2018.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: «Comentario al artículo 10 del TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, director Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011.
- «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo», *InDret*, número 1, enero 2017.
- CARRASCO PERERA, Á.: «Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusulas suelo. Una buena sentencia de casación», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 13 de abril de 2018.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario al artículo 86 del TRLGDCU», *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Con-*

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

sumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2015.

LUENGO LLORET, V.: «Transacción con renuncia de reclamar la nulidad de las cláusulas suelo. Reflexiones sobre la STS 205/2018, de 11 de abril», *Actualidad Civil*, número 4, abril 2018.

LYCZKOWSKA, K.: «CESCO opina sobre la posición del Abogado General del TJUE sobre la irretroactividad de la nulidad de la cláusula suelo», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 1 de septiembre de 2016.

MAGRO SERVET, V.: «Consecuencias de la sentencia del TJUE sobre cláusulas abusivas. Retroactividad de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula suelo», *La Ley*, núm. 8901, sección Tribuna, 16 enero 2017.

MARÍN LÓPEZ, M.: «Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 de abril de 2018.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: «Modificación y extinción de las obligaciones», *Curso de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Teoría General de la Obligación y el contrato*, volumen coordinado por Carlos Martínez De Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid 2016.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: «Contrato de transacción», *Contratos mercantiles*, t. II, sexta edición, director Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra 2017.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «Comentario al artículo 82 del TRLGDCU», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, director Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011.

MUÑOZ GARCÍA, C.: «Acuerdo transaccional para evitar enjuiciar una posible “falta de transparencia” (consideraciones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 151, julio-septiembre 2018.

NOYA FERREIRO, L.: «La transacción», *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, directora Raquel Castillejo Manzanares, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 377.

PAZOS CASTRO, R.: «Retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo. A propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo)», *La Ley*, número 8888, sección Tribuna, 23 de diciembre de 2016.

- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «Los contratos aleatorios: la transacción», *Curso de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, *Contratos y responsabilidad civil*, volumen coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid 2016.
- PÉREZ DAUDI, V.: *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, Atelier, Barcelona 2018.
- PERTINEZ VÍLCHEZ, FCO.: «Comentario al artículo 1208 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. III, coordinadores Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016.
- REDONDO TRIGO, FCO.: «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, julio-agosto 2018.
- RODRÍGUEZ MORATA, F.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. IX, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 12412.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «Acuerdos transaccionales sobre cláusulas presuntamente abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 150, abril-junio 2018.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J.: «Cláusula suelo: de nuevo sobre la validez de los acuerdos extrajudiciales. Breves comentarios a la sentencia del TS de 11 de abril de 2018», *Revista de Derecho vLex*, número 167, abril 2018.
- «El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores», *Revista de Derecho vLex*, número 158, julio 2017.
 - «La sentencia del TJUE 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/CEE», *Revista de Derecho vLex*, núm. 152, enero 2017.
 - «El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y su repercusión sobre los efectos de cosa juzgada regulada en la LEC», *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 2017.
 - «La sentencia del TJUE de 26/1/2017, asunto 421/14 y la cosa juzgada conforme la Directiva 93/13/UE», *Revista de Derecho vLex*, número 152, enero 2017.
 - Cláusula suelo y acuerdo extrajudicial con posterioridad a la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013», *Actualidad Civil*, núms. 7-8 julio-agosto 2018.

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

SAÉNZ JUBERA HIGUERO, B.: «Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, julio-agosto 2018.

SOLER SOLÉ, G.: «Cláusula suelo. TJUE, TS, cosa juzgada y responsabilidad del Estado», *La Ley*, núm. 8905, *sección Tribuna*, 20 enero 2016.

TAMAYO HAYA, S.: «Comentario al artículo 1809 del Código Civil», *Código Civil comentado*, vol. IV, coordinadores Javier Orduña Moreno, Javier Plaza Penadés y Luz M. Martínez Velencoso, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra 2016.

VAQUERO PINTO, M.^a J.: «Comentario al artículo 1203 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, t. VI, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

VAZQUEZ MUIÑA, T.: *La nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia*, Reus, Madrid, 2018.

(Trabajo recibido el 25/11/2018
y aceptado para su publicación el 10/12/2018)

DERECHO SOCIETARIO

DERECHOS DE ACOMPAÑAMIENTO Y ARRASTRE, PROHIBICIÓN DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE PARTICIPACIONES Y SU INSCRIBIBILIDAD (COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE 30 DE JUNIO DE 2018 DE LA DGRN)

BLANCA CAFFARENA PÉREZ
Notaria de Sádaba

RESUMEN

En este comentario se analiza una resolución de la DGRN que versa sobre la inscribibilidad y validez de las cláusulas estatutarias que prohíben la constitución de derechos reales sobre las participaciones de una sociedad limitada y los derechos de arrastre y acompañamiento.

Palabras clave: Sociedad limitada, cláusulas estatutarias, transmisión de participaciones, derechos reales sobre participaciones, derecho de acompañamiento, derecho de arrastre, libertad en el tráfico, negociabilidad de los bienes, inscribibilidad.

BLANCA CAFFARENA PÉREZ

**DRAG-ALONG AND JOINT PARTICIPATION RIGHTS,
PROHIBITION ON THE ESTABLISHMENT OF IN REM
RIGHTS ON STOCK CERTIFICATES AND THEIR
ELIGIBILITY FOR REGISTRATION (COMMENT ON
THE DGRN RESOLUTION DATED JUNE 30th, 2018)**

BLANCA CAFFARENA PÉREZ
Notary public in Sádaba

ABSTRACT

The present comment analyses a resolution from the Directorate-General for Public Registries and Notaries Public (DGRN) regarding the eligibility for registration and validity of articles of association clauses prohibiting the establishment of *in rem* rights on stock certificates in a limited liability partnership and joint participation and drag-along rights.

Keywords: Limited liability partnership, clauses in articles of association, transfer of stock certificates, *in rem* rights on stock certificates, joint participation right, drag-along right, business freedom, negotiability of assets, eligibility for registration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE HECHO.—III. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE RECURRENTE. LOS DERECHOS DE ACOMPAÑAMIENTO Y ARRASTRE.—IV. LA POSTURA DE LA DGRN.—V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La presente resolución trata sobre el contenido del régimen estatutario de transmisión de participaciones sociales contenido en la escritura de constitución de una sociedad limitada. Y digo limitada dada la transcendencia que tiene la calificación del tipo de sociedad de capital en el régimen de transmisión de las cuotas representativas del capital social. Es un recurso interpuesto por el abogado en nombre y representación de la sociedad limitada contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles a inscribir determinada cláusula de los estatutos de dicha sociedad.

Para empezar se describirá el supuesto de hecho, siguiendo con los argumentos en que se fundamenta la calificación negativa del registrador, continuando con los contra-argumentos del abogado en defensa de la validez de dichas cláusulas estatutarias. Se hará referencia a los derechos de *tag-along* (derecho de acompañamiento) y *drag-along* (derecho de arrastre) sobre los que recae la citada cláusula estatutaria dada la incidencia e interés que tienen en la práctica jurídica actual. Finalmente, se explicará cómo resuelve la cuestión la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN).

II. EL SUPUESTO DE HECHO

La Resolución de 30 de julio de 2018 de la DGRN, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Palma de Mallorca a inscribir determinada cláusula de los estatutos de una sociedad, trata sobre dos cuestiones: la primera y más importante, entre otras cosas porque es sobre la que más se centra, es sobre la posibilidad de inscripción de la cláusula estatutaria que prohíbe constituir derechos reales sobre las participaciones sociales, sin necesidad de fijar una limitación temporal a la prohibición o de conceder un derecho de separación al socio; y la segunda, y no menos importante dada la

transcendencia práctica que tiene en la actualidad, aunque en la resolución se le dé menos importancia, es sobre el derecho de acompañamiento y el derecho de arrastre que figuran en los estatutos.

Para facilitar un mejor estudio de la resolución se transcriben a continuación dichas cláusulas:

«Artículo 7.º Transmisión mortis causa.

En caso de fallecimiento de cualquiera de los socios titulares de las participaciones sociales de la clase B, los socios titulares de las participaciones sociales de la clase A tendrán un derecho de adquisición preferente en los términos del artículo 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Artículo 8.º Transmisión forzosa.

En caso de transmisión forzosa de participaciones sociales, la sociedad tendrá el derecho de adquisición preferente previsto en el artículo 109.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

Artículo 9.º Derecho de acompañamiento.

Si los titulares de las participaciones sociales de la clase A pretendiesen transmitir todas o parte de dichas participaciones sociales (siempre que en este último caso impliquen más del 50 % del capital) a favor de terceros deberán notificar al resto de socios su intención de llevar a cabo la transmisión, indicando los siguientes datos:

- a) Las participaciones sociales que se proponen transmitir.*
- b) La identidad del adquirente y su titular real.*
- c) Los términos y condiciones y términos de la transmisión, en particular el precio y la forma de pago.*

La notificación deberá efectuarse por escrito, de modo que quede constancia de la misma.

Dentro del plazo de diez días naturales, a contar desde la recepción de la notificación previa, los demás socios tendrán un derecho de acompañamiento para transmitir al adquirente sus participaciones sociales en los mismos términos, a condición de que el adquirente acepte modificar su oferta para abarcar las participaciones de los socios que hubiesen ejercitado su derecho de acompañamiento.

Artículo 10. Derecho de arrastre.

Transcurridos cinco años desde la constitución de la Sociedad, si otro socio o un tercero ofreciera a los titulares de las participaciones sociales de la clase A la adquisición de la totalidad de sus participaciones en esta Sociedad, los titulares de las participaciones sociales de la clase A podrán obligar al resto de socios a transferir sus participaciones al oferente en las mismas condiciones que los titulares de las participaciones sociales de la clase A, mediante notificación previa efectuada a tal efecto con los requisitos del artículo anterior.

En el plazo de diez días, a contar desde la notificación previa, cualquiera de los socios podrá impugnar el precio ofrecido por el oferente. En tal caso, el ejercicio del derecho de arrastre quedará condicionado a que un auditor se confirme que dicho precio puede considerarse, conforme a criterios de valoración de empresa generalmente aceptados, un valor razonable para las participaciones.

Cumplidos los anteriores requisitos, los socios atados por el derecho de arrastre estarán obligados a transmitir sus participaciones al oferente en las condiciones expresadas en la notificación previa. Si cualquiera de ellos no compareciera al otorgamiento de la escritura pública de venta, podrá el oferente depositar ante notario el precio y, desde ese momento, se considerarán transmitidas a su favor las participaciones sociales, que se inscribirán a su nombre en el libro-registro de socios.

Artículo 11. Derechos reales sobre las participaciones sociales.

Los socios no podrán constituir derechos reales sobre sus participaciones sociales, ni utilizarlas de otro modo como garantía o para cualquier otro objeto que pudiera dar como resultado una transmisión de dichas participaciones. No se inscribirán derechos reales sobre las participaciones sociales en el libro-registro de socios. La constitución de opciones sobre participaciones sociales será libre, sin perjuicio de las reglas aplicables a la transmisión.»

La escritura que contiene dichas cláusulas fue presentada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Palma de Mallorca el 13 de marzo de 2018, y fue calificada desfavorablemente el día 4 de abril de 2018 al advertirse en ella defectos en los artículos 9, 10 y 11.

III. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL Y LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE RECURRENTE. LOS DERECHOS DE ACOMPAÑAMIENTO Y ARRASTRE

Pasando ya al estudio de la calificación del registrador, la calificación negativa de las cláusulas se basa en las siguientes razones:

1.º) En primer lugar, sobre los derechos de *drag-along* y *tag-along*, el registrador señala que existe una deficiencia o defecto en la redacción de las cláusulas que los contienen. Así, el registrador entiende que parecen no estar «íntegramente» previstos los citados derechos, ya que nada se prevé en el caso de que «*el posible adquirente no quiera adquirir las restantes participaciones, o que los restantes socios no quieran participar en el derecho de acompañamiento*». Del mismo modo, se cuestiona cómo combinar dichas cláusulas con el derecho de preferente adquisición de los socios y con el posible desistimiento del socio que quiso vender las participaciones.

Para una mejor comprensión es conveniente una explicación de dichos derechos de acompañamiento y arrastre. Se trata de derechos que van dirigidos a regular la desinversión en la sociedad y la posible salida de los socios de la misma. Dado que cada vez son más numerosas las operaciones entre empresas a nivel global, cobran especial interés los derechos que tienen los socios tanto minoritarios como mayoritarios en dichas operaciones. Por ello, se empiezan a crear instrumentos para proteger los intereses de los socios. Estos dos derechos son ejemplos de nuevos mecanismos fundamentados en la autonomía de la voluntad y, en particular, en el principio de libre configuración estatutaria creados para adaptarse a las nuevas realidades existentes en cada momento. Se articulan así cláusulas estatutarias para facilitar la movilidad y libre circulación entre empresas, pero siempre respetando y teniendo en cuenta el interés del socio. Este equilibrio entre adaptación a la globalización y libre mercado y la protección de los intereses de los socios es a veces difícil de encontrar y estos derechos son ejemplo de ello. Además, no solo basta con esto, sino que hay que respetar los límites imperativos de la ley y los principios configuradores de cada sociedad. Si bien la sociedad limitada es una sociedad más cerrada, donde se admite por la ley mayores restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones, ello no puede suponer una restricción absoluta a la libre circulación de los bienes, principio absoluto en nuestro derecho; sobre ello nos centraremos más al abordar la cuestión de la prohibición de la constitución de derechos reales sobre las participaciones.

Así, centrándonos sobre los citados derechos, hay que distinguir uno de otro, puesto que mientras que el denominado *tag-along* va dirigido a proteger los intereses de los socios minoritarios; el derecho de arrastre o *drag-along* tiene como fin brindar protección a los socios mayoritarios. Ambos derechos se articulan mediante la forma de obligación contractual, introduciéndolos mediante cláusulas estatutarias. Van dirigidos a regularizar las relaciones entre mayorías y minorías, estableciendo mecanismos que permiten anticiparse y regular el método a seguir en caso de futuras adquisiciones o enajenaciones y evitar, de este modo, futuros problemas en las relaciones entre socios. Permiten una participación equitativa en la toma de decisiones y en la definición de sus derechos, protegiendo la titularidad de las sociedades, contribuyendo a su permanencia de tal forma que se minimicen los posibles riesgos en el crecimiento y desarrollo de las mismas.

El **derecho de acompañamiento, o tag-along**, protege los intereses de los socios minoritarios al permitirles el derecho a enajenar su participación en la sociedad cuando algún socio mayoritario decida enajenar la suya. De esta forma permite al socio incorporarse a la transmisión proyectada por el socio mayoritario en las mismas condiciones que este. Esto tiene sentido, sobre todo, en las sociedades limitadas, que son más personalistas, ya que los socios minoritarios tienen la posibilidad de irse de la sociedad cuando el socio mayoritario se va y no quedan así obligados a quedarse con un nuevo socio mayoritario que, quizás, no les guste. De este modo, se pueden desvincular del proyecto en el caso de que ocurra un cambio de control de la sociedad. El socio titular de dicho derecho podría impedir la transmisión del socio mayoritario si su adquirente se niega a adquirir también las participaciones sociales del socio que ejerce el derecho de acompañamiento. Respecto a la incidencia de este derecho en nuestro sistema jurídico, en cierto modo afecta al principio de libre circulación de los bienes como principio esencial básico al limitar, sin límite de tiempo, la libre transmisión de las participaciones del socio mayoritario, dado que, si el tercero no quiere comprar más participaciones sociales, se prorrateará la adquisición y, con ello, se reducirá el número de participaciones sociales que el socio mayoritario quería transmitir. Por otro lado, este derecho es respetuoso con el carácter cerrado y personalista de las sociedades limitadas. Mayor problema plantea, sin embargo, respecto de las sociedades anónimas, que tienen un carácter abierto.

En relación al **derecho de arrastre, o drag-along**, es un instrumento que protege los intereses de los socios mayoritarios, permitiéndoles exigir a los minoritarios la enajenación de su participación en la sociedad. Así, el referido instrumento facilita que cuando el comprador tenga el propósito de adquirir la totalidad de las participaciones para adquirir el control de la sociedad, ello se lleve a cabo de la manera pactada entre el socio mayoritario y el comprador y, en igualdad de condiciones, entre el socio mayoritario y minoritario. En este caso se protege la salida del socio mayoritario, desvinculándose así más fácilmente del proyecto, ya que da la posibilidad al comprador de comprar cuantas participaciones quiera. Podrá entonces vender toda la sociedad sin que la negativa del socio minoritario pueda ser un obstáculo a la libre transmisibilidad de la misma. En cuanto a la incidencia de este derecho en el sistema jurídico existente también merece la pena que nos detengamos. Este derecho estimula la libre transmisibilidad de las participaciones del socio mayoritario y, con ello, fomenta la iniciativa empresarial. Se favorece el crecimiento económico dado que las facilidades a la movilidad y negociabilidad de las empresas motiva la asunción de riesgos. Pero, por otro lado, limita la autonomía de la voluntad de los socios minoritarios al ser obligados a transmitir sus participaciones e, incluso, a perder su condición de socios por hechos ajenos a su voluntad. Si bien es verdad que la sociedad limitada es una sociedad cerrada y que por ello no parece extraño que ellos mismos se quieran desvincular de la sociedad cuando el socio mayoritario también lo haga. El problema surge cuando no lo quieren hacer, siendo en estos casos un beneficio y derecho exclusivo para el socio mayoritario. No obstante, no se puede hablar de una auténtica restricción a la autonomía de la voluntad de los socios minoritarios, puesto que dicha auto-

nomía ya se tuvo en cuenta, previamente, cuando se otorgó la escritura de constitución con su consentimiento (artículo 21 de la Ley de Sociedades de Capital, en adelante LSC). Dichos derechos se contienen en cláusulas estatutarias contenidas a su vez en la escritura de constitución, la cual fue otorgada por todos los socios. El socio al otorgarla proyectó su autonomía de la voluntad y se adhirió a la sociedad, no obstante, dicha cláusula. Otra cosa sería si se incorporase dicha cláusula mediante modificación estatutaria, para la cual tan sólo se requiere la mayoría legal reforzada (artículo 199 LSC). Pero hasta en este punto, el legislador es sabio y prevé en el artículo 108 LSC que para la incorporación de dichas cláusulas sea necesario el consentimiento de todos los socios.

2.º) En segundo lugar, el registrador deniega la inscripción del artículo 11 de los estatutos que contiene una prohibición de constituir derechos reales sobre las participaciones sociales, incluidos los de garantía. El registrador considera lo siguiente:

«a) Que el art. 11 es contrario a “determinaciones legales” (sin cita de ninguna en concreto), por cuanto se refiere a “actos no voluntarios del propietario” —embargos, afecciones.

b) Y que es contrario también dicho artículo, por cuanto se refiere a transmisiones voluntarias, al “principio de libre circulación de los bienes”, puesto que tales prohibiciones no pueden ser absolutas, salvo que, conforme al art. 108 LSC, aplicable “por analogía”, se respete el límite de cinco años o el derecho de separación.»

Pasando al estudio de los argumentos del interesado recurrente:

1.º) En primer lugar, respecto de las cláusulas relativas a los derechos de acompañamiento y arrastre y en cuanto a la imprecisión de los mismos, señala el recurrente que hay que distinguir entre calidad de la redacción y ser contrario a derecho. El interesado alega que la calificación del registrador, según el artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, RRM), se debe limitar a valorar la legalidad de dichas cláusulas y no la calidad de la redacción. El recurrente entiende que los artículos 9 y 10 de los estatutos se fundamentan en el artículo 188.3 RRM, «que declara inscribibles las cláusulas estatutarias que imponen al socio la obligación de transmitir sus participaciones a los demás socios o a terceras personas cuando concurren circunstancias “expresadas de forma clara y precisa en los estatutos”». Así, el registrador debe valorar, por un lado, si dicha cláusula es contraria a la ley y, por otro, si en la cláusula está expresada de forma clara y precisa la circunstancia que permite el ejercicio de dichos derechos. Según el abogado, no existe prohibición legal al no tratarse de ninguno de los supuestos de cláusulas estatutarias prohibidas del artículo 108 LSC. Y, respecto a la circunstancia, esta se recoge, a su parecer, de manera clara y precisa como presupuesto para el ejercicio de dichos derechos en las cláusulas 9 y 10.

Asimismo, respecto a las insuficiencias apreciadas por el registrador, que ya hemos descrito anteriormente, el abogado defiende que no hace falta prever en las cláusulas esos cuatro supuestos, dado que no son sino consecuencias lógicas de la aplicación de las mismas:

I) En relación a la primera, es decir, que **el posible adquirente no quiere adquirir las restantes participaciones**, hay que distinguir entre el derecho de acompañamiento y el de arrastre: respecto del primero, quedaría frustrada la transmisión del socio mayoritario que inicialmente quiso transmitir su porcentaje, puesto que el adquirente deberá adquirir también las participaciones de los titulares del derecho de acompañamiento, ya que, como hemos señalado, el tercero, en estos casos, comprará el número de participaciones que quería, pero de forma prorrateada a todos los socios que ejerciten dicho derecho. En el derecho de arrastre, si el adquirente no quisiera adquirir todas las participaciones sociales de los socios arrastrados, no habrá motivo para ejercer el derecho de arrastre puesto que no se llegaría a perfeccionar la transmisión.

II) Respecto a la segunda cuestión relativa a **la posibilidad de que los socios no quieran participar en el derecho de acompañamiento**, simplemente basta con que no ejerciten dicho derecho y se aplicará entonces el régimen normal de transmisión (artículo 107 LSC).

III) En tercer lugar, respecto a **la combinación de los citados derechos con el de adquisición preferente de los socios**, los socios que no quieran ejercitar el derecho de acompañamiento tendrán el derecho de adquisición preferente sobre las participaciones del socio que sí quiere transmitir a un tercero sus participaciones. Así, entendemos que el socio que no quiere ejercitar su derecho de acompañamiento tiene derecho de preferente adquisición tanto respecto de las participaciones que inicialmente quería transmitir el socio mayoritario como de las participaciones de los socios minoritarios que sí han querido ejercitar dicho derecho de acompañamiento y que, con ello, entendemos que han renunciado al derecho de preferente adquisición.

IV) Por último, sobre el hecho que **no se haya previsto en los estatutos que ocurre en caso de posible desistimiento del socio que promovió la operación**, el abogado alega que tampoco se prevé en el régimen legal del artículo 107 LSC y, a nuestro entender, no se llevaría a cabo la transmisión y, no existiendo el presupuesto, no habría lugar al ejercicio de dichos derechos.

2.º) En segundo lugar, nos vamos a interesar en las prohibiciones de constitución de derechos reales en las participaciones. El abogado dice que los estatutos prohíben la constitución de derechos reales mediante negocio jurídico voluntario, pero en ningún caso los embargos ni afecciones, que no son propiamente derechos reales. Asimismo, defiende que el precepto legal tiene como ámbito de aplicación la prohibición de negocios jurídicos traslativos al pleno dominio sin referencia a la constitución de derechos reales y, entendiendo que el artículo 108.3 LSC es una

norma excepcional, no está permitida su aplicación por analogía a supuestos no contemplados en ella, como la constitución de derechos reales, prevaleciendo el principio de libertad de tráfico (artículo 348 del Código Civil).

IV. LA POSTURA DE LA DGRN

La DGRN estima el recurso y se centra exclusivamente en la cláusula prohibitiva de constitución de derechos reales sobre participaciones sociales. En primer lugar cita la Resolución de 25 de junio de 2013, que señala que las prohibiciones de disponer no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, tales como embargos o afecciones, ni tampoco las transmisiones forzosas.

No obstante, el principio esencial de libertad de tráfico y que las prohibiciones de disponer tienen que interpretarse restrictivamente y solo admitirse cuando se cumplan tres requisitos que son: justa causa, temporalidad y ser expresas, el carácter cerrado e *intuitus personae* de las sociedades limitadas hace que la ley admita la prohibición estatutaria de la transmisión voluntaria por actor *inter vivos* de las participaciones sociales, sin limitación temporal siempre y cuando se reconozca al socio el derecho de separación o, en otro caso, con el límite temporal de cinco años.

En este caso, la prohibición afecta a la constitución de derechos reales y no tiene límite temporal y sobre ello la Dirección se inclina por el principio de libertad de pactos estatutarios siempre que no estén prohibidos por la Ley de Sociedades de Capital o que sean contrarios a sus principios configuradores para que los socios de una sociedad limitada puedan controlar la influencia de personas extrañas a la misma. Uno de los fundamentos es que el socio, no obstante la prohibición, puede transmitir las participaciones y no queda obligado a permanecer en la sociedad. En ningún caso esta cláusula tiene por finalidad prohibir la libre transmisión de las participaciones y, prueba de ello, es que se exceptúa el derecho de opción de compra. Así, descarta la condición de «prisionero de la sociedad del socio» sobre la que recae dicha restricción porque siempre puede separarse de la sociedad, realizando el valor patrimonial de sus participaciones, con lo que el socio siempre tiene la posibilidad de salir de la misma.

Además, a lo largo de su argumentación, la DGRN, siendo cauta y dado el fundamento de las restricciones admitidas a la libre transmisibilidad de las participaciones en la sociedad limitada, en un primer momento se plantea solo admitir las restricciones respecto la constitución de derechos reales mediante los cuales al titular del derecho se le concedieran los derechos de socio, pero no respecto de los que no tuvieran incidencia en la condición de socio. Sin embargo, entiende más adelante que, aunque no haya una atribución de derechos de socio al titular, siempre puede influir la constitución de tal derecho en la vida corporativa y funcionamiento de la sociedad, por lo que también admite esas restricciones.

V. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de todo lo expresado a lo largo del comentario, para terminar, vamos a hacer una breve conclusión.

Sobre los derechos de arrastre y acompañamiento, la DGRN no se pronuncia porque el registrador en su informe desiste de los defectos señalados. Y sobre la posible incidencia de estos derechos en nuestro sistema jurídico y su admisibilidad ya hemos hablado: se podría decir que suponen una limitación a la libre transmisión de las participaciones sociales, pero sin límite temporal y sin derecho de separación. A mi entender, parecen más razonables los argumentos del abogado recurrente: la aplicación supletoria del régimen general de transmisión de participaciones para todo lo no previsto en esas dos cláusulas no es sino un principio general del derecho. No obstante, la regla del prorrateo para cuando el adquirente no estuviera dispuesto a adquirir también las participaciones de los socios titulares del derecho de acompañamiento no me parece una evidente consecuencia lógica de la aplicación de las cláusulas sino algo que habría de especificarse en los estatutos. Por lo demás, el derecho de preferente adquisición, el posible desistimiento del socio o el no ejercicio del derecho de acompañamiento, a mi entender, no requieren en modo alguno precisarse sus consecuencias en los estatutos, puesto que parecen lógicas y evidentes tal y como señala el abogado.

En relación a las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones, la DG aclara que se admiten sin límite temporal siempre que en los estatutos se reconozca el derecho de separación.

Por otro lado, respecto de la cláusula en concreto de que trata la presente resolución, si bien es verdad que las prohibiciones se tienen que interpretar restrictivamente y no cabe extenderlas a otros casos por analogía, a mi parecer, aplicar un supuesto de transmisión a un caso de constitución de derechos reales no es extender por analogía, porque tanto las transmisiones como la constitución de derechos reales forman parte de los llamados actos de disposición, que es en lo que se fundamenta el principio de libre circulación en el tráfico. Y este principio de libre circulación impide las prohibiciones de disponer absolutas, es decir, que no se fundamenten en una causa justa, que no tengan un límite temporal y que no sean expresas, entendiendo disponer en el sentido tanto de transmitir como de constituir derechos reales.

La DGRN en este caso ha entendido que quien prohíbe lo más no prohíbe lo menos como algo más lógico y como principio básico de nuestro derecho. Se ha distinguido por el Centro Directivo lo que es transmitir de lo que es constituir derechos reales, actos ambos incluidos en lo que llamamos actos de disposición, permitiendo las restricciones ilimitadas e intemporales a la constitución de derechos reales frente a lo que ocurre con los actos de transmisión. La DGRN hace dicha distinción para respetar el especial carácter cerrado de las sociedades limitadas y dado el caso concreto que aquí acontece. Sin embargo, disponer es un concepto más amplio que engloba constituir derechos reales y fundamenta la im-

posibilidad de establecer en nuestro derecho prohibiciones de disponer absolutas e ilimitadas, por lo que a DGRN no debería olvidarse este fundamento y hacer tal distinción pese al carácter esencialmente cerrado de las sociedades limitadas. A mayor abundamiento cabría plantearse si ese especial carácter llega al punto de exceptuar un principio esencial del derecho. Y respecto de esto tenemos que tener en cuenta que cuando en nuestro ordenamiento o en la doctrina en general se habla de las prohibiciones de disponer, se está hablando de disponer como todo acto de disposición que implique un cambio de titularidad del bien. Esto es fundamental, puesto que actos de disposición que impliquen cambio de titularidad propiamente dichos son los de transmisión y no los de constitución de derechos reales. No obstante, la cuestión recaería sobre la interpretación y alcance de lo que entendemos por «cambio de titularidad»: si se refiere a un cambio de titular del bien, es decir, a un nuevo titular del bien en cuestión o, por el contrario, a cualquier cambio en la titularidad, esto es, que el pleno titular pierda facultades al transmitir las al titular del derecho real constituido (así, el pleno propietario perdería las facultades de usar y disfrutar el bien, facultades que pasan a ser titularidad del usufructuario).

Además, la DGRN se basa en que el socio puede separarse de la sociedad no obstante la prohibición de constituir derechos reales. Sin embargo, el principio de libertad en el tráfico no se fundamenta en que una persona tenga libertad para moverse o desvincularse libremente, si, no en que los bienes puedan circular libremente. Es un principio del liberalismo económico permitir la movilidad de la riqueza, que los bienes no queden sustraídos del tráfico económico. No es tanto que el socio pueda separarse, sino que las participaciones puedan transmitirse y circular libremente sin que pueda determinarse su trayectoria y permitiendo la libre circulación de las mismas o que en el caso de restricciones estas cumplan los límites establecidos en la ley para ser válidas. Ese es el real fundamento de ese principio jurídico esencial: impedir vinculaciones excesivas e indefinidas de los bienes y no de las personas, las cuales, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, se pueden vincular como les plazca. Por lo tanto, parece que la DGRN al argumentar se aleja del fundamento del principio de libertad en el tráfico asociándolo a las personas en vez de a los bienes.

Por todo lo anterior, en mi opinión, si en nuestro ordenamiento no se admiten las prohibiciones absolutas a la libre transmisión, es decir, a la transmisión de la plena titularidad de algo, de igual modo tampoco debería admitirse las mismas sobre una parte de esa titularidad, que es realmente lo que se transmite cuando se constituye un derecho real (así, mediante la constitución de un derecho de usufructo, el usufructuario pasa a ser titular del uso y disfrute de ese bien), pues el fundamento es el mismo se transmitan más o menos facultades de la titularidad de un bien, y no por transmitir solo una parte de las facultades de esa titularidad desaparece o se difumina la razón de ser del principio en cuestión.

*(Trabajo recibido el 01/11/2018
y aceptado para su publicación el 20/11/2018)*

DERECHO CONCURSAL

COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 4 DE JUNIO DE 2018 (B. O. E. DE 21 DE JUNIO DE 2018)

ANTONIO DOMÍNGUEZ MENA
Notario de Madrid

RESUMEN

Estos comentarios tienen por objeto la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de junio de 2018, que trata de los efectos de una declaración de concurso que no consta anotada en el Registro de la Propiedad. A propósito de la misma, el autor analiza cómo afecta esta situación a los negocios jurídico-reales que se efectúen sobre la finca y de los medios que servirían para acabar con la inseguridad jurídica generada por el hecho de que la información suministrada por los Registros de la Propiedad en cuanto a la existencia o no de declaración concursal es en muchas ocasiones deficiente, insuficiente o inexistente.

Palabras clave: declaración de concurso, publicidad deficiente, Registro de la Propiedad, tercero de buena fe, inseguridad jurídica .

ANTONIO DOMÍNGUEZ MENA

**COMMENTS ON THE RESOLUTION ADOPTED
BY THE DIRECTORATE GENERAL FOR PUBLIC
REGISTRIES AND NOTARIES PUBLIC ON JUNE
4TH, 2018
(B.O.E. DATED JUNE 21ST, 2018)**

ANTONIO DOMÍNGUEZ MENA
Notary public in Madrid

ABSTRACT

These comments refer to the resolution adopted by the Directorate General for Public Registries and Notaries Public on June 4th, 2018, on declarations of insolvency not recorded on the Property Register. In this regard, the author analyses how this situation affects legal and real estate transactions carried out with respect to the property and also the means available in order to eliminate the legal uncertainty generated by the fact that the information supplied by the Property Registers is often defective or insufficient with regard to the existence of otherwise of declarations of insolvency.

Keywords: declaration of insolvency, defective public notice, Property Register, third party acting in good faith, legal uncertainty.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. HECHOS.—III. CALIFICACIÓN REGISTRAL.—IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RECURRENTE.—V. DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN.—VI. COMENTARIO CRÍTICO.

I. INTRODUCCIÓN

La resolución que vamos a comentar trata, una vez más, de los efectos de la declaración de concurso que no consta anotada en el Registro de la Propiedad y cómo afecta esta situación a los negocios jurídico-reales que se efectúen sobre la finca. Sistemáticamente, abordaremos la cuestión distinguiendo los hechos, la calificación registral –más concretamente las sucesivas calificaciones–, los fundamentos jurídicos del recurrente, la doctrina de la resolución en sí y, finalmente, un comentario crítico.

II. HECHOS

Se otorga una escritura (el día 28 de noviembre de 2.017) que se califica de permuta, otorgada de una parte por una sociedad limitada como transmitente del inmueble (que se encuentra arrendado) y de otra como adquirente del inmueble y emisor de títulos una sociedad cooperativa madrileña. De la escueta redacción de los hechos que hace la propia resolución no se entra en detalles relativos a la operación en sí de *permuta* de inmuebles por títulos que se emiten en contraprestación (no fue objeto de recurso la calificación que veremos relativa a dicha operación).

III. CALIFICACIÓN REGISTRAL

Llama la atención el hecho de que la misma escritura es objeto de tres calificaciones sucesivas y una «adición» a la última de ellas que, en realidad, es la cuestión más importante de la resolución y que, como veremos, motiva una llamada de atención de la Dirección General de los Registros y del Notariado al registrador por no llevar a cabo una calificación global y unitaria en el momento inicial.

En la **primera calificación (15 de enero de 2018)** el registrador entiende que no puede accederse a la inscripción, y la suspende, «*por invalidez de la permuta efectuada, lo que impide su inscripción (cfr. Art. 18 LH)*», añadiendo que «*ni los estatutos de la cooperativa adquirente ni la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Madrid le permiten emitir títulos en contraprestación de transmisiones dominicales definitivas a su favor*», y citando que ni un determinado artículo «*de los estatutos de la cooperativa ahora adquirente, como el 57 de la Ley citada, contemplan los títulos participativos para las aportaciones por tiempo predeterminado y con previsión del plazo de amortización (una forma de definir préstamos mutuos, incluso, comodatos), lo que claramente excluye la aportación realizada, que implica una transmisión dominical definitiva y no amortizable. En consecuencia, la pretendida permuta carecerá de causa y, por ende, de efectos (cfr. arts. 1261 y ss. CC). Además, debe considerarse que dicha pretendida permuta sería una forma de obviar el derecho de retracto arrendaticio de la finca enajenada, conforme a los arts. 25 y 31 LAU, si se hiciera la transmisión a título de venta, que es lo que en el fondo parece subyacer en la presente operación*».

A pesar de que ésta sería una cuestión interesante, no es objeto de recurso y, por tanto, no provoca doctrina gubernativa.

Ante esta calificación, a los efectos de respetar los hipotéticos derechos del artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se aporta al Registro un burofax para acreditar la comunicación al arrendatario de la finca, que motiva una **segunda calificación (25 de enero)**, con este contenido: «*Dadas las características de la operación realizada, permuta de finca urbana por títulos especiales subordinados emitidos por la sociedad adquirente de aquella (una cooperativa de trabajo asociado); dada la naturaleza de la operación realizada, esencialmente idéntica a una compraventa con precio aplazado (instrumentalizando el aplazamiento con la emisión de títulos-valores); dado lo previsto en el artículo 4 CC sobre aplicación analógica de las normas y dada la previsión contenida en los artículos 25 y 31 LAU, se suspende la inscripción solicitada en tanto conste la notificación al arrendatario de la finca permutada, de las condiciones esenciales de la transmisión realizada, que es lo que prescribe el art. 25.2 LAU, sin que sea suficiente la mera indicación de «transmisión por permuta», pues, sin prejuzgar si en el caso concreto procede o no el retracto arrendaticio, esa sola indicación no basta para llevar a conocimiento de la arrendataria los elementos que le pueden mover a pretender y ejercitar tal derecho de retracto*».

De esta segunda parece deducirse que el registrador corrige su primera calificación contraria a la validez de la operación y el «obstáculo» se desplaza al escueto contenido del burofax en que se comunica al arrendatario la transmisión, al que achaca que no comprenda las condiciones esenciales de la transmisión y todo ello sin prejuzgar si hay o no retracto arrendaticio.

Recordemos aquí que, si no hay retracto arrendaticio, en realidad no es precisa la notificación –hace mucho tiempo que la Dirección General de los Registros y

del Notariado se pronunció de esta forma—, por lo que no se comprende bien el porqué de no pronunciarse en la calificación si lo hay o no, en lugar de acudir a la cómoda fórmula de utilizar la expresión «sin prejuzgar». No parece correcta esta ambigua forma de calificar por incoherente, ya que si se estima que hay derecho de adquisición preferente, la notificación es preceptiva y su falta impide la inscripción, pero si no procede, es ociosa y, por tanto, innecesaria para la inscripción.

Ante esta situación, se aporta un acta notarial de remisión al arrendatario de copia de la escritura pública de permuta que provoca la **tercera calificación (30 de enero)**, en la que se reproduce la anterior y se añade que, por no haber llegado a su destinatario, se mantiene este defecto.

Sin embargo, lo realmente importante es que seis días más tarde de esta última, el día **5 de febrero de 2018**, se adiciona a la nota de calificación anterior *«un nuevo defecto inevitable, pues, aunque no consta en el historial registral de la finca transmitida ni en el libro de incapacitados de este Registro de la Propiedad, se acaba de tener conocimiento de que el transmitente se encuentra en situación concursal declarada el 22 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid en procedimiento 313/2012, y dicha situación se sigue reflejando a día de hoy en el Registro de Situaciones Concuriales: – De conformidad con el artículo 40.7 LC, son anulables los actos realizados por el concursado cuando infringen las limitaciones establecidas en dicho precepto, y no podrá accederse a su inscripción mientras no se acredite su confirmación o convalidación en su caso, por el administrador concursal o se justifique la caducidad de la acción de anulación o su desestimación por sentencia firme. En el caso enjuiciado, el vendedor en concurso realiza la transmisión sin atenderse a estas limitaciones. Debe tenerse en cuenta la doctrina de la DGRN (vid. RR de 16-12-12, 14-12-16 y 16-1-17) que, aun cuando no se comporte en cuanto impone la obligatoriedad de consulta de otros Registros en la función calificadora, sí legitima tal consulta potestativamente realizada a fin de impedir que actos viciados puedan tener acceso al Registro de la Propiedad»*.

La *adición* de este defecto nos provoca tres «simpáticas» cuestiones —que no tienen ninguna gracia— y sobre las que quien tiene competencia para ello debería reflexionar para enmendar.

La primera, que junto a los tradicionales «defectos subsanables e insubsanables» ha aparecido una tercera categoría, la de los defectos «inevitables»; la segunda, que si el defecto era «inevitable» porque surgió con un concurso declarado cinco años antes, **cómo es posible** que el registrador además tarde tres semanas en «descubrirlo», y la tercera y más importante, si, como dice la calificación, «se acaba de tener conocimiento» de la situación concursal declarada hace más de cinco años, **cómo se ha conocido y por qué es ahora** cuando se pone de manifiesto y no en cualquier momento anterior al trascendente momento de la calificación, como, por ejemplo, al momento de poner a disposición de los inte-

resados o del notario autorizante cualquier información registral o en el momento de la primera calificación.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RECURRENTE

El recurrente, que es la sociedad cooperativa adquirente del inmueble, recurre sólo el defecto relativo a la declaración de concurso, alegando que tal situación, como indica la propia calificación, *«no consta en el historial registral de la finca transmitida ni en el libro de incapacitados de este Registro de la Propiedad»; pero es que tampoco consta en el Registro Mercantil la supuesta limitación del administrador para permutar, siendo que sólo se exige la autorización del juez para enajenar, no siendo evidentemente este el caso»...* y *«por otro lado, como bien indica el señor registrador, sería una cuestión de anulabilidad y no de nulidad, por lo que lo que procedería sería la anotación de la permuta y la publicación de la misma al efecto de su impugnación, tal como se hace en cualquier expediente de dominio que pueda perjudicar a terceros, para que cualquiera que pueda considerarse perjudicado por la permuta pueda oponerse a la misma».*

Añade que *«el administrador concursal, garante de los derechos de terceros, conocedor de la permuta, no ha interpuesto acción de nulidad alguna».* En su escrito afirma *«que, además, lo que no consta inscrito en un registro no tiene virtualidad, especialmente contra terceros, y no consta que el administrador de ..., S. L., no pueda permutar válidamente, con lo que, en cualquier caso, se trataría de un acto de convalidación (lo que corresponde a una acción de anulabilidad, que no de nulidad)».*

Y, finalmente, viene a concluir *«que, por lo expuesto, procede la publicación de la escritura al efecto del ejercicio por cualquier tercero de la acción de anulabilidad, por el plazo previsto en la Ley Registral, de modo que, si no hubiese impugnaciones, procedería su inscripción».*

Vemos que, en definitiva, su recurso se fundamenta, primero, en que la falta de publicidad de la situación concursal no puede perjudicar su derecho a inscribir y, segundo, que al tratarse de una situación de anulabilidad, la inscripción sigue dejando a salvo el ejercicio de tal acción.

Es más que evidente que el fundamento básico de su postura radica en la lógica afirmación de que quien adquiere confiando en los pronunciamientos registrales de libertad de cargas y trabas a las facultades dispositivas y con esos presupuestos debe ser respetado en su derecho a inscribir, y éste debe ser el funcionamiento normal de cualquier registro instituido en beneficio de quien lo consulta. Ahora bien, como veremos, esto no es así.

V. DOCTRINA DE LA RESOLUCIÓN

La Dirección General de los Registros y del Notariado desestima el recurso y confirma la calificación.

Como cuestión previa enumera los distintos defectos apuntados por las sucesivas calificaciones (invalidez de la operación, derecho de retracto y concurso de acreedores), censurando este modo de proceder, para recordar que *«la calificación registral tiene que ser clara y completa. Clara, de modo tal que las partes del negocio puedan conocer sin dificultad la naturaleza y el alcance del defecto o de los defectos invocados. Y completa, de modo tal que todos los que existan se evidencien en la primera nota de calificación, sin dejar para las eventualmente sucesivas la identificación de otro u otros. Prescindiendo en este caso de otras posibles consideraciones, la adición –tras las sucesivas calificaciones centradas en la necesidad de notificación de la permuta y de sus condiciones esenciales a la sociedad arrendataria– del defecto consistente en que la sociedad permutante se encontrara en concurso de acreedores hubiera debido alegarse por el registrador en la primera calificación negativa»*.

Con esta primera afirmación, el Centro Directivo recalca que el destinatario de los servicios registrales debe ser tenido en consideración cuando a juicio del registrador existan obstáculos para la inscripción, y ponérselos de manifiesto desde el primer momento, para que tenga debidamente identificados los problemas que, a juicio del calificador, puedan existir; es lo que se denomina una calificación global y unitaria, reclamada en numerosas ocasiones y censurada la práctica contraria, lo cual no hace sino insistir en algo que no hay que olvidar: El Registro es una institución al servicio del ciudadano y a él es a quien hay que dar explicaciones suficientes de los motivos por los que su título no puede ser inscrito. No es, ni más, ni menos, que aplicar el principio de que es la Administración la que está al servicio del ciudadano, y no al revés (aunque, en la práctica, sea al revés, y seamos los «pacientes» ciudadanos quienes estemos al servicio de la Administración).

Recordemos aquí que, a partir de un determinado momento, la Dirección General fue bastante rigurosa con esta mala praxis, pues era habitual utilizar el «momento procesal» del informe del registrador para desplegar toda su argumentación, con evidente indefensión del recurrente, que, por su desconocimiento, no podía rebatirla. Por esta razón, el Centro Directivo entendió que tal argumentación no debía tomarse en consideración por extemporánea.

Y a propósito de la situación concursal de la transmitente del inmueble, añade que *«esta Dirección General tiene declarado que la coherencia y la funcionalidad del sistema legal exige que los registradores de la propiedad, en el momento de calificar la capacidad de las partes, comprueben mediante la consulta del Registro Público Concursal si alguna de ellas tiene limitadas o suspendidas las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que*

integran el patrimonio propio (Resoluciones de 16 de diciembre de 2012, 14 de diciembre de 2016 y 16 de enero de 2017); y esa comprobación debe hacerse cuando el título se presenta originariamente a inscripción y no después. En la práctica española es frecuente que la existencia del concurso no conste en la historia registral de la finca ni en el Libro de Incapacitados del Registro de la Propiedad; y de ahí la extraordinaria importancia de esa elemental cautela con la que tiene que actuar el registrador. Y, en segundo lugar, porque de la misma escritura calificada resulta que, al estar la sociedad en concurso de acreedores, la competencia para conocer de determinada ejecución hipotecaria correspondió al Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, el cual, mediante auto de fecha 21 de enero de 2015, despachó esa ejecución; y dicho auto consta incorporado mediante copia en dicha escritura e incluso reseñado en la nota registral informativa también incorporada a la misma». Es decir, vuelve a recriminar al registrador que no haya consultado el Registro Público Concursal desde la primera calificación y que, además, no se haya percatado de que la situación concursal consta en la nota informativa que obra unida a la escritura y que ha sido proporcionada por el propio Registro.

Finalmente, el motivo de desestimación del recurso radica en que, al encontrarse la sociedad transmitente del inmueble en concurso de acreedores, el artículo 40.1 de la Ley Concursal exige la intervención del Administrador Concursal o su confirmación o convalidación, o la caducidad de la acción de anulación, lo cual no ha tenido lugar.

VI. COMENTARIO CRÍTICO

La doctrina que mantiene esta resolución, que no es más que la continuación de la iniciada hace años, resulta correcta desde el punto de vista estrictamente legal por aplicación del artículo 40.1 de la Ley Concursal y, más concretamente, de su número 7, en su párrafo final, cuando dice que los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme.

No obstante, la resolución contiene afirmaciones sobre las que, cuando menos, debemos reflexionar en beneficio de la seguridad jurídica preventiva en el ámbito inmobiliario.

Desde el punto de vista del usuario de los servicios del Registro de la Propiedad, no parece correcta, ni razonable. Si partimos de la base de que el Registro de la Propiedad es una institución al servicio del ciudadano, que tiene por objeto dar seguridad y certeza a las relaciones jurídico-inmobiliarias, protegiendo a quien adquiere confiando en los pronunciamientos registrales, es evidente que en un caso como el presente todo esto quiebra.

El Registro de la Propiedad es uno de los elementos esenciales para las transacciones inmobiliarias por la fiabilidad de los datos que publica. Por esta razón,

habida cuenta de la ingente cantidad de informaciones registrales que se expiden diariamente y en las cuales se sustenta la confianza para consumir las transacciones inmobiliarias, es fundamental que sus pronunciamientos «hagan fe» frente a todos, pues la confianza en los mismos es lo que induce a la ciudadanía a valorar su utilidad y eficacia; sin esta confianza carece de ambas, como cualquier otra institución. No es serio ni conveniente para el Registro de la Propiedad, ni para ningún otro, que sus pronunciamientos se vean comprometidos por datos que deberían constar en él y que han sido preteridos (intencionalmente o no).

En nuestro ordenamiento existen una multiplicidad de registros que tienen por objeto publicar las situaciones que a cada uno concierne. Así, el Registro Civil y el Mercantil se refieren a sus sujetos inscribibles; los de Asociaciones, Fundaciones y Entidades Religiosas, a los suyos; y así, en otros tantos. Por esta razón, cuando quieren circunstancias relativas a la titularidad, disposición o gravamen de un inmueble, es al de la Propiedad al que se acude (que para eso existe), y cuya legislación establece claramente la posibilidad de constancia de las limitaciones a la capacidad dispositiva del titular inscrito, como medio de publicar *erga omnes* cualquier traba, y una de estas situaciones es la declaración de concurso. Si la legislación contempla esta circunstancia no es conveniente obligar a los ciudadanos a «peregrinar» por otros registros para llegar a la certeza de que quien dispone tiene plena su capacidad para ello. Para eso está la «ventanilla única inmobiliaria», que es el Registro de la Propiedad.

Por esta razón, no parecen afortunadas dos afirmaciones que contiene la resolución y que, claramente, pueden conducir a una profunda desconfianza en sus pronunciamientos por parte de quienes solicitan información de cara a consumir transacciones jurídico-reales inmobiliarias.

La primera de ellas dice: «... esta Dirección General tiene declarado que la coherencia y la funcionalidad del sistema legal exige que los registradores de la propiedad, **en el momento de calificar la capacidad de las partes, comprueben mediante la consulta del Registro Público Concursal si alguna de ellas tiene limitadas o suspendidas las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio propio... y esa comprobación debe hacerse cuando el título se presenta originariamente a inscripción, y no después**».

La extemporaneidad de ese momento se revela por sí misma. Cuando el documento es objeto de calificación hace ya tiempo que el negocio jurídico real se consumó. Y si nos centramos en el esquema típico de la formación del contrato (generación, perfección y consumación), la práctica demuestra que mucho antes de esta última las partes han obtenido por su cuenta información del Registro de la Propiedad relativa al inmueble –nota simple– y, además y por su parte, el notario, a efectos de la redacción y autorización de la escritura pública, es decir, a efectos de la consumación del negocio, habrá obtenido también la información registral prevista en el artículo 175 del Reglamento Notarial (información regis-

tral continuada, **en la que se basa la casi absoluta totalidad de las transacciones inmobiliarias).**

Por tanto, si desde el primer momento en el que se aborda seriamente una transacción inmobiliaria confiando en el carácter completo y veraz de la información registral suministrada por un experto en tráfico jurídico inmobiliario, como es el registrador de la propiedad, el negocio se consuma con esa información suministrada y cobrada por él, no es lógico que posteriormente quien facilitó y cobró por la información se desmarque de ella porque, ahora sí, se toma la molestia de consultar otro registro. Y no valen excusas relativas a la obligatoriedad de consulta al Registro Público Concursal en el momento de la calificación, porque si puede acceder en este momento, también pudo hacerlo al expedir una información que no es gratuita, y de esa forma se habrían evitado todos los demás problemas, que ahora repercuten directamente en el usuario que contrató confiando en los pronunciamientos registrales. Porque no hay que olvidar que si se hubiera conocido la declaración de concurso, el negocio jurídico, tal y como se consumó, no se habría celebrado.

En cuanto a **la segunda cuestionable afirmación: «En la práctica española es frecuente que la existencia del concurso no conste en la historia registral de la finca ni en el Libro de Incapacitados del Registro de la Propiedad; y de ahí la extraordinaria importancia de esa elemental cautela con la que tiene que actuar el registrador».**

Frente a esto, en buena lógica, cabe decir que el perjudicado por esa mala práctica no puede ser el usuario de los servicios registrales que contrata confiando en sus pronunciamientos, porque los registros existen para publicar situaciones jurídicas que eviten problemas, y porque la legislación española prevé tal constancia en el Registro de la Propiedad. Por eso forman parte de la seguridad jurídica preventiva; si no son útiles para esto, si no proporcionan una información en la que confiar plenamente en la fase previa a la conclusión de los negocios y su mal funcionamiento provoca conflictos, es mejor que no existan, porque no contribuyen a evitar la conflictividad.

¿Y cómo se evitan estas situaciones? Mediante la interconexión de los registros públicos, que es algo relativamente fácil; más aún, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad, el Mercantil y el Registro Público Concursal están «bajo un mismo manto». Esto es así conforme al artículo 2 del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal. En dicho precepto se encomienda su gestión material al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que la realizará a sus expensas y bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, y adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado, «a la que corresponde dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico y técnico den soporte a la actividad del Registro» (art. 2.2 del Real Decreto citado).

No parece difícil pensar que sería conveniente que la Dirección General de los Registros y del Notariado tomara interés en este asunto y dictara alguna disposición relativa a la necesidad de que cuando se expida cualquier información registral relativa a inmuebles (Registro de la Propiedad) o sujetos inscribibles (Registro Mercantil), el registrador a quien se solicita haya de consultar simultáneamente a su expedición el Registro Público Concursal para advertir de tal circunstancia, lo cual redundará en beneficio de la seguridad del tráfico jurídico y, en definitiva, del usuario de los servicios registrales.

Y me consta que la aplicación ya existe y funciona.

*(Trabajo recibido el 02/11/2018
y aceptado para su publicación el 20/11/2018)*

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 Redacción

- El Consejo de Redacción se compromete a respetar la confidencialidad durante el proceso de selección.
- El Consejo de Redacción 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 Redacción se reserva el derecho de retirar cualquier trabajo recibido, aceptado o ya publicado, si se constatare que tal trabajo incurre en plagio o en otro supuesto de fraude científico.
- El Consejo de Redacción velará por el cumplimiento de estas normas éticas de publicación.