

# Revista CESCO de Derecho de Consumo

[www.revista.uclm.es/index.php/cesco/](http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/) Núm. 4/2012 | ISSN: 2254-2582



## Impacto de la crisis económica y financiera en las relaciones de consumo

### Estudios y consultas

Problemas jurídicos nacidos o agudizados por la crisis (dación en pago, participaciones preferentes, copago sanitario y tasas judiciales...). Incluye comentario crítico del proyecto de modificación de los arrendamientos urbanos.

### Novedades normativas

Paralización de desahucios hipotecarios.

### Noticias de Jurisprudencia

AEROLÍNEAS: retraso superior a tres horas; GARANTÍAS: muestra, parámetro de conformidad; POTESTAD SANCIONADORA: derechos lingüísticos; PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: premio con obligación de pago; SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL: circulación de vehículos de motor, responsabilidad civil del asegurado, contribución de la víctima, limitación indemnización; TASAS JUDICIALES: constitucionalidad.

### Actividades CESCO

Acta Jornada Técnica: Alternativas al lanzamiento en los desahucios hipotecarios.

 **UCLM**  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



Centro de Estudios de  
Consumo

# DIRECCIÓN Y CONSEJO EDITORIAL

## Consejo de Redacción

**Dirección:** Ana I. Mendoza Losana  
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Comisión permanente:** Ángel Carrasco Perera  
Catedrático de Derecho Civil  
Director del Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

Encarnación Cordero Lobato  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Jesús Marín López  
Catedrático de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Consejeros:** M<sup>a</sup> Ángeles Zurrilla Cariñana  
Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Pascual Martínez Espín  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Carmen González Carrasco  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Magdalena Ureña Martínez  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Ana Carretero García  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

## Colaboradoras

**de redacción:** Karolina Lyczkowska  
Investigadora del Departamento de Derecho Civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

Lourdes García Montoro,  
Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Secretaria:** Iuliana Raluca Stroie  
Centro de Estudios de Consumo  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Edita:** Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha

**Dirección:** Palacio del Cardenal Lorenzana  
C/ Cardenal Lorenzana, 1  
45071 Toledo

**Teléfono:** 925 268 800, extensión 5018

**Teléfono/Fax:** 925 251 586

**E-mail:** consumo@uclm.es

**Diseño y maquetación:** Centro de Investigaciones y Desarrollo de la Imagen (CIDI-UCLM)

# Revista CESCO de Derecho de Consumo

Núm. 4/2012

## CESCO y su Revista

Tras más de diez años de trayectoria dedicada al Derecho de Consumo, el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO) se ha convertido en una referencia en la protección de los consumidores. Su web ([www.uclm.es/centro/cesco/](http://www.uclm.es/centro/cesco/)) publica abiertamente las numerosas consultas planteadas por los agentes aplicadores del Derecho de Consumo (servicios autonómicos, OMICS y asociaciones), constituyendo una valiosa herramienta para los profesionales del sector. Esta relevante labor de información y formación de los consumidores y de mejora de las técnicas jurídicas para su protección, ha sido premiada por el Gobierno de Castilla-La Mancha (marzo 2011) y ha merecido la concesión de una ayuda del Ministerio de Economía y Competitividad para la realización de proyectos de investigación.

El CESCO asume ahora un nuevo reto: la publicación de la Revista CESCO de Derecho de Consumo. Aunque no soplan vientos favorables para emprender nuevas empresas, los investigadores del CESCO nos hemos empeñado en afrontar la situación que atravesamos trabajando con mayor intensidad y rigor de lo que ya lo veníamos haciendo.

La Revista CESCO de Derecho de Consumo es una revista electrónica que se publicará trimestralmente en la dirección <http://cesco.revista.uclm.es>. A través de números monográficos o de números de actualidad, la Revista pretende exponer y analizar las cuestiones más trascendentes relativas al Derecho de Consumo, sin abandonar las consignas que han caracterizado la trayectoria del CESCO: su proximidad a la práctica diaria de los profesionales del Derecho de Consumo y su rigor científico y académico.

Se compone de tres secciones: I. Estudios y consultas, II. Novedades normativas y III. Notas de Jurisprudencia. La primera recoge estudios realizados por los investigadores o la respuesta a las consultas de mayor interés

relacionadas con la práctica del Derecho de Consumo y planteadas por entidades públicas o privadas. Tanto la sección dedicada a las novedades normativas como la sección relativa a jurisprudencia pretenden ofrecer valor añadido en relación a otras publicaciones ya existentes. Por ello, no incluirán un listado completo de todas las normas o resoluciones consumeristas aparecidas en el período de referencia, sino sólo una selección de las más significativas anotadas por los investigadores del CESCO y clasificadas por sectores o etiquetas temáticas (no por órganos judiciales que las emiten).

La Revista CESCO de Derecho del Consumo se dirige principalmente a profesionales (abogados, personal de las asociaciones de consumidores, técnicos e inspectores de consumo, árbitros de consumo...), investigadores y estudiantes avanzados especialmente interesados en el Derecho de Consumo.

El CESCO y su Revista están abiertos a todos aquellos interesados en el Derecho de Consumo, procedentes del mundo académico o de la práctica profesional, que quieran colaborar en esta empresa. Por ello, desde la dirección se invita a participar en el consejo de redacción y se ofrece este soporte para la publicación de trabajos que encajen en el perfil de la Revista, enviándolos a la dirección [consumo@uclm.es](mailto:consumo@uclm.es).

### **Ángel Francisco Carrasco Perera**

Catedrático de Derecho Civil

Director del Centro de Estudios de Consumo

### **Ana I. Mendoza Losana**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Directora de la Revista CESCO de Derecho de Consumo

## Presentación del número 4

Desde que empezó a proyectarse la Revista CESCO de Derecho de Consumo, teníamos claro que era necesario dedicar un número monográfico a analizar los efectos de la crisis. Ahora que la crisis arrecia, que el Estado del Bienestar hace aguas, con casi seis millones de parados, con los funcionarios, los profesionales de la educación, de la sanidad y de la justicia en la calle, con los afectados por participaciones preferentes asaltando los parlamentos autonómicos, los desahuciados tomando las plazas y sucursales bancarias y con gran parte de la ciudadanía en pie de guerra contra los recortes presupuestarios que amenazan no sólo al Estado del Bienestar sino también al Estado de Derecho, es imprescindible dedicar este número 4 de la Revista CESCO a analizar el impacto de la crisis económica y financiera sobre las relaciones de consumo.

Se presta especial atención a la dación en pago y a su régimen fiscal, al tratamiento legal y jurisprudencial de las participaciones preferentes o a algunos de los problemas generados por negocios que resurgen al calor de la crisis como los establecimientos compro-oro. Se incluye una breve guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos, un artículo sobre el copago sanitario y un trabajo sobre las nuevas tasas judiciales, con numerosos ejemplos sobre la aplicación de las tasas a diversos procesos civiles de consumo y un comentario crítico al proyecto de ley de modificación de los arrendamientos urbanos. La sección “novedades normativas” pone de manifiesto las carencias del Real Decreto-ley 27/2012, por el que se paraliza el lanzamiento en los desahucios hipotecarios para fa-

milias en riesgo de exclusión social. En las “noticias de jurisprudencia”, destaca la anotación a la sentencia del Tribunal Constitucional 190/2012, relativa a los requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y sus implicaciones sobre la constitucionalidad de la nueva ley de tasas.

Lamentablemente, la lista de efectos de la crisis es tan extensa que no cabe en un solo volumen. Quedan pendientes muchas cuestiones (ej. interrupción de servicios esenciales por impago, desahucios arrendaticios, tasas universitarias...). Procuraremos tratarlos en el próximo año, que deseamos ofrezca temas de actualidad más agradables.

Fiel a su trayectoria y a su convicción de que la investigación universitaria ha de ponerse al servicio de la sociedad y aportar argumentos al debate jurídico y social, el CESCO celebró, el pasado 12 de diciembre, la jornada técnica multicampus, “Alternativas al lanzamiento en los desahucios hipotecarios” en la que se dieron cita todos los colectivos implicados (miembros de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, profesionales de la Psicología y del Derecho), a excepción de la banca, que rechazó la invitación. Este número incluye el acta de la jornada que resume las ponencias de los distintos participantes, así como algunas de las intervenciones más significativas en el debate posterior a cada ponencia.

Aunque son tiempos difíciles en los que necesitamos algo más que buenos deseos, a todos los que colaboráis con CESCO y su Revista y a todos los que confiáis en CESCO, os deseamos lo mejor para el año 2013.

## I. ESTUDIOS Y CONSULTAS

### Dación en pago y procedimiento de ejecución hipotecaria

#### La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?

M<sup>ª</sup> Soledad de la Fuente Nuez de Castro. Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. Universidad de Málaga.....8

#### La dación en pago, un mal menor. Tratamiento fiscal de la dación en pago.

Luis María Romero Flor. Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Castilla-La Mancha ..... 13

### Participaciones preferentes y cláusulas abusivas en contratos bancarios

#### Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil.

Miguel Fernández Benavides. Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-la Mancha .....17

#### Cláusulas abusivas en contratos bancarios.

Pascual Martínez Espín. Profesor Titular acreditado al Cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.....27

### Copago sanitario y tasas judiciales

#### Restricciones de gasto, gestión privada y copago en el servicio público de salud.

Pablo Acosta Gallo. Profesor titular de Derecho Administrativo. Universidad Rey Juan Carlos.....34

#### Justicia para el que pueda pagarla. Un alegato contra las tasas con ejemplos de procesos civiles de consumo.

Verónica Del Carpio Fiestas. Abogada. Profesora asociada de Derecho Civil (UNED).....40

### Resolución contrato por falta de financiación y rebus sic stantibus

#### La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario, ¿constituye causa de resolución del contrato?

Natalia Álvarez Lata. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de A Coruña.....44

### Reforma de los arrendamientos

#### Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas.

Ángel Francisco Carrasco Perera. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha .....51

### Morosos: empresas de recobro y registros

#### Empresas de cobro de morosos al límite de la legalidad.

Miguel Fernández Benavides. Centro de Estudios de Consumo.....58

#### Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos

Ana I. Mendoza Losana. Profesora Contratada Doctora acreditada al cuerpo de Profesores Titulares de Derecho Civil .....61

### Cierre de negocios

#### Contratos vinculados y cierre del negocio.

Manuel Jesús Marín. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha .....68

### Nuevos negocios al calor de la crisis: compro-oro, préstamos.com

#### Las Administraciones de Consumo no pueden sancionar como cláusulas abusivas precios “usurarios” en el negocio de compra / recompra de oro.

Ángel Carrasco Perera. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha .....77

#### Usura rampante y mentiras en los préstamos rápidos. ¿Quién gobierna esta selva?

Pascual Martínez Espín. Profesor Titular acreditado a Catedrático de Derecho Civil.....79

## II. NOVEDADES NORMATIVAS

### Paralización de los desahucios hipotecarios. Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios.

Encarnación Cordero Lobato. Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha.....88

## III. NOTICIAS DE JURISPRUDENCIA

### AEROLÍNEAS: compensación por retraso de vuelo superior a tres horas

#### El TJUE confirma la procedencia de la compensación a los pasajeros de vuelos que sufran un retraso de más de tres horas. STJUE de 23 octubre 2012, asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10.

Karolina Lyczkowska .....92

<b>Garantía en la venta de bienes muebles: la muestra o modelo como parámetro de conformidad</b> <b>La muestra o modelo como parámetro de conformidad del bien vendido. Comentario a la SAP Vizcaya, de 13 de octubre de 2011.</b>	
Manuel Jesús Marín.....	92

<b>Potestad sancionadora: derechos lingüísticos</b> <b>Vulneración de “derechos lingüísticos”, imposición de sanciones en el ámbito de consumo y principio de legalidad sancionadora. A propósito de la STC 1 de octubre de 2012.</b>	
Miguel Fernández Benavides.....	94

<b>Prácticas comerciales desleales: premio con obligación de pago para recibirlo</b> <b>La práctica comercial consistente en informar al consumidor de que ha ganado un premio y que le obliga a incurrir en un gasto para recibirlo es una práctica desleal de todos modos. STJUE (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012, asunto C 428/11.</b>	
Iuliana Raluca Stroie.....	95

<b>Seguro de responsabilidad civil: circulación de vehículos de motor, responsabilidad civil del asegurado, contribución de la víctima al daño, limitación del derecho indemnización</b> <b>Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. Responsabilidad civil del asegurado. contribución de la víctima al daño. Limitación del derecho a indemnización. STJUE de 23 de octubre de 2012, asunto C-300/10.</b>	
Pilar Domínguez.....	96

<b>Tasas judiciales: requisitos de constitucionalidad</b> <b>Sentencia 190/2012, de 29 de octubre de 2012, del Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la constitucionalidad de la actualmente vigente (Ley 10/2012 de 20 de noviembre)</b>	
María del Carmen González Carrasco.....	97

#### **IV. ACTIVIDADES CESCO**

<b>Acta de la Jornada Técnica “Alternativas al lanzamiento en los desahucios hipotecarios” organizada por CESCO</b>	
Karolina Lyczkowska .....	101

ESTUDIOS Y CONSULTAS

# La Dación en pago: ¿Una solución eficaz a la situación socio económica del deudor inmobiliario?

M<sup>a</sup> Soledad de la Fuente Núñez de Cástro | Profesora Contratada Doctora | Universidad de Málaga

**Resumen:** La realización del valor del inmueble dado en garantía real en la concesión de un préstamo hipotecario, en muchos casos, resulta insuficiente para cubrir el valor de la deuda contraída. El deudor sigue debiendo por el resto y lo hará indefinidamente ante la falta de medios para la subsistencia. La dación en pago puede ser un medio alternativo a la insolvencia del deudor inmobiliario.

**Palabras Claves:** deudor inmobiliario, insolvencia, ejecución hipotecaria, dación en pago.

**Title:** The property given in payment may be an efficient solution for the financial position of the real-state debtor?

**Abstract:** The proceeds achieved as a result of the enforcement of a security right encumbering a real estate are often insufficient to repay the mortgage loan. The debtor indefinitely continues owing the rest, since he has no means for subsistence. Assigning the property in payment may be an alternative possibility to the real-state debtor's insolvency.

**Key words:** real-state debtor, insolvency, mortgage enforcement, datio in solutum.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Punto de partida: delimitación del supuesto de hecho y legislación aplicable. 3. Soluciones judiciales. 4. Pronunciamientos en sentido inverso. 5. La dación en pago: ventajas e inconvenientes.

## 1. Introducción

En los últimos meses ¿quién no ha oído hablar de la dación en pago? Una consulta a cualquier página de un diario que aborde el tema de los desahucios tan florecientes en nuestro país, necesariamente va vinculada a la dación en pago como medida alternativa a los mismos.

La insolvencia de multitud de adquirentes de inmuebles ha forzado a las entidades financieras a la adjudicación de la vivienda que ofrecieron como garantía real para la concesión de su préstamo hipotecario. Sin embargo, el precio alcanzado con el remate, en muchas ocasiones, no satisface la totalidad de la deuda no cancelándose la misma y, por tanto, adicionándose nuevos y elevados intereses de demora que hacen que la deuda se eternice, imposibilitando al deudor el empezar de nuevo.

Esta situación ha conllevado dramáticas situaciones conocidas por todos, así como una fuerte presión social encabezada por las plataformas de afectados, que demandan al poder legislativo una solución rápida y eficaz. Ello ha obligado a las distintas partes implicadas en el asunto (poderes legislativo, ejecutivo y judicial, patronal de la banca y afectados) a adoptar distintas medias y a proponer y discutir otras en un futuro próximo. Entre estas medidas destaca la dación en pago destinada a paliar, en parte, las negativas consecuencias de un procedimiento de ejecución forzosa. Por ello, el Real Decreto Ley 6/2012 ha regulado la llamada dación en pago legal para diferenciarla de aquella otra que desde siempre ha existido en nuestro ordenamiento, pero de carácter voluntario por decisión de las partes implicadas. Supone el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, mediante la entrega al acreedor de un bien o cosa diferente a la pactada. En nuestro caso, la entrega del bien en lugar de la obligación dineraria que supone la restitución de un préstamo hipotecario. En este trabajo pretendemos llevar a cabo una reflexión sobre las ventajas e inconvenientes que la dación conlleva. Ello nos obliga al estudio de

todo el procedimiento previo e implícito a la adopción de esta medida finalizando con un análisis de los pros y contras que acarrea para todos los agentes implicados.

## 2. Punto de partida: delimitación del supuesto de hecho y legislación aplicable

Hemos sido muchos los españoles que durante los años de bonanza que han precedido a la actual crisis financiera que estamos padeciendo los que, confiados en la seguridad económica que creíamos tener, nos decidimos por llevar a cabo el desembolso económico de mayor trascendencia en nuestras vidas: la adquisición de un inmueble destinado, en muchas ocasiones, a la vivienda habitual de nuestras familias. Una vez que, entre las múltiples ofertas de nuestro mercado inmobiliario, elegimos las más acorde con nuestras preferencias y posibilidades, en la mayor parte de los casos nos vemos obligados a solicitar un crédito o préstamo a una entidad financiera para poder hacer efectiva la adquisición. Con este propósito la entidad financiera lleva a cabo una tasación del inmueble, es decir, una valoración del mismo que será determinante para fijar la cantidad que el banco o la caja de ahorros prestará.

Al solicitante del préstamo lo que más le interesa es que este valor se aproxime lo máximo posible al precio de venta del inmueble, pero no tiene por qué coincidir. De hecho lo más habitual es que la entidad financiera ofrezca un préstamo cuya cantidad se corresponda con el 70% o el 80% del valor de tasación del inmueble. Por el resto, es decir, por el 20% o el 30% restante el adquirente del inmueble habrá de buscar otro medio de financiación. El límite del 80% viene exigido por el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario reformada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Este precepto prevé que, a efectos del mercado hipotecario, no se puede conceder una hipoteca por un importe superior al 80% del valor de tasación. Es decir, cuando la entidad financiera concede un préstamo garantizado con una hipoteca sobre un bien inmueble lo hace partiendo de la premisa de que el mismo está asegurado hasta el 80% de su valor de tasación. A estos efectos ha sido una práctica habitual seguida por las entidades financieras sobrevalorar el inmueble de modo

que el 80% del valor de tasación, en realidad, cubría el 100% del precio real de adquisición.

Lo que hemos solicitado al banco o a la caja de ahorros es un préstamo hipotecario, es decir, un préstamo cuya garantía real lo constituye el inmueble que vamos a adquirir. Esto significa que, en caso de impago, se realizará el valor del inmueble como garantía que es de una obligación pecuniaria a través del procedimiento que, a estos efectos, estipula nuestra legislación.

Consecuentemente, en todo préstamo hipotecario coexisten dos obligaciones: de un lado una obligación principal, el préstamo que hemos de devolver a la entidad financiera en el tiempo y forma estipulado y, de otro lado una obligación accesorio, la hipoteca, que garantiza el cumplimiento de la obligación principal, de constitución registral, recayente sobre un bien inmueble ajeno al banco y enajenable que permanece en posesión del propietario.

Ahora bien, si el préstamo concedido por la entidad financiera no cubre la totalidad del valor de tasación del inmueble que recordemos puede coincidir o no con el precio de adquisición del mismo el adquirente ha de encontrar para el resto medios de financiación alternativos cuando su patrimonio es insuficiente para cubrir esa cantidad. Una vez que el adquirente del inmueble presenta las garantías, en este caso reales, necesarias y la entidad financiera las valora positivamente se le concede el préstamo solicitado con la obligación de devolverlo puntualmente en el tiempo y forma estipulado en la escritura de constitución del mismo.

Sin embargo, la crisis económica en que nos vemos inmersos ha desencadenado el incumplimiento de estas obligaciones: el desempleo y con ello la disminución del poder adquisitivo es causa directa del impago de las obligaciones pecuniarias derivadas de la concesión de un préstamo hipotecario. A la entidad financiera le es indiferente el alcance objetivo del impago producido pudiendo darse una ausencia (impago total) o insuficiencia (impago parcial) en las cantidades adeudadas por el deudor al acreedor hipotecario. De hecho, en las escrituras públicas de garantía hipotecaria se indica como causa de reclamación anticipada para poder acceder al proceso judicial



de ejecución hipotecaria el incumplimiento por el deudor hipotecario de su obligación de pagar cualquiera de las cuotas pactadas, incluso de una parte de una de ellas. Los motivos de ejecución hipotecaria no se definen expresamente en la normativa procesal sino que implícitamente se remiten a lo pactado entre las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, si bien es cierto que, en el ámbito trabajado, escritura de venta y préstamo hipotecario, los negocios jurídicos no son negociados por las partes sino que suelen ser predispuestos por la entidad prestadora del dinero, lo que explica los habituales desequilibrios y abusos que concurren independientemente de la intervención subsiguiente de Notario y Registrador. Ahora bien, el impago de cualquiera de las cuotas pecuniarias a las que resulta obligado el deudor es el presupuesto de hecho para que el acreedor solicite la vía judicial ejecutiva sin entrar a valorar circunstancias personales en el incumplimiento de la obligación contraída.

Con esta finalidad nuestro legislador ofrece distintas opciones:

- a) Procedimiento declarativo ordinario o común
- b) Procedimiento ejecutivo ordinario
- c) Procedimiento extrajudicial
- d) Procedimiento ejecutivo especial directo sobre los bienes hipotecados, siendo éste el más habitual seguido en la realización del valor del inmueble ofrecido en garantía.

La ejecución hipotecaria se configura como un proceso de ejecución de carácter especial únicamente aplicable cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo 682 LEC dirigido exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de una deuda. Junto a ello es necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en el que los interesados fijan el bien para que sirva de tipo en la subasta y que en la citada escritura conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones.

Por lo tanto, la sola omisión de cualquiera de estos requisitos impedirá la utilización de este procedimiento decayendo para la entidad financiera la posibilidad de incoar un procedimiento privilegiado para la tutela de su pretensión ejecutiva –si bien algunos autores y pronunciamientos judiciales participan de la posibilidad de subsanación de dicha omisión con el fin de que la ejecución pueda seguir los cauces del procedimiento ejecutivo especial- viéndose entonces obligado el acreedor a seguir cualquiera de las otras vías procesales para el resarcimiento de su crédito.

No obstante, situémonos en la hipótesis del correcto cumplimiento de las exigencias del artículo 682 de la LEC interponiéndose demanda ejecutiva contra el deudor ante los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde se localice el inmueble hipotecado. Notificada la demanda y requerido de pago el deudor, el bien es subastado. Es en este

punto donde adquiere vital importancia la valoración que se hizo del inmueble y que exigía el artículo 682 LEC para incoar el procedimiento especial. La referida valoración constituye el valor mínimo por el que tanto un tercero como la entidad financiera pueden adjudicarse el inmueble subastado.

Nuestra legislación solo contempla la adjudicación en pago al acreedor, es decir, a la entidad financiera como un medio de realización forzosa de carácter subsidiario que únicamente entra en juego cuando la subasta no alcanza las condiciones establecidas en la LEC como idóneas o cuando fracasa del todo.

En este sentido el artículo 670.4 LEC permitía que el ejecutante se adjudicara el bien subastado por el 70% de su valor o por la cantidad que se le debiera en todos los conceptos, siempre que esta cantidad fuese superior a la mejor postura, si la mejor puja de la subasta no superaba el 70% del valor del bien y el ejecutado no había presentado a un tercero que mejorase el resultado de la subasta. Este apartado 4 del artículo 670 LEC fue objeto de revisión y reforma por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios. Todavía, sin contemplar la dación en pago, nuestro legislador quiso aliviar la situación del deudor cuando el valor de adjudicación de la vivienda no basta para cubrir la deuda hipotecaria impagada. La modificación introducida consiste en limitar la posibilidad del ejecutante de adjudicarse el bien en pago por la cantidad que se le deba en todos los conceptos siempre y cuando “esta cantidad sea superior al 60% del valor de tasación y a la mejor postura”. Con esta reforma el legislador trata de impedir que el ejecutante se adjudique en pago bienes cuyo valor rebasa notoriamente la deuda en virtud de la que se ejecuta evitando la sobrevaloración de los bienes por el posible perjuicio que pudiera causar ante un hipotético proceso de ejecución posterior.

Del importe de adjudicación del inmueble puede derivarse la siguiente casuística:

- a) Que el importe por el que ha sido adjudicado el bien inmueble cubra la totalidad de la deuda reclamada por la entidad financiera
- b) Que el rédito económico obtenido con la realización del bien hipotecado no sea suficiente para cubrir la totalidad del montante del crédito del acreedor.

En este último caso el artículo 579 de LEC permite que el ejecutante pueda pedir el embargo por la cantidad que falte –en virtud de la escritura pública, título ejecutivo reconocido por el artículo 517 LEC- prosiguiendo la ejecución con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Por lo tanto, el acreedor ejercitará dos acciones diferentes para obtener la satisfacción de su derecho. Por un lado, la acción ejecutiva hipotecaria que deviene insuficiente por tener como límite de la ejecución el bien objeto de garantía y, por otro, la acción ejecutiva ordinaria dirigida contra la totalidad de la masa patrimonial

del deudor en base a las previsiones del artículo 1911 del CC que establece la responsabilidad universal del deudor quien habrá de responder por su deuda con todos sus bienes presentes y futuros pues, como bien establece el artículo 105 de la LH, la constitución de una hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor. Procesalmente hablando se lleva a cabo una concatenación de procesos: por un lado, un proceso de ejecución hipotecaria dirigido exclusivamente contra el bien gravado y, de otro, uno de ejecución dineraria ordinario, dirigido contra la globalidad del patrimonio del deudor hipotecario.

Como establece la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4ª, de 29 de marzo de 2004 “la entidad financiera tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento”.

El primero de ellos, del que deriva la acción hipotecaria se concreta en la escritura de constitución de la hipoteca siempre que se cumplan los requisitos del artículo 682 de LEC y, el segundo de ellos, del que se deriva la acción ejecutiva personal, la escritura reconocida en el artículo 517 de LEC.

Por lo tanto, adjudicado el bien a la entidad financiera por no alcanzar la subasta las condiciones requeridas o por ausencia de postores, la extinción de la hipoteca puede no extinguir automáticamente la obligación pecuniaria principal que garantizaba. De hecho, seguirá subsistiendo por el resto que no se ha visto satisfecho con la realización del bien ejecutado.

No podemos olvidar que la ejecución del bien tiene en su origen una serie de pagos vencidos y no satisfechos por el deudor en tiempo y forma. Estos impagos devengan intereses de demora que habrán de adicionarse al resto debido de la obligación pecuniaria –capital prestado más intereses pactados-. El deudor se ve privado del bien inmueble, pero además, para el caso de que lo obtenido con la venta sea insuficiente, el acreedor podrá perseguirle indefinidamente contra todos sus bienes e ingresos, presentes y futuros, hasta el completo abono de la cantidad prestada que, en muchos casos, no se limita al capital y a los intereses sino que incluye otros muchos conceptos económicos.

### 3. Soluciones judiciales

La aplicación literal de estas disposiciones legales ha llevado a lo que se ha denominado “el drama de los desahucios”, tristemente causante de decisiones muy trágicas y dramáticas entre la población afectada por los mismos.

Muchos de los Magistrados y Jueces que integran nuestro Poder Judicial no han podido permanecer impasibles ante esta situación. De hecho, operadores del Derecho que se enfrentan día a día al drama del desahucio han buceado en la legislación y han aplicado nuevas fórmulas en su intento de

evitar que el número de personas que quedan en la calle siga creciendo. Su labor ha de ser resolver conforme a justicia, equidad y coherencia, sin saltarse la ley, pero sí matizándola.

A continuación sintetizaremos algunos de los pronunciamientos que en este sentido han emitido Jueces y Tribunales.

La Comunidad Foral de Navarra fue pionera en estas actuaciones. Así, el Auto de 1 de marzo de 2010 declara no haber lugar al procedimiento de ejecución por las cantidades que la parte ejecutante solicitaba en su escrito ya que de lo contrario concurriría una situación de abuso de derecho beneficiosa para la entidad acreedora. Consideró la Audiencia que la cantidad por la que se podía proseguir la ejecución era la que resultase de restar a la cantidad de tasación, la reclamación por principal al ser ésta inferior al valor de tasación, pues si bien el adjudicatario paga por el bien “una cantidad ligeramente superior al 50% del valor de tasación, en su patrimonio no entra con tal valor sino con el real de mercado”. La parte ejecutante logra la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación del bien, por lo que la pretensión se mostraba abusiva para el caso concreto y no solo por los principios que inspiran el procedimiento especial de ejecución hipotecaria, sino por “los principios del artículo 11 LOPJ que proscriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho como sería el hecho de que el bien adquirido por el ejecutante tiene un valor superior a la deuda del principal. El ejecutante se extralimita en su petición por lo que la Ley debe privarle de protección al suponer un perjuicio para el ejecutado”.

El Auto de 17 de diciembre de 2010 también de la Audiencia Provincial de Navarra resuelve en sentido idéntico al anterior, ya que las situaciones de hecho de uno y otro fueron completamente equiparables. Considera la referida resolución que “no es oportuno continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo se ha adjudicado en la cantidad de 42.895 euros, pero lo cierto es que el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido”.

Existen resoluciones posteriores en las que se siguió el criterio de la Audiencia Provincial de Navarra. En este sentido una sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 7 de abril de 2011 impidió a la entidad crediticia adjudicarse el bien inmueble por un precio inferior al de tasación, obtener un beneficio adicional revendiéndolo a un tercero y, además, seguir persiguiendo al deudor que no podía abonar las cuotas. La sentencia deja sin efecto la ejecución hipotecaria de una vivienda que se tasó en 325.000 euros y que el Deutsche

Bank se adjudicó por 162.500 euros. Considera la sentencia que “se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlos, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera”.

Un Auto del Juzgado nº3 de Torrejón de Ardoz en Madrid de 10 de enero de 2012 habla de “enriquecimiento injusto” de Caja Madrid, hoy Bankia, por adjudicarse un inmueble por la mitad de su valor. El Magistrado Ponente hablaba de “ejercicio abusivo y antisocial” del Derecho, comparado la situación financiera con el Crack de 1929. En opinión del ponente la aplicación de la legislación “conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, de la causación de la crisis”, permitiéndole adquirir la vivienda por un precio irrisorio. El juez concluye que permitir que el Banco reclamase además la deuda del desahuciado era amparar una operación “que no difiere mucho de la usura”.

Entre las resoluciones imaginativas se ha de destacar el Auto de la Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Elche en el que se supedita la entrega del inmueble al Banco Popular a que la entidad financiera explicara el uso que iba a darle. La Juez instaba a que hasta que el inmueble no fuese vendido a una tercera persona o arrendado, los desahuciados debían permanecer en el inmueble pagando un alquiler.

En esta línea destaca la cuestión de inconstitucionalidad recayente sobre los artículos 695, 698 y 579 de LEC en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el derecho a la vivienda digna (art. 47 CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos (art. 9.3 CE) planteado por el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Sabadell de 30 de septiembre de 2010. La consideración conjunta y concatenada de ambos procedimientos, el especial y el ordinario, y su efecto directo sobre la disposición de la vivienda habitual fueron los motivos que llevaron al Magistrado a plantear serias dudas sobre los referidos preceptos.

Esta cuestión de inconstitucionalidad tuvo su origen en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido contra una señora mayor que suscribió la escritura de un préstamo hipotecario, sin comprender ni conocer el alcance del contrato. La referida ejecutada ante la imposibilidad de cambiar de vivienda acude a una inmobiliaria donde le informan que vendiendo su vivienda actual podía acceder a una nueva vivienda pagando una pequeña hipoteca. Queda concertado que ambas operaciones, compraventa e hipoteca, se celebraran el mismo día. No obstante, debido a ciertas dificultades económicas motivadas por la situación del mercado inmobiliario la vivienda de la ejecutada no se vendió el día fijado. La inmobiliaria planteó entonces la posibilidad de que la ejecutada solicitase un crédito por 157.000 euros –a parte

del que inicialmente iba a solicitar por el resto hasta completar los 310.500 euros del precio de adquisición de la nueva vivienda– con la garantía de la vivienda que pretendía vender devolviendo el crédito un año después. Dado los ingresos de la ejecutada, tanto la inmobiliaria como la entidad bancaria, podían prever que no se realizaría el pago sino se lograba vender la vivienda, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un solo pago en el plazo de un solo año. La entidad bancaria no solo concertó esa operación sino que al mismo tiempo concedió a la ejecutada un crédito por 179.000 euros con la garantía de la vivienda que compraba. Las condiciones y plazos en las que se concedieron ambos créditos eran abusivas y temerarias: concesión de una hipoteca como medio de financiación temporal con la sujeción a la condición de que vendiera la primera vivienda, hecho que no dependía únicamente de la ejecutada al intervenir factores como la situación del mercado inmobiliario o la facilidad de acceso a los créditos.

Plantea el Magistrado si el derecho a la tutela judicial efectiva de la ejecutada resulta vulnerado ante la imposibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta hechos posteriores a la emisión de los documentos que le son presentados, al haberse suprimido el requerimiento previo al despacho de ejecución que reconocía el antiguo artículo 131 LH, trámite procesal que permitía al deudor las alegaciones que considerase oportunas –en este caso la existencia de una cláusula de amortización de carácter abusivo que exige el reintegro en un pago único del capital más los intereses–. Actualmente la LEC solo exige que en la demanda ejecutiva se exprese la cantidad reclamada. Con la regulación vigente el Tribunal no dispone de la información necesaria para ponderar el incumplimiento o si en la suscripción del crédito hipotecario, se produjo algún vicio del consentimiento invalidante. Por lo tanto, despacha ejecución sobre la base de las alegaciones efectuadas exclusivamente por el ejecutante. No parece razonable ni constitucional en atención a los bienes e intereses afectados –al tratarse el inmueble ejecutado la vivienda habitual del deudor– el seguir un régimen procesal en el que se permita, con independencia absoluta de las circunstancias concurrentes, que el Tribunal no tenga conocimiento de los antecedentes fácticos relevantes, como presupuesto para el despliegue de la garantía hipotecaria.

Considera el Magistrado que la opción regulada por el artículo 698 LEC no salva la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante al permitir que cualquier reclamación del deudor pueda ventilarse por el juicio declarativo que corresponda sin que, en ningún caso, se suspenda o entorpezca el procedimiento ejecutivo. De hecho, las posibilidades reales de que un deudor hipotecario ejecutado decida acudir a un proceso declarativo ulterior, ajeno a la ejecución, son muy escasas, entre otros motivos, por la situación personal y económica por la que está pasando el deudor.

Por lo tanto, no es efectiva ni suficiente la tutela propuesta por el mencionado precepto.

Abunda en la vulneración de derecho a la tutela judicial efectiva el contenido del artículo 579 LEC en cuanto dispone que, ante la insuficiencia del valor obtenido en la subasta de los bienes hipotecados o pignorados, se concatena al procedimiento especial de ejecución hipotecaria, otro de ejecución ordinaria por la cantidad que falte para cubrir el importe reclamado prosiguiéndose la ejecución con arreglo a “las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”.

La remisión al procedimiento ejecutivo ordinario debería suponer una nueva oportunidad de oposición por parte del ejecutor –no ya hipotecario, sino ordinario- a tenor del sistema general de motivos de oposición fijado para la ejecución ordinaria de títulos ejecutivos no judiciales. Sin embargo, la práctica forense mayoritaria rechaza esta posibilidad por lo que, de nuevo, el deudor tiene vedada la posibilidad de justificar las causas objetivas y subjetivas de su insolvencia, circunstancias que en opinión del Magistrado ponente del Auto supondría una conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva del deudor hipotecario.

En conclusión, la cuestión plantea la imposibilidad de examinar en sede de oposición a la ejecución posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria o el contenido abusivo de las cláusulas contractuales, lesionando el derecho de la parte ejecutada a una tutela judicial efectiva y el derecho constitucional a una vivienda digna.

#### 4. Pronunciamientos en sentido inverso

No obstante, pese a las decisiones judiciales reflejadas en el epígrafe anterior son ciertamente mayoritarias las que posibilitan la prosecución de la ejecución dineraria para la continuación de la reclamación del crédito hipotecario cuando la ejecución del inmueble que constituye el objeto material de la garantía hipotecaria ha resultado insuficiente para atender las obligaciones que garantizaba.

Entre todas ellas destaca el Auto de 4 de mayo de 2012 de la Audiencia Provincial de Navarra. El Ponente ha sido el mismo Magistrado que con anterioridad había reinterpretado nuestra legislación para impedir la concatenación del procedimiento ordinario de ejecución del artículo 579 LEC en los autos de 1 de marzo y de 17 de diciembre de 2010 anteriormente referidos. Veamos a continuación las razones argüidas que justifican este cambio de criterio.

Fundamentalmente basa su decisión en dos pilares:

a) Auto 113/2011 de 19 de julio del Tribunal Constitucional por el que se determina la constitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579

LEC y de todo el régimen procesal de ejecución hipotecaria con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

Comparte la Sala la línea defendida por el Auto de 19 de julio de 2011 del Pleno del Tribunal Constitucional sopesando las posibles opciones y defensa del deudor hipotecario al margen del estricto procedimiento de ejecución hipotecaria. En este intento recurre al artículo 564 LEC para la defensa jurídica del ejecutado fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución. El mencionado precepto prevé para el caso de que “con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución pero judicialmente relevantes respecto a los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante” para establecer que “tanto ejecutante como ejecutado podrán hacer valer en el proceso que corresponda la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos”.

Considera el Tribunal que en este proceso la parte ejecutada podría haber hecho valer circunstancias sobrevenidas que afecten a sus obligaciones contractualmente asumidas, entre ellas, las circunstancias concurrentes en el contexto social y económico de la crisis financiera padecida.

Respecto a la posibilidad de instar la suspensión de la ejecutividad del título hipotecario, el ejecutado podría haber postulado como medida cautelar específica la regla contenida en el n° 11 del artículo 727 LEC donde se incluye como medida cautelar “las que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”, concretamente la paralización de dicha ejecución hipotecaria y, en su caso, del lanzamiento de la vivienda.

a) Real Decreto Ley 8/2011 de 1 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, reforma que ha permitido que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble como consecuencia de una ejecución se realice por un precio nunca inferior al 60% del valor de tasación. Por lo tanto, se prohíbe cualquier adjudicación al acreedor inferior al 60% del valor de tasación independientemente de la cuantía de la deuda total con el fin de evitar el despojo del deudor.

#### 5. La dación en pago: ventajas e inconvenientes

Estos pronunciamientos judiciales tan dispares no han hecho sino crear una gran inseguridad jurídica. De hecho, hemos constatado como, en ocasiones, nuestros Tribunales reinterpretan nuestra legislación evitando con ello la concatenación del proceso ejecutivo ordinario al especial por la cantidad restante envolviendo

con ello implícitamente una dación en pago, mientras que, en otras, los mismos magistrados y jueces que defendían la postura anterior emiten pronunciamientos a favor de la continuación de la ejecución por los trámites del artículo 579 LEC.

Ante esta situación el Gobierno se ha visto obligado a tomar cartas en el asunto mediante la adopción de disposiciones protectoras de los deudores hipotecarios sin recursos con el fin de evitar el procedimiento de ejecución. Entre estas actuaciones destaca el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo. Como establece la propia normativa el Real Decreto reconoce distintos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender a su pago. La protección de los mismos se intenta alcanzar mediante un Código de Buenas Prácticas “al que podrán adherirse de forma voluntaria las entidades de crédito” aplicándose sucesivamente en tres fases de actuación, siempre y cuando la anterior no haya conseguido dejar al deudor dentro de unos límites asumibles para su viabilidad financiera:

Primera fase: reestructuración viable de la deuda hipotecaria por medio de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia de amortización en el capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años y la ampliación del plazo total de amortización –medida no aplicable a los deudores hipotecarios que se encuentran inmersos en un procedimiento de ejecución una vez se haya producido el anuncio de la subasta-.

Segunda fase: si el plan de reestructuración es inviable para el deudor al resultar una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los ingresos de la unidad familiar, se ofrece a los deudores una quita sobre el capital pendiente de amortización –medida que puede ser solicitada por los deudores hipotecarios que se encuentran en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de la subasta-.

Tercera fase: dación en pago de la vivienda habitual que supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con la hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad crediticia. El deudor si así lo solicita podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario satisfaciendo una renta anual del 3% del importe total de la deuda en el momento de la dación –esta medida no puede ser solicitada por deudores hipotecarios que se encuentren inmersos en un procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores-.

La adopción de estas medidas previas, complementarias o sustitutivas a la ejecución hipotecaria requiere la concurrencia de ciertos requisitos delimitadores de sus respectivos ámbitos objetivo y subjetivo.

Respecto al ámbito subjetivo el beneficiario de estas medidas necesariamente ha de tratarse de un deudor de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual.

En relación con el ámbito objetivo el artículo 2 del RD Ley 6/2012 exige que el deudor del préstamo con garantía real se encuentre situado en el “umbral de exclusión” encontrándose en tal situación siempre que concurren todas las circunstancias siguientes:

a) Que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas. A estos efectos se entenderá por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda.

b) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

c) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda.

d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

e) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de que existan estas últimas que en todos los garantes concurren las circunstancias expresadas en las letras b) y c).

f) En el caso de que existan codeudores que no formen parte de la unidad familiar deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

Debidamente acreditadas ambas vertientes, objetiva y subjetiva, la normativa exige un nuevo requisito en relación con el precio de adquisición de la vivienda que constituye la garantía real. A tenor del artículo 5 es necesario que el mencionado precio no haya superado los siguientes umbrales:

a) Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros

a) Para municipios entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros

b) Para municipios entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros

c) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

El deudor hipotecario podrá beneficiarse de la dación como medida sustitutiva a la eje-

cución hipotecaria siempre y cuando, en su particular circunstancia, concurren los requisitos delimitadores de los ámbitos objetivo y subjetivo de aplicación junto a las exigencias del artículo 5 en relación con el precio de adquisición de la vivienda que constituye la garantía real lo que hace que, en la práctica, sea casi imposible su aplicación. Los criterios adoptados por el Gobierno para poder optar a la misma son extremadamente limitativos por lo que se siguen promoviendo desahucios que prolonga la agonía de los deudores.

No obstante, también encontramos inconvenientes para aquellos deudores hipotecarios que han podido acogerse a esta medida. De hecho, de cumplir los requisitos para la dación en pago exigidos por el RD 6/2012, a la deuda inicial hemos de sumar distintos conceptos que pueden concurrir según el supuesto de hecho concreto. A este respecto no podemos olvidar que la dación en pago se configura como una transmisión patrimonial en la que el sujeto activo o transmitente es ahora el deudor y el sujeto pasivo la entidad financiera que adquiere el inmueble. Por ello, habrá que adicionar al precio de transmisión, por ejemplo, los intereses de demora, los gastos notariales o el importe de las refinanciaciones que el propio banco pudo ofrecer resultando con ello que el deudor vende al banco un inmueble por una cantidad superior al precio de adquisición del mismo. Esta circunstancia motiva que, a los ojos de Hacienda, haya habido una transmisión patrimonial de la que ha resultado el deudor hipotecario beneficiado por lo que deja de tener una deuda bancaria para adquirir otra con la Administración debiendo tributar entonces por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Las entidades bancarias que admiten la dación están presentando autoliquidación por este impuesto determinando como base imponible únicamente el valor de tasación actual del inmueble. Sin embargo, las diferentes Administraciones Tributarias autonómicas, gracias a la interpretación conjunta de los artículos 37 y 38 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados han regularizado la situación tributaria de estos sujetos pasivos. A tal efecto se ha procedido a dictar liquidaciones provisionales como consecuencia de los procedimientos de aplicación de los tributos iniciados para regularizar dicha situación, en las que al valor de tasación se suma el importe de la deuda condonada por la entidad bancaria.

Pese a estos inconvenientes, los movimientos sociales y asociativos han ejercido una fuerte presión en su lucha por dar una solución al problema de los desahucios y han creído ver en la dación en pago un eficaz medio resolutorio pese a los inconvenientes que acabamos de apuntar. Evidentemente,

critican el carácter restrictivo de la regulación actual pero tienen fe en ella. De hecho, la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) junto a otros colectivos de afectados han presentado ante el Congreso una iniciativa legislativa popular para lograr la dación en pago con carácter retroactivo. El Real Decreto Ley 6/2012 entró en vigor el día 11 de marzo. A esa fecha muchos habían sido ya los afectados desalojados de sus viviendas que no habían podido acogerse a la dación en pago, pues aunque reconocida por el artículo 140 de la LH, para poder materializarse debía estar pactada por las partes antes de formalizar el préstamo hipotecario y, por tanto, estar especificada expresamente en la escritura hipotecaria. Sin embargo, los compradores de vivienda, generalmente desinformados a este respecto, desconocían la existencia de la dación y su eficacia en un momento de insolvencia. Por lo tanto, al no estar pactada, no podían acogerse a ella como medio resolutorio a su situación. Tampoco podían invocar la regulada a partir del Real Decreto, pues aunque concudiesen en ellos los estrictos requisitos que permiten su aplicación, la dación no tiene efecto retroactivo. Estos deudores, desahuciados de sus inmuebles pero que continúan debiendo al banco ya que el precio de adjudicación ha sido inferior a cantidad debida de la deuda contraída, reclaman el carácter retroactivo de la dación como medio extintivo de su deuda.

Desde la perspectiva de las entidades financieras la dación en pago conlleva algunos beneficios. La dación, como medida sustitutiva a un procedimiento de ejecución hipotecaria, la ha de ofrecer la entidad que voluntariamente se ha adherido al Código de Buenas Prácticas donde la misma se contiene y que regula el RD Ley 6/2012. En aquellas hipotéticas ejecuciones hipotecarias en las que el cobro sea muy dudoso por no contar con cotitulares o avalistas que puedan hacer frente a la deuda, qué duda cabe, que al banco lo que más le interesa es admitir la dación en pago, evitando con ello los elevados gastos y costas procesales implícitos a toda ejecución hipotecaria. No obstante, no son pocos las voces expertas que anuncian que la generalización de la dación conllevaría efectos indirectos no deseados como, por ejemplo, restricciones en la concesión de los créditos, disminución en la cuantía de los préstamos en atención al valor de tasación así como un mayor riesgo para las entidades financieras que pueden creer no recuperar el importe prestado especialmente en aquellos casos en los que el valor del inmueble sea inferior a la cantidad debida. Al asumir las entidades financieras un mayor riesgo se encarecerían aún más los tipos de interés a los que se concederían los préstamos. Por tanto, la dación limitaría los perjuicios para aquellas personas que por su situación económica no pudieran hacer frente a los pagos, pero al mismo tiempo conllevaría un perjuicio indirecto a los deudores hipotecarios que pagan su cuota puntualmente.



# La dación en pago, un mal menor. tratamiento fiscal de la dación en pago<sup>1</sup>

Luis María Romero Flor | Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario | UCLM

**Resumen:** En el actual escenario de crisis económica no son muchas las alternativas que le quedan a las entidades financieras ante el constante incremento de la morosidad en el pago de las hipotecas, o bien ejecutan judicialmente el bien inmueble, o bien aplican otras alternativas entre las que ha adquirido en los últimos tiempos un especial protagonismo la dación en pago. No obstante, antes de aceptar una dación en pago es imprescindible que el deudor esté debidamente informado de todos los costes e impuestos que le va a suponer la realización de dicha operación.

**Palabras clave:** dación en pago, hipoteca, entidades financieras.

**Title:** Datio in solutum, a least bad option. Fiscal arrangement of the datio in solutum

**Abstract:** In the actual crisis situation there are only few possibilities for the banks to stop mortgages non-payment, judicial enforcement of the property (foreclosure) or other new possibilities introduced by the last legislation like datio in solutum. However, before taking this alternative is mandatory to inform the debtor about the cost and tax he must assume.

**Keywords:** datio in solutum, mortgage, financial entities.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Configuración jurídica de la dación en pago: ¿solución o problema? 3. Consecuencias tributarias derivadas de la dación de pago: 3.1. El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. 3.2. El impuesto sobre la renta de las personas físicas. 4. Reflexión a modo de conclusión. 5. Bibliografía.

## 1. Introducción

Dentro del panorama actual, caracterizado por una grave crisis económica, una situación que se repite es el constante incremento de la insolvencia y la consiguiente morosidad en el pago de las deudas contraídas por parte tanto de personas físicas como jurídicas: los primeros, que al no poder pagar la hipoteca probablemente por encontrarse en situación de desempleo y precariedad, deben cancelar su deuda mediante la entrega de elementos de su patrimonio, normalmente su vivienda.

Y lo mismo cabe decir desde la perspectiva del deudor persona jurídica, que para saldar sus deudas, en ocasiones, debe solicitar la declaración judicial en concurso por insolvencia, pasando los acreedores a formar parte de la masa pasiva del concurso<sup>2</sup>.

Ante esta situación económica en la que nos encontramos, y que ofrece contadas opciones para el cobro de créditos, las entidades financieras o bien ejecutan judicialmente el bien inmueble (subasta y expulsión), o admiten la figura jurídica de la dación del inmueble en pago del crédito, tan poco empleada durante largos años, pero que parece que últimamente ha adquirido especial relevancia como alternativa eficaz, rápida y viable que puede beneficiar a acreedores y deudores<sup>3</sup>, por medio del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, como si realmente fuese la panacea que acabe con todos nuestros males, sobre todo los que aquejan al campo hipotecario.

Esta petición<sup>4</sup> orientada a garantizar que los deudores puedan dar el inmueble a la entidad financiera y que ello sea suficiente para extinguir sus deudas,

parece razonable si tenemos en cuenta el desbarajuste imperante durante los últimos años, basado en la concesión de préstamos hipotecarios, y en la previa valoración de los inmuebles.

Sin embargo, esta solución que aparece reflejada en el Real Decreto-Ley 6/2012 nos recuerda vagamente a las palabras de San Mateo, cuando mencionaba que “muchos son los llamados pero pocos los escogidos”; pues hasta ahora, y pese a las escasas concesiones<sup>5</sup> de esta figura basada en la dación en pago, su uso ha permitido a varios deudores el poder beneficiarse de esta solución, sobre todo en el caso de deudores de nacionalidad distinta a la española, ante el riesgo de que regresaran a su país de origen y su localización se convirtiera en poco menos que una misión imposible.

Por tanto, nuestro objetivo, a la hora de hablar de la aplicación de la dación de pago como forma de cancelación del préstamo hipotecario obtenido para la adquisición de un inmueble, no es tanto, entrar a valorar la bondad o maldad de su establecimiento; sino más bien, hacer una breve referencia de las consecuencias fiscales que conlleva la aplicación de dicha figura, y en especial centraremos nuestra atención, en el caso de préstamo hipotecario obtenido por una persona física para la obtención de vivienda<sup>6</sup>.

## 2. Configuración jurídica de la dación en pago: ¿solución o problema?

La dación en pago en el derecho sustantivo civil, a diferencia del ámbito fiscal, no goza de una específica definición ni de una directa regulación en el Código Civil, aunque existen alusiones a esta figura en varios artículos del

mencionado derecho sustantivo; por lo que dada esta falta de regulación legal, su régimen jurídico es más bien de construcción convencional, y sobre todo de carácter jurisprudencial.

Si ser nuestro objetivo entrar a conocer si la dación en pago constituye un negocio datio pro soluto o cesio pro solvendo<sup>7</sup>; pero centrandó nuestra atención en los diversos criterios jurisprudenciales al respecto<sup>8</sup>, podemos extraer que la dación en pago se configura como un acto, contrato, negocio jurídico o acuerdo similar a la compraventa, en virtud del cual, y al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, una persona determinada (deudor) entrega la plena propiedad de un bien concreto de su patrimonio a otra persona determinada (acreedor), quien a su vez aceptará una prestación diferente a la originariamente pactada, quedando de esta manera extinguida la obligación de satisfacer el pago del débito o crédito pendiente, el cual adquiere la condición de precio del bien que se entrega, como si se tratara de un ídem corpus.

De todo lo anterior, se puede concluir que tres son los elementos que caracterizan la dación de pago, a saber:

- a) Consentimiento del acreedor, pues la entidad financiera es “libre” de aceptar o rechazar una proposición de dación de pago; libertad que en virtud del Real Decreto-Ley 6/2012 se convierte en obligatoria si se cumple el ámbito de aplicación de dicha normativa<sup>9</sup>.
- b) Prestación distinta a la inicialmente convenida, y
- c) Extinción inmediata de la obligación, en concreto, y en el caso que nos ocupa, de la deuda derivada

<sup>1</sup> La publicación del siguiente artículo tiene su origen en la conferencia que bajo el mismo título el autor expuso en la Jornada Técnica “Alternativas al lanzamiento en los desahucios hipotecarios”, celebrada en Toledo por el Centro de Estudios de Consumo (CESCO) el 12 de noviembre de 2012.

<sup>2</sup> Con la incertidumbre que ello conlleva en cuanto al cobro del crédito, la misma que está presente cuando se reclama judicialmente un crédito.

<sup>3</sup> Los acreedores verán saldados sus créditos y los deudores que al modificar la forma de pago evitarán que la insolvencia les lleve al concurso.

<sup>4</sup> Realizada por algunos sectores de la sociedad tales como la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, UGT, OCU, el Defensor del pueblo, entre otros.

<sup>5</sup> Hasta el momento de redacción del presente artículo, ocho son las daciones en pago producidas desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

<sup>6</sup> Por lo que dejamos para un estudio posterior los efectos fiscales de la aplicación de la dación en pago cuando es realizada por empresarios o profesionales.

<sup>7</sup> Como el contemplado en el artículo 1.1775 del Código Civil.

<sup>8</sup> Entre otras, Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 4 y 15 de diciembre de 1989; 29 de abril de 1991; 19 de octubre de 1992; 27 de febrero de 1993; 28 de junio y 14 de julio de 1997; 30 de noviembre de 2000; así como la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 25 de febrero de 2006.

<sup>9</sup> Así lo manifiesta el apartado 3, letra a) in fine del Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, al indicar que “en estos casos, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor [...] quedando definitivamente cancelada la deuda”.

de un préstamo hipotecario, pese a que la misma no aparezca contemplada expresamente en el artículo 1.156 del Código Civil como uno de los medios de extinción de las obligaciones.

Por tanto, si la entidad financiera ha aceptado la dación en pago de una vivienda propiedad del deudor como forma de saldar la totalidad de la hipoteca, el deudor quedará liberado del pago de la deuda contraída con la entidad financiera.

### 3. Consecuencias tributarias derivadas de la dación de pago

Tal y como hemos tenido oportunidad de observar, si el prestatario consigue que la entidad financiera acepte la dación en pago, habrá conseguido<sup>10</sup> que la entidad financiera acepte quedarse con su inmueble; y a cambio, dar por saldada la totalidad de la deuda contraída<sup>11</sup>.

Sin embargo, aunque se acaba la relación deudora con la entidad financiera, es posible que se inicie con toda probabilidad para el cedente una nueva e inesperada relación deudora, esta vez con la Hacienda Pública, encontrándose de nuevo en una nueva situación de morosidad, sólo que ahora no podrá adquirir bienes ni obtener financiación hasta que se ponga al día en sus correspondientes obligaciones tributarias.

Las consecuencias fiscales<sup>12</sup> derivadas de la dación de pago por parte de una persona física para cancelar el préstamo hipotecario se suelen revelar de forma distinta en cada una de las siguientes formas impositivas:

Tributación en el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana por la plusvalía obtenida por el bien inmueble urbano dado en pago, Tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>13</sup> por la ganancia o pérdida patrimonial.

Evidentemente, cuando la dación en pago de un elemento patrimonial se realiza por un empresario o profesional para el pago de una deuda,

además de la tributación por el Impuesto sobre Sociedades por las pérdidas o ganancias que se ponen de manifiesto, también dará lugar a la tributación indirecta, que simplemente apunto pero sin desarrollarla:

-En este sentido, si el sujeto persona jurídica se ve obligado a realizar una dación de un elemento de su patrimonio empresarial o profesional para saldar su deuda, la operación estará sujeta a tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido, constituyendo la base imponible el importe total de la contraprestación obtenida<sup>14</sup>, es decir, la cuantía de la deuda cuya dación extingue.

-Si, la dación de pago se produce por un empresario o profesional, está sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido y se trata de un acto inscribible o formalizable en escritura pública, la operación estará sujeta en la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Por el contrario, en aquellos supuestos en que la dación en pago se realiza entre particulares, la operación estará sujeta a tributación en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas<sup>15</sup>. Pero por suerte, en este caso, quien debe de pagarlo es el adquirente del bien, es decir, la entidad financiera. Algo debería de tocarle ¿no?; siendo la base imponible en este supuesto el valor real del inmueble aceptado por la entidad financiera para la cancelación de la deuda del sujeto que la transmite, sin minoración de deudas<sup>16</sup>; por tanto, lo relevante es que en ocasiones la base imponible de este tributo será superior al importe de la deuda que se cancela.

#### 3.1. El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana

El primer susto, sobre todo por inesperado, que recibe quien se ha visto en la necesidad de renunciar al inmueble de su propiedad mediante la dación en pago, será en el ámbito de la imposición local mediante el Im-

puesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, el cual se trata de un tributo directo que “grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo de dominio, sobre los referidos terrenos”<sup>17</sup>.

El hecho de que se produzca una transmisión de pleno dominio de manera onerosa de la propiedad mediante la dación en pago de deudas<sup>18</sup>, supone la realización del hecho imponible, por lo que el transmitente (como sujeto pasivo del Impuesto), desde el mismo momento en que otorgue la correspondiente escritura pública de dación, estará obligado a presentar en el plazo de treinta días hábiles una liquidación por este impuesto ante el Ayuntamiento; no obstante, en la mayoría de los supuestos, y sobre todo por desconocimiento de su obligación de liquidarlo, el transmitente no sólo no lo liquida de forma voluntaria, sino que, en consecuencia, le llegará con el tiempo la liquidación de la cuota del impuesto, acompañada de los respectivos intereses de demora y recargos, así como de la más que posible, y nada desdeñable, sanción.

Pongamos un simple ejemplo, en el que un sujeto transmite un inmueble sito en Toledo, adquirido el 12/12/2007 por 118.000 €, y cuyo valor catastral a fecha de transmisión (12/12/2012) es de 120.000 €. La cuota a satisfacer por este impuesto en dicho municipio es, aproximadamente, de unos 5.011,20 €<sup>19</sup>. O dicho de otra manera, no sólo se pierde un bien inmueble por insolvencia, sino que además se debe pagar una liquidación tributaria por dicho inmueble por algo más de lo que puede ser la cuota de hipoteca de casi algo más de medio año.

No obstante, y en virtud del Real Decreto-Ley 6/2012, se añade un “esperanzador” nuevo apartado 3 al artículo 106 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en virtud del cual la entidad adquirente del bien (en

<sup>9</sup> Así lo manifiesta el apartado 3, letra a) in fine del Anexo del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, al indicar que “en estos casos, la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor [...] quedando definitivamente cancelada la deuda”.

<sup>10</sup> Al contrario que la mayoría de los mortales.

<sup>11</sup> La cual con toda probabilidad, no sólo consistía en la concesión del préstamo que sirvió para su adquisición, sino que en muchas ocasiones, también para la adquisición de los muebles, el coche y las vacaciones.

<sup>12</sup> Que no suelen ser inmediatas sino que se suelen aparecer pasados unos meses.

<sup>13</sup> O por el Impuesto sobre Sociedades (IS) si se trata de una persona jurídica

<sup>14</sup> El artículo 78 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido indica que “la base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas”.

<sup>15</sup> Indica la letra A, del apartado 2 del artículo 7 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 que “se consideran transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: las adjudicaciones en pago y para pago de deudas, así como las adjudicaciones expresas en pago de asunción de deudas. Los adjudicatarios para pago de deudas que acrediten haber transmitido al acreedor en solvencia de su crédito, dentro del plazo de dos años, los mismos bienes o derechos que les fueron adjudicados y los que justifiquen haberlos transmitido a un tercero para este objeto, dentro del mismo plazo, podrán exigir la devolución del impuesto satisfecho por tales adjudicaciones”.

<sup>16</sup> Así lo recoge el artículo 10, apartado primero 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, al señalar textualmente que “la base imponible está constituida por el valor real del bien transmitido o del derecho que se constituya o ceda. Únicamente serán deducibles las cargas que disminuyan el valor real de los bienes, pero no las deudas aunque estén garantizadas con prenda o hipoteca”.

<sup>17</sup> Artículo 104 de la Ley de Haciendas Locales.

<sup>18</sup> Conforme a la Sentencia de Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1992, se realiza el hecho imponible si un terreno urbano es objeto de adjudicación o dación en pago de una deuda.

<sup>19</sup> En la web del Municipio de Toledo (<http://www.ayto-toledo.org/tst/otvSIMULAR2011.asp?i=iivtnu>) se ofrece al contribuyente la posibilidad de introducir una serie de datos (fecha de adquisición, valor catastral y fecha de venta) y obtener una simulación de la cuota tributaria que resulta por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

nuestro caso la entidad financiera), no sólo se va a convertir en sujeto pasivo sustituto del contribuyente, sino que además, y quizás aquí está lo más interesante, dicho sustituto no podrá “exigir del contribuyente el importe de las obligaciones tributarias satisfechas”; aunque lo que no nos queda tan claro es si de manera indirecta, y por otros medios, la entidad financiera no se habrá asegurado el revertir esos gastos o supuestos gastos en el deudor, es decir, en el sujeto pasivo fallido del Impuesto sobre el Incremento sobre el Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

### 3.2. El impuesto sobre la renta de las personas físicas

Es más que probable que en una dación en pago nos encontremos con el hecho de que una misma operación, como es la cancelación de una obligación económica mediante esta figura jurídica, puede poner de manifiesto una serie de alteraciones patrimoniales determinantes de ganancias o pérdidas patrimoniales<sup>20</sup> sujetas al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas<sup>21</sup>; las cuales, al provenir de una transmisión onerosa o lucrativa, deberán de cuantificarse por “la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición”<sup>22</sup>.

Por tanto, la cuestión a determinar es a qué corresponden esos valores en los supuestos de dación en pago, en los que la transmisión de los bienes al acreedor conlleva la extinción de la deuda; y en los que por tanto tenemos, por un lado, un crédito vivo con una entidad financiera; y por otro, un valor de los bienes dados, que al ingresar en el patrimonio del acreedor sustituirá el citado crédito. Incluso la solución se complica mucho más, si teniendo en mano el ya citado Real Decreto-Ley, descubrimos que para la sujeción al Código de Buenas Prácticas, y por tanto, a la da-

ción en pago, el mismo se aplicará a una serie hipotecas o créditos concedidos para la compra de viviendas cuyo precio de adquisición no hubiese excedido de unos determinados valores<sup>23</sup>.

Desconocemos cual va a ser el criterio que se está siguiendo o se va a seguir al respecto, sobre todo cómo demostrar que el crédito se concedió para la adquisición de la vivienda y no incluía otros menesteres; por ello creemos que lo más lógico es basar nuestra solución en los sendos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>24</sup> dictados hasta el momento, en los que se entiende que desde la perspectiva del sujeto deudor que realiza la dación en pago, la determinación de esa posible ganancia o pérdida patrimonial se determina por la diferencia entre el crédito que se cancela, como valor de la transmisión, y el valor real a precio de mercado, tasado o comprobado de lo dado en pago<sup>25</sup>, como valor de adquisición.

Ganancias y pérdidas patrimoniales que, al ponerse de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales<sup>26</sup>, constituirán la denominada base imponible del ahorro, por lo que podrán integrarse o compensarse entre sí<sup>27</sup>.

Sin embargo la situación cambia mucho si hablamos de ganancias o de pérdidas, pues mientras que las primeras van a estar exentas de tributación en base al Real Decreto-Ley; éste guarda silencio con respecto a las pérdidas patrimoniales, las cuales, y por razones obvias no podrá aprovecharlas el contribuyente en su declaración de la renta, pues sólo podrán compensarse con ganancias del mismo tipo (derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales) en los cuatro años siguientes<sup>28</sup>.

Sin embargo, el sujeto que se ve en la necesidad de entregar su vivienda habitual para pagar

un crédito, aunque obtenga una ganancia, no va a estar en condiciones de adquirir una nueva vivienda, por lo que no podrá aplicarse la exención por reinversión del importe obtenido en la transmisión en la adquisición de esta nueva vivienda<sup>29</sup>. Pero es más, del amplio catálogo de las exenciones<sup>30</sup>, únicamente le sería de aplicación en los supuestos de dación de pago las ganancias generadas con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o gran dependencia de su vivienda habitual.

Continuando con los efectos no deseados de la dación, e independientemente hayamos tenido una ganancia o pérdida patrimonial, no sería de extrañar que el sujeto cedente se haya aplicado la deducción para la adquisición de vivienda habitual<sup>31</sup>. Vivienda adquirida en la que si no constituye la residencia habitual durante tres años continuados<sup>32</sup> del sujeto, no podrá aplicarse esta deducción, por lo que deberá de devolver las deducciones practicadas, pero el problema es que habrá que hacerlo con intereses de demora y al tipo de interés vigente<sup>33</sup>; y como se imaginarán, deberá de devolverlos en su próxima declaración del IRPF si no quiere que se le añadan las oportunas sanciones, con lo que se agravará aún más su situación.

## 4. Reflexión a modo de conclusión

Para concluir, no podemos afirmar que la dación en pago, como reza el título de la presente intervención, resulte un mal menor para todos aquellos casos en los que existan préstamos hipotecarios y el deudor deba de entregar mediante dicha figura jurídica un bien inmueble, normalmente su vivienda habitual, para cumplir las obligaciones asumidas. Sobre todo si tenemos en cuenta las

<sup>20</sup> Ganancias o pérdidas patrimoniales que son definidas en idénticos términos en el apartado primero del artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al indicar que “son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos”.

<sup>21</sup> O del Impuesto sobre Sociedades si el sujeto pasivo es una persona jurídica.

<sup>22</sup> Artículo 34 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

<sup>23</sup> Tal y como recoge el apartado 2 del artículo 5 del Real Decreto-Ley 6/2012, señalando como valores los siguientes:

- a) Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros
- b) Para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000 euros
- c) Para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros
- d) Para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

<sup>24</sup> Cfr., entre otros, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2009; la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2001; así como las Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 24 de mayo de 2002 o la de 26 de septiembre de 2003.

<sup>25</sup> Por el contrario, desde la perspectiva del acreedor, la diferencia para determinar las ganancias o pérdidas patrimoniales vendrá determinada por la diferencia entre el valor de adquisición, representado por el valor real o comprobado del bien patrimonial en el momento de la adjudicación, y el valor de adquisición, que en este caso será el valor del crédito (Cfr., en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 2009).

<sup>26</sup> Letra b) del Artículo 46 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>27</sup> Indican los párrafos de cierre de las letras a) y b) del apartado primero del artículo 49 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que “si el resultado de la integración y compensación arroja saldo negativo, su importe sólo se podrá compensar con el positivo que se ponga de manifiesto durante los cuatro años siguientes”.

<sup>28</sup> Artículo 49 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>29</sup> Conforme al artículo 38 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, “podrán excluirse de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Cuando el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida”.

<sup>30</sup> Contempladas en el apartado cuarto del artículo 33 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>31</sup> Del apartado primero del artículo 68 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>32</sup> Apartado tercero del artículo 68 de la Ley 35/2006, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

<sup>33</sup> En este sentido, el artículo 59.1 del Real Decreto 439/2007 de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas indica que “cuando, en periodos impositivos posteriores al de su aplicación se pierda el derecho, en todo o en parte, a las deducciones practicadas, el contribuyente estará obligado a sumar a la cuota líquida estatal y a la cuota líquida autonómica o complementaria devengadas en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos, las cantidades indebidamente deducidas, más los intereses de demora a que se refiere el artículo 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”, que para el año 2012, y en virtud de la Disposición Adicional 13.ª 2 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, se fija en el 5 por 100 el interés de demora.

consecuencias fiscales, pues como hemos visto, en algunos casos, la dación puede tener consecuencias poco previstas por su elevado coste, y por qué no decirlo, puede llevar a la acumulación de deudas tributarias de considerable dimensión, máxime para aquellas economías domésticas en situaciones de desempleo.

Por ello, consideramos que lo más aconsejable es que, en aquellos casos en los que por necesidad se llegue a una dación en pago, y particularmente en aquellos supuestos en los que se entregue la vivienda habitual del deudor, se deberían de introducir algunas medias de carácter tributario que, si no cambian el sistema establecido, por lo menos permitan suavizar las consecuencias que la aplicación actual de esta figura jurídica conlleva.

Aún con todo, consideramos que la dación en pago sí constituye una mal menor, sobre

todo si lo comparamos con los casos en los que se produce una ejecución hipotecaria y la subasta del bien hipotecado, pues en estos casos, como sabemos, el deudor no sólo pierde su bien (con las posibles consecuencias tributarias que hemos tenido oportunidad de ver), pero sigue debiendo el capital suscrito a favor del bien hipotecado.

### 5. Bibliografía

FERNÁNDEZ JUNQUERA, M.: “La dación en el pago” en AA. VV.: Estudios de derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega. Vol. 1. 2005; FERRUZ AGUDO, L., FRÍAS MENDI, J. y LÓPEZ ARCEIZ, F. J.: “El doble filo de la dación en pago”. Estrategia financiera. Núm. 299. 2012; FUSTER ASENCIO, M<sup>a</sup>. C.: “Efectos tributarios de la dación en pago”. Revista Contabilidad y Tributación. Núm. 346. 2012;

GABINETE DE ESTUDIOS DE AEDAF: “La dación en pago: análisis del concepto y régimen tributario, según la jurisprudencia”. Revista Técnica Tributaria. Núm. 83. 2008; IRIGOYEN BARJA, P.: “Dación en pago de la deuda”. OL, Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras. Núm. 32. 2011; JORBA JORBA, O.: “Breve referencia a las consecuencias fiscales de la dación en pago”. Quincena Fiscal. Aranzadi. Núm. 20/2011; PEDEMONTE, J.L.: “La vivienda habitual como dación en pago en los procedimientos hipotecarios”. Inmueble: Revista del sector inmobiliario. Núm. 117. 2011; RUBIO DE ORELLANA PIZARRO, R.: “La dación en pago y su efecto extintivo de las obligaciones pecuniarias” en AA. VV.: Instituciones del mercado financiero. Vol. 4. 1999; VÁZQUEZ VILLAMOR, J. A.: “Consecuencias fiscales de la dación en pago”. Inmueble: Revista del sector inmobiliario. Núm. 119. 2012.



# Participaciones preferentes: aproximación al problema y primeras respuestas de la jurisprudencia civil<sup>1</sup>

Miguel Fernández Benavides | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** Desde hace algún tiempo, surgen constantemente noticias en torno a un producto financiero que ha desatado la ira de miles de inversores. El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis de la cuestión y ofrecer alguna solución ante la controversia originada en torno a las participaciones preferentes. Así, nos proponemos efectuar una primera aproximación al problema desde la perspectiva de las eventuales acciones que pudieran ejercitar los inversores afectados frente a la entidad emisora o comercializadora de las participaciones preferentes.

**Palabras clave:** participaciones preferentes, normas del mercado de valores, vicios del consentimiento, nulidad, anulabilidad, responsabilidad contractual, resolución por incumplimiento, protección de los consumidores.

**Title:** Preference shares: approach to the problem and first responses of civil jurisprudence

**Abstract:** For some time, constantly emerging news about a financial product that has led thousands of investors to be outraged. This work aims to conduct an analysis of the issue, and offer a solution to the controversy caused around preference shares. Thus, we propose to make an initial approach to the problem from the perspective of

possible actions that the affected investors could bring against the issuer or marketer of the preference shares.

**Keywords:** preference shares, stock market rules, vices of consent, nullity, voidability, contractual liability, termination for breach of contract, consumer protection.

**Sumario.** 1. Introducción. 2. Concepto general, características y regulación de las “preferentes”. 3. Origen y delimitación del problema jurídico. 4. Medidas adoptadas por el Gobierno de España y la Unión Europea. 5. Normas aplicables. 5.1. Reglas del mercado de valores. 5.2. Régimen de vicios del consentimiento. 5.3. ¿Nulidad radical por falta de capacidad para contratar? 5.4. Resolución por incumplimiento y responsabilidad contractual. 5.5. Condiciones generales de la contratación. 5.6. Normas de protección de los consumidores y usuarios. 6. Participaciones preferentes en la jurisprudencia civil. 6.1. Sobre la declaración de nulidad por vicios del consentimiento. 6.1.1. Resoluciones a favor. 6.1.2. Resoluciones en contra. 6.2. Sobre la responsabilidad contractual y resolución por incumplimiento. 6.2.1 Resoluciones a favor: el cálculo de la indemnización. 6.2.2 Resoluciones en contra. 6.3. El problema de la prescripción, ¿acción de anulabilidad o resolución? 6.4. Tímidas menciones a las normas de protección de los consumidores. 7. Conclusiones: posición ante el problema de las “preferentes”.

## 1. Introducción

Desde hace algún tiempo, se viene produciendo un constante goteo de informaciones y noticias en diversos medios de comunicación acerca de un producto financiero que ha sido comercializado en masa por numerosas empresas en nuestro país (generalmente entidades de crédito<sup>2</sup>). Estamos hablando de las llamadas participaciones preferentes<sup>3</sup>: un instrumento financiero ciertamente complejo y de riesgo elevado, lo que no supuso un obstáculo para que fueran suscritas de manera generalizada con todo tipo de clientes, independientemente de su perfil inversor.

Coincidiendo con la lamentable situación de crisis económica que atraviesa la sociedad española, miles de familias se han visto abocadas a la difícil situación de no poder recuperar los ahorros invertidos en su día en participaciones preferentes. En buena parte pertenecientes al colectivo de los denominados inversores minoristas, los clientes afectados se sienten engañados, denuncian la falta de información sufrida y el abuso cometido por las entidades de crédito. Haciéndose eco de las numerosas protestas ciudadanas, el Fiscal

Superior de Galicia interpuso el pasado verano una demanda colectiva contra NCG Banco, S.A. (Novagalicia Banco). Así, el Ministerio Público ejercitaba una acción de cesación de la práctica y de nulidad de las cláusulas consideradas abusivas, junto con las acciones de indemnización y de devolución de lo invertido en los casos que corresponda. Más recientemente, el Fiscal General del Estado ha revelado, en una comparecencia en el Congreso de los Diputados, que la Fiscalía Anticorrupción está investigando a una determinada entidad financiera por un posible delito de estafa en la emisión de participaciones preferentes.

Así las cosas, la sociedad española demanda una respuesta por parte del Derecho ante determinadas actuaciones, cuando menos, reprochables desde un punto de vista moral. Con el objetivo de ofrecer alguna respuesta a las numerosas cuestiones surgidas en torno a esta cuestión, elaboramos el presente trabajo, fundamentalmente dirigido a efectuar una primera aproximación al problema de las “preferentes” desde la perspectiva de las eventuales acciones civiles que pudiera ejercitar el inversor frente a la entidad emisora o comercializadora de este controvertido producto financiero.

## 2. Concepto general, características y regulación de las “preferentes”

Según la definición ofrecida por el Banco de España, nos encontramos ante “un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor, ofrece una retribución fija (condicionada a la obtención de beneficios), y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)”<sup>4</sup>.

A partir de la definición expuesta, y teniendo en cuenta la información facilitada a los inversores por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores<sup>5</sup>, podemos extraer los siguientes elementos caracterizadores de las participaciones preferentes:

- a) en primer lugar, son valores emitidos por una sociedad, pero que no confieren -a diferencia de las acciones ordinarias- participación en su capital social ni derechos políticos;
- b) ostentan carácter perpetuo y su rentabilidad -generalmente de carácter variable<sup>6</sup>- no está garantizada;

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

<sup>2</sup> Si bien es cierto que las emisiones de participaciones preferentes más frecuentes son las llevadas a cabo por entidades de crédito, este producto no ha sido emitido y comercializado únicamente por intermediarios financieros, sino que también han optado por este mecanismo de financiación sociedades cotizadas no bancarias, cuyo objeto social nada tiene que ver con la actividad financiera: hidrocarburos, electricidad, transportes, comunicaciones, sector agroalimentario, etc.

<sup>3</sup> Tal y como señala FERNÁNDEZ DEL POZO, L., la nomenclatura de participaciones preferentes “es debida a la traducción en nuestra lengua, con intencionada omisión del concepto de acción, de un instrumento financiero que resultaba por entonces desconocido en nuestro Derecho: las preference/preferred shares”. Las participaciones preferentes, BIB 2005/1812, Monografías (Civitas). Ed. Aranzadi, marzo de 2005, p. 71.

<sup>4</sup> Vid.: <http://www.bde.es/clientebanca/glosario/p/participaciones.htm>

<sup>5</sup> S Vid.: (a) <http://www.cnmv.es/PortalInversor/section.aspx?hid=171> (b) [http://www.cnmv.es/DocPor tal/Publicaciones/Fichas/Fichas\\_Preferentes.pdf](http://www.cnmv.es/DocPor%20tal/Publicaciones/Fichas/Fichas_Preferentes.pdf)

<sup>6</sup> Según ha señalado la CNMV, “las participaciones preferentes tienen una remuneración generalmente fija en un primer periodo y variable durante el resto de la vida del producto. Dicha remuneración estaría condicionada a la obtención de beneficios distribuibles por parte del emisor o de su grupo y no es acumulable, es decir, si no se percibe en un periodo, el inversor pierde el derecho a recibirla”, cit. ut supra.

c) sin perjuicio de lo anterior, pueden ser amortizadas por la entidad de crédito a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España;

d) se trata de un producto complejo y de riesgo elevado<sup>7</sup>, de tal forma que puede generar tanto beneficios como pérdidas del capital invertido;

e) no cotizan en Bolsa, sino que se negocian en un mercado secundario organizado;

f) su liquidez es limitada, no siendo siempre fácil para el inversor recuperar el capital<sup>8</sup>;

g) en caso de insolvencia del emisor, los titulares de las mismas son los últimos acreedores en el orden de prelación de créditos<sup>9</sup>. En vista de las características expuestas, no es de extrañar que la doctrina suela referirse a las “preferentes” como un instrumento financiero de naturaleza híbrida, a medio camino entre las acciones y las obligaciones. En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO señala que nos encontramos ante una clase de financiación *tertium genus*, tipificada por el Legislador entre los dos modelos típicos de financiación permanente de la empresa, y no asimilable a ninguno de aquellos<sup>10</sup>.

Finalmente, debemos indicar que las participaciones preferentes se encuentran actualmente reguladas en la Disposición Adicional 2ª de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros<sup>11</sup>. Toda vez que el objetivo de esta norma no es otro que establecer los requisitos para la computabilidad de las participaciones preferentes como recursos propios -y el régimen fiscal aplicable a las mismas-, la configuración del contenido de derechos de las “preferentes” queda remitido a las condiciones de la emisión (autonomía de la voluntad), dentro de los anchos márgenes establecidos por la norma. Precisamente por ello, ha destacado el mencionado autor que “la eficacia tuitiva de la posición del partícipe que dispensa la Ley es muy pobre”, siendo posible -como de hecho ocurre- que el emisor deniegue al titular todos los derechos políticos<sup>12</sup>.

### 3. Origen y delimitación del problema jurídico

Es importante señalar que la emisión de participaciones preferentes y su puesta en el mercado

no plantean, en principio, ningún tipo de inconveniente desde un punto de vista jurídico. En otras palabras, este producto financiero no se trata, per se, de un instrumento pernicioso o dañino, merecedor de censura a priori (por más que pueda conllevar riesgos elevados para los inversores). En este sentido, no nos concierne valorar aquí las ventajas e inconvenientes que -desde un punto de vista mercantil- para el inversor conlleva la suscripción de este tipo de valores, en comparación con otros productos más próximos a la deuda o al capital riesgo.

Sin embargo, tanto la forma en que han sido llevadas a cabo este tipo de operaciones como el tipo de clientes a quienes han sido dirigidas, hacen pensar que una buena parte de los inversores podrían ver amparada por el Derecho su pretensión en el hipotético caso de acudir a los tribunales. Como ha señalado ALONSO ESPINOSA, son dos los elementos fundamentales que han presidido -en términos generales- el proceso de colocación de las participaciones preferentes en nuestro país: a) “la técnica de colocación de los valores que en mayor medida, ha sido directa y personal hacia los clientes minoristas” y a iniciativa de la propia entidad; b) “la referida condición predominante de clientes minoristas de sus suscriptores, quienes, en general, mantenían una relación de confianza con el personal de la entidad de crédito emisora”, lo que podría haber generado situaciones de abuso en numerosos supuestos<sup>13</sup>. En definitiva, podemos afirmar que muchos inversores minoristas podrían haberse visto abocados a una situación de riesgo motivada fundamentalmente por dos factores: de una parte, las agresivas prácticas de comercialización de estos productos, y, de otra, la escasa aptitud de los clientes para comprender de una manera completa el instrumento de riesgo cuya contratación les proponía el director de su oficina “de toda la vida”.

Así las cosas, no existiría problema alguno si la situación económica marchase “viento en popa” y todos los suscriptores de “preferentes” obtuviesen con normalidad los rendimientos derivados de su inversión, pues, en tal caso, no cabe duda de que prácticamente ningún inversor alzaría la voz contra este producto financiero ni contra la forma en que ha sido colocado en el mercado. Empero, en un contexto de crisis económica, algunas de las entidades de crédito han sido intervenidas por el Banco de España o han dejado de pagar el rendimiento o intereses derivados de las participaciones preferentes, suponiendo ello la pérdida de liquidez

de este instrumento y el correlativo fracaso de la inversión que representan. En este sentido, como consecuencia de la mencionada pérdida de liquidez, son muchos los ahorradores que viéndose en la necesidad de recuperar el capital invertido no pueden hacerlo. Llegados a esta situación, cabe plantear cuál es la responsabilidad frente a los inversores de las entidades que han puesto en el mercado este producto financiero, e, incluso, cuestionar la propia validez de los negocios celebrados bajo determinadas circunstancias. Así pues, nos proponemos efectuar un estudio normativo y jurisprudencial sobre el problema descrito, en aras alcanzar conclusiones aplicables en los diferentes supuestos particulares que pueden darse en la variadísima casuística que presenta la compleja realidad.

### 4. Medidas adoptadas por el Gobierno de España y la Unión Europea

El pasado verano, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de reestructuración y resolución de entidades de crédito. A través de esta disposición, se introducen dos bloques de medidas ciertamente relevantes en el ámbito de las participaciones preferentes.

En primer lugar, por lo que respecta a las entidades en situación de crisis, el capítulo VII de la norma introduce disposiciones sobre las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada partiendo del principio de “que los accionistas y acreedores han de sufragar los gastos de la reestructuración o resolución, antes que los contribuyentes, en virtud de un principio evidente de responsabilidad y de asunción de riesgo” (Exposición de Motivos RD-ley 24/2012). En consecuencia, se establecen mecanismos voluntarios y obligatorios de gestión que afectarán a los titulares de participaciones preferentes y cuya puesta en marcha deberá ser llevada a cabo por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB).

En este sentido, el Memorandum de Entendimiento del rescate a la banca española (Memorandum of Understanding on Financial-Sector Policy Conditionality)), ya establecía que nuestro país habría de disponer de una legislación que, para el caso de ser necesario, impusiese la asunción de pérdidas por parte de los inversores de deuda subordinada. Así pues, entre las condiciones impuestas por la UE a cambio del rescate bancario, estaría la

<sup>7</sup> Sobre la complejidad de este producto financiero (asunto no exento de polémica entre expertos en la materia), se pronunció la CNMV en el siguiente sentido: “en el caso de que incluyan (las participaciones preferentes) un derivado implícito (un derecho de amortización anticipada por parte del emisor, por ejemplo), siempre se considerarán instrumentos complejos. Las participaciones preferentes, en la medida que incorporan un derivado implícito, deberán considerarse instrumentos complejos”. Guía sobre Catalogación de los Instrumentos Financieros como Complejos o no Complejos, vid.: [http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS\\_Perfil/GuiaInstrumComplejosNOCComplejos.PDF](http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaInstrumComplejosNOCComplejos.PDF).

<sup>8</sup> Las participaciones preferentes presentan mayores problemas de liquidez que las acciones ordinarias, es decir, es más difícil su transformación inmediata en efectivo, razón por la cual no siempre es fácil deshacer la inversión.

<sup>9</sup> De esta forma, los clientes sólo recuperarán el capital cuando se hayan satisfecho todas las deudas con el resto de acreedores. Tal y como ha señalado la CNMV, a pesar de que se las denomina “preferentes”, “las participaciones preferentes se sitúan en el orden de recuperación de los créditos: por detrás de todos los acreedores comunes y subordinados, por delante de las acciones ordinarias (y de las cuotas participativas en el caso de las cajas de ahorro)”, cit. ut supra. 10 S

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., Las participaciones..., op. cit., p. 80.

<sup>11</sup> La introducción a nuestro Derecho de esta figura se produjo mediante la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (recientemente modificada por la Ley 6/2011, de 11 de abril, por la que se transpone a nuestro Derecho la Directiva 9009/111/CE).

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., Las participaciones..., op. cit., p. 120.

<sup>13</sup> ALONSO ESPINOSA, F. J., Participaciones preferentes y clientes minoristas de entidades de crédito, Diario La Ley, nº 7875, Sección Doctrina, 7 de junio de 2012, La Ley 5971/2012, p. 1.

obligación de asumir pérdidas de los titulares de preferentes de las entidades intervenidas. Así las cosas, a la espera de que se concreten las cifras definitivas de la quita de cada una de las entidades intervenidas -que podría rondar el 40% de la inversión-, los titulares de “preferentes” emitidas por entidades en crisis deberán asumir una parte de las pérdidas de las mismas, sin perjuicio -como es evidente- de las cantidades que puedan recuperar a través de la interposición de acciones civiles ante los tribunales.

Por otra parte, con el fin de que evitar que se reproduzcan en el futuro las prácticas altamente cuestionables ocurridas en los últimos años, el Real Decreto-ley 24/2012 impone una serie de requisitos adicionales a la comercialización de participaciones preferentes, instrumentos convertibles o financiación subordinadas entre clientes o inversores minoristas. En este sentido, según lo dispuesto en la Disposición Adicional 13<sup>3</sup>, cabe destacar que al menos el 50 % de la emisión deberá suscribirse exclusivamente por clientes profesionales (sin que su número sea inferior a cincuenta) y que el valor nominal unitario de las participaciones preferentes emitidas por entidades no cotizadas deberá ser como mínimo de 100.000 euros (25.000 euros para el resto de emisiones). Evidentemente, la introducción de nuevos requisitos para la comercialización de “preferentes” y otros instrumentos no ostenta especial relevancia respecto del objeto del presente estudio. En cualquier caso, solo el tiempo podrá desvelar si la modificación aprobada por el Gobierno contribuye a evitar complicadas situaciones sociales como la vivida en la actualidad.

## 5. Normas aplicables

### 5.1. Reglas del mercado de valores

En virtud del artículo 2.1.h de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV), las participaciones preferentes quedan expresamente comprendidas en su ámbito de aplicación. El artículo 79 de la LMV, en su redacción originaria, ya establecía como regla fundamental del comportamiento frente al cliente -de las empre-

sas, de los servicios de inversión y entidades de crédito-, la diligencia, la transparencia y el desarrollo de una gestión ordenada y prudente, cuidando de los intereses del cliente como propios (regla concretada por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo<sup>14</sup>). Dicha normativa fue derogada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la LMV, introduciendo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, conocida como MIFID (Markets in Financial Instruments Directive). La citada norma tiene como objetivo principal mejorar la protección de los inversores, introduciendo la distinción entre clientes profesionales y minoristas, con el fin de diferenciar el comportamiento debido frente a unos y otros (art. 78 bis LMV)<sup>15</sup>. Por otra parte, reitera el deber de diligencia y transparencia del prestador de servicios de inversión e introduce el artículo 79 bis, regulando exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional: entre otros extremos, sobre la naturaleza y riesgos del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece, a los fines de que el cliente pueda “tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa”. En este sentido, la información ha de incluir las advertencias apropiadas sobre los riesgos asociados a los instrumentos o estrategias, sin pasar por alto las concretas circunstancias del cliente y sus objetivos, recabando información del mismo sobre sus conocimientos, experiencias financieras y aquellos objetivos<sup>16</sup>.

Esta normativa sectorial, como veremos más adelante, ostenta una gran importancia a la hora de determinar si el cliente ha recibido de la entidad que presta los servicios de inversión -en la fase precontractual-, una información suficiente, comprensible y clara sobre el instrumento financiero contratado y los posibles riesgos inherentes a la operación. Así, un eventual incumplimiento por parte de la entidad de las obligaciones de información impuestas por la norma, podría ayudar a justificar la nulidad del contrato de suscripción con el cliente minorista. Debemos advertir, sin embargo, que el minucioso régimen normativo resultante de la transposición de la Directiva MIFID, no resulta de aplicación a todos los supuestos de hecho discutidos en la

actualidad, por cuanto nos encontramos ante una normativa relativamente reciente.

### 5.2. Régimen de vicios del consentimiento

Como tendremos ocasión de analizar más adelante, el debate jurisprudencial sobre las participaciones preferentes ha girado fundamentalmente en torno al régimen de vicios del consentimiento. El artículo 1265 del Código Civil establece que el consentimiento será nulo cuando se hubiese “prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Descartadas la intimidación y la violencia como causas de anulabilidad habituales en la contratación de “preferentes” -sin perjuicio de que pudiera existir algún supuesto aislado- hemos de prestar atención a la posible concurrencia de error o dolo. Este segundo, de carácter ciertamente excepcional, existirá cuando “con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho” (art. 1269 CC), y únicamente producirá la nulidad del contrato cuando sea grave (art. 1270 CC)<sup>17</sup>.

Por lo que se refiere al error, se trata sin lugar a dudas de la causa de anulabilidad más comúnmente aducida por los inversores en sus demandas y acogida en algunas ocasiones por la jurisprudencia. Establece el artículo 1266 del CC que el error invalidará el consentimiento cuando recaiga “sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”. Además, junto con el requisito mencionado, la jurisprudencia ha venido exigiendo que concurren otros cuatro elementos para declarar la nulidad en los supuestos de error: a) que derive de hechos desconocidos por el obligado; b) que no sea imputable a quien lo padece; c) que exista un nexo entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico; d) que sea excusable, es decir, que no se pudiera haber evitado empleando una diligencia media de acuerdo con la buena fe (por todas, STS núm. 113/1994 de 18 de febrero, RJ 1994/1096).

<sup>14</sup> El RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, concretó, aún más, la diligencia y transparencia exigidas, desarrollando, en su anexo, un código de conducta presidida por los criterios de imparcialidad y buena fe, cuidado y diligencia y adecuada información tanto respecto de la clientela, a los fines de conocer su experiencia inversora y objetivos de la inversión (art. 4 del Anexo 1), como frente al cliente (art. 5) proporcionándole toda la información de que dispongan que pueda ser relevante para la adopción por aquél de la decisión de inversión “haciendo hincapié en los riesgos que toda operación conlleva” (art. 5.3).

<sup>15</sup> En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la norma establece como objetivo prioritario “reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores”, añadiendo que “precisamente como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos”.

<sup>16</sup> Por lo tanto, sobre la empresa de servicios de inversión que comercialice este tipo de valores, pesan determinadas obligaciones, entre las cuales hemos de señalar las siguientes: a) en general, mantener en todo momento adecuadamente informados a sus clientes; a) obtener toda la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, sobre su situación financiera y los objetivos de inversión, a fin de poder recomendarle aquellos servicios que más le convengan; b) abstenerse de recomendar servicios e inversión al cliente minorista cuando este no facilite la información necesaria; c) solicitar al cliente minorista información sobre sus conocimientos y experiencia respecto del concreto producto o servicio que se pretende suscribir; d) en base a la información obtenida, advertir al cliente, en su caso, de que el instrumento financiero no es adecuado para él (art. 79 bis LMV).

<sup>17</sup> A pesar del carácter marcadamente excepcional de la concurrencia de dolo en la suscripción de este tipo de instrumentos financieros, no debemos descartar su eventual existencia en determinados casos especialmente graves de ocultación de información esencial por parte de la entidad emisora o comercializadora. Así, tal y como señala la STS núm. 129/2010 de 5 de marzo (RJ 2010/2390), las palabras o maquinaciones a que se refiere el artículo 1269 del CC, pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario. Por lo tanto, no sólo manifiestan el dolo la “insidia directa o inductora de la conducta errónea de otro contratante sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe”. En este sentido, la STS núm. 1279/2006 de 11 de diciembre (RJ 2006/9893), añade que también constituye dolo “la reticencia consistente en la omisión de hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico”.



## 5.3. ¿Nulidad radical por falta de capacidad para contratar?

Ciertamente, no encontramos ninguna resolución o artículo doctrinal en que se mencione la posibilidad de acudir al régimen de la nulidad absoluta en el ámbito de la suscripción de “preferentes”. Sin embargo, entendemos que podrían existir supuestos en que quepa hablar de nulidad del contrato por ausencia total de uno de los requisitos esenciales -el “consentimiento de los contratantes”- a que se refiere el artículo 1261.1 del CC. Así, más allá de los contratos celebrados por sujetos declarados judicialmente incapacitados -que resultarían anulables de acuerdo con el régimen previsto en los artículos 1300 y ss. del CC- la jurisprudencia ha sentado que no hay obstáculo legal alguno para apreciar y declarar la falta de capacidad para contratar de una persona no incapacitada<sup>18</sup>. No obstante, ha de partirse de la presunción iuris tantum de capacidad (ex arts. 322 y 199 CC), de tal forma que quien afirma la incapacidad deberá acreditarlo cumplidamente<sup>19</sup>.

Siendo públicamente conocida la existencia de determinados contratos de suscripción de “preferentes” celebrados con personas analfabetas -que firmaban con su huella digital-, o afectadas por patologías tales como la demencia senil o el alzhéimer, entendemos que bien podría demandarse en estos casos la nulidad radical de dichos contratos, por falta de capacidad para contratar. Por lo tanto, en el caso de acreditar debidamente que la capacidad del inversor en la fecha de la suscripción no alcanzaba a entender y valorar el negocio jurídico finalmente celebrado, podría obtenerse la nulidad del contrato como consecuencia de la incapacidad natural de una de las partes.

## 5.4. Resolución por incumplimiento y responsabilidad contractual

Más allá del deber de información que pesa sobre la entidad contratante en los momentos previos a la suscripción (fase precontractual),

cabría afirmar que, a partir del perfeccionamiento del contrato, existe igualmente un deber de información y asesoramiento que se extendería a lo largo de toda la relación negocial. No se trata, sin embargo, de una cuestión pacífica, por cuanto se discute -en función del tipo de relación negocial- si efectivamente existe ese deber contractual de informar y asesorar al cliente, o si por el contrario, la labor de la entidad ha de verse agotada en la mera actividad de intermediación<sup>20</sup>. En todo caso, si entendiésemos que se ha producido un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad emisora (o comercializadora) de los valores, el inversor podría ejercitar una acción de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC), además de instar, en su caso, la resolución del contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, de acuerdo con el artículo 1124 del CC.

## 5.5. Condiciones generales de la contratación

Como no podría ser de otra forma, la suscripción en masa de un instrumento financiero como las participaciones preferentes es llevada a cabo a través de contratos de adhesión. Así, las diversas cláusulas del condicionado general, que son predisuestas por la entidad emisora o comercializadora, son incorporadas a una pluralidad de contratos e impuestas unilateralmente a los clientes. Es por ello que debemos prestar atención a lo dispuesto en la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), en cuyo artículo 5.5 -relativo a los requisitos de incorporación- se mencionan expresamente las exigencias de “transparencia, claridad, concreción y sencillez”. Correlativamente al establecimiento de las exigencias mencionadas, las cláusulas ambiguas y oscuras introducidas en el contrato de adhesión, no deben quedar incorporadas de conformidad con el artículo 7.b de la LCGC, así como aquellas que el adherente “no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebración del contrato” (art. 7.1). Finalmente, en caso de que

las condiciones generales fuesen oscuras, se impondrá la interpretación contra proferentem por aplicación del artículo 6.2 de la LCGC.

## 5.6. Normas de protección de los consumidores y usuarios

En la medida en que un consumidor o usuario sea parte en la suscripción de participaciones preferentes -situación común y generalizada-, habremos de tener en cuenta el plus de protección que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en tanto que parte débil del contrato. Así, a pesar de que la actividad desarrollada en el sector financiero cuenta con una regulación propia, este tipo de contratos habrán de quedar sujetos igualmente a la normativa de consumo. En este sentido, debemos acudir al lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU). Concretamente, hemos de recordar que entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios, se encuentra el derecho a “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (...)”<sup>21</sup> así como a “la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales” (art. 8 TRLGDCU). Por lo tanto, cabría cuestionar si determinadas cláusulas introducidas en un producto financiero como las participaciones preferentes, vulneran los derechos de los consumidores y usuarios, pudiendo derivarse de ello la consideración de las mismas como abusivas por limitar los derechos del cliente anteriormente mencionados (art. 82). De llegar a dicha consideración, las cláusulas abusivas habrían de ser declaradas nulas de acuerdo con el artículo 83 del TRLGDCU.

## 6. Participaciones preferentes en la jurisprudencia civil

Una vez hemos expuesto las normas jurídico-positivas aplicables en los supuestos de reclamación por parte de los inversores afectados,

<sup>18</sup> Conviene aclarar que no estamos refiriéndonos a la capacidad general para emitir consentimiento, sino a la capacidad de entender y querer celebrar un contrato concreto. En este sentido, cabe diferenciar entre los actos del incapaz realizados antes de su incapacitación, a los que se califica comúnmente de inexistentes o radicalmente nulos, y, los celebrados con posterioridad a la sentencia de incapacitación, que son únicamente anulables, como se desprende del art. 1301 del Código Civil que concede un plazo de cuatro años para su impugnación.

<sup>19</sup> En este sentido, tal y como recuerda la STS núm. 836/2005, de 10 de noviembre (RJ 2005/7725), “la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa”.

<sup>20</sup> Habida cuenta de la rica casuística existente en la práctica, no siempre nos encontramos ante esquemas negociales idénticos en lo que se refiere a la contratación y suscripción de las participaciones preferentes. En efecto, además de tratarse de un medio de financiación empleado por empresas cuyo objeto social no tiene por qué estar relacionado necesariamente con la actividad financiera, es habitual que muchas entidades realicen actos de intermediación para la colocación en el mercado de participaciones preferentes emitidas a su vez por otras entidades. Así pues, cuando nos encontramos ante relaciones triangulares -en las que intervienen el cliente, la entidad emisora y la entidad comercializadora- no resulta fácil, en modo alguno, determinar hasta donde llegan las obligaciones de la segunda respecto del cliente. Por lo tanto, la determinación del tipo de contrato celebrado entre la entidad y los inversores, resulta esencial en aras a determinar el grado de información exigible a prestar por la primera a lo largo de la vida del contrato. En este sentido debemos analizar si nos encontramos ante un contrato de simple administración de valores (art. 308 Código de Comercio), o si además puede considerarse como un contrato de gestión de los mismos que comporte obligación de asesoramiento (art. 244 y ss. CCCom). Por otra parte, el análisis del tipo de relación existente entre las partes determina ha de ser determinante en orden a introducir el petitum en la demanda. Lo que podría parecer una mera discusión teórica, tiene importantes implicaciones prácticas. Así, la significativa SAP Badajoz núm. 266/2011 de 26 de julio (JUR 2011/369474), desestima la demanda del inversor con apoyo en la ratio decidendi que reproducimos a continuación: “no cabe hablar por ello de que existe incumplimiento contractual. La función de la demandada se agota en el momento mismo de la suscripción de los valores. Si concurrió responsabilidad por parte de la misma habrá de ser en ese momento, no después. Ninguna función de asesoramiento, información o alerta se comprometió a prestarle al adquirente en el futuro. Es además plenamente lógico porque su labor fue de intermediación. Suscrita la compra, el problema se desplaza, si hay incumplimiento contractual, al vendedor”. Por su parte, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, nº 205/2011 de 16 de septiembre (AC 2011/2173), desestimó la invalidación de la inversión (nulidad), al entender que la relación que unía a la actora con la demandada (contrato para la prestación de servicios de intermediación financiera) era una simple intermediación, por lo que no había actuado como vendedora de las participaciones. Finalmente, el Juzgado declara la responsabilidad contractual de la demandada al amparo del artículos 1101 del CC, estimando así la pretensión subsidiaria de la demandante.

<sup>21</sup> Respecto del derecho de información, el artículo 60 del TRLGDCU concreta lo siguiente: “Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo (...)”.

cabe ahora realizar un estudio de las resoluciones judiciales recaídas hasta el momento en esta materia. Dado que nos encontramos ante un problema relativamente reciente, contamos aún con un escaso número de sentencias -en comparación con el torrente que está por llegar- recaídas todas ellas en primera instancia y apelación. No obstante, ya comienzan a vislumbrarse dos grandes corrientes jurisprudenciales, que, con unos u otros argumentos jurídicos, dejan entrever sus diversas sensibilidades ante el problema de las “preferentes” y la protección que han de recibir los consumidores involucrados.

### 6.1. Sobre la declaración de nulidad por vicios del consentimiento

Como ya hemos señalado, el debate jurisprudencial en torno a las participaciones preferentes se ha centrado en gran medida en la eventual aplicación del régimen de vicios del consentimiento previsto en los artículos 1265 y siguientes del Código Civil. Con carácter general, podemos señalar dos cuestiones presentes -de una u otra forma- en todas las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre la posible existencia de error en el consentimiento. En primer lugar, que desde un punto de vista objetivo, podría alegarse que el error es consecuencia del desconocimiento por parte del inversor de la verdadera naturaleza jurídica del negocio celebrado (porque no se le explicó en el momento de la suscripción que la rentabilidad se hallaba subordinada a la obtención de beneficios; porque desconocía los riesgos propios de la operación, tales como la posible pérdida de valor de las participaciones en el mercado de valores; porque se le aseguró que el reembolso de la inversión estaría garantizado, mediante la amortización por la propia entidad, etc.). Por otra parte, que desde un punto de vista subjetivo, adquiere una gran relevancia el perfil del inversor. Así, tanto la condición de inexperto y el desconocimiento en temas bursátiles, como el carácter conservador del cliente -situaciones ambas, que han sido muy habituales entre los contratantes de participaciones preferentes-, pueden ser elementos decisivos en orden a obtener una declaración de nulidad del contrato.

#### 6.1.1. Resoluciones a favor

Así las cosas, son varias las resoluciones judiciales en que se ha decidido declarar la nulidad del contrato de suscripción de “preferentes”. Como

primer pronunciamiento significativo en este sentido, debemos destacar la SAP Palma de Mallorca 91/2011, de 21 de marzo (JUR 2011/190142). La Audiencia llega a la conclusión de que los inversores prestaron su consentimiento por error, debido a que los empleados de la entidad demandada (Banco Santander, S.A.), no solo no les explicaron toda la verdad -limitándose a mencionar las ventajas de la inversión, pero sin valorar los altos riesgos y posibles daños que la operación podría comportar-, sino que incluso aseguraron a los clientes que la operación estaba garantizada y que por tanto no asumían riesgo alguno de pérdida del capital invertido<sup>22</sup>. Asimismo, se establece que la carga probatoria del correcto asesoramiento e información ha de recaer sobre el profesional financiero (inversión del onus probandi), habida cuenta de la extrema dificultad que supondría para el cliente de la entidad acreditar un hecho negativo, como es la ausencia de la información precontractual. En esta última idea hace igualmente hincapié la SAP Murcia núm. 105/2011, de 1 de abril (AC 2011/1903), que confirma la condena a Bankinter, S.A., entre otras razones, por no haber probado que hubiera suministrado a la actora la información precisa sobre las características y riesgos reales de las participaciones<sup>23</sup>.

Más recientemente, ha llegado a similar conclusión la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la sentencia núm. 324/2012, de 25 de abril (JUR 2012/178529). A diferencia de lo que ocurría en el anterior supuesto -en que la condición de emisora y comercializadora confluían en una misma empresa-, la entidad demandada (Banco Santander, S.A.), llevaba a cabo la comercialización de participaciones preferentes emitidas por otra entidad (SOS Cuétara Preferentes, S.A.). En este caso, tras señalar nuevamente la necesidad de invertir la carga de la prueba, el órgano de apelación considera probado que la clienta no recibió en la fase precontractual la información suficiente sobre los riesgos que asumía, “máxime cuando la demandante no era una persona experimentada y cabe considerar que ni tan siquiera conocedora de este tipo de contratos complejos”. En base a dicho incumplimiento por parte de la entidad de sus deberes de información, la Audiencia aprecia la existencia de error de la clienta, que contrató el producto en la equivocada creencia de que podría disponer del capital invertido en un plazo de dos años (habiéndoselo manifestado al director de la oficina)<sup>24</sup>. Finalmente, la resolución

pone de relieve que el perfil inversor a quienes está dirigido este tipo de instrumento financiero, no se corresponde en modo alguno con el de la demandante, inversora minorista cuyas anteriores operaciones se limitaban a la contratación de depósitos de renta fija garantizados.

La última resolución dictada a favor de la nulidad por vicios del consentimiento, ha sido la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N° 1 de Cambados, de 10 de julio de 2012. En este supuesto, la contienda judicial ha enfrentado a un inversor minorista (demandante) con la entidad NCG Banco, S.A. (Novagalicia Banco). Considera el juzgador que el cliente no fue informado de una forma directa y comprensible de las verdaderas características del producto contratado, que era de alto riesgo, y se ofertó a un cliente de perfil conservador (que nunca había realizado operaciones de esa naturaleza y que carecía por completo de conocimientos mínimos en materia financiera). Además, cabe destacar que resulta probado en el proceso que la entidad de crédito había suministrado información falsa al cliente, indicando que el contrato suscrito le ofrecería liquidez inmediata. En definitiva, el órgano de instancia declara la nulidad del contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito por el demandante, “por inadecuada, falsa e insuficiente información por parte de la entidad financiera que provocó error en el contratante”.

#### 6.1.2. Resoluciones en contra

Al margen de las resoluciones analizadas hasta el momento, podemos afirmar que la jurisprudencia se ha venido inclinando, en numerosas ocasiones, por negar la existencia de vicios del consentimiento. En este sentido, la SAP Madrid núm. 587/2011 de 29 de noviembre (JUR 2012/29023), confirma la validez de la contratación de valores mediante la cual el Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto), colocaba a la inversora-apelante participaciones preferentes emitidas por Lehman Brothers. El órgano ad quem, comienza sus razonamientos desechando la equiparación de los posibles defectos en la información precontractual con la existencia de error en el consentimiento, al considerar que “el mero incumplimiento de deberes formales impuestos por la normativa sectorial, no podría implicar por sí mismo, la nulidad de la orden de compra”<sup>25</sup>. Esta es, sin lugar a dudas,

<sup>22</sup> La información facilitada en este caso a los clientes, distaba sobremanera de la labor de asesoramiento que, según señala la Audiencia, han de llevar a cabo las entidades financieras. Así, destaca que lo relevante es que dicha labor de asesoramiento “sea personalizada, teniendo en cuenta y siempre, las circunstancias, personales y económicas que concurren y le son expuestas por sus clientes”. Como ya hemos señalado, a fin de determinar la manera en que dicha información, debe hacerse llegar a sus clientes de forma adecuada, el artículo 79 de la LMV establece la obligación por parte de la entidad, en función del tipo de prestación ofrecida, de obtener información sobre el cliente, sus conocimientos y experiencia en el ámbito de la inversión.

<sup>23</sup> La resolución señalada -que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe- resulta cuanto menos llamativa, por cuanto afirma simultáneamente la existencia de error y de responsabilidad contractual de la demandada. Respecto de la inversión de la carga de la prueba, establece que, cuando el inversor alega la existencia de error en la contratación un producto financiero de este tipo, “ha de ser la correspondiente entidad financiera (...) la que acredite que suministró la completa, precisa, adecuada e individualizada información, que la legislación impone, a fin de desvirtuar la existencia de ese error que el inversor alega”. Por otra parte, la Audiencia pone el foco sobre la condición inexperta de la inversora, señalando que la misma no poseía “una formación financiera que le permitiese conocer las características y riesgos de ese producto, especialmente el referente a la posibilidad de pérdida total o parcial del capital invertido”. Finalmente, el órgano ad quem confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Cartagena, de 13 de julio de 2010, por la que se declaraba la responsabilidad de la entidad demandada y se condenaba a la misma a abonar a la actora el importe de la inversión en “preferentes” (emitidas por un banco islandés)

<sup>24</sup> En este sentido, cabe señalar que las participaciones preferentes adquiridas se emitieron por tiempo indefinido, con fecha de amortización fijada en el año 2050, y únicamente se podían amortizar total o parcialmente a voluntad del emisor (SOS Cuétara Preferentes, S.A., Sociedad Unipersonal), y no a solicitud de los inversores, con autorización previa del garante (SOS Cuétara, S.A.) a partir de los 5 años desde la fecha del desembolso. Así las cosas, en vista de la sustancial discrepancia entre lo que la clienta creía estar contratando y lo que realmente firmó -sin que el Director de la oficina advirtiese a la misma de la inadecuación del producto con sus necesidades-, y teniendo en cuenta que el error ha recaído sobre el plazo de vigencia de la inversión -requisito esencial del contrato-, la Audiencia concluye confirmando la nulidad del contrato de suscripción de participaciones preferentes.

la idea clave que nos permite contraponer esta doctrina jurisprudencial con la analizada anteriormente, más tuitiva de los intereses del inversor. Así, si antes señalábamos que la alegación de incumplimiento de los deberes de información impuestos por la LMV suponía -salvo prueba en contrario- la existencia de error en el consentimiento ex artículo 1266 del Código Civil, en este caso la Audiencia niega la posibilidad de vincular ambos ámbitos normativos, brindando así una menor protección al inversor minorista.

En la misma línea, hemos de destacar la SAP Madrid núm. 156/2011 de 6 de abril (AC 2011/1914), en la cual se falla a favor de Deutsche Bank -comercializadora de participaciones preferentes emitidas por la entidad bancaria Landsbanki- desestimando el recurso de apelación interpuesto por una inversora de avanzada edad. Los argumentos empleados por la Audiencia para desear la existencia de error o dolo son numerosos y variados. Sin embargo, la ratio decidendi de la resolución queda perfectamente representada en el siguiente razonamiento: al no existir un contrato de compraventa entre demandante y demandada, sino una relación de mera comercialización, quedaría la entidad bancaria exenta de cumplir con los deberes de información impuestos por la LMV<sup>26</sup>. Por lo tanto, a juicio del órgano de apelación, bastaría con la consideración precedente para descartar de plano la existencia de error o dolo en el negocio celebrado entre las partes -orden de compra de determinados valores-, al no pesar sobre la entidad de crédito los deberes cualificados previstos por la normativa del mercado de valores. La lógica expuesta resulta cuanto menos cuestionable. Así, si bien es cierto que el mero incumplimiento del deber de información impuesto por la LMV no puede conducir a la apreciación automática de la existencia de vicios en el consentimiento, no lo es menos que la inaplicación de dicha normativa sectorial en modo alguno puede llevar aparejada la imposibilidad de acudir al régimen civil de anulabilidad. Por lo tanto, a pesar de que la Audiencia sustenta el fallo -“a mayor abundamiento”- en otros argumentos<sup>27</sup>, no podemos estar de acuerdo con la tesis defendida como principal, por cuanto conduciría a dar carta blanca a las entidades comercializadoras de instrumentos financieros como las “preferentes”, so pretexto de su condición de meras intermediarias en la operación de suscripción.

Más alejadas en el tiempo, encontramos varias resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia, en las que se opta igualmente por desestimar la existencia de vicios del consentimiento en la suscripción de “preferentes”: la SAP Valencia núm. 243/2008 de 17 de julio (JUR 2008/307713), resolviendo un supuesto de suscripción de participaciones comercializadas por Banesto -y emitidas por Lehman Brothers-, establece la inexistencia de error determinante de la nulidad al considerar que el mismo era vencible mediante la simple lectura de la documentación firmada por el cliente. Resolviendo un supuesto ciertamente similar -identidad en la parte demandada y mismos valores- la SAP Valencia núm. 336/2008 de 13 de noviembre (AC 2009/56), desestima igualmente el recurso de apelación interpuesto por una inversora, al considerar que ésta era perfectamente consciente del tipo de producto que contrataba y de sus características<sup>28</sup>. Por último, la SAP Valencia núm. 68/2010 de 24 de febrero (JUR 2010/222625), niega la declaración de nulidad de las “preferentes” comercializadas por Banesto, entre otras razones, por la inexistencia de contrato de asesoramiento financiero, habiéndose limitado la entidad señalada a la mera intermediación entre los inversores y la empresa emisora de los valores (Endesa).

Finalmente, como última resolución judicial enmarcada en la línea jurisprudencial que venimos analizando, hemos de destacar la SAP Zaragoza núm. 58/2012 de 3 de febrero (AC 2012/319), en la que se resuelve a favor de Deutsche Bank, el conflicto surgido en tomo a la validez de la suscripción de “preferentes” emitidas por varias entidades (Landsbanki, Allianz y Royal Bank of Scotland). En este caso, el tribunal niega la existencia de posibles vicios del consentimiento, dando por buena la valoración probatoria realizada por el órgano a quo. Así, a pesar de que las normas sectoriales del mercado de valores ya imponían a la entidad bancaria, en la fecha de la suscripción de valores, la obligación de suministrar toda la información que pudiera ser relevante en la decisión de invertir, la Audiencia no aprecia la existencia de error de la inversora. En este sentido, desestima el recurso en base a las cualidades subjetivas y formación profesional de la inversora (licenciada en derecho e interventora municipal), así como en el hecho objetivo de haber suscrito ya este tipo de productos financieros en ocasiones anteriores (estando

por ello familiarizada con los mismos). Por ello, la Audiencia Provincial determina finalmente que la información verbal facilitada por el empleado de la entidad era suficiente para que la inversora conociese la naturaleza, ventajas y riesgos de la operación, y, por lo tanto, no se considera infringida la obligación de información establecida por la LMV.

### 6.2. Sobre la responsabilidad contractual y resolución por incumplimiento

Como ya hemos podido entrever, la estrategia procesal seguida por una buena parte de inversores que se deciden a acudir a los tribunales, ha pasado por el ejercicio de dos acciones civiles acumuladas: a) con carácter principal, la demanda de anulabilidad -por error o dolo- de la operación de suscripción o compra de las participaciones preferentes; b) y, subsidiariamente, la acción de responsabilidad civil contractual por incumplimiento de las obligaciones, y, en su caso, la resolución del contrato ex artículo 1124 del CC. Así las cosas, son algunas las resoluciones judiciales, tanto en primera instancia como en apelación, que se han pronunciado acerca de la posible responsabilidad de la entidad comercializadora por incumplimiento de la obligación contractual de asesoramiento e información sobre la marcha en el mercado del instrumento financiero contratado por el cliente.

#### 6.2.1. Resoluciones a favor: el cálculo de la indemnización

Centrándonos, en primer lugar, en las sentencias favorables a los intereses de los inversores, cabe señalar que prácticamente todas ellas versan sobre supuestos de “preferentes” que fueron emitidas, en su día, por Lehman Brothers y comercializadas por entidades de crédito de nuestro país. La primera de ellas, la SAP Asturias núm. 431/2011 de 26 de septiembre (AC 2011/2197), tras desestimar la pretensión principal de anulabilidad<sup>29</sup>, declara la responsabilidad contractual por incumplimiento de la entidad Banif (división de Banca privada del Grupo Santander). Como ya habíamos señalado anteriormente, es en esta sede donde cobra una especial relevancia la discusión sobre el tipo de relación existente entre las partes y el contenido obligacional de la misma. Así, respecto de este

<sup>25</sup> Partiendo de la idea expuesta, la Audiencia Provincial de Madrid toma en consideración diversas circunstancias del caso concreto: a) que la inversora llevaba diez años invirtiendo en este tipo de producto a través de diversas entidades de crédito; b) que era conocedora el mecanismo inversor de participaciones preferentes, sabiendo diferenciar amortización y vencimiento; c) que no estuvo conforme con el consejo de la entidad de “no poner todos los huevos en la misma cesta”; d) que en la fecha de suscripción del producto era imprevisible la futura quiebra del emisor Lehman Brothers. En definitiva, como consecuencia de los elementos expuestos, considera la Audiencia que no existe prueba de la existencia de error invalidante del consentimiento.

<sup>26</sup> En este sentido, considera la Audiencia que no ha mediado entre las partes la existencia de contrato de asesoramiento de inversión, conforme a la definición que del mismo da el artículo 63.1.g de la LMV, como “el asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros”.

<sup>27</sup> Algunos de los elementos más interesantes tenidos en cuenta por la Audiencia, son los siguientes: a) que la carga de la prueba pesa sobre la parte demandante que alega vicios del consentimiento; b) que la inversión realizada no era de riesgo en el momento de la contratación, pudiendo haber vendido obteniendo beneficios durante los dos primeros años; c) que la amplia cartera de valores que la demandante poseía al tiempo de la adquisición, excluiría la alegación de nulos conocimientos sobre productos financieros; d) que la inversora acudió a la entidad en busca de una inversión con alta rentabilidad, lo que supone la asunción de un mayor riesgo; e) que no existe prueba alguna en cuanto a que la actora recibiera recomendaciones de la demandada para hacer la concreta inversión en “preferentes”; f) que no existe relación de causalidad entre la conducta de la entidad bancaria y el resultado final de la operación, debido al imprevisible fracaso del producto adquirido.

<sup>28</sup> Resulta altamente significativo el siguiente extracto de la sentencia: “La recurrente insiste en que sus premisas eran interés alto y dinero garantizado, pero es evidente que puesto que admitió que el dinero sólo producía un interés del 2% en el plazo fijo, mal podía considerar que un interés del 7.25 %, del que se le informaba mensualmente, podía corresponder a un producto similar, pues es hecho conocido para cualquier inversor medio que ante productos similares no resulta posible una diferencia tan notable en igualdad de circunstancias”.

<sup>29</sup> Considera la Audiencia, en este sentido, que, “habiendo invertido la demandante en anteriores ocasiones en productos similares, tuvo tiempo y oportunidad de informarse y asesorarse suficientemente acerca de las características y los riesgos del producto, antes de hacer la inversión, de modo que si algún error sufrió en la formación del consentimiento, fue en gran parte debido a desidia propia y exceso de confianza, y fue en todo caso un error vencible, no susceptible, por tanto, de anular el consentimiento prestado”.



particular, la Audiencia considera que, más allá de la denominación que se dio al contrato celebrado entre las partes -“contrato de depósito o administración de valores”- la entidad demandada se obligó a prestar asesoramiento financiero a la actora, deduciéndose dicha circunstancia a partir de los siguientes elementos: a) el tipo de actividad a que se dedica la entidad; b) el perfil inversor de la actora; c) el hecho de que la entidad designase a la misma un “asesor de patrimonios”. Una vez determinada la naturaleza jurídica de la relación, y ante la falta de prueba por parte de la entidad demandada, el órgano de apelación concluye que esta “incumplió su deber de mantener informada a la demandante, de forma efectiva, y no meramente formal, mediante la remisión de extractos mensuales, acerca de la evolución de la inversión efectuada”. Por lo tanto, la Audiencia declara la responsabilidad de la entidad demandada de acuerdo con los artículos 1101 y concordantes del CC, y condena a la misma a indemnizar a la actora por los perjuicios causados, en cantidad equivalente a la totalidad de la inversión<sup>30</sup>.

En este mismo grupo de litigios originados por la quiebra de Lehman Brothers, cabe destacar la respuesta ofrecida por Audiencia Provincial de Islas Baleares, en Sentencias núm. 82/2012, de 16 de febrero (JUR 2012/113800) y núm. 278/2011, de 2 de septiembre (AC 2011/2140), dirigidas respectivamente contra Banesto y Deutsche Bank. En ambos casos, la Audiencia considera que no se informó a los inversores de forma clara, completa y en términos comprensibles sobre las características de la inversión y su evolución hasta el momento de la quiebra de la entidad emisora. Por lo tanto, la deficiente información ofrecida supone un incumplimiento contractual del artículo 1101 del CC, siendo condenadas las entidades a indemnizar a los inversores en cantidad equivalente al 38% del valor nominal de las participaciones preferentes -correspondiente al valor en el último día en que se pudieran vender-, y al 50% de dicho valor nominal, respectivamente<sup>31</sup>. Por último, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, de 4 de abril de 2012 (JUR 2012/152272), condena a la entidad Bankpime por incumplimiento de sus “obligaciones contractuales de diligencia, lealtad e

información” en la comisión mercantil consistente en la venta asesorada -que incluía la prestación de servicios de asesoramiento financiero a los inversores-, declarando la resolución contractual ex artículo 1124 del CC. En cuanto al resarcimiento de daños, el Juzgado concreta la cantidad en la devolución a los actores de las sumas invertidas más los intereses legales -minoradas en las rentas percibidas del producto financiero-, declarando igualmente la titularidad de Bankpimer sobre los instrumentos financieros objeto de litigio. También se fija la cuantía del resarcimiento en la totalidad del capital invertido -menos los rendimientos- en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza, de 16 de septiembre de 2011 (AC 2011/2173)<sup>32</sup>. Llegado a este punto, queda en evidencia la absoluta falta de uniformidad y disparidad de criterios a la hora de concretar el quantum indemnizatorio, lo cual resulta altamente criticable desde la óptica del principio de seguridad jurídica. Por otra parte, no queda en absoluto claro en que supuestos cabe la resolución por incumplimiento y en cuales el mero resarcimiento por la vía del régimen de responsabilidad civil contractual.

## 6.2.2. Resoluciones en contra

Junto con las resoluciones analizadas hasta el momento, encontramos una segunda línea jurisprudencial que opta por negar -a través de unos u otros argumentos- la existencia de incumplimiento contractual alguno por parte de las entidades comercializadoras de “preferentes”. En este sentido, la SAP Badajoz núm. 266/2011, de 26 de julio (JUR 2011/369474), después de haber descartado la posible declaración de nulidad del contrato por haberse agotado el plazo de prescripción del artículo 1301 del CC, desestima igualmente la pretensión subsidiaria de responsabilidad al considerar que no cabe hablar, tal y como señala la inversora, de “incumplimiento de los deberes de información, alerta y asesoramiento”. La Audiencia destaca que la función de la entidad comercializadora de las “preferentes” (Banesto) se agotó en el momento mismo de la suscripción de los valores (labor de mera intermediación), pues ninguna función de asesoramiento e información se comprometió a prestarle al adquirente en el futuro. Por lo tanto, a

juicio del Tribunal, el problema de un eventual incumplimiento contractual, quedaría desplazado al vendedor-emisor de las participaciones preferentes (Endesa).

A idéntico resultado, pero a través de argumentos diversos, llega la SAP Valencia núm. 283/2011, de 28 de junio (AC 2011/2044) resolviendo acerca del posible incumplimiento por parte de la entidad BBVA -comercializadora de las participaciones preferente emitidas por Lehman Brothers- en el seno de un mandato otorgado por el contrato de gestión de cartera celebrado con el inversor. En este caso, aún partiendo de que efectivamente recaía sobre la entidad bancaria un deber de información, la Audiencia considera cumplido dicho deber al haber comunicado a los inversores el tipo de instrumento financiero adquirido y su posterior evolución a través de comunicaciones periódicas sobre la marcha de su cartera de valores. Así mismo, el Tribunal tiene en cuenta la actitud pasiva de los inversores desde la adquisición de las “preferentes” hasta la quiebra de la entidad emisora, reprochándoles el no haber solicitado información adicional alguna, limitándose a recoger los rendimientos o recibiendo información sobre la merma de capital invertido [en el mismo sentido, si bien sobre un supuesto de adquisición de bonos, vid. SAP Madrid, núm. 124/2011, de 21 de marzo (AC 2011/1056)<sup>33</sup>].

## 6.3. El problema de la prescripción, ¿acción de anulabilidad o resolución?

Dado que las participaciones preferentes se configuran como un producto financiero perpetuo -generando habitualmente relaciones jurídicas duraderas-, hemos de prestar una especial atención a los plazos de prescripción de las diversas acciones que puede ejercitar el inversor disconforme. Por lo que se refiere a las acciones de responsabilidad contractual y de resolución por incumplimiento, no se han planteado aún problemas de prescripción en ningún supuesto de adquisición de participaciones preferentes. En este sentido, cabe destacar que ambas acciones quedan sometidas al “generoso” plazo general de las acciones personales del

<sup>30</sup> La extensión de la indemnización a la totalidad de la inversión, se justifica por la ausencia de información desde el origen de la relación, no constando “que dicha falta de información se haya suplido en el curso de la evolución de la inversión, constituyéndose en un incumplimiento total y relevante de una obligación esencial del contrato”.

<sup>31</sup> En ambos casos, el órgano ad quem recuerda a los inversores que el incumplimiento contractual ostenta entidad suficiente para provocar la resolución contractual ex artículo 1124, en relación con las participaciones preferentes de una entidad emisora “declarada en quiebra y de la que se desconoce si podrá ser objeto de resarcimiento en alguna pequeña cantidad”.

<sup>32</sup> Mediante la resolución señalada, se declara la responsabilidad contractual de la entidad Popular Banca Privada, S.A., por la negligencia en la comercialización de participaciones preferentes emitidas por el banco islandés Kaupthing Bank. Paradójicamente, los argumentos esgrimidos por el Juzgado se centran en el déficit de información previo a la suscripción de las “preferentes” -es decir, en la fase precontractual-, lo que llevaría más bien a pensar que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicios del consentimiento (y no de responsabilidad contractual). Como explicación de esta incongruencia, la sentencia explica que, dado que la demandada no actuó como vendedora de los títulos, no sería posible invalidar la propia inversión, sino únicamente declarar la responsabilidad contractual de la entidad comercializadora de los mismos. En cualquier caso, reproducimos en el siguiente extracto la ratio decidendi: “a la cliente anciana de 81 años de edad, no se le informó correctamente ni de la naturaleza del producto -la documentación reseñada y la postura del Banco durante un lapso muy prolongado fue la de considerar que lo adquirido fueron obligaciones y renta fija-; ni del riesgo elevado y complejidad de la inversión, ni de la conocida y preocupante situación de los bancos islandeses (...). En definitiva, la demandada omitió una obligación de información a la cliente que concluyó con la compra de un producto complejo, de elevado riesgo, procedente de un banco que atravesaba una crisis económica que era ya conocida por las analistas (...) y había tenido ya repercusiones graves en los mercados”.

<sup>33</sup> En proceso seguido frente a la entidad Barclays Bank, considera la Audiencia Provincial de Madrid, que “sería contrario al justo equilibrio contractual establecer que quien recibe la orden de compra y la cursa, haya de responder del riesgo imprevisible, dentro de parámetros normales de mercado, del éxito de la operación sobre la que versa la orden de compra”, pues ello rebasaría con mucho el ámbito y alcance de la orden por unos dada y por otra recibida, “siendo contrario a la buena fe no mostrar queja, disconformidad u objeción alguna durante toda la vida de la inversión y en tanto se obtiene el beneficio de los rendimientos producidos por las participaciones preferentes, y luego pretender la resolución contractual transcurrido el tiempo y acaecido el no previsible fracaso de los productos adquiridos, sin prueba de incumplimiento contractual alguno por parte de la demandada”. En este sentido, considera el Tribunal que la entidad demandada “cursó las órdenes de compra conforme a lo querido y solicitado por los actores, ejecutándolas en mercado, registrando los valores y administrando los mismos, abonando a los clientes los rendimientos que éstos iban produciendo e informándoles mes a mes del valor actualizado de su inversión, sin que haya asumido obligación alguna de asesoramiento, y por ende, de efectuar recomendaciones sobre si mantener o no la inversión”.

artículo 1964 del Código Civil (quince años), y, por lo tanto, aún no han podido surgir discusiones jurisprudenciales -en este concreto ámbito- en torno a los criterios para estimar o desestimar la excepción de prescripción que pudiera alegar la entidad demandada.

Sin embargo, el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 del CC para los casos de error o dolo -que “empezará a correr desde la consumación del contrato”- se ha convertido ya en objeto de debate jurisprudencial, en el concreto ámbito de las “preferentes”. Así, por el momento, encontramos dos resoluciones dictadas en grado de apelación, que llegan a conclusiones diametralmente opuestas acerca de la manera en que ha de computarse el plazo previsto para ejercitar la acción de anulabilidad. La mencionada SAP Badajoz núm. 266/2011, de 26 de julio (JUR 2011/369474), evita pronunciarse sobre el fondo -la existencia de vicios del consentimiento-, al entender prescrita la acción por el trascurso de más de cuatro años desde la fecha de la suscripción de las participaciones preferentes. Considera el Tribunal, que “la consumación de los contratos coincide plenamente con la fecha de la suscripción”, pues en otro caso “nunca podría caducar la acción de nulidad de los mismos”<sup>34</sup>. En sentido contrario, la SAP Islas Baleares núm. 91/2011, de 21 de marzo (JUR 2011/190142), considera que el cómputo del plazo debe comenzar a contar desde el momento en que el inversor tiene pleno conocimiento de que se le ha suministrado una información incorrecta o errónea. Por lo tanto, el día a quo para el cómputo del plazo no sería el de la fecha de compraventa o suscripción de las participaciones, sino el del conocimiento del error invalidante del consentimiento<sup>35</sup>.

## 6.4. Tímidas menciones a las normas de protección de los consumidores

Como ya señalamos, en la medida en que un consumidor o usuario sea parte en la adquisición de “preferentes”, habrá de ser tenido cuenta el plus de protección que la normativa consumerista le brinda,

en tanto que parte débil del contrato (ad exemplum, art. 8 en relación con arts. 82 y 83 TRLGDCU). A pesar de ello, aún no encontramos resoluciones judiciales en que se condene o absuelva a la entidad demandada -responsable de la emisión o comercialización de participaciones preferentes- en aplicación directa de las reglas previstas en el TRLGDCU. No obstante, debemos mencionar como excepción, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 156/2011 de 6 de junio (AC 2011/1362), por cuanto se pronuncia lacónicamente sobre imposibilidad de declarar abusiva una cláusula en el seno de un contrato de administración y depósito de valores celebrado entre los demandantes y la entidad Deutsche Bank<sup>36</sup>. Más allá de la resolución señalada, son algunas las sentencias que, de una u otra forma, han hecho referencia a las normas de consumo. Así, la SAP Valencia núm. 68/2010, de 24 de febrero (JUR 2010/222625), desecha la aplicación de la derogada Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU), al considerar que, no siendo la entidad demandada emisora de las participaciones preferentes adquiridas por los demandantes, “las obligaciones referidas a cláusulas, condiciones o estipulaciones del producto, a que se refiere el artículo 10 LGDCU, o en su caso la alegación de nulidad por abusivas, no pueden ser de exigencia frente a Banesto sino frente a la entidad emisora de aquellos valores” (Endesa). Por lo tanto, el órgano de apelación considera que no se ha podido producir vulneración alguna de un deber -inexistente- de información por parte de la entidad bancaria, en tanto que la intervención de dicha entidad en la suscripción de “preferentes” habría sido de simple mediación y colocación de los valores. Mayor interés presenta la SAP Murcia núm. 105/2011, de 1 de abril (AC 2011/1903), si bien se pronuncia sobre la cuestión que nos ocupa de manera colateral, a propósito de la eventual nulidad del contrato suscrito. Así, frente al vicio del consentimiento alegado por la cliente, la entidad de crédito (Bankinter) argumenta que la información suministrada no podía inducir a error teniendo en cuenta que en una de las condiciones generales del contrato se hacía constar que el Banco no asumía responsabilidad ni compromiso

alguno respeto de la garantía, seguridad o liquidez de los valores objeto de la compraventa, ni respecto de la garantía o solvencia de la sociedad emisora de los mismos. Así las cosas, la Audiencia entiende que dicha exclusión de responsabilidad “a todo evento” habría de ser considerada abusiva, lo que llevaría, en su caso, a la nulidad de la cláusula y a tenerla por no puesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LCGC, en relación con el artículo 10 bis y Disposición Adicional 1ª de la LGDCU, aún vigente a la fecha en la fecha de suscripción<sup>37</sup>. Por lo demás, la mayor parte de las sentencias que mencionan las normas de consumo, lo hacen en la fundamentación jurídica en torno a la aplicación del régimen de vicios del consentimiento o de la responsabilidad contractual y resolución por incumplimiento. En este sentido, se limitan a recordar -bien a modo de apoyo argumentativo, bien a modo de mero obiter dictum- que la Ley concede una mayor protección a la parte que es tenida como débil en el contrato, y que entre los derechos de los consumidores y usuarios se encuentra “la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios”<sup>38</sup>.

## 7. Conclusiones: posición ante el problema de las “preferentes

En vista del estudio normativo y jurisprudencial realizado, únicamente queda señalar una serie de conclusiones. Como indicábamos en el epígrafe introductorio, la sociedad, perpleja ante los problemas surgidos en torno a la figura de las “preferentes”, demanda una respuesta contundente por parte del Derecho. Sin embargo, ante situaciones consideradas injustas por la mayoría, el jurista no puede caer en la torpeza de pretender ofrecer una solución uniforme para todos y cada uno de los diversos supuestos concretos que puedan darse en la práctica. Por ello, partiendo de la premisa expuesta y con el objetivo de formular una construcción jurídica coherente, llegamos a las siguientes conclusiones:

1ª. No caben soluciones únicas. Dado que el problema de las participaciones preferentes presenta

<sup>34</sup> Según señala la Audiencia, “Si los contratos no responden a las expectativas puestas por los adquirentes en la adquisición de las participaciones, y se entendiera que tal cosa se debe a incumplimiento por parte de la vendedora del producto financiero, llegaríamos en tal caso al Art. 1124 del Código Civil. Si existe error o dolo es algo que debe detectarse con anterioridad. En esos 4 años que contempla el Art. 1301 del Código Civil existe ya tiempo suficiente como para apreciar si existen divergencias entre el resultado real y lo convenido, que es la esencia del error o del dolo. Fuera de este periodo de vigencia de la acción de nulidad, y más allá de esos 4 años, ya solo cabe hablar de incumplimiento contractual, no de cosa diferente”.

<sup>35</sup> Recuerda el órgano de apelación, a modo de crítica respecto de la primera postura señalada, que el cómputo no puede ser interpretado de la forma más favorable a quien ha transmitido erróneamente la información, “para hacer defendible un negocio celebrado bajo un consentimiento viciado”. Asimismo, añade que “entender que la acción sólo podría ejercitarse desde el momento en que se formalizó el contrato de compraventa de las participaciones (...) sería olvidar una parte de las obligaciones contraídas, cual era el ejercicio del derecho de amortización de las participaciones por parte del emisor, una vez transcurridos 5 años desde la fecha de la emisión, que es precisamente cuando se constata el error denunciado, puesto que lo que los actores consideraban como un hecho cierto, resultó ser una simple facultad del emisor”. En este sentido, considera la Audiencia que computar el plazo desde la fecha de suscripción, “sería tanto como dar carta blanca al Banco de Santander, colocando en el mercado un producto financiero haciendo creer a los inversores que reembolsaría su importe transcurridos cinco años, para luego no hacer uso de dicha facultad cuando ya la acción de anulabilidad se encontrara prescrita”.

<sup>36</sup> La mencionada resolución carente de interés, habida cuenta de su confusa y deficiente argumentación en torno al régimen de abusividad. A juicio del órgano de instancia, la cláusula contenida en las órdenes de compra de “preferentes” -según la cual “el ordenante hace constar que (...) conoce su significado y trascendencia”- no puede ser calificada de abusiva, “cuando no es más que reflejo y verificación de la existencia de un auténtico consentimiento contractual sobre lo que se contrata y su alcance”. El argumento no resulta en modo alguno satisfactorio, por cuanto el juzgador parece llegar a la conclusión expuesta -que la cláusula no es abusiva- a través de idéntico razonamiento que aquel que le llevaría a considerar la inexistencia de error en el consentimiento, es decir, que “la mayoría de los demandantes son clientes familiarizados con estos productos y otros de riesgo más elevado, y con conocimientos en materia financiera”. En cualquier caso, dado que la argumentación jurídica plasmada en la sentencia resulta ciertamente confusa (al igual que el propio recurso de apelación interpuesto por los inversores), no queda nada claro cual es exactamente la razón o razones conducentes al fallo.

<sup>37</sup> Considera la Audiencia que “la exclusión por el Banco de su propia responsabilidad (...) no permite entender cumplida la completa obligación legal de información que pesaba sobre el Banco, en la medida en que tal exclusión de responsabilidad no permitía inferir, sin más, que el concreto producto financiero que se adquiría estuviese sujeto a la posibilidad de pérdida, total o parcial, del capital invertido”. Además, añade que la “omnímoda exclusión de responsabilidad ha de considerarse abusiva (...) desde el momento en que ni siquiera se establece como presupuesto de la misma un adecuado cumplimiento por parte del Banco de su esencial obligación de informar adecuadamente y de forma completa al cliente sobre los riesgos de la inversión”.

<sup>38</sup> SAP Pontevedra núm. 324/2012, de 25 de abril (JUR 2012/178529), SAP Islas Baleares núm. 82/2012, de 16 de febrero (JUR 2012/113800), Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cartagena, de 13 de julio de 2010, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona, de 4 de abril de 2012 (AC 2012/398).



una gran complejidad y variedad en cuanto a matices, desechamos cualquier solución de carácter colectivo, pues ello supondría tratar de forma idéntica situaciones notoriamente diversas, y, por ende, socializar injustificadamente costes y pérdidas derivadas de inversiones de carácter privado.

Efectivamente, el hecho de que la comercialización de este instrumento financiero se haya visto empañada por ciertas prácticas altamente criticables -desde un punto de vista jurídico y moral-, no puede conducirnos a afirmar que la solución óptima sería la devolución del capital -o de una parte del mismo- a todos los titulares de “preferentes”.

Según señala CARRASCO PERERA, a propósito de las reclamaciones contra entidades comercializadora de bonos de alta rentabilidad emitidos por Lehman Brothers, “condenar a las entidades financieras a pagar la pérdida de la inversión es premiar el oportunismo del inversor, que, si pierde, se ampara en cualquier norma para salir indemne, y si gana no piensa en compartir con los demás la alta rentabilidad por la que se especulaba”<sup>39</sup>. En este sentido, desde la perspectiva de una sociedad de individuos responsables que han de asumir las consecuencias de sus propios actos, no consideraríamos adecuada cualquier solución que pasase por justificar, de manera indiscriminada, la inmadurez de muchos inversores que contrataron “preferentes” a sabiendas de que se trataba una operación de riesgo. Sin perjuicio de lo anterior, no debemos obviar que existen numerosos casos que, además de resultar inaceptables desde un punto de vista moral, hacen al inversor merecedor de amparo y auxilio por parte del Derecho. Así, la solución al problema de las preferentes ha de pasar necesariamente por la interposición de acciones civiles -individuales o colectivas- en aras a que el órgano jurisdiccional competente en cada caso pueda pronunciarse de manera individualizada acerca de cada supuesto concreto.

2ª. Los inversores disponen de tres las vías procesales para dirigirse contra la entidad emisora o comercializadora de las participaciones preferentes: a) el régimen de nulidad absoluta por incapacidad para contratar; b) la anulabilidad por vicios del consentimiento -error o dolo-; c) acción de responsabilidad contractual, y, en su caso, de resolución por incumplimiento. En cuanto a la primera vía -reservada para los supuestos más “sangrantes”, puede alegarse incapacidad para contratar en los supuestos de suscripción de participaciones preferentes por personas analfabetas o afectadas por algún tipo de patología -Ej. demencia senil- que no les permitiese entender y querer el negocio jurídico celebrado. En todo caso, la demanda de nulidad radical -no sujeta a plazo de prescripción alguno- habrá de ir acompañada de todas aquellas pruebas necesarias para

acreditar cumplidamente la situación de incapacidad del demandante al tiempo de la suscripción de las “preferentes”.

En los demás supuestos, habremos de acudir al régimen de anulabilidad por vicios del consentimiento (acción ejercitable en el plazo de cuatro años) en aquellos supuestos en que -no existiendo incapacidad natural- la deficiente o falsa información facilitada por la entidad ha podido distorsionar decisivamente la correcta formación del consentimiento del inversor. Como supuesto más común en la práctica de los tribunales, cabe señalar del error que únicamente invalidará el consentimiento cuando cumpla todos los requisitos exigidos por el artículo 1266 del CC y la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo (vid. ut supra), y que para su apreciación resultará de gran importancia haber alegado el contenido de deberes informativos que la normativa del mercado de valores hace pesar sobre las empresas en este ámbito. Por su parte, podremos alegar la existencia de dolo cuando la entidad haya facilitado al cliente deliberadamente información errónea, o haya ocultado información esencial con el fin de inducirle a error (en todo caso, esta vía argumentativa plantea mayores problemas de prueba).

Por último, podemos acudir a la tercera vía señalada -ejercitable en el plazo de 15 años-, en aquellos supuestos en que, habiéndose formado correctamente el consentimiento, la entidad emisora (o comercializadora) de las “preferentes” incumple su deber contractual de información y asesoramiento. Así, el inversor podría ejercitar una acción de responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC), además de instar, en su caso, la resolución del contrato, con resarcimiento de daños y abono de intereses, de acuerdo con el artículo 1124 del Código Civil. En cualquier caso, consideramos que la carga probatoria del correcto asesoramiento e información -tanto en la fase precontractual como posteriormente- ha de recaer sobre la empresa demandada (inversión del onus probandi ex art. 217.7 LEC), habida cuenta de la extrema dificultad que supondría para el cliente de la entidad acreditar un hecho negativo, como es la ausencia de la información precontractual.

3ª. Existen determinados elementos interpretativos o principios generales que han de ser tenidos en cuenta a la hora de aplicar las normas jurídico-positivas en este concreto ámbito. Sin lugar a dudas, no debemos perder de vista los diversos criterios hermenéuticos contenidos en el artículo 3 del CC, y, en especial, aquel según el cual las normas se interpretarán en relación a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”.

Así, ha de ser tenida en cuenta la extraordinaria complejidad que el sector financiero ha alcanzado en nuestros días -terminología, constante innovación, casuismo, etc.-, lo que le dota de peculiaridades propias que conllevan la necesidad de proteger especialmente al consumidor medio en una sociedad prácticamente desprovista de cultura inversora. Por otra parte, el principio de buena fe reconocido en el artículo 7 del CC, lejos de tratarse de un elemento meramente retórico del sistema jurídico, ha de ser tenido en cuenta como criterio de interpretación de las normas para la adecuada resolución del supuesto concreto. Como ha señalado el Tribunal Supremo, “en el ejercicio de los derechos ante los tribunales, los hechos han de ser valorados no sólo y únicamente desde el ajuste formal a la norma en que se amparan, sino también desde criterios que se muevan en el ámbito de la ética o la conciencia social”. Desde esta perspectiva se define la buena fe como norma cuyo profundo sentido “obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena” (STS 21 de septiembre de 1987, RJ 1987/6186). En lo que se refiere al concreto ámbito de la suscripción de preferentes, el principio de buena fe conectaría directamente con los deberes de ambas partes: la obligación de la entidad de informar y asesorar adecuadamente, y el deber del cliente de desplegar la diligencia debida en aras a adoptar una decisión responsable e informada.

4ª. Determinados sectores normativos -sin perjuicio de su eventual aplicación directa- han de ser tenidos en cuenta igualmente a la hora de integrar el proceso de argumentación jurídica tendente a efectuar un pronunciamiento acerca de la validez del contrato de suscripción o de la responsabilidad civil de la entidad emisora o comercializadora. En este sentido, por lo que se refiere a las reglas del mercado de valores -LMV y demás normativa sectorial- hemos de destacar su gran utilidad a la hora de determinar si el cliente ha recibido de la entidad que presta los servicios de inversión -en la fase precontractual-, una información suficiente, comprensible y clara sobre el instrumento financiero contratado y los posibles riesgos inherentes a la operación. En efecto, los mecanismos de transparencia de mercado y de adecuada información al cliente parten de la idea de que sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor le conviene a sus necesidades y efectuar una correcta contratación. Asimismo, resulta de extrema utilidad la distinción que efectúa la LMV entre clientes profesionales y minoristas, a fin de distinguir los diversos

<sup>39</sup> CARRASCO PERERA, A., Lehman Brothers: que cada palo aguante su vela, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 834/2012 (Tribuna), BIB 2012/101.

## ESTUDIOS Y CONSULTAS

grados de intensidad en cuanto a los deberes impuestos a las entidades en cada supuesto.

Sin embargo -a pesar de que se ha generado cierta confusión en la jurisprudencia en torno al papel que ha de jugar esta normativa- entendemos que: ni el incumplimiento de las obligaciones previstas en la LMV determina automáticamente la existencia de error o incumplimiento contractual, ni su escrupuloso cumplimiento ha de traducirse sin más, en la inexistencia de posibles vicios del consenti-

miento. En otras palabras, entendemos que la normativa sectorial del mercado de valores ha de ser tenida en cuenta como elemento integrador del proceso de argumentación jurídica, y no como un conjunto de normas vinculante a la hora de declarar la validez o invalidez de un contrato, o la eventual responsabilidad de una de las partes (sin perjuicio, claro está, de las consecuencias administrativas que indudablemente pueden derivarse del incumplimiento de esta normativa sectorial). El otro sector normativo que ha de ser tenido en cuenta en

este sentido, no es otro que la legislación de consumo, sin perjuicio de su eventual aplicación directa en el supuesto de que existieran cláusulas abusivas. Así, en los supuestos en que un consumidor sea parte en la suscripción de “preferentes” y partiendo del principio rector de defensa de los consumidores y usuarios -previsto en el artículo 51 de la Constitución Española-, habremos prestar atención a la protección de la parte débil del contrato, teniendo en cuenta el elenco de derechos que el TRLGDCU reconoce a favor del consumidor.

# Cláusulas abusivas en contratos bancarios<sup>1</sup>

Pascual Martínez Espín | Profesor Titular acreditado al cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** Este artículo estudia las cláusulas abusivas en los contratos bancarios.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, contratos bancarios

**Title:** Unfair contractual clauses in the bank contracts

**Abstract:** This paper studies unfair terms in bank contracts.

**Keywords:** unfair contractual clauses, bank contracts

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Cláusulas no abusivas. 3. Cláusulas abusivas. 4. Otras cláusulas abusivas.

La STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 792/2009 estima un recurso de la OCU en ejercicio de acción de cesación de cláusulas abusivas de contratos bancarios.

Entre las cláusulas anuladas por el Tribunal Supremo destacan las que descargaban totalmente en los propietarios de tarjetas de crédito o de débito los perjuicios acarreados por su uso fraudulento, en tanto en cuanto esas circunstancias no fueran comunicadas a las entidades financieras.

La sentencia establece que “la existencia de un extravío o sustracción debe comunicarse sin demora indebida desde que se conoció la desaparición”. No obstante, cree que “las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas” y “desproporcionadas”, ya que “son harto frecuentes los casos en que la diligencia de las entidades advirtió utilizaciones indebidas, avisando incluso a los usuarios, que lo desconocían”.

En la misma línea sitúa a las cláusulas que excluyen “en todo caso” la responsabilidad de la entidad bancaria cuando el PIN o contraseña de una tarjeta es obtenido por coacción o fuerza mayor.

En cuanto a las hipotecas, declaran abusivas las cláusulas que prohíben el arrendamiento de fincas hipotecadas, si bien admiten que este tipo de acciones pueden disminuir el valor del inmueble.

El Supremo también rechaza que las entidades financieras puedan incluir en los contratos la renuncia del cliente que recibe un préstamo hipotecario u otra clase de créditos a ser informado de su cesión a otra entidad. “Su carácter abusivo resulta incuestionable” porque “supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor”, argumenta la sentencia.

En el apartado de préstamos, otra de las condiciones anuladas es la que permitía al Banco compensar deudas de clientes con aquellos saldos positivos que tuvieran en otros productos, aunque no fueran los únicos titulares. El Supremo entiende que este tipo de cláusula es válida siempre que sea “transparente, clara, concreta y sencilla”, condiciones que a su juicio no reunía la redacción de la cláusula del Santander.

## 1. Introducción

El presente artículo versa sobre las cláusulas abusivas contenidas en contratos bancarios, relativos a préstamos, de ahorro, depósitos en cuenta corriente, de crédito, de tarjeta de crédito y débito, a tenor de la jurisprudencia recaída en la materia, y, espe-

cialmente, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2009, núm. 792/2009. Esta sentencia declara el carácter abusivo de las cláusulas y por consiguiente su nulidad radical, prohíbe a las demandadas la utilización en el futuro de dichas cláusulas y ordena la inscripción de la misma en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Una aclaración previa: la sentencia se fundamenta en la anterior LCU/1984, por ser la vigente, a la fecha en el momento de los hechos. No obstante, sus conclusiones son plenamente trasladables al vigente TRLCU.

## 2. Cláusulas no abusivas

### 1. Cláusula sobre costas

Se declara la validez de la siguiente cláusula: «2. Repercusión en el importe total de la operación: “Constitución de Hipoteca: [...] Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo a la devolución del capital del préstamo [...] y además [...] del pago de las costas procesales, [correspondiendo por este concepto la suma de XX] MILLONES DE PESETAS, equivalente a [...] MILLONES DE EUROS...”».

La cláusula controvertida no contiene un pacto sobre costas, es decir, un pacto del que resulte que en todo caso de existencia de proceso -que es cuando se producen las costas procesales- las costas hayan de ser pagadas por el prestatario. Así lo entiende la sentencia recurrida, y no hay duda interpretativa, ni se planteó. Lo que sí establece el pacto es que la hipoteca cubre las costas, esto es, que la cantidad procedente de la realización del bien hipotecado se aplicará también al pago de las costas hasta la suma al respecto asegurada. Y ello no solo no es ilegal, procediendo añadir a los artículos citados en la resolución impugnada la adecuación a los preceptos de los artículos 689, 692.1, 693, párrafo final, y 694.2, párrafo segundo, LEC, y menos todavía abusivo, sino que es conforme al principio de especialidad o determinación de la hipoteca, en relación con la denominada “garantía accesoria”.

### 2. Cláusula de pacto de liquidez, por la que «se pacta expresamente que será prueba suficiente de la cantidad reclamada la certificación expedida por la entidad»

El denominado “pacto de liquidez” -o “de liquidación”- es válido porque es un pacto

procesal para acreditar uno de los requisitos procesales del despacho de ejecución, cual es la liquidez o determinación de la deuda, y, por consiguiente, para poder formular la reclamación judicial de la misma -SS. 30 de abril y 2 de noviembre de 2.002, 7 de mayo de 2.003, 21 de julio y 4 de noviembre de 2.005; arts. 520.1, 550.1, 4º, 572.2 y 573.1, 3º LEC-. Esta es la finalidad del pacto -despacho de ejecución- y, por lo tanto, no obsta a la impugnación de la cantidad expresada en la certificación bancaria mediante la oposición correspondiente y sin alterar las normas en materia de carga de prueba. La previsión legal es clara y excusa de cualquier otra información contractual al respecto, y así lo vienen entendiendo los Tribunales, por lo que no se infringen los arts. 2.1,d), y 10.1,a) de la LGDC y U, ni su DA 1ª, apartado 14ª.

### 3. Cláusula sobre compensación de deudas

Se declara la validez de la cláusula, según la cual: «1. “La deuda que resulta contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares” (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria). 2. “Las posiciones acreedores que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que pue-

dan tener mancomunada o solidariamente con terceros” (Bankinter). 3. “Todas las cuentas y depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el Banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos” (Santander Central Hispano)».

Según el TS nada obsta a que un contratante pacte expresamente con el Banco que éste pueda compensar los saldos positivos y negativos de varias cuentas, y lo mismo que varios cotitulares de una cuenta asuman que la enti-

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

dad pueda compensar las deudas aunque sean atribuibles solo a alguno, siempre que haya adecuada información al respecto. No cabe negar que cualquier persona puede asumir conscientemente la posibilidad de la compensación cualquiera que sea el cotitular de la cuenta que devengue el adeudo, pues ello forma parte de su libertad contractual (art. 1.255 CC), sin crearse ningún desequilibrio importante en la relación con la entidad bancaria, y sin perjuicio, claro es, del riesgo que se asume respecto de la conducta de otros cotitulares, lo que corresponde a la relación “ad intra” con ellos, que aquí no interesa. Otra cosa diferente es que quien acepta tal situación mediante el pacto expreso, sepa el alcance de lo que asume, y ello se traduce en esta sede, en que lo haga con la suficiente información. Para ello, la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1.999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Y aplicando dicha doctrina a las cláusulas expresadas anteriormente, cabe decir que reúnen los requisitos exigibles las números 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter), y no los reúne la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a “indistinto”.

#### **4. Cláusula de exoneración de responsabilidad por las incidencias que puedan derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta**

Se declara la validez de la siguiente cláusula: «El Banco permanecerá ajeno a las incidencias y responsabilidades que pueden derivarse de la operación realizada entre el establecimiento y el titular de la tarjeta».

La declaración de la validez de la cláusula fundamenta la sentencia en que la misma se refiere a las operaciones llevadas a cabo entre el titular de la tarjeta y el establecimiento en el que se pretende usar como medio de pago. Cosa diferente (que está fuera de la cláusula) sería que se eximiese a la entidad emisora de las tarjetas en los supuestos en que no se pudiesen utilizar éstas por causa imputable a las referidas entidades.

Para excluir la aplicabilidad de los apartados 3º y 9º de la DA 1ª LGDCU basta con apreciar que la operación comercial es ajena al profesional emisor de la tarjeta (que es un tercero ex art. 1.257 CC) por lo que no cabe atribuirle responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de obligaciones. El Tribunal separa la operación comercial -relación contractual entre el establecimiento y el cliente-, que es ajena al Banco, de las incidencias derivadas de la tarjeta misma, que pueden suscitarse en las relaciones entre el Banco y el establecimiento, y el predisponer y el adherente.

#### **5. Cláusula sobre vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo**

La doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado con base en el art. 1.255 CC la validez

de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008.

### **3. Cláusulas abusivas**

Las cláusulas declaradas abusivas en las sentencias de primera instancia y apelación, con base, por un lado, en el carácter ilimitado de la exención que recoge la cláusula y, por otro, en la existencia de indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato, son:

#### **1. Información al cliente de tarifas y comisiones;**

#### **2. Sumisión a fuero;**

#### **3. Imposición al cliente de costas y gastos de un eventual proceso;**

#### **4. Responsabilidad en el pago de cheques y talones manipulados y falsificados.**

La SAP contempla en primer lugar la cláusula que dice: “El banco no responde de los perjuicios que puedan resultar del extravío, sustracción o manipulación de los cheques”, respecto de la que ratifica la declaración de abusiva efectuada por el Juzgado, sobre cuya cuestión nada se suscita ahora en casación.

En segundo lugar examina la resolución de la Audiencia la cláusula [en su versión anterior a la actual según alegación de la apelante Caja Madrid: “14. Talonario de cheques. El titular de la cuenta se compromete a custodiar y usar debidamente los cheques entregados. En caso de pérdida, extravío, sustracción, robo o destrucción del talonario o alguno de los cheques, el/los titular/es deberán comunicarlo inmediatamente y por escrito a Caja Madrid, acompañando, en su caso, la copia de la denuncia presentada. El/los titular/es será/n responsables de los daños y perjuicios que puedan derivarse de su culpa o negligencia”], y la considera abusiva porque:

a. de su lectura no se infiere el pretendido reparto de responsabilidades entre el cliente y Caja Madrid en caso de hurto o extravío de talonario;

b. no se puede generalizar la exención de la responsabilidad de la entidad recurrente en caso de haber atendido el pago de un cheque, toda vez que puede incurrir también en negligencia si no comprueba la firma que lo autorice, o, pudiendo conocer su falsedad por otro medio distinto de la comunicación presentada, omite tal diligencia;

c. ni el pago posterior a la comunicación, según el contenido de la cláusula, relevaría al

usuario de toda responsabilidad en tanto no se apreciase la culpa en que hubiese podido incurrir la apelante.

Según el TS para dar respuesta al motivo debe partirse de la regulación del cheque falso o falsificado en el art. 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, Ley 19/1985, de 16 de julio, en el que se establece que “el daño que resulte del pago de un cheque falso o falsificado será imputado al librado, a no ser que el librador haya sido negligente en la custodia del talonario de cheques, o hubiere procedido con culpa”. El precepto establece una regla general de atribución de responsabilidad para la entidad que paga el cheque falso o falsificado (nuestro ordenamiento a diferencia de otros sistemas identifica el tratamiento del cheque en que se imita la firma del titular de la cuenta con el de aquel en el que se altera el contenido), que equivale a una objetivación de la responsabilidad, en el sentido de que no se exige negligencia por parte de la librada, por lo que opera aquella responsabilidad aunque haya actuado con diligencia (SS., entre otras, 17 de mayo de 2.000, 22 de septiembre de 2.005, 29 de marzo de 2.007). La responsabilidad es sin embargo “quasi-objetiva”, porque admite la excepción de que haya habido culpa en el librador, si el resultado se hubiera podido evitar de haber observado el librador la diligencia exigible, y sin perjuicio de que pueda operar en su caso la concurrencia de “culpas” con el efecto de moderación en la indemnización ex art. 1.103 CC (Sentencias 18 de julio de 1.994, 9 de marzo de 1.995, 29 de marzo de 2.007). La carga de la prueba de la falta de diligencia del librador incumbe a la entidad librada, sin que quepa desplazarla de forma directa o indirecta al librado, y así se establece expresamente en lo que aquí interesa en la DA 1ª, 19 LGDCU -que recoge en la lista de las abusivas la cláusula que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante-.

La decisión de la Audiencia sobre la cláusula más antigua de Caja Madrid es correcta porque, con independencia de la fórmula genérica de la obligación de custodia del talonario por parte del titular de la cuenta corriente, los textos restantes no contienen la claridad y precisión requeridas, e inciden en las deficiencias señaladas por la resolución recurrida, no ajustándose al sistema de responsabilidad expuesto, conforme al art. 156 LCCh y doctrina jurisprudencial dictada en su aplicación, en perjuicio del usuario del servicio.

Y por lo que respecta a la nueva cláusula, sobre la que la resolución requerida se remite a las mismas razones que la anterior, asimismo sucede en lo que atañe a su párrafo segundo que tampoco cabe estimar que la cláusula se ajuste con precisión al art. 156 LCCh, y no conculque la LGDCU (art. 10 bis, y DA 1ª, 21), pues, -además del rigor de la comunicación inmediata, por escrito y, en su caso, con copia de la denuncia presentada, pues no debe obviarse la posibilidad de otra



comunicación fehaciente-, la comunicación no excluye la posible responsabilidad de la entidad bancaria, en su caso compartida.

### 5. Cláusula por fallo en cajeros y aparatos de disposición con tarjetas y por fallos en canales alternativos

En cuanto a la cláusula que impone al titular de la tarjeta la obligación de “aceptar como importe real y exacto de cada operación, el que fuere registrado por impresión mecánica y/o grabación magnética, importe del que la Caja facilitará el oportuno comprobante”, porque priva al titular de la tarjeta de la posibilidad de oponerse al resultado de la impresión mecánica, apreciación que no resulta contrarrestada por la mera afirmación de la recurrente de que se establece una presunción de veracidad del contenido de un documento, pero que no impide ni prohíbe que las partes puedan rebatirlo mediante aquellos otros medios de prueba que estimen idóneos y oportunos; lo que, por lo demás, supone hacer recaer el peso de la prueba –“onus probandi”- prácticamente en su totalidad sobre el usuario.

Se declara abusiva la cláusula que contiene la referencia ambigua a “cualquier otro conocimiento por la que el titular pudiera haber tenido conocimiento de la avería de la máquina” y el hecho de que su apreciación corresponda unilateralmente a la propia Caja, lo que no ha sido objetado adecuadamente en el recurso.

Por lo que respecta a la prueba de la autenticación y ejecución de las operaciones de pago es de interés resaltar que la reciente Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago establece en el art. 30: “1. Cuando un usuario de servicios de pago niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a su proveedor de servicios de pago demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia. 2. A los efectos de lo establecido en el apartado anterior, el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no bastará, necesariamente, para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27.”.

Finalmente, la alusión a los fallos informáticos en canales alternativos no se ha impugnado.

### 6. Cláusula de resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias

Además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta des-

proporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorias, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida.

La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente –SS. 9 de marzo de 2.001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2.008-, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio.

### 7. Cláusula de resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro

Para la AP es abusiva en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, porque la causa de la no inscripción pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante imponiéndole la cláusula controvertida. Finalmente analiza la cláusula en relación con Caja Madrid, y se remite a lo anteriormente razonado, añadiendo que al tiempo de la celebración del contrato en el que se incluye la cláusula, son las entidades prestamistas las que asumen el riesgo de hacer el desembolso que el préstamo conlleva confiando en la posterior inscripción de la hipoteca que garantiza su restitución.

Según el TS, la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. El problema de la cláusula es que “recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente”, y que no tiene en cuenta que es “suya [de la Entidad Financiera] la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo” [el préstamo]. En definitiva “lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes”, y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.

### 8. Cláusula de vencimiento anticipado “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”

El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya “acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia”, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponente- para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.

### 9. Cláusula de vencimiento anticipado en caso de arrendar la finca hipotecada

Las cláusulas de que se trata se examinan en el fundamento decimonoveno de la sentencia recurrida con el siguiente tenor literal.

1. “[Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada] A no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años” (BBVA)

2. “En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER” (Bankinter).

3. “[El préstamo se considerará vencido por] Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestataria” (Caja Madrid).

El TS expone las siguientes conclusiones:

a. Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda a. ex art. 13 LAU de 1994, por lo que, al generalizar, el art. 219 RH se halla desfasado con el marco legislativo vigente.

b. Que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañinos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas.

c. Que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso.

En principio el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse “per se” desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente.

En el caso se declaran abusivas las cláusulas porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo -coeficiente- que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar.

La declaración de abusividad se basa en los apartados 14 y 18, inciso primero, DA 1ª LGDCyU, y normativa general del art. 10 bis LGDC y U en relación con doctrina jurisprudencial en la materia.

### **10. Cláusula que permite la enajenación condicionada de la finca hipoteca**

Se declara la nulidad de la cláusula con el siguiente tenor literal: «La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter...».

De la lectura de la cláusula cabría deducir para el adherente (cliente) que, una eventual negativa de la entidad bancaria a la transmisión de la deuda, conlleva que el deudor no podría enajenar la finca hipotecada, siendo, como son dos cosas distintas. Cuando menos la cláusula es oscura en tal sentido y con el evidente riesgo de interpretación desproporcionada en perjuicio del usuario o consumidor, por lo que le es aplicable la doctrina de la interpretación “contra proferentem” (art. 1.288 CC) y lo dispuesto en los apartados 2ª y 18ª DA 1ª LGDCyU.

El argumento expuesto debe ser complementado con los razonamientos siguientes. En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes.

Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales). Por otro lado, la transmisión de la deuda por el deudor (que no es en puridad “subrogación”, pues esta expresión se refiere al aspecto activo de la relación jurídica obligacional o crédito, aunque también se utiliza para designar la subrogación en la carga hipotecaria –responsabilidad, que no deuda-), que constituye una modalidad de novación, requiere, para que produzca el efecto de liberar al deudor transmitente, dando lugar a la denominada asunción de deuda liberatoria, el consentimiento del acreedor (SS. entre otras, 21 de marzo, 31 de mayo y 12 de julio de 2.002; 10 de junio, 23 de julio y 22 de diciembre de 2.003; 8 de febrero de 2.007; 13 de febrero de 2.009).

De lo expuesto se deduce que no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca conviene al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor –prestatario-. Solo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero –que la asume- sin el consentimiento del prestamista acreedor. Que la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor en el préstamo hipotecario no ofrece duda, pero no se debe confundir con la responsabilidad, que no deuda –se insiste-, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada. Por otra parte, el distinto tratamiento jurídico de la cesión de crédito y de la asunción de deuda liberatoria se explica por la diferente transcendencia que pueden tener las condiciones de solvencia del “adquirens”.

La amalgama de las dos partes de la cláusula crea confusión, en detrimento de la “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa” que se exige en la materia (art. 10.1, a LGDCyU).

### **11. Cláusula sobre cesión del contrato y del crédito hipotecario**

La cláusula declarada abusiva tiene el siguiente tenor literal: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste».

Para responder a este motivo debe significarse que la cesión a que se refiere la cláusula lo es de contrato. Así resulta de la referencia a préstamo, y no a derecho de crédito derivado del préstamo, y de manera incontestable

resulta en el texto de la póliza de Caja Madrid [no recogido en el fundamento de la resolución recurrida] que se refiere a transferir «todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria». A pesar del confusionismo del texto, no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008, 30 de marzo de 2.009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2.002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2.003, 19 de febrero de 2.004, 16 de marzo de 2.005, 29 de junio de 2.006, 8 de junio de 2.007, 3 de noviembre de 2.008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª –reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo-, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 –imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor-, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU.

Sostiene la resolución impugnada que la cláusula genérica que transcribe recoge una cesión de crédito, y no una cesión de contrato, y acoge la tesis de la parte recurrida de que la cláusula no se opone a la aplicabilidad de los artículos 1.198, 1.527 y 1.887 CC.

Si así fuere, la cláusula [que transcribe la resolución recurrida] no tendría explicación porque la transmisibilidad del crédito (admitida en los arts. 1.112, 1.528 y 1.878 CC y 149 LH) no requiere, a diferencia de la cesión de contrato, el consentimiento del deudor cedido (SS. 1 de octubre de 2.001, 15 de julio de 2.002, 26 de marzo y 13 de julio de 2.004, 13 de julio de 2.007, 3 de noviembre de 2.009). Lo que resulta, sin oscuridad, de la cláusula y que explica su consignación, sin necesidad de tener que recurrir a una interpretación “contra proferentem” (art. 1.288 CC), es que por el adherente se renuncia a la notificación, es decir, a que pueda oponer la falta de conocimiento, en orden a los efectos de los arts. 1.527 (liberación por pago al cedente) y 1.198 (extinción total o parcial de la deuda por compensación) del Código Civil. Ello supone una renuncia o limitación de los derechos del consumidor que se recoge como cláusula o estipulación abusiva en el apartado

14 de la DA 1ª LGDCU. La jurisprudencia de esta Sala resalta que el negocio jurídico de cesión no puede causar perjuicio al deudor cedido (S. 1 de octubre de 2.001); el deudor no puede sufrir ninguna merma o limitación de sus derechos, acciones y facultades contractuales (S. 15 de julio de 2.002). La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva “la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos”. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.

La misma doctrina es aplicable a la cesión del crédito hipotecario. El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que sanciona como abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley” (Art. 10 bis en la redacción vigente al tiempo del planteamiento del proceso).

## 12. Cláusula de exención de responsabilidad por extravío o sustracción de la tarjeta o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida

Se cuestiona la validez de la cláusula relativa a la “Exención de toda responsabilidad de la entidad, por extravío o sustracción de la tarjeta (de crédito o de débito), o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida”.

Según expresa dicha resolución el tema abarca tres aspectos diferentes aunque íntimamente en conexión:

«1. Exención de responsabilidad por pérdida de tarjeta antes de la comunicación a la entidad: “El titular será responsable sin limitación alguna del uso de la tarjeta antes de la notifica-

ción de la pérdida o sustracción...”:

- “[Si ésta no se ha efectuado] de forma inmediata” (BBVA)

- “El robo, hurto, extravío, deterioro o falsificación de la tarjeta o el conocimiento del número de identificación contra su voluntad, por otras personas, el titular debe comunicarlo urgentemente en cualquiera de estos teléfonos...” (Bankinter)

- “[Si los hechos no se denuncian] antes de transcurridas veinticuatro horas de su acaecimiento” (Caja Madrid)

- “[Si la notificación al Banco no se produce] a la mayor brevedad” (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de débito)

- “[Si la notificación al Banco no se produce] de inmediato” (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de crédito)

2. Exención de responsabilidad por pérdida de libreta antes de la comunicación a la entidad:

- “En caso de sustracción o extravío de alguno de éstos [cheques, libretas, tarjetas y demás documentos de disposición entregados por el Banco], se compromete [el titular] a dar aviso al Banco con la mayor urgencia [...] Si tal aviso no se produjera, el Banco no será responsable si efectúa algún pago...” (BBVA).

- “En caso de hurto o extravío de [la libreta, el titular de ésta] se compromete/n a comunicarlo inmediatamente y por escrito [...] quedando [la entidad] relevada de toda responsabilidad si atendiera operaciones con cargo a la misma antes de recibir dicho aviso” (Caja Madrid).

- “[El titular] deberá comunicar inmediatamente al Banco cualquier extravío, robo o uso indebido de la Libreta en Cajeros por un tercero [...] El titular será responsable de las extracciones de efectivo por Cajero Automático efectuadas por terceros en los casos de extravío, sustracción o uso indebido de la libreta por Cajero Automático, hasta la oportuna notificación (confirmada por escrito) al Banco del hecho acaecido” (Santander Central Hispano).

3. Inversión de la carga de la prueba en caso de uso fraudulento de número secreto de la tarjeta:

- “...El uso del número de identificación personal por alguien distinto al titular, presupone grave negligencia por parte del mismo, salvo que se dé un caso de fuerza mayor” (Bankinter)

- “...La pérdida económica sufrida en el caso de operaciones que exijan marcaje de número secreto, será a cargo del contratante o, en su caso, del titular de la Tarjeta, salvo que se demuestre que se vio obligado a revelarlo bajo coacción” (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de débito)

- “...cuando se trate de operaciones que exijan marcaje de número secreto, será de su cargo [del titular de la tarjeta] la totalidad de la pérdida económica, salvo que se demuestre que se vio obligado a declararlo bajo coacción” (Santander Central Hispano, contrato tarjeta de crédito). «

La pluralidad y diversidad de cláusulas y de supuestos (relativos a tarjetas de crédito y débito y libretas, de varios contratos de distintas entidades bancarias), de cuestiones (sustrac-

ción, extravío, revelación del número secreto de las tarjetas -PIN-) y de alegaciones acerca del carácter abusivo o no de las cláusulas, las cuales se han resumido con anterioridad, exige, para poder dar una respuesta casacional, adoptar como método el de, primero, centrar las cuestiones realmente controvertidas, lo que supone dejar al margen numerosos temas y aspectos que incidiendo en la utilización de las tarjetas y libretas no son propiamente objeto de debate, para, posteriormente, expresar las que consideramos reglas de equilibrio contractual, en cuanto evitan el desequilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, que es la materia a que se refiere el proceso, y finalmente compulsar el ajuste o acomodo de las cláusulas expresadas al comienzo del fundamento con las reglas expuestas.

Las cuestiones genéricas se pueden resumir en los siguientes puntos: a) Si es o no abusiva la cláusula que establece la responsabilidad sin limitación a cargo del usuario (titular de la tarjeta) antes de la notificación de la pérdida o sustracción (u otro evento similar que posibilite la utilización indebida) de la tarjeta o libreta; b) Cual es el tiempo en el que el titular de la tarjeta debe comunicar a la entidad bancaria el acontecimiento anterior (robo, hurto, extravío, pérdida, etc.) dado que no hay duda que a partir de la comunicación la entidad bancaria debe bloquear la posibilidad de utilización del instrumento mecánico; y, c) Siendo incuestionable que el titular de la tarjeta con banda magnética (y lo mismo sucede con el chip electrónico) debe evitar revelar el número del PIN (“adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizado de que vaya provisto”, como dice actualmente el art. 27.b de la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que transpone al Derecho español la Directiva Comunitaria 2007/64/CE, de 13 de noviembre de 2.007, sobre servicios de pago en el mercado interior, modificando las Directivas 97/7/CE, 2005/65/CE y 2006/48/CE y derogando la Directiva 97/5/CE), a quien le corresponde la carga de la prueba de haberse producido la revelación por fuerza mayor o coacción, y si cabe limitar la responsabilidad de las entidades bancarias a estos supuestos.

Como reglas genéricas, a los efectos que interesan al litigio, pues son otras muchas las cuestiones y perspectivas que pueden presentarse, debe sentarse que la existencia de un extravío o sustracción o similar debe comunicarse sin demora indebida desde que se conoció la desaparición. Es la fórmula utilizada en el ámbito comunitario y que actualmente recoge el art. 27.b) de la Ley 16/2.009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, que dispone: “el usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá... en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga cono-



cimiento de ello”. Ha de añadirse al respecto que entre las obligaciones del proveedor de servicios de pago en relación con los instrumentos de pago tiene las de “garantizar que en todo momento estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al usuario de servicios de pago efectuar la comunicación indicada en el art. 27.b) o solicitar un desbloqueo con arreglo a lo dispuesto en el art. 26.4. A este respecto, el proveedor de servicios de pago facilitará, también gratuitamente, al usuario de dichos servicios, cuando éste se lo requiera, medios tales que le permitan demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma” (art. 28.c Ley 16/2009), de modo que “si el proveedor de servicios no tiene disponibles medios adecuados para que pueda notificarse en todo momento el extravío o la sustracción de un instrumento de pago, según lo dispuesto en el artículo 28.1.c) el ordenante no será responsable de las consecuencias económicas que se deriven de la utilización de dicho instrumento de pago, salvo en caso de que haya actuado de manera fraudulenta” (art. 32.4 Ley 16/2009); y de “impedir cualquier utilización del instrumento de pago una vez efectuada la notificación a que se refiere el artículo 27.b)” (art. 28 d, Ley 16/2009). Por consiguiente se estima como fórmula adecuada de equilibrio contractual, y que permitirá, en cada caso, dar adecuada respuesta, sin perjuicio del consumidor, la de que la comunicación del extravío o sustracción debe efectuarse “sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento de ello”.

La segunda cuestión se refiere a quien debe responder, en el sentido de quien debe soportar el daño o cargar con el importe de la operación, por la utilización indebida de la tarjeta antes de la comunicación de la sustracción o extravío (debe advertirse que no se está contemplando el caso de operación de pago no autorizada o ejecutada incorrectamente ex art. 29 de la nueva Ley citada). Las cláusulas que eximen de total responsabilidad a la entidad bancaria de manera indiscriminada y sin matización o modulación alguna son abusivas, como pone de relieve la OCU, porque contradicen la buena fe objetiva con desequilibrio en el sinalagma contractual en perjuicio del consumidor. Efectivamente, son advertibles situaciones en que, si la entidad actúa con la diligencia puede apercibirse de utilizaciones indebidas de tarjetas, aun sin la comunicación, o un eventual conocimiento de la sustracción o extravío. Son harto frecuentes los casos en que la diligencia de las entidades advirtió utilizaciones indebidas, avisando incluso a los usuarios, que lo desconocían, del intento de utilización. Por ello, es desproporcionada una cláusula que se limite a la exoneración de responsabilidad, en todo caso, por el uso de la tarjeta antes de la notificación de la sustracción o extravío.

En este sentido también se orienta el derecho comunitario (alegado por Caja de Madrid en

su escrito de oposición) y la nueva Ley interna de transposición de la Directiva, a la que se viene aludiendo (y cuyas disposiciones no son negociables en sede de consumidores, art. 23.1 Ley 16/2009), y en cuyo art. 32 se dispone: “1. No obstante lo dispuesto en el art. 31 [sobre responsabilidad del proveedor de servicios de pago en caso de operaciones de pago no autorizadas] el ordenante soportará, hasta un máximo de 150 euros, las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de un instrumento de pago extraviado o sustraído. 2. El ordenante soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de una o varias de sus obligaciones con arreglo al artículo 27. 3. Salvo en caso de actuación fraudulenta, el ordenante no soportará consecuencia económica alguna por la utilización, con posterioridad a la notificación a que se refiere el artículo 27.b), de un instrumento de pago extraviado o sustraído”.

Finalmente, la tercera cuestión se refiere a la utilización indebida de la tarjeta por haberse obtenido el conocimiento del número secreto -PIN-. En primer lugar debe señalarse que la carga de la prueba de una fuerza mayor o coacción que dio lugar a que el titular del instrumento de pago, único que conoce y puede modificar el PIN, corresponde al que la sufrió, porque en otro caso se crea para la entidad una situación de “probatio diabolica” atribuyéndole las consecuencias de una falta de prueba de un hecho negativo, de práctica imposibilidad probatoria. No cabe invocar en otro sentido la norma del apartado IV. 19 de la Disposición Adicional Primera de la LGDC y U porque el carácter abusivo de “la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor” se refiere, según la propia dicción legal, a “los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante”, lo que aquí no sucede.

Dicho lo anterior, procede, sin embargo, apreciar que no resulta proporcionado en la perspectiva del equilibrio contractual, tratar de reducir, explícita o implícitamente, la responsabilidad bancaria a los casos de revelación del número secreto del PIN por fuerza mayor o coacción. Ciertamente que con la utilización del chip electrónico en lugar de la tarjeta con banda magnética, y el necesario marcaje o tecleo del número secreto por el titular, cabrá reducir (en las operaciones con presencia física; otro tema lo constituyen las realizadas a distancia, como sucede con internet) las utilizaciones indebidas, pero respecto del caso que se examina no cabe desconocer la posibilidad de captaciones subrepticias, con independencia de otras manipulaciones varias a causa de las deficiencias del sistema de tarjetas, que no permiten sentar una cláusula que exonere de responsabilidad, cuando es notorio que, en ciertas circunstancias, las entida-

des bancarias pueden advertir utilizaciones indebidas empleando la diligencia que les es exigible en armonía con su experiencia y medios técnicos. Por lo tanto, no se trata de derivar la responsabilidad a la entidad bancaria, sino de estimar abusiva una cláusula que le exonere de responsabilidad en todo caso.

Aplicando los criterios anteriores al caso enjuiciado, el TS concluye:

1. Que las fórmulas “de forma inmediata”, “urgentemente”, “de inmediato”, “a la mayor brevedad”, son imprecisas, inciertas y abusivas, y deben sustituirse por la de “sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho”. La fórmula de los contratos-tipo de Caja Madrid es también abusiva, no tanto por la expresión “antes de transcurridos veinticuatro horas” sino porque añade “de su acaecimiento”, lo que puede ser abusivo en casos en que no se conoció la pérdida o extravío, sin existir mala fe, ni falta de diligencia.
2. La exclusión de responsabilidad en todo caso para la entidad bancaria por las utilizaciones de tarjeta o de libreta -consistentes en extracciones en efectivo u otras operaciones con cargo a la cuenta bancaria-, con anterioridad a la comunicación de la sustracción o extravío (o evento similar) es desproporcionada, y abusiva.
3. Es igualmente abusivo excluir de responsabilidad a la entidad bancaria en todo caso de uso del número de identificación personal limitando aquélla a los supuestos de fuerza mayor o coacción.

#### 4. Otras cláusulas abusivas

El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Madrid ha declarado nulas por abusivas 22 cláusulas incluidas por BBVA (12) y Banco Popular (10) en sus contratos de préstamos hipotecarios, tarjetas de crédito, cuentas corrientes y servicios de banca telefónica e Internet, según la sentencia dictada el 8 de septiembre de 2011 recaída en Autos Civiles de Juicio Verbal Nº 177/2011.

En cuanto a los contratos hipotecarios del BBVA, el juez desautoriza a la entidad a aplicar un vencimiento anticipado de la hipoteca (por ejemplo, de 30 a 25 años) cuando el cliente haya incurrido en incumplimientos “accesorios o irrelevantes” y solo puede hacerlo en caso de “manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial”. El juez levanta la prohibición que impedía al hipotecado iniciar una actividad profesional en el inmueble sin comunicación previa al banco.

Además, la sentencia concluye que el BBVA solo podrá cobrar al cliente los gastos “que no correspondan legalmente al banco”, mantiene la facultad de la entidad de contratar el seguro del inmueble pero si el cliente no lo verifica en el momento de entrega del prés-



tamo no podrá percibir la indemnización y, por último, no podrá anular la subrogación de un préstamo cuando el cliente que asume la hipoteca haya pagado la comisión por transmisión o alguna cuota.

En cuanto a los contratos hipotecarios del Banco Popular, la sentencia obliga a la entidad a sustituir las llamadas ‘cláusulas de redondeo’ al alza de los tipos de interés en las hipotecas, ya que fueron declaradas nulas por el Tribunal Supremo en 2009. Además, el juez obliga al banco a asegurar el inmueble solo por el valor de tasación que tiene en el momento de la compra, suprime su derecho a recibir un justiprecio en caso de expropiación y establece la potestad del cliente a reclamar judicialmente en la provincia en la que reside y no solo en la que se sitúa la vivienda hipotecada.

La sentencia anula una cláusula del BBVA que le permitía vender productos por teléfono de forma directa (llamada o SMS), sin consulta previa de las condiciones generales de la oferta por parte del cliente. A partir de ahora, el consentimiento telefónico no

supondrá la conformidad del contrato y la venta del producto no quedará cerrada hasta que no se haga “por escrito”. La sentencia considera abusiva “la contratación de productos o servicios sin que conste por escrito o soporte duradero las condiciones que hayan de regir la contratación”.

Además, el juez suprime por ser “excesivamente breve” el plazo de 15 días que el BBVA da al cliente para comprobar las modificaciones de las condiciones contractuales realizadas por la entidad. Respecto al Banco Popular, la sentencia obliga a la entidad a compartir la responsabilidad del uso de las claves de acceso a los servicios de banca por Internet.

Respecto a las cuentas corrientes, la sentencia suprime la posibilidad del BBVA de sustituir la entrega en metálico de cantidades superiores a 3.000 euros por cheques u otro instrumento de pago, si el cliente avisa con al menos 5 días de antelación.

Respecto al Banco Popular, el juez anula la posibilidad de retener el saldo de un cliente

durante 10 días en el proceso de cancelación de la cuenta y establece que la devolución del saldo se hará “de forma simultánea” al pago de gastos y comisiones generadas.

En cuanto a las tarjetas de crédito, el BBVA no podrá expedirlas sin la firma de las condiciones generales por parte del cliente y su responsabilidad sobre ellas comenzará en el momento que el cliente realice el ingreso y no cuando el consumidor la recibe. Por su parte, el Banco Popular solo quedará libre de responsabilidad cuando los posibles problemas informáticos, telemáticos o electrónicos le sean ajenos.

Las 2 entidades deberán “cesar el empleo y difusión de las condiciones generales de la contratación declaradas nulas, debiendo eliminar las entidades demandadas sus condiciones generales” de sus contratos, así como “abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo”.

Sin embargo, la sentencia ha declarado la legalidad de las otras 29 cláusulas impugnadas por la demandante, la asociación de consumidores OCU, entre las que destaca la llamada ‘cláusula suelo’ de los préstamos hipotecarios.

## Restricciones de gasto, gestión privada y copago en el servicio público de salud

Pablo Acosta Gallo | Profesor Titular de Derecho Administrativo | Universidad Rey Juan Carlos

**Resumen:** La crisis financiera que azota Europa se ha traducido en políticas económicas que pretenden aumentar los ingresos del Estado a la vez que disminuyen los gastos. Una de las partidas que está sufriendo los recortes es la dedicada a los servicios públicos de salud. En España, los gobiernos en sus diferentes niveles territoriales están aprobando medidas que repercuten en el usuario parte del coste de estos servicios. Estas medidas pueden afectar al derecho a la salud, al derecho a una calidad asistencial adecuada y a la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias.

**Palabras clave:** salud, sanidad, derecho a la salud, sistema nacional de salud, servicio público, privatizaciones, copago, recortes

**Title:** Budget cuts, private management and shared payment in the public health system

**Abstract:** The financial crisis that is battering Europe is forcing States to drive public economic policies with two main objectives:

income increasing and spending cuts. The consequent cutbacks are affecting the Spanish National Health System. Governments in the different territorial levels (State, regions and local) are adopting decisions that charge on the users part of the costs in public health services. These decisions may damage citizen's right to health, healthcare quality and equal access to the National Health System.

**Keywords:** health, healthcare, right to health, national health system, public service, privatization, shared payment, cutbacks.

**Sumario:** 1. ¿Qué es el copago? 2. Configuración constitucional del derecho a la salud 3. El servicio público de salud 4. Atención sanitaria y principio de igualdad 5. El principio de eficiencia y la oportunidad de la medida 6. Posible inconstitucionalidad del copago farmacéutico desde el orden competencial 7. A modo de valoración y conclusión

La crisis que se inició en los mercados financieros en 2007, calificada por los expertos como la más grave desde 1929, se ha extendido imparable durante los últimos cinco años hasta alcanzar de lleno la economía real, abriendo una brecha en la línea de flotación de las economías nacionales europeas, que es la deuda soberana. En la misma línea que otros ejecutivos europeos, el Gobierno de España ha trasladado sus problemas de financiación externa a los presupuestos generales del Estado mediante dos vías: mayor presión tributaria para aumentar los ingresos y reducción de partidas para reducir el gasto.

Una de las primeras consecuencias de esta política regresiva es que las Administraciones Públicas en sus distintos niveles territoriales -general del Estado, autonómico y local- han decidido reducir el gasto sanitario mediante la modificación de las correspondientes partidas presupuestarias. Para conseguir este fin, se han adoptado además medidas concretas y contundentes. Algunas, como la reasignación de medios materiales y humanos, se corresponden con la facultad de gestión del servicio. Otras, como la externalización (privatización) de servicios o la implantación del copago por servicio, son decisiones políticas que alteran la esencia del servicio público y modifican el statu quo de la relación jurídica entre el ciudadano y la administración que presta el servicio.

Se pretende aquí abordar el fenómeno no desde una perspectiva social ni política, sino jurídica, desde el punto de vista del Derecho y de su aplicación. Sin embargo, este es un tema extremadamente politizado, en el que ni siquiera los términos son inocentes. Decir "copago" no es lo mismo que "repago", ni "recorte" es lo mismo que "ajuste". La opción por uno u otro término coloca inevitablemente al que los usa en una clara opción ideológica o en su contraria. En cualquier caso, la medida por la que se obliga al ciudadano a pagar por su atención sanitaria no

es una medida exclusivamente económica, sino que puede y debe ser analizada desde la óptica del Derecho.

### 1. ¿Qué es el copago?

Las dos principales consecuencias de la crisis financiera en cuanto a lo que aquí nos ocupa -la reducción de gastos del Estado junto con el aumento de sus cargas financieras- han sido trasladadas a la financiación de los servicios públicos a través de distintos instrumentos; unos presupuestarios y otros que trasladan el coste de los servicios públicos a los usuarios.

El primero de estos instrumentos es la congelación o disminución de la partida presupuestaria correspondiente a los recursos humanos y materiales del servicio. Esta es una medida organizativa cuyo principal reproche es que no suele basarse en evaluación alguna del servicio ni en ningún tipo de estudio, sino que viene por la vía de los hechos. Por tanto, el impacto de la reducción presupuestaria es una incógnita; puede afectar en menor medida a servicios prestados por estructuras sobredimensionadas, pero en el resto de los casos puede llegar a estrangular la prestación del servicio, cosa que sólo puede comprobarse con el paso del tiempo.

La segunda vía de disminución del gasto público es imputar al usuario parte del servicio. En apariencia, esta medida parece responder a cierta justicia matemática -paga más quien más usa-, pero basta añadir un factor para comprender lo falaz de dicha impresión: las diferencias de renta entre ciudadanos hacen que lo que para unos es poco, para otros pueda ser disuasorio del uso del servicio público.

Se ha dado en llamar copago a la tasa o precio público que se impone por la utilización de un servicio sanitario. El concepto de tasa está contenido en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, que las define como "tributos cuyo hecho imponible

consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado" (art. 6). A su vez, son precios públicos "las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados" (art. 24). En principio, la ley exige que el precio público cubra los costes reales del servicio, pero admite excepciones a esta regla "cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen" (art. 25.2). Las comunidades autónomas tienen normas muy similares que se aplican a los servicios que tienen transferidos.

La denominación de copago es equívoca y un tanto inexacta, pues no se trata de un pago compartido entre la Administración y el usuario, sino entre todos los ciudadanos, vía impuestos, y el usuario final, vía pago de la tasa o precio público. En este sentido ha sido considerada por algunos un "repago" en vez de un "copago", pues el servicio público acaba siendo abonado por el usuario dos veces. En todo caso, la medida ha sido enarbolada por algunas comunidades autónomas y por el propio Estado al amparo de dos argumentos: la falta de fondos y el efecto disuasorio ante los excesos de algunos usuarios que, supuestamente, abusan de la gratuidad del sistema. La consecuencia práctica para el ciudadano es que algunos servicios que eran gratuitos, como los traslados en ambulancia, pasan a ser de pago; y que ventajas tales como la subvención de medicamentos disminuyen o desaparecen, al igual que las ayudas sociales para situacio-

nes de necesidad (drogas, pacientes psiquiátricos, tercera edad o dependientes).

Una tercera medida, la más radical, ha consistido en la exclusión de colectivos enteros de la asistencia sanitaria pública, cosa que ha ocurrido con los inmigrantes indocumentados, asunto que está pendiente del pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional<sup>1</sup>.

Cataluña ha implantado ya el denominado copago farmacéutico mediante la imposición al ciudadano del pago de un euro por receta expedida. La Comunidad de Madrid ha anunciado que va a adoptar esta misma medida. Otras comunidades han anunciado pasos en la misma dirección, como la disminución de ayudas públicas a personas y colectivos en situación de necesidad o dependencia, aumentando el porcentaje de gasto que se repercute sobre los pacientes. El Estado también ha adoptado medidas como el copago en los traslados de ambulancia no urgentes. La reducción o desaparición de las ayudas económicas a personas en situación de necesidad provoca dolorosas situaciones personales de las que se hace eco la prensa. El descontento social es evidente, y el sufrimiento de los más desprotegidos, también. En unos pocos años España, que era hace sólo cinco años un país próspero y potente con un alto nivel de vida, ha pasado a estar al borde del rescate financiero. El año 2012 nos ha dejado noticias terribles de las que se ha hecho eco la prensa: suicidios ante la inminencia de un desahucio, personas dependientes que no reciben ayuda pública, cierre de servicios sociales destinados a personas en riesgo de exclusión social, pacientes psiquiátricos que abandonan el centro en el que son atendidos y vuelven al domicilio familiar... La crisis impacta de manera muy diferente en las vidas de los particulares, pero los más débiles la sufren con mayor crudeza.

## 2. Configuración constitucional del derecho a la salud

La salud es uno de los valores esenciales para la persona, una aspiración sin la cual una vida de calidad no es posible. Por esta razón, ya en los orígenes de nuestro Derecho se encuentra la protección del valor humano básico que es la vida y su integridad. El Derecho cumple una insustituible función en la protección del bien jurídico que constituye la salud de las personas. La salud es uno de los bienes jurídicos superiores que el Derecho tutela. El derecho a la protección de la salud está reconocido en el artículo 43 de la Constitución española, en el Capítulo III de su Título I, dedicado a los principios rectores de la política social y económica. Aunque resulta evidente la no inclusión del derecho a la salud entre los derechos

fundamentales protegidos por el artículo 53.2 de la Constitución, la protección de la salud no es un simple principio rector de la actuación de los poderes públicos, ya que su formulación no deja duda sobre su naturaleza de auténtico derecho: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”. El reconocimiento de este derecho no es puramente retórico, ya que la misma norma atribuye a los poderes públicos su efectiva tutela, y tanto el legislador como las distintas administraciones públicas están obligados a procurar su salvaguarda en base a lo dispuesto en el artículo 53.3, y están obligados a hacerlo de modo eficaz, en aplicación del principio recogido en el artículo 103.1 del texto constitucional.

Dado que nuestro texto constitucional establece que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I de la Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE), los principios y reglas contenidos en dicho Capítulo (artículos 39 a 52) suponen una vinculación, una verdadera regla de conducta que se impone a los poderes públicos, sin distinción de ideología. En nuestro sistema jurídico, la protección de la salud no es una elección del partido que gobierna, sino una obligación vinculante para todos los poderes públicos.

De esta forma, los poderes públicos están obligados a salvaguardar la salud en un sentido amplio, y obligados también a hacerlo de modo eficaz, pues así lo dispone de forma expresa el artículo 103.1 de la Constitución. La salud, tanto en su vertiente personal como pública, es condición y presupuesto de la dignidad y la calidad de vida, pero también de la libertad (Parejo Alfonso). Sin la intervención activa de los poderes públicos en materia de protección de la salud no sería posible mantener la dignidad de las personas y el libre desarrollo de la personalidad, valores que el artículo 10.1 de la Constitución considera fundamento del orden político y de la paz social. El derecho a la salud opera como un derecho de libertad que permite oponerse a aquellas actuaciones de los poderes públicos que lo alteren o limiten (Muñoz Machado). El derecho a la salud encuentra así su engarce con otras normas constitucionales, resultando una especie de entramado donde distintos derechos no pueden ser contemplados de forma aislada, ya que todos ellos responden a la consecución de un fin común: el libre desarrollo de la personalidad y la digna calidad de vida que la Constitución contempla ya en su Preámbulo.

A diferencia de otros derechos, que pueden ejercerse de forma completa y satisfactoria, el derecho a la salud siempre conlleva cierto grado de insatisfacción por dos motivos: porque la salud nunca es plena y porque, resuelta

una aspiración, aparece otra. Erradicadas muchas de las enfermedades que en siglos anteriores provocaban altas tasas de mortandad, la Medicina se enfrenta hoy a los retos que plantea la prolongación de la vida humana. El derecho a la salud es un derecho aspiracional, tendencial. Es un derecho a los medios, no a los fines. El ciudadano no puede pretender de los poderes públicos que le garanticen su buena salud, sino que pongan a su disposición los medios que hagan posible el más alto nivel de salud posible (Beato Espejo). El derecho a la salud no implica una obligación de resultados, pero sí una obligación de medios. En este sentido, la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España en 1977, refleja esta idea sobre la protección de la salud en el párrafo 11º de su parte I: “Todas las personas tienen el derecho a beneficiarse de todas las medidas que les permitan disfrutar del mejor estado de salud que puedan obtener”.

El derecho a la salud goza en nuestro país de reconocimiento formal, tanto constitucional como legal. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, lo proclama en su artículo primero, mientras que la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, detalla los instrumentos mediante los cuales se hace efectiva la protección del derecho. Por último, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, inserta en la reciente y desafortunada costumbre de complicar el ordenamiento jurídico aprobando leyes que proclaman grandes principios pero que tienen una escasa aplicabilidad, poco añade al panorama anterior en cuanto a la delimitación del derecho a la salud, más allá de adjetivarlo (art. 3) con los principios generales de “equidad, salud en todas las políticas, pertinencia, precaución, evaluación, transparencia, integralidad y seguridad”.

## 3. El servicio público de salud

En las naciones avanzadas de Occidente, el periodo que transcurre entre finales del XIX y 1970 muestra con carácter general un progresivo acercamiento entre clases sociales que hizo que las sociedades fueran cada vez menos desiguales. El Estado actuó como factor igualador a través de la provisión social y de los mecanismos del Estado de Bienestar, sobre todo a partir del final de la segunda gran guerra.

Ese periodo se caracteriza por la creencia común de que el Estado tiene un papel insustituible en la regulación de las relaciones sociales y en el sostenimiento del interés general (Judt). Este estado de cosas sucumbió a la discusión sobre el poder público y sus limitaciones. El punto de inflexión lo mar-

<sup>1</sup> Algunas Comunidades Autónomas han optado por no aplicar esta medida bien aprobando normas en contra (País Vasco) o bien por la vía de los hechos, prestando asistencia sanitaria a los miembros de este colectivo (Andalucía). El 17 de diciembre del 2012, el Tribunal Constitucional ha dado a conocer un auto que se pronuncia sobre el recurso del Gobierno central contra el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre el régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que se regulaba tanto el repago farmacéutico como la atención a los inmigrantes sin papeles. Sin perjuicio de la sentencia definitiva, el TC levanta la suspensión cautelar de la aplicación de algunos de los artículos del reglamento autonómico, considerando que el argumento del ahorro, no puede prevalecer sobre el interés general de preservar la salud.

can las políticas privatizadoras de Margaret Thatcher en el Reino Unido y Ronald Reagan en Estados Unidos, firmes defensores del ultraliberalismo, bajo las creencias fundamentales de que la iniciativa particular es menos onerosa para los contribuyentes y que el interés particular es el factor ideal de creación de riqueza. Bajo la proclama de más libertad individual, menos impuestos y menos Estado comenzó la ola de privatizaciones de los servicios públicos que ha durado décadas. Tanto éxito ha tenido esta tendencia que, en el caso concreto de España, los sucesivos gobiernos de distinta ideología no han mostrado grandes diferencias a la hora de sustituir el espacio público por el privado desprendiéndose de una u otra manera de servicios que habían sido monopolios estatales.

Así, la doctrina tuvo que revisar el concepto jurídico de servicio público. Los autores de los años 60 y 70 del pasado siglo entendían que el régimen de servicio público se definía técnicamente por el principio de intervención estatal, lo que convertía al Estado en empresario de los más variados fines públicos, muchas veces en situación de monopolio. Se entendía de forma pacífica que el servicio a los ciudadanos exigía una acción positiva encaminada a prestar las condiciones necesarias para el desenvolvimiento de la personalidad (Sánchez Agesta) y, de hecho, esta concepción fue amparada por nuestro texto constitucional.

En cualquier caso, la idea de servicio público ha convivido en un difícil equilibrio con el régimen liberal, pues el intervencionismo del Estado se compeadece mal con la idea de libertad individual, que en su versión más literal no debería admitir limitaciones. El liberalismo económico, doctrina de larga tradición intelectual, sostiene que el bien común se construye a partir del interés individual. Adam Smith escribió en 1776 que “no es de la benevolencia del carnicero, cervecero o panadero de donde obtendremos nuestra cena, sino de su preocupación por sus propios intereses”.

Sin embargo, el liberalismo social del XIX superó la concepción individualista y atomística del viejo liberalismo mediante una concepción orgánica que se centra en la sociedad, no en el individuo, propugnando la decidida intervención del Estado en el campo de lo social. Santamaría de Paredes advertía en torno a 1880 que el fin del Estado es mantener la armonía social. Así, la búsqueda del bienestar de todos los ciudadanos conduce a una especie de pacto social para la desaparición de la pobreza y el reparto más equilibrado y equitativo de la riqueza, dando lugar en el campo de lo político a la idea de Estado de Bienestar, idea que se consolidó en la Europa occidental a partir de la Segunda Guerra Mundial.

El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental fue consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Cultura-

les hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y ratificado por España el 13 de abril de 1977. El proclamado derecho a la protección de la salud ha obligado a los Estados firmantes a desarrollar políticas efectivas de prevención y actuación ante la enfermedad. Estas políticas se reflejan en los distintos modos de prestación del servicio público de salud a través de distintos modelos de sistema nacional de salud, pues no existe uno solo, y sin que en el ámbito de la Unión Europea quepa ignorar la acción de las autoridades comunitarias en la materia.

La intervención del Estado en materia de salud es inherente a la fórmula del Estado Social de Derecho que consagra nuestra norma fundamental. El artículo 43.2 de la Constitución implica que la sanidad es, por imperativo constitucional, un servicio público, pues así se establece al atribuir a los poderes públicos la organización y tutela de la salud pública “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Esto significa que el Estado goza de título jurídico habilitante para intervenir en la actividad, regulándola y controlándola, e incluso ejerciéndola directamente, pero sin que esto signifique necesariamente un monopolio de gestión, pues la actividad asumida por el Estado convive con una actividad privada paralela. Se trata por tanto de un servicio público que, como otros (educación), permite la intervención de particulares, característica que permite afirmar que se trata de un servicio público de mínimos, garantía de unas bases de protección de la salud pública que cubren a todos los ciudadanos sin distinción. Es por tanto un servicio público compatible con la actividad privada pero irrenunciable en su ejercicio.

De esta manera, el Estado asumió en toda Europa el papel protector de la salud individual, además de la pública. Este objetivo se ha cubierto de distintas maneras, ya que no hay un único modelo de sistema de salud en el Derecho comparado. Cada país responde de distinta forma a las necesidades sanitarias, mediante políticas públicas de salud que difieren y dan lugar a distintos modelos de sistemas sanitarios públicos. Los diferentes países escogen diversos modelos no sólo en base a la disponibilidad presupuestaria, sino también en función de la orientación política de los respectivos gobiernos. No obstante, todos los sistemas sanitarios sin excepción sufren en común la actual situación de crisis. Las dificultades financieras impiden no sólo el desarrollo, sino incluso el normal funcionamiento de los sistemas sanitarios. Pero la crisis no es sólo financiera, sino también de legitimidad. Todos los modelos ensayados cuentan con virtudes, pero también con contradicciones. Los modelos más liberales, como el estadounidense, han generado grandes bolsas de pobreza al haber dejado en manos del ahorro individual la capacidad aseguradora y previsorora de las familias. Por el contrario, los modelos universalistas han creado una pesada burocracia y pecan de gigantismo, por lo que han

acabado teniendo que incorporar a su gestión técnicas del seguro privado.

En consecuencia, el Estado de Bienestar que surgió de las bases teóricas recogidas en el denominado Primer Informe Beveridge de 1942 (Social Insurance and Allied Services) no tuvo una larga vida. Una ola de privatizaciones ha recorrido Europa desde los años 70, convirtiendo al Estado prestador de servicios públicos en Estado vigilante de la prestación de servicios públicos por los particulares, en garante de la prestación por terceros de la actividad que tenía antes asumida como propia.

En estos tiempos de descrédito de la cosa pública, ha calado la idea de que la gestión pública es menos eficiente que la privada. Este aserto, que carece de la menor base empírica, supone que la gestión pública es más cara y ofrece peores resultados que la privada. Ciertamente es que la imagen que han ofrecido las Administraciones Públicas españolas durante los últimos años no ha contribuido a modificar esta impresión; la duplicidad de competencias, el derroche de fondos públicos, el desvanecimiento de la responsabilidad política, que se subordina a la penal, y los numerosos casos de corrupción, nepotismo y patrimonialización de lo público por parte de los partidos políticos han dado al traste con la idea de que los poderes públicos sirven el interés general. Pero también hay corrupción y derroche en la empresa privada, de lo que son ejemplo las entidades financieras necesitadas ahora del rescate con fondos públicos, o los procesos judiciales en los que son imputados relevantes empresarios.

Lo cierto es que la eficiencia no depende de la naturaleza pública o privada de la gestión, sino del modelo de gestión que se adopte. Un modelo de gestión bien diseñado y adecuado a las circunstancias será exitoso tanto en el plano público como en el privado. Algunas de nuestras áreas de actividad administrativa son un modelo de logro de resultados a bajo coste, y su gestión es absolutamente pública. Otras empresas privadas siguen un modelo equivocado de gestión y quiebran, sin que se ponga en duda la validez del modelo de empresa privada.

En cualquier caso, la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, reconoció la posibilidad de administrar los centros sanitarios conforme a cualquier forma jurídico-privada, eso sí, matizando que la gestión indirecta debería hacerse “garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público”. La consideración de la sanidad como servicio público es algo que está política y socialmente asumido, pero desde un punto de vista legal, nada obsta a que se pueda realizar la gestión indirecta del servicio público por parte de las administraciones competentes (Fuentetaja Pastor), esto es, “con medios ajenos a ellas” (art. 90.1 de la Ley General de Sanidad). Pero las suspi-



cias que levantan estas formas de colaboración jurídico-privadas (conciertos y concesiones) tienen justificación en la medida en que pueden ser interpretadas como privatizaciones encubiertas. Por mucho que la Administración vigile la prestación del servicio, existe una diferencia insalvable entre las administraciones públicas y las empresas privadas; la motivación de las primeras es el interés general, mientras que las segundas representan inevitablemente el interés particular y la necesidad de generar beneficios.

#### 4. Atención sanitaria y principio de igualdad

El artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) establece que el acceso a las prestaciones sanitarias se realizará en condiciones de igualdad efectiva, idea en la que insiste la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 23 dispone que “todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva”. En efecto, la garantía de accesibilidad es una derivación del más genérico principio de igualdad ante la ley.

Puede resultar una obviedad decirlo, pero la igualdad se predica de “todos”, no de la mayoría ni de algunos. Como es natural, la igualdad plena no existe en el campo de los hechos, sino en el jurídico; desgraciadamente, en el mundo de lo real existen las desigualdades. El Derecho establece no lo que “es”, sino lo que “debe ser”.

Durante las últimas décadas, el principio de igualdad ante la atención sanitaria pública ha estado basado en la gratuidad de las prestaciones ofrecidas. De esta manera, se ha intentado evitar que las diferencias sociales o de renta personal pudieran impedir o dificultar la garantía de accesibilidad a la atención sanitaria. Que la atención sea gratuita no significa, como es obvio, que no tenga un coste. Sólo que el coste se ha repercutido a “todos” por vía de impuestos, para que el usuario no tenga que hacer desembolso económico alguno con ocasión de utilizar el servicio.

Los derechos de los usuarios ante las administraciones públicas sanitarias están recogidos en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Son derechos instrumentales del derecho a la salud, y se predicen, de modo universal, de todas las personas. Se trata de un derecho con la máxima amplitud en la configuración de su ámbito subjetivo, ya que se reconoce a favor de todos y cada uno de los individuos residentes en territorio nacional. En el caso de extranjeros no residentes se habrá de estar a lo que dispongan las leyes y los convenios internacionales. Y en relación con los inmigrantes irregulares, nada se estipula en la norma.

En el mismo sentido, la Ley General de Salud Pública de 2011 establece que “todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Establecida, en el plano teórico, la igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias, los poderes públicos deben verificar que esa igualdad es también efectiva. La dotación presupuestaria de los distintos servicios y unidades sanitarias debe garantizar el acceso real en condiciones de igualdad, en razón de las circunstancias que se produzcan en cada caso concreto. Una disminución cuantitativa puede suponer un cambio cualitativo; esto es, que la insuficiencia presupuestaria puede conllevar la infracción del principio de igualdad. La calidad asistencial puede oscilar entre ciertos límites mínimo y máximo en función de los medios económicos disponibles, pero no puede disminuir a un punto en el que quiebre el principio de igualdad. Los poderes públicos, por imperativo legal, no pueden permitir que esto ocurra.

#### 5. El principio de eficiencia y la oportunidad de la medida

Ha calado en nuestra clase política y en nuestra ciudadanía la idea de inevitabilidad de los recortes en las políticas públicas. El “no hay dinero” lleva a la consecuencia ineludible de la disminución o cancelación de determinados servicios. Se simplifica así el problema, pues resulta evidente que si no se presta el servicio se ahorra el coste, confundiendo de forma grosera la eficacia (la capacidad de lograr objetivos) con la eficiencia (el coste de conseguir objetivos). Hay una razón para esto: la Administración española ha venido adoleciendo de falta de estudios de eficiencia. Los análisis de calidad y eficiencia económica -en definitiva, las evaluaciones de las políticas públicas- vienen siendo una rareza en nuestra tradición administrativa.

No es así en otros países. Alemania ha suprimido para 2013 el copago trimestral por acudir a la sanidad pública. Los pacientes alemanes ya no tendrán que abonar 10 euros trimestrales por acudir a la consulta médica o al servicio de urgencias de un hospital. El pago aumentaba en 10 euros adicionales cuando el paciente acudía al especialista sin el volante de su médico de cabecera, o sea, sin previa prescripción. Esta medida, que se implantó en 2004, tenía como finalidad reducir el número de consultas médicas innecesarias y evitar que los enfermos acudieran al especialista sin el filtro previo del médico generalista. La evaluación de estas medidas reveló que sólo resultaban disuasorias para las familias de rentas más bajas, mientras que el número total de consultas no sólo no se redujo, sino

que continuó creciendo. Por otro lado, la facturación del copago implicaba un alto coste de administración: el médico invertía una media de 120 horas anuales en gestionar el cobro de las correspondientes cantidades, que eran parte de su retribución. Fue un notorio fracaso que ahora se pretende corregir.

Ya hemos dicho que la Ley General de Sanidad establece el principio de igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones sanitarias. En este sentido, la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud contiene un catálogo de prestaciones financiadas con cargo a la Seguridad Social, catálogo que desarrolla el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y se detalla el procedimiento para su actualización. El catálogo de prestaciones tiene por objeto garantizar a los usuarios del sistema en todo el territorio nacional las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y de nivel adecuado. La cartera de servicios comunes puede actualizarse mediante orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. El propio Real Decreto detalla los principios que han de tenerse en cuenta para la definición y actualización del catálogo: la seguridad, eficacia, eficiencia, efectividad y utilidad terapéuticas de las técnicas, tecnologías y procedimientos, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales y su impacto económico y organizativo.

La Ley 16/2003 también contempla la exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento actualmente incluido en la cartera de servicios, pero sólo por causas objetivas y tasadas: evidenciarse su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; haber perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico; dejar de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente. De esta manera, la pérdida de eficiencia de un tratamiento concreto puede ser motivo para su exclusión del Sistema Nacional de Salud, pero la insuficiencia de recursos financieros no está contemplada en la ley como motivo de exclusión.

No cabe duda de que la inclusión o exclusión de elementos de la cartera de servicios se ha de poner en relación con la capacidad del sistema de ofrecer prestaciones concretas. Esto significa que el derecho a obtener prestaciones no es a recibir todas las posibles, sino aquéllas que estén disponibles. La capacidad financiera del sistema limita el número de prestaciones sanitarias, de forma que no todas ellas son ofrecidas por el servicio público de salud. Además, el catálogo de prestaciones que ofrece el Sistema Nacional de Salud no es fijo, pues varía según las decisiones políticas sobre el destino de los recursos financieros y

de personal. Se puede concluir que no existe el derecho a que el Sistema Nacional de Salud se haga cargo de una terapia en concreto, siendo ésta una decisión que en cualquier caso se debería evaluar desde el prisma del principio de eficacia, no desde una inexistente exigibilidad jurídica por los ciudadanos. Cosa distinta es la reducción presupuestaria que afecta a la prestación del servicio, circunstancia que, por no estar prevista en la ley, en nada reduce el ámbito del derecho a la salud, y que por tanto debe ser manejada con una precaución extrema.

En todo caso, la evaluación de las políticas públicas en materia de salud no es una opción de los equipos de gobierno, sino una verdadera obligación legal, ya que el art. 35.1 de la Ley General de Salud Pública establece que “las Administraciones públicas deberán someter a evaluación del impacto en salud, las normas, planes, programas y proyectos que seleccionen por tener un impacto significativo en la salud, en los términos previstos en esta ley”. Este no parece ser el caso de España, país donde la evaluación de políticas públicas es la excepción y donde medidas como la implantación de tasas sobre servicios sanitarios se pueden llegar a implantar contra la opinión casi unánime de los colectivos profesionales implicados.

La cuestión es ¿en qué consisten la eficiencia y la ineficiencia en la provisión de un servicio público? y ¿cómo se miden? El coste es un factor que no puede ignorarse, pero no es el factor determinante. Entre varias medidas, deberá escogerse la menos gravosa para el contribuyente. Pero cuando se trate de opciones contradictorias, habrá que considerar también los costes de oportunidad, esto es, lo que se pierde cuando se adopta la decisión equivocada (Judt).

### 6. Posible inconstitucionalidad del copago farmacéutico desde el orden competencial

El Consejo de Estado, máximo órgano consultivo de nuestro país, ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de la medida de copago farmacéutico, en concreto sobre la implantada por la Generalitat de Catalunya mediante la Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turísticos.

En su dictamen 623/2012, de 21 de junio, el Consejo de Estado analiza la constitucionalidad de esta Ley, cuya exposición de motivos no deja ninguna duda en cuanto a su causa: “la necesidad urgente de adoptar medidas encaminadas a combatir las consecuencias que en Cataluña está teniendo la crisis económica y financiera internacional”.

El Consejo de Estado estudia si existen fundamentos jurídicos suficientes para la interposi-

ción por el Presidente de Gobierno de recurso de inconstitucionalidad contra algunos de los artículos de esta Ley. A tal efecto examina, entre otras previsiones, la contenida en el artículo 41 del citado texto legal, por la que se crea la “tasa sobre los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación”. Tras este estrambótico nombre se esconde lo que se ha dado en llamar “euro por receta”. El hecho imponible queda ya identificado en la propia denominación de la tasa, cuyo sujeto pasivo es la persona física a la que se prescribe el medicamento, siendo el importe de un euro por receta u orden de dispensación, si bien se establecen diversas exenciones objetivas y subjetivas. En este sentido, el Consejo no reprocha una eventual falta de competencia de la Generalidad para el establecimiento de tributos propios, pues entiende que no cabe cuestionar su potestad tributaria, sino el hecho de que la instauración de la tasa, como consecuencia del ámbito sobre el que se proyecta, vulnera el orden dispuesto por el art. 149.1.16<sup>a</sup> del texto constitucional, que establece la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

El Consejo argumenta que el Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre el alcance de esta competencia en su Sentencia 98/2004, en la que se declaró que “la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español”. Esta Sentencia declara, además, que dentro de ese sistema normativo sanitario nacional, el establecimiento de la prestación farmacéutica y su financiación pública “constituyen un criterio básico en materia de sanidad, pues satisfacen las exigencias formales y materiales de la legislación básica”; y profundiza en esta idea señalando que “la financiación pública del medicamento a través del establecimiento de precios de referencia o sistema equivalente es, ciertamente, un aspecto esencial o nuclear de la regulación de la prestación farmacéutica, al ser un presupuesto necesario para el acceso de los ciudadanos a los medicamentos en condiciones de igualdad, a precio razonable y con un precio público ajustado. Partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que al Estado corresponde su regulación”. En consecuencia y a renglón seguido, se considera que “el acceso al mismo [al medicamento] en condiciones de igualdad presupone necesariamente una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español que establezca un sistema de precios de referencia a los efectos de determinar el alcance de su financiación pública, de tal modo que quede garantizado a todos los ciudadanos, con

independencia de la Comunidad Autónoma en que residan, el disfrute de medicamentos financiados públicamente al menos en un mismo porcentaje mínimo, susceptible, como ha quedado ya dicho, de ser incrementado en virtud de las disponibilidades financieras de cada Comunidad en cuestión”.

La conclusión que extrae de esta Sentencia el Consejo de Estado es que las Comunidades Autónomas no pueden incidir, ni directa ni indirectamente, en la fijación de los precios de los medicamentos que son objeto de financiación pública, por ser esta una cuestión que forma parte de la competencia exclusiva estatal consagrada en el artículo 149.1.16<sup>a</sup> de la Constitución.

Entiende también el Consejo de Estado que el precepto autonómico también vulnera lo dispuesto en el 149.1.1<sup>a</sup>, a cuyo tenor corresponde al Estado la competencia exclusiva para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Entiende que este es uno de los títulos competenciales en que se funda la Ley estatal 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que, al enunciar los principios generales que la informan, menciona expresamente “la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad” y “la financiación pública del Sistema Nacional de Salud de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica” (letras a) y e) del artículo 2). En esta misma línea, el artículo 23 de esta norma previene que “todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en esta Ley en condiciones de igualdad efectiva”.

En definitiva, el Consejo de Estado concluye que procede por parte del Presidente de Gobierno la impugnación del artículo 41 de la Ley 5/2012 por vía de recurso de inconstitucionalidad.

Los argumentos del Consejo de Estado se mueven por tanto en el terreno del reparto de competencias, pero es previsible que el Tribunal Constitucional acabe pronunciándose sobre cómo afectan los recortes a los derechos fundamentales. El Alto Tribunal tiene pendiente de resolver el conflicto positivo de competencias promovido por el Gobierno central contra el decreto sanitario vasco que, entre otras cosas, evita la retirada de la tarjeta sanitaria a los inmigrantes irregulares, medida que había adoptado el Gobierno de la Nación. En un auto de medidas cautelares del que acaba de tener noticia la prensa (aunque no ha sido aún publicado), el Tribunal levanta la suspensión que tenía acordada sobre esta medida, y lo interesante es la argumentación que utiliza: en primer lugar, que limitar el acceso a la sanidad para determinados colectivos puede afectar no solo a su salud, sino a la salud pública en general; segundo, que el derecho a la salud, que consagra la Constitución, debe prevalecer sobre el beneficio econó-

mico vinculado al ahorro que la discriminación en la atención sanitaria supone. Es posible que el auto esté anticipando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este asunto, pero habrá que esperar a la sentencia para confirmarlo.

## 7. A modo de valoración y conclusión

El capitalismo se basa en un mito: el del crecimiento infinito. Este dogma, que ha conseguido implantarse en lo más profundo del pensamiento político y económico de los últimos 120 años, tiene por cierto que el único destino de la economía es el crecimiento de la actividad económica y por ende de los beneficios generados. El PIB debe crecer año tras año de la mano de la renta per capita mientras la sociedad, cada vez más rica, aumenta el consumo de productos y servicios cada vez más caros (inflación) y sofisticados. Es el círculo virtuoso del libre mercado, del que ningún país puede apartarse so pena de hundirse en el aislamiento y la pobreza. Esta visión de las cosas se ve puesta en entredicho por las grandes crisis, que además son cíclicas (1929, 1973, 2007...), pero sus defensores sostienen que tales crisis son factor inseparable del crecimiento; algunas ramas pueden enfermar, pero si se podan el crecimiento sano del árbol está garantizado.

Un segundo mito complementa al anterior: el del avance social constante, esto es, que las sociedades avanzadas siempre van a mejor. Este mito ha sido alimentado durante siglo y medio por los avances constantes de la ciencia y la tecnología, avances que han supuesto formidables progresos en distintos campos y disciplinas. Pero basta recordar que las décadas anteriores a la I Guerra Mundial cundió el optimismo en el mantenimiento de la paz y la prosperidad; las pequeñas rencillas nacionales y nacionalistas parecían anacrónicas e insuficientes para producir una guerra que, en todo caso sería extremadamente cara y cruel por los avances en tecnología bélica. Sin embargo, la gran guerra estalló, e incluso se reprodujo en una segunda gran guerra. Y la economía europea no recuperó los niveles de 1913 hasta mediados los 50. Las sociedades modernas, en su soberbia, olvidan que a lo largo de la historia son muchos los grandes imperios que han caído y las grandes civilizaciones que han desaparecido.

En definitiva, la economía sin intervención del Estado conduce al desastre. Las ingentes sumas de dinero que los gobiernos han inyectado en la banca enferma demuestran que los más acérrimos neoliberales partidarios del libre mercado y de la reducción del Estado acuden a éste cuando la crisis arrecia. Solicitan ayuda pública para un problema privado argumentando que si ellos caen, cae toda la sociedad.

En cualquier caso, los viejos paradigmas ya no son hoy válidos. En las décadas de prosperidad europea y norteamericana de la posguerra,

el éxito del Estado de Bienestar se apoyaba en el equilibrio entre la producción de riqueza y su redistribución, ambas bajo el control del Estado. Pero la llamada globalización sacó del control del Estado la producción, que ahora es internacional. Perdido el control simultáneo sobre ambos factores -producción y distribución del beneficio-, las estructuras de bienestar quedan desnudas por falta de financiación y muestran el que, a ojos de sus detractores, es su principal defecto: son caras e ineficientes.

El ciudadano infantilizado y desvalido que describía Pascal Bruckner en su obra *La tentación de la inocencia* se enfrenta a una realidad compleja que no puede asimilar y se siente desolado por la inesperada pérdida de un modelo social que garantizaba su bienestar.

El hecho de la aparente nimiedad de las medidas -“solo” un euro por receta, “solo” 5 euros por traslado en ambulancia- no puede ocultar el impacto económico que puede tener en algunas rentas. Ha de tenerse en cuenta que cada receta del Sistema Nacional de Salud se refiere a un único medicamento, y que los tratamientos habituales suelen consistir en la prescripción de más de uno, puede que durante un tiempo prolongado. Aquí está la verdadera ruptura del principio de igualdad: la enfermedad no es una opción personal, sino una circunstancia personal inevitable. La renta personal va a ser un factor de diferencia entre los ciudadanos en relación con su acceso al Sistema Nacional de Salud.

En cuanto a la idea de que estas medidas de ahorro estimulan la eficiencia del sistema, hay que señalar que es muy probable que el copago reduzca el consumo innecesario, pero también el necesario, como indica la experiencia alemana. Por otro lado, las reducciones presupuestarias excesivas pueden llegar a estrangular el funcionamiento de algunos servicios o perjudicar gravemente la calidad asistencial. Y no se puede obviar el coste burocrático que genera la facturación de pequeñas sumas de dinero.

En cuanto al papel del Derecho en todo este problema, cabe afirmar que la tarea de los juristas no puede limitarse a la aplicación mecánica del Derecho positivo. Algunos jueces de lo civil han dado un ejemplo de esto cuando se han negado a ejecutar desahucios que afectaban a personas en situación de necesidad; han rehusado convertirse en oficinas de cobro de las entidades bancarias y han aplicado los principios de justicia a los que están obligados por el texto constitucional que juraron en su toma de posesión. Siempre se ha dicho que el Derecho va por detrás de la realidad, y difícilmente por delante. Sin embargo, el Derecho tiene una vocación transformadora de la realidad. No puede permitirse que la realidad arrolle el Derecho, que la crisis transforme categorías jurídicas por decreto-ley. El Estado de Bienestar en España ha sido el fruto de grandes consensos y del trabajo continuado de muchos profesionales. Como cualquier

otra creación humana, es perfectible, pero no puede ser desmantelado sin más por razones de insuficiencia presupuestaria.

El problema es que el debate político ha sido desplazado por el discurso económico; la filosofía política anulada por la economía. Y la economía es una ciencia que describe la realidad e incluso intenta predecirla, pero no la modifica; la guía de una sociedad, el motor para su transformación, se encuentra en la Política y en el Derecho, no en la Economía. La sanidad no puede gestionarse de forma competitiva, únicamente guiada por el discurso económico, porque es al mismo tiempo una actividad económica y un bien público esencial.

Es cierto que el Sistema Nacional de Salud precisa de grandes reformas. Pero como advirtió Keynes, la austeridad debe aplicarse en tiempos de bonanza, no en plena crisis. No es cierto que haya un solo camino posible, el de la restricción ciega del gasto, pues en la medida en que los recortes puedan lesionar la calidad asistencial, los poderes públicos estarán infringiendo sus deberes constitucionales.

Es indispensable que los poderes públicos persigan objetivos más allá de la reducción del déficit público, pues una sociedad sin destino está destinada al fracaso.

## 8. Nota bibliográfica

ACOSTA GALLO, P., *Salud, profesiones sanitarias y Constitución Española*, Ed. Mapfre, Madrid 2002; BEATO ESPECJO, M., “Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, *Revista de Administración Pública*, septiembre-diciembre, núm. 141, 1996; BRUCKNER, P., *La tentación de la inocencia*, Ed. Anagrama, Madrid 1993; FUENTETAJA PASTOR, J.A., “La intervención de la Administración en la sanidad”, en la obra colectiva *Parte especial del Derecho Administrativo, la intervención de la Administración en la sociedad*, coordinado por E. Linde Paniagua, Ed. Colex, Madrid 2007; JUDT, T., *Algo va mal*, Ed. Taurus-Santillana, Madrid 2010; KEYNES, J.M., *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936), MacMillan, Cambridge University Press for the Royal Economic Society, 1993; MARTIN MATEO, R., “Medicina preventiva, Economía y Derecho. Un sistema inescindible”, *Revista de Administración Pública*, núm. 145, 1998; MUÑOZ MACHADO, M., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid 1995; PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones generales sobre la sanidad y la salud a modo de prólogo” en el estudio preliminar al *Manual jurídico de la profesión médica* coordinado por A. Palomar Olmeda, Ed. Dykinson, Madrid 1998; SANCHEZ AGESTA, L., *Principios de teoría política*, Editora Nacional, Madrid 1979; SMITH, ADAM, *La riqueza de las naciones*, 1776.



## Justicia para el que pueda pagarla. Un alegato contra las tasas con ejemplos de procesos civiles de consumo

Verónica del Carpio Fiestas | Abogada. Profesora Asociada de Derecho Civil | Universidad Nacional de Educación a Distancia

**Resumen:** Este artículo expone de forma crítica el contenido y ámbito de aplicación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia. Se recogen numerosos casos prácticos relativos a procesos civiles de consumo que ponen de manifiesto las situaciones injustas generadas por la nueva ley y su carácter contrario a la Constitución y a los convenios internacionales.

**Palabras clave:** Administración de justicia, procesos civiles, tasas judiciales, costas judiciales, Constitución.  
Title: Justice for whom can afford it. An allegation against court fees with examples of civil processes of consumption

**Abstract:** This article discusses critically the content and scope of the Law 10/2012, of 20 November, by which regulates certain fees in the area of administration of justice. Numerous cases show the

injustices generated by the new law and its nature contrary to the Constitution and international conventions.

**Keywords:** Administration of justice, court fees, civil processes, legal costs, Constitution.

**SUMARIO:** 1. ¿Es la recientemente aprobada Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia una justicia de dos velocidades? 2. Sobre su ámbito de aplicación. 3. Ejemplos concretos de la aplicación de la tasa judicial en pleitos civiles, algunos con relevancia en materia de consumo. 4. ¿Por qué las tasas judiciales perjudican directamente a los desahuciados? 5. ¿Por qué las empresas resultan más beneficiadas por el sistema de tasas que el consumidor que las demanda? 6. ¿Podrá el demandante recuperar las tasas soportadas mediante la condena en costas del contrario?

### 1. ¿Es la recientemente aprobada Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la administración de justicia una justicia de dos velocidades?

No, en mi opinión es sencillamente una Justicia para quien pueda pagársela, y ninguna para el que no pueda. Simplemente, miles de euros por demandar, miles de euros por recurrir a pagar por toda persona física que gane más de 1.100€ por unidad familiar, sin graduación en función de la capacidad económica. Las personas físicas son tratadas igual que una empresa multinacional. Las tasas son descabelladas e inasumibles para cuantías de litigio altas y medias, y disuasorias para cuantías pequeñas.

No repetiré obviedades como que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución y en los Convenios Internacionales es un pilar del Estado de Derecho, porque es el límite a la arbitrariedad del Estado y de los poderosos. En los desafueros cotidianos hay grados. Pero sí quiero insistir en lo siguiente:

Cuando todas las asociaciones de jueces y fiscales, los mismos que se verían descargados de trabajo, incluyeron la retirada del proyecto en sus reivindicaciones, porque no se puede descongestionar los tribunales a costa de la indefensión de millones de ciudadanos; cuando los abogados salen a la calle en toda España, y los Jueces Decanos con ellos; cuando todos los presidentes de Audiencias Provinciales de España lo rechazan; cuando todas las asociaciones de consumidores denuncian que el proyecto es el

fin de Derecho del Consumo; cuando los Colegios de Abogados promueven envío masivo de solicitudes a la Defensora del Pueblo para que interponga recurso de inconstitucionalidad... algo muy grave se está intentando legitimar, algo que ni como juristas ni como ciudadanos podemos tolerar, y todavía podemos evitarlo<sup>1</sup>.

Las soluciones alternativas, como la mediación, sin perjuicio de su necesidad, no pueden dar respuesta a muchos supuestos, como el que exista una parte fuerte que no quiera negociar, sino imponer. Lo que pasa también con el Estado, con el que no se negocia, y estas tasas se aplican también en la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Fomentar medidas alternativas a los juicios? Sí, sin duda. Pero siempre partiendo de que se retiren estas tasas inconstitucionales, injustas y discriminatorias. No hay Estado de Derecho sin acceso a los tribunales, y el Estado de Derecho es requisito y garantía de Estado Social. Cuando un Estado impide el acceso a los tribunales mediante el sistema de imponer tasas que disuadan o sean inasequibles, eso no es un Estado de Derecho.

### 2. Sobre su ámbito de aplicación

Se pretende que pague cualquier persona física o jurídica (art. 3), sea cual sea su nivel de ingresos, en todas las jurisdicciones, excepto la penal (¿por ahora o más adelante volveremos al preconstitucional sistema de tasas por asuntos penales?) constituyendo la base imponible originada por el ejercicio de los siguientes actos procesales:

a) La interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales en el orden jurisdiccional civil, la formulación de reconvencción y la petición inicial del proceso monitorio y del proceso monitorio europeo.

- b) La solicitud de concurso necesario y la demanda incidental en procesos concursales.
- c) La interposición de la demanda en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.
- d) La interposición del recurso extraordinario por infracción procesal en el ámbito civil.
- e) La interposición de recursos de apelación contra sentencias y de casación en el orden civil y contencioso-administrativo.
- f) La interposición de recursos de suplicación y de casación en el orden social.
- g) La oposición a la ejecución de títulos judiciales.

Exenciones previstas: básicamente el Estado en todas sus formas y los que tengan derecho a justicia gratuita (en personas físicas, las que tengan ingresos por unidad familiar superiores al doble del IPREM, es decir, 532,51€ X 2, aprox. 1.100€/mes para año 2012). No se gradúa por capacidad económica: cualquier familia que gane, en su conjunto de unidad familiar más de aprox. 1.100€/mes. Sólo excepcionalmente, excepcionalmente, y como máximo, el cuádruple del IPREM, esto es, 2.200, si la familia es muy numerosa o soporta especiales cargas). Exenciones por materia: unas pocas cuestiones en Derecho de Familia. Basta leer los ejemplos para comprobar que en pleitos cotidianos resultan unas tasas desorbitadas e inasequibles, y en asunto de pequeña cuantía (multas, Derecho del Consumo) las tasas son directamente disuasorias porque llegan a doblar, e incluso más que doblar, los importes reclamados.

Como ha afirmado recientemente la profesora González Carrasco<sup>2</sup> en este mismo foro, ...“la cuantía de la tasa obstaculiza de forma irrazonable el acceso a la administración de justicia cuando su cuantía coincide (o, teniendo en cuenta la anterior matización supera) la del litigio interpuesto, como ocurre con la cuota fija de 150 euros en la

<sup>1</sup> NOTA CESCO. El fiscal general del Estado, Eduardo Torres-Dulce, anunció el martes día 4 de diciembre de que su departamento está elaborando un estudio para valorar si la cuantía de las nuevas tasas judiciales puede considerarse “excesiva” y que trasladará el informe a las autoridades pertinentes si en algún momento requieren su opinión al respecto (lo que no hicieron institucionalmente durante la tramitación de la Ley).

<sup>2</sup> “Nota jurisprudencial a la Sentencia 190/2012, de 29 de octubre de 2012, del Tribunal Constitucional (Sala 2ª). Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la administración de justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la constitucionalidad de la actualmente vigente (Ley 10/2012 de 20 de noviembre)”.



demanda de juicio verbal en los casos de reclamaciones de obligaciones de hacer distintas de la reclamación de cantidad (vgr. acción de reparación o sustitución contra el vendedor) o de ejecución de laudo arbitral de consumo de cuantía igual o inferior a 150 euros, habida cuenta de que la exención de la tasa en reclamaciones de cantidad inferiores a dos mil euros no alcanza a los procedimientos que no tengan por objeto una reclamación de cantidad ni a aquéllos en los que la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 517 de la ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, según lo dispuesto en el art. 4.1<sup>3</sup>) de la ley de tasas. Con esto último quiebra la gratuidad del sistema arbitral de consumo y la propia finalidad incentivar la resolución de los litigios por medios extrajudiciales con que se ha presentado la nueva ley de tasas”.

Además se fija un límite a la tasa de 10.000€ por actuación, por lo que los grandes pleitos en los que estén en juego cientos de millones de euros entre la multinacional A y el multinacional B costarán apenas un poco más que la demanda que interponen los padres de un niño que sufre graves daños cerebrales por una negligencia médica y reclaman una indemnización contra el hospital. Y por si fuera poco las empresas se quitan las tasas como gastos fiscalmente deducibles y el particular no.

Lo anterior se agrava si pensamos que además hay ya tasas judiciales autonómicas en Cataluña<sup>3</sup>, en vigor desde hace poco, que se SUMARÁN a las estatales. Y usted, lector, si cree que no le afecta la doble tasa porque vive en otro sitio, se equivoca por completo: puede verse obligado a demandar o ser demandado en Cataluña o Valencia por muchos motivos, los que marcan las leyes procesales que no permiten demandar donde se quiera, sino donde corresponda: ejemplos entre muchos, si quien le debe dinero, con quien ha firmado el contrato o le causa el perjuicio reside allí o se traslada allí, o si es allí donde tiene usted el accidente o donde es propietario de un apartamento en la playa.

### 3. Ejemplos concretos de la aplicación de la tasa judicial en pleitos civiles, algunos con relevancia en materia de consumo

Hemos de partir del art. 5.1 de la Ley de Tasas, que establece el devengo de la misma en

el orden jurisdiccional civil en los siguientes momentos procesales:

- a) Interposición del escrito de demanda.
- b) Formulación del escrito de reconvencción.
- c) Presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio y del proceso monitorio europeo.
- d) Presentación de la solicitud de declaración del concurso por el acreedor y demás legitimados.
- e) Presentación de demanda incidental en procesos concursales.
- f) Interposición del recurso de apelación.
- g) Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal.
- h) Interposición del recurso de casación.
- i) Interposición de la oposición a la ejecución de títulos judiciales

En todo “juicio ordinario” se establece un fijo de 300€ más un variable del 0.5% por demanda (o por reconvencción) que se calcula sobre la llamada “cuantía procesal”, es decir, el valor económico que la propia ley procesal asigna al pleito, y ese mismo 0.5% se añade a las tarifas fijadas por apelación y casación<sup>4</sup>, todas ellas por supuesto con su correspondiente 0,5% de variable. El resultado de la aplicación de la tasa en demandas (300€ de fijo más 0,5% de tasa variable sobre cuantía procesal) sería como se indica en los siguientes ejemplos de pleitos cotidianos:

Si se discute sobre un inmueble, el valor real del inmueble, tanto si se refiere a propiedad como la posesión. Ej. pleito contra constructora sobre piso vendido sin licencia, precio 300.000€. Fijo 300€ + variable (300.000 X 0.5%) = 1.800€. Que cada cual saque la calculadora y calcule con lo que vale su piso. Porque si vale 600.000€, su tasa solo por demanda será 3.300€, aunque usted esté asfixiado con unos ingresos familiares de 1.100€/mes. Y que calcule que si pierde el pleito por apelar pagará 800+(300.000 x 0.5%), es decir, 2.300€. ¿Que usted no tiene 2.300€? Pues se queda usted sin apelación. Claro que si usted gana en primera instancia quien tendrá ese dinero, y además se deducirá la tasa como gasto, será la constructora; así que usted, consumidor, tendrá solo una posibilidad de ganar, cuánto lo siento, y su contrario dos.

Ídem una acción posesoria (antiguos interdictos, p.ej., la constructora del edificio al lado no respeta linderos y empieza a construir ilegalmente encima del suelo del reclamante). Por un piso de 300.000€, 1.800€ de tasa. Y añadan la apelación, en este caso y en todos, y la casación, cuando es posible.

Ídem una demanda de retracto por un inquilino. El arrendador tiene obligación de ofrecer la posibilidad de comprar el piso antes de venderlo a otros; si no lo hace, lo puede comprar el inquilino interponiendo este pleito. Coste tasa: 300€ fijo más 0.5% del precio pagado por el piso. Ej. con piso 300.000€: tasa 1.800€

Ídem la división de la cosa común. Dos copropietarios de un inmueble, por haberlo heredado, o por haber estado casados en su día, quieren dividirlo. Coste tasa: 300€ fijo más 0.5% del valor de mercado del piso. Ej. con piso 300.000€: tasa 1.800€

División judicial de patrimonios (herencias, condominios, liquidación de gananciales, liquidación de patrimonio de parejas de hecho). Cuantía procesal, el valor del global del patrimonio. Ejemplo de patrimonio común consistente en piso de 300.000€, apartamento en la playa de 60.000€, 35.000€ en el banco y un coche de 5.000€, total 400.000€ Cuantía tasa: fijo 300 + variable (300.000 X 0.5%) = 2.300€. Que cada cual saque la calculadora y piense qué tendrá que pagar por esa herencia problemática que tiene pendiente.

Si se discute sobre una servidumbre –ejemplo, litigio por ventana ilegal abierta en un patio de vecinos entre dos comunidades -la suma de la cuantía procesal sobre la que se calcula el variable del 0,5% es el valor completo de los dos edificios dividido entre 20. No me atrevo ni a decir cuánto sale.

Una reclamación de cantidad de cualquier índole, o indemnización, cuantía procesal, la cantidad reclamada. Ejemplo real del jubilado que ha denunciado la pérdida de sus ahorros por las preferentes<sup>5</sup>, si no prosperara la vía penal y tuviera que acudir a la vía civil. Ahorros reclamados: 128.000€. 300 + (128.000 X 0.5%) = 940€. ¿Le deben a usted dinero en importe superior a 6.000€? Saque la calculadora y calcule: tasa, 300€ de fijo más el 0,5% de lo que le deben, solo la demanda.

Un niño muere en un accidente de avión. La legislación aplicable obligaría a la compañía aérea a pagar un millón de euros a los padres del niño fallecido (caso real). Tasa: 300€ + (1M€ X 0.5%) = 5.300€.

Humedades en un piso: “cuantía indeterminada” por pretender que se arregle la terraza de donde proceden las filtraciones con obras que no se sabe exactamente cuáles serán (cuantía a estos efectos según el proyecto 20.000€), total 20.000€, o sea,

<sup>3</sup> NOTA CESCO: La Ley 5/2012 de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del Impuesto sobre las Estancias en Establecimientos Turísticos -publicada en el BOE número 83 de 6 de abril de 2012 y previamente en el «Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña» número 6094, de 23 de marzo de 2012- en su artículo 16 añade un nuevo título III bis al texto refundido de la Ley de tasas y precios públicos de la Generalidad de Cataluña, que tiene por objeto regular la nueva tasa judicial autonómica para el justiciable (nuevo artículo 3 bis. 1) y otra tasa para “la utilización o el aprovechamiento de los bienes y derechos afectos al servicio de la Administración de justicia” (nuevo artículo 3 bis. 2).

<sup>4</sup> NOTA CESCO: Ello teniendo en cuenta, además, que un demandante que no viera satisfecha su pretensión hasta la casación, sólo recuperaría en vía de costas las tasas abonadas en la primera instancia, habida cuenta de que el apelado y en general, el vencido en casación por el recurrente (quien a su vez ha soportado las tasas expresadas en el texto), no puede ser condenado a las costas del contrario (art. 398.2 en relación con el 394 LEC 1/2000).

<sup>5</sup> Nota CESCO: se recomienda en este punto la lectura del artículo “Cómo afectan las nuevas tasas judiciales a los usuarios bancarios” <http://hayderecho.com/2012/11/26/como-afectan-las-nuevas-tasas-judiciales-a-los-usuarios-bancarios/> 26 noviembre, 2012 - Autor: Gonzalo Romero Jiménez.

300 + .05% de 20.000€ = 400€. Y, lector, su póliza de seguros de hogar que le garantiza la defensa jurídica gratuita no le cubre la tasa, y si se la cubre, como esto es un aumento importante de coste para la compañías si el proyecto sale adelante a usted le subirán la prima del seguro; lo mismo que la de su seguro de automóvil o de responsabilidad civil.

Reclamación de una comunidad de propietarios contra la constructora por vicios de construcción: cuantía procesal, lo que cueste efectuar la reparación. Imagínese el coste de la tasa si la reparación es de millones o cientos de miles de euros como es cotidiano, y sobre eso calcule 300€ de fijo y sume el 0.5% de lo que cueste la reparación.

Y para hacer el ejemplo completo, uno real: 11.300€ tendrían que haber pagado al Estado de tasas unos padres que reclamaron 600.000€ de indemnización para su hija con gravísimos daños cerebrales en causados por una negligencia médica en un parto, y a los que solo les dieron la razón en el Tribunal Supremo (sentencia de 23-12-2002). Primera instancia: 3.300€; apelación 3.800€; casación 4.200€. Han leído bien: 11.300€. Y, claro, añadan a ello la tasa por pedir la ejecución si el condenado no paga voluntariamente.

### 4. ¿Por qué las tasas judiciales perjudican directamente a los desahuciados?

Este apartado tiene por objeto poner de manifiesto la inadmisibles incoherencia del Ministerio de Justicia en un punto concreto: la protección de los deudores hipotecarios; de los “desahuciados”, y cómo estos resultan desprotegidos y gravemente perjudicados por la Ley de Tasas Judiciales.

En dos normas dictadas en las mismas fechas existen dos planteamientos absolutamente divergentes:

En una, el Real Decreto 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios se pretende proteger a los “desahuciados”.

En la otra ley, la Ley 10/2012 de Tasas judiciales, aprobada el día anterior, se sigue manteniendo que esos mismos “desahuciados” paguen vía condena en costas las tasas judiciales abonadas por el banco al demandar, incluso con un pequeño aumento. Y además, como impactante novedad, se les obstaculiza el acceso a otro pleito posterior que la vigente ley obliga a plantear el ejecutado, incluso ya tras ser desahuciado, si su contrato es abusivo y quiere evitar que la deuda quede ya definitiva.

Debido a las limitaciones propias del procedimiento ejecutivo, el ejecutado tendrá que interponer contra la entidad bancaria un segundo pleito si quiere hacer valer el carácter abusivo de una cláusula del contrato: un “procedimiento declarativo” que sí permite plantear si el préstamo es o no acomodado al Derecho del Con-

sumo; si bien el “procedimiento declarativo” no impide que prosiga el procedimiento ejecutivo, por lo que el deudor habrá perdido el bien gravado con la hipoteca, su piso, para cuando recaiga la resolución en el procedimiento declarativo. Está en estos momentos en discusión en el Tribunal de Justicia Europeo si esa limitación de defensa que impide al ejecutado alegar en el procedimiento hipotecario y obliga a un pleito distinto que sin embargo no paraliza el “desahucio” contradice la normativa europea.

Pero sea como fuere, se da la paradoja de que el ejecutado que reúna los requisitos para verse beneficiado por este Real Decreto

Antes de la Ley de Tasas tenía que reembolsar vía costas unas tasas procesales al banco, que ahora incluso han subido, y eso se mantiene porque NO ha sido eliminado por el Real Decreto de protección de deudores hipotecarios.

Y antes de la Ley de Tasas el ejecutado no tenía que pagar tasas en cualquier otro pleito que interpusiera, pues estaban exentas las personas físicas, y ahora tiene que pagarlas por cualquier pleito que interponga, incluyendo el “declarativo” que presente contra el mismo banco para discutir si la deuda era la correcta, si los intereses eran abusivos o si había otras cláusulas contrarias al Derecho del Consumo.

Tendrá que pagar las tasas, digo, si puede; porque si no puede, y difícilmente podrá alguien en tan precarias circunstancias, se queda definitivamente sin ese segundo pleito, y por lo tanto sin el derecho a discutir si su deuda estaba correcta.

Y, por cierto, también quedarán estos desahuciados disuadidos por las tasas de cualquiera otro pleito, como por ejemplo el que podrían interponer para reclamar sus propios créditos contra el Ayuntamiento o la constructora que le ha causado la ruina con sus impagos.

O sea, ni defenderse, ni reclamar a otros para conseguir financiación. ¿Y qué paga exactamente un ejecutado en un procedimiento hipotecario? Pues tiene la mala suerte de que paga DOS tasas diferentes, no solo una:

Una por ser desahuciado, cosa que ya sucedía antes de la Ley de Tasas, con la única diferencia de que pagaba por eso una tasa de importe inferior. Y otra distinta por demandar él a su vez al banco en el pleito “declarativo ordinario” posterior, es decir, para defenderse, si es que decide hacerlo. La tasa que pagó el banco por demandar se le repercutirá al ejecutado en costas. Porque el banco paga tasa por demandarle; si bien esas tasas son gastos fiscalmente deducibles para el banco, cuando no lo son para los particulares, y a pesar de ello son repercutibles al ejecutado

¿Y de cuánto dinero estamos hablando?

Supongamos un caso en el que la casa estuviera tasada en su día en 300.000€, valor de tasación. Como el importe de la tasa se calcula por la suma de un fijo que se establece para cada

actuación sujeta a tributo, más un variable que depende de la “cuantía procesal” (el valor económico de lo que está en discusión, tal y como lo definen las leyes procesales), el importe de la tasa tiene que ser calculado caso por caso; se escoge el caso de un piso medio, con la valoración del valor de tasación, que es la que dice la ley que ha de tomarse en cuenta.

Pleito interpuesto por el banco contra el particular, el que acaba con el desahuciado en la calle (o no, si el desahuciado encajara en los supuestos excepcionales de moratoria por dos años de las nuevas medidas de protección). El banco tiene que pagar por demandar; ya tenía que hacerlo antes de la Ley de Tasas, porque había una ley de tasas anterior que imponía el pago de tasas a empresas de facturación superior a 8M€/año, y la Ley de Tasas que acaba de aprobarse lo que ha hecho ha sido generalizar el pago a todos, personas físicas y jurídicas, y a todos igual, con independencia de la capacidad contributiva, además de subir las cuantías preexistentes.

El banco paga de tasa por demandar: 1.700€.

El ejecutado pierde el pleito, que es lo único que puede suceder.

Su deuda se engrosa con esos mismos 1.700€ que el banco le repercute vía condena en costas

Y ello sucede así tanto si encaja en los supuestos excepcionales que permiten que le sea aplicable la moratoria de dos años, como si no encaja y va a la calle de inmediato.

Pleito interpuesto por el particular contra el banco, “procedimiento declarativo”, para intentar conseguir que se declare que hay cláusulas abusiva, intereses excesivos, etc. Demanda que formularía el particular, y que se quedaría sin interponer si éste no tiene dinero para pagar tasa, quedando por tanto su deuda con el banco firme y definitiva, ya indiscutible:

Demanda: 1.800€

Suponiendo que pierda y tenga que recurrir en apelación: otros 2.300€; y van 4.100€. El importe de tasa abonado para apelar no es nunca reintegrable vía costas, o sea, que es a fondo perdido

Suponiendo que pierda y tenga que recurrir en casación: otros otros 2.700€. El importe de tasa abonado para recurrir en casación no es nunca reintegrable vía costas, o sea, que es a fondo perdido. Total tres instancias: 6.800€

Si sumamos estos dos pleitos, el ejecutado que tuviera una casa valorada en 300.000€ tendrá que pagar de tasas repercutida en costas 1.700€ por el pleito que le pone en la calle; y si además quiere defenderse tendrá que pagar por el otro pleito hasta otros 6.600€.

O sea, que en total un desahuciado que tuviera un piso valorado en 300.000€ puede llegar a pagar de tasa en total hasta OCHO MIL SEISCIENTOS EUROS.

Y obsérvese que todas las propuestas que últimamente se oyen consistentes en que paguen tasas altas los bancos, que son, como es notorio, los grandes usuarios de la Administración de Justicia, han de tener en cuenta que el banco paga, porque dispone de dinero para hacerlo sin problemas, pero luego repercute en costas en este tipo de pleitos. El particular, y muy especialmente el deudor hipotecario, al final resulta perjudicado por una subida de tasa a los bancos, si es que se sigue manteniendo el mecanismo de la repercusión en costas en este tipo de asuntos.

## 5 ¿Por qué las empresas resultan más beneficiadas por el sistema de tasas que el consumidor que las demanda?

La Ley de tasas obliga a todo consumidor que demande en un pleito civil a asumir el 100% del gasto de la minuta de su abogado y todo el IVA, hoy al 21%, más la tasa judicial correspondiente. Es cierto que están exentas las reclamaciones de cantidad inferiores a 2000 euros (por cierto, en determinados casos, resultará más barato condonar la deuda en el sobrante y reclamar por el resto), pero a una empresa o un profesional el coste del abogado le resulta MUY INFERIOR:

El IVA de la minuta del abogado no le cuesta nada al empresario, por ser deducible. Una empresa se deducirá el IVA, y un particular no puede hacerlo. Por definición el particular SIEMPRE pagará por defenderse un 21% MÁS que un banco, una empresa de telefonía o una aseguradora.

Y empresas y profesionales pueden quitarse como gasto la minuta completa del abogado, mientras que el particular no. Esto ya es cuestión de legislación fiscal general, que permite que los mismos servicios sean gastos deducibles para una parte procesal y no lo sean para la otra.

Si el particular tiene la fortuna de ganar su juicio, la parte contraria condenada en costas que sea empresario, o profesional se deducirá el gasto de las costas procesales a cuyo pago ha sido condenada, y el IVA de la minuta del abogado del particular ganador. En cambio, si nuestro particular pierde no solo no podrá deducirse las costas del contrario como gasto, sino que ADEMÁS asumirá el IVA del abogado contrario, al 21%.

Y ahora a ello hay que añadir que las tasas judiciales TAMBIÉN son deducibles para las empresas (ej. reconvinientes o apelantes) PERO NO para los particulares que las demandan.

Las consecuencias de todo ello son evidentes. Para una gran empresa no prestar bien los servicios y esperar que el consumidor perjudicado demande es lo más rentable; sabe que muchos

no podrán permitirse sufragarlo, y que en cualquier caso siempre le resulta mucho más barata su defensa que al particular.

Con un IVA del 21% y ahora con tasas judiciales, la situación es de indefensión para una gran masa de clase media que no tiene derecho a justicia gratuita y tampoco dispone de medios para pagar un abogado.

## 6. ¿Podrá el demandante recuperar las tasas soportadas mediante la condena en costas del contrario?

La tasa ya fue incluida en costas por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Pero esa solución NO SIRVE para cobrar del perdedor la tasa, y lo que no es cierto no pasa a serlo porque se repita desde el Ministerio. En ALGUNOS casos la tasa es recuperable vía costas, EN MUCHÍSIMOS OTROS casos NO LO ES, y las tasas son IRRECUPERABLES. Lo explico construyendo los ejemplos al Orden civil<sup>6</sup>, y esto dista de ser una explicación exhaustiva:

En numerosas actuaciones procesales concretas la propia ley no prevé condena en costas; y por tanto, al no haber condena en costas, la tasa por definición no se puede repercutir legalmente. Un ejemplo entre muchos, las apelaciones civiles y los recursos de casación, cuando son ganados por el recurrente. Art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Costas en apelación, recurso extraordinario por infracción procesal y casación. [...] 2. En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes.”

Recordemos que el fijo de una apelación son 800€ y de una casación 1.200, en ambos casos más el 0,5% de la cuantía procesal hasta 1M€ y el 0,25% en adelante. Para una reclamación de 1.300.00€, habitual en grandes daños por accidentes de tráfico y negligencias médicas, la tasa por apelar sale a 6.550€; por acudir al Tribunal Supremo, 6.950€. El recurrente ya sabe que eso no lo recuperará seguro, aunque gane. La parte contraria también sabe que puede contar con negociar a la baja, considerando ese coste irrecuperable.

En la Ley de Enjuiciamiento Civil no rige el principio del vencimiento puro; es decir, que la condena en costas, incluso cuando esté prevista para esa actuación concreta, no es automática para el perdedor, ni siquiera cuando se han estimado íntegramente las pretensiones. El juez puede y debe no condenar en costas al que ha perdido si considera que existen en el caso dudas de hecho o de derecho (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil). Y si el demandante ha pedido 100 y le conceden 80, que se olvide de las costas.

En Derecho de Familia, la condena en costas es infrecuente, como es lógico dada la naturaleza de los temas, indisponibles para las partes y por tanto no susceptibles de transacción ni acuerdo extrajudicial.

Incluso cuando la ley establece la posibilidad de condena, y el juez hace uso de ella y la impone efectivamente, las costas no se pagan, ni la tasa entre ellas, en dos casos:

Por expresa previsión legal, cuando el contrario condenado en costas goza del beneficio de justicia gratuita (art. 394.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); incluyendo no solo a las personas físicas legalmente pobres (los que ganan en el conjunto de su unidad familiar menos del doble del IPREM), sino a entidades que gozan de ese beneficio, conforme al artículo 1.2 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita (las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso. Es decir, que quien demande a la Seguridad Social, en vía administrativa o laboral, lo tiene difícil para recuperar la tasa).

Las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar: Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación; Fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente.

...Y por la fuerza de las circunstancias cuando el contrario condenado en costas en insolvente (y es notorio que hay muchos insolventes en España). Incluso cuando hay posibilidad legal de condena en costas, en efecto la condena se impone, el contrario no tiene justicia gratuita y es solvente, las costas tiene un límite: el límite del tercio de lo reclamado (artículo 394.3 LEC) y es dudoso que ese límite del 1/3 no se aplique a las tasas, salvo que el condenado en costas sea declarado temerario, algo estadísticamente inexistente. En pleitos de cuantías pequeñas, aún cuando se obtenga una sentencia favorable, el demandante nunca verá compensado el pago de la tasa, al no poder exceder el importe correspondiente a las costas del tercio de la cuantía del pleito.

Resumiendo: la ley de tasas impone el pago anticipado de una cantidad IRRECUPERABLE en muchísimos casos. Quien sí podrá recuperarlas es el banco que inste una ejecución hipotecaria; que en ese caso, precisamente, qué mala suerte, sí se incluyen en las costas del desahuciado, engrosando la deuda.

Si después de esto les queda alguna duda de la incoherencia del planteamiento, y de la inconstitucionalidad de la Ley de Tasas, yo ya no sé qué más decirles.

<sup>6</sup> Más ejemplos en <http://veronicadelcarpio.wordpress.com/2012/11/20/el-sr-ministro-declara-que-las-tasas-estan-plenamente-justificadas/>.



# La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?

Notas con ocasión de la SAP Madrid (Sección 19ª) de 6 de febrero 2012 (JUR 2012/109064)<sup>1</sup>

Natalia Álvarez Lata | Profesora Titular de Derecho Civil | Universidad de A Coruña

**Resumen:** Partiendo de un reciente pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid sobre el particular, y teniendo en cuenta otras resoluciones que han dado cuenta de esta cuestión, se analiza el significado jurídico de la cláusula que faculta al comprador de una vivienda a la subrogación en el préstamo concertado por el vendedor y cuál sería el fundamento y viabilidad de la resolución instada por el comprador basada en la denegación de la citada subrogación por la entidad financiera.

**Palabras clave:** Subrogación en el préstamo hipotecario; falta de financiación; imposibilidad sobrevenida; cláusula rebus sic stantibus; resolución contractual; protección del consumidor.

**Title:** The denial of subrogation in the mortgage loan. A cause for termination of the contract?

**Abstract:** After a recent ruling by the Court of Appeal of Madrid, and taking into account other Court decisions on this issue, this paper

analyses the legal meaning of a contract clause that allows the buyer to subrogate in the mortgage loan that has been hired by the vendor in order to become a cause for the termination of contract.

**Keywords:** Termination of the contract; subrogation clause; mortgage loan; unexpected circumstances; rebus sic stantibus; consumer protection.

**Sumario:** 1. La subrogación de comprador en el préstamo hipotecario. 2. ¿Qué ocurre si se deniega la subrogación por la entidad financiera? El problema de la SAP Madrid (Sección 19ª) 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064) 3. La respuesta en (el resto de) la jurisprudencia. Recientes pronunciamientos sobre la cuestión. 4. Conclusión: ¿cabe la resolución del contrato de compraventa? 4.1. La tesis de la jurisprudencia analizada. 4.2. Otras posibilidades para fundamentar la resolución o la modificación del contrato de compraventa.

## 1. La subrogación de comprador en el préstamo hipotecario

Como es sabido, es práctica habitual en los contratos de compraventa de vivienda la incorporación de una cláusula en la que se contempla la subrogación del comprador en la hipoteca que el promotor/vendedor constituyó para financiar la construcción. Lo que puede constituirse en una facilidad para el comprador en ciertos casos –despreocuparse en la búsqueda de financiación para la compra, con el consiguiente ahorro de costes, comodidad, etc.– conlleva también el peligro de someter al comprador a condiciones de crédito más gravosas de las que pudiera al margen de la financiación ofrecida, tanto en los intereses pactados como a los plazos de amortización. Lo dicho se acompañaba más con una coyuntura económica pretérita caracterizada por la facilidad de acceder al crédito por parte del consumidor de vivienda. Es por ello por lo que la imposición al comprador de las (ciertas) cláusulas de subrogación en el préstamo del vendedor se entendió pronto por la jurisprudencia como una limitación para los derechos del adquirente para acceder a otro préstamo en mejores condiciones<sup>2</sup>. Además, muchas cláusulas subrogatorias, aun cuando no eran imperativas, trasladaban al consumidor los gastos de cancelación u otras comisiones, práctica considerada abusiva en tanto que eran gastos a los que debía hacer frente el promotor. En este escenario, la reforma llevada a cabo por Ley 44/2006, de modificación de la LGDCU, heredera de una línea jurisprudencial que ya venía advirtiendo de la nulidad de estas condiciones impuestas al consumidor<sup>3</sup>, apuntaló la anterior normativa (cfr. art. 10.11 LGDCU 1984) y determinó que fueran consideradas abusivas, dentro de las cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, y por lo que ahora interesa, en la compraventa de viviendas:

“a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación [...]”. Estas previsiones se encuentran en la actualidad en el art. 89.3 TRLGDCU.

Así las cosas, hoy por hoy es nula, por abusiva, tanto la cláusula que impone la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor/

vendedor, como las que establezcan penalizaciones en caso de que no lo haga y la que le repercute gastos que corresponden al vendedor (señaladamente los de gastos de cancelación) en el caso de hipotecas para financiar su construcción. Como se ha apuntado, para la declaración de nulidad con base en la letra b) es necesario que subrogación se establezca sin otra opción, lo, a veces por el tenor de la cláusula en cuestión, implica que sea el consumidor quien debe probar que intentó, sin éxito, que le fuera admitida la realización del pago de otro modo sin gastos añadidos<sup>4</sup>. Por su parte, las penalizaciones prohibidas a las que se refiere la norma habrían de abarcar cualesquiera formas de impedir o gravar la facultad del comprador para subrogarse o no en el préstamo hipotecario<sup>5</sup>. Lo precedente, claro, siempre que no estemos ante una cláusula negociada entre comprador y vendedor, entendiéndose que la prueba de que no es predispuesta dicha cláusula recae en el predisponente<sup>6</sup>.

Con respecto a los gastos de cancelación, nótese que la norma se refiere expresamente a los que deriven del préstamo hipotecario suscrito por el promotor para financiar la construcción. Esto determina que en el caso de que no estemos ante meros préstamos a la construcción sino también constituidos para

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación “Crédito responsable y protección del consumidor (Nuevas propuestas en el marco de una economía sostenible)” (Ref.: DER 2010-16925; Investigadora principal: Natalia Álvarez Lata).

<sup>2</sup> Cfr. RUBIO TORRANO, E.: “Préstamo hipotecario: nulidad de la cláusula de subrogación”, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2000 parte Tribuna; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Libertad de pactos y cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda”, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 14/2005.

<sup>3</sup> En esa época ya existía un cuerpo de jurisprudencia menor que consideraba abusiva la cláusula que obliga al comprador a subrogarse en el préstamo hipotecario suscrito por el promotor, repercutiéndole la comisión de cancelación cuando el consumidor pretendía concertar el préstamo con otra entidad financiera. Cfr. SSAP de Asturias de 5 marzo 1999 (AC 1999/1320); Barcelona 20 septiembre 2004 (AC 2004/1891).

<sup>4</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Libertad de pactos y cláusulas abusivas...”, cit., p. 10.

<sup>5</sup> Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: “Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda”, Estudios sobre Consumo, núm. 77, 2006, pp. 26 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, vid. SSAP de Asturias 10.1.2002 (AC 2002/71004) y de La Rioja de 30.12.2002 (AC 2002/44255); Madrid 18 febrero 2011 (AC 2011/847) que consideraron probado la negociación de las cláusulas por las que el comprador se subrogaba en el préstamo hipotecario del vendedor-promotor. En los dos primeros casos porque otros contratos de compraventa suscritos para la misma promoción de viviendas no incluían esa cláusula; en el último, porque la constitución y subrogación en los préstamos hipotecarios para la adquisición o compra de las viviendas fueron negociados por la vendedora con la autorización de las compradoras.



la financiación de la vivienda, cabría la posibilidad de que dichos gastos fueran trasladados al consumidor, en tanto que la hipoteca ha sido constituida en interés del comprador<sup>7</sup>. Por lo tanto la repercusión de los citados gastos de cancelación sería válida ya que el consumidor se subroga voluntariamente en el préstamo hipotecario y salvo que se trate de condiciones anormalmente gravosas e injustas parece que no habría duda en su validez (SAP Castellón 15 octubre 2002 [AC 2002, 1915]; Valencia 28 febrero 2006 [JUR 2006, 207848]) –evidentemente, sería abusiva cuando es obligatoria la subrogación: STS 2 febrero 1999 (RJ 1999, 529); SSAP Asturias 15 noviembre 1995 (AC 1995, 2166) y 5 marzo 1999 (AC 1999, 1320)-. No obstante, algunas resoluciones constituyen claros ejemplos de la duda que surge a la hora de valorar e interpretar estas cláusulas; véase en este sentido, la SAP Madrid 23 febrero 2002 (JUR 2002/116991).

Hay asimismo casos en los que la prohibición del 89.3 TRLGDCU es rodeada a través de cláusulas o prácticas verdaderamente sospechosas. Como se ha señalado, existen cláusulas más sutiles que aparentemente dan plena libertad al comprador para subrogarse o no en el referido préstamo hipotecario, pero que de hecho están imponiendo la subrogación en el mismo. Por ejemplo, las que imponen al comprador un plazo brevísimo para otorgar escritura pública y que determinan la imposibilidad de gestionar por el consumidor otra financiación para su compra, con lo que finalmente imponen de facto la subrogación del comprador en el préstamo del vendedor<sup>8</sup>. También es llamativo el supuesto de la SAP Madrid 14 abril 2008 (JUR 2008/179797); en la que el tribunal no estima la nulidad de un pacto en cuya virtud los gastos de cancelación se abonan por los demandantes cuando habiendo optado por subrogarse en la hipoteca ya constituida, luego incumplen con tal obligación, entendiéndolo que estamos ante una subrogación expresamente elegida por los compradores (sin que exista otro indicio de negociación de la cláusula). Fuera de las hipótesis anteriores, y dentro del margen de duda que algunas cláusulas suponen, no hay duda de la licitud de la cláusula por la que el comprador puede subrogarse en el préstamo hipotecario del vendedor. Ha de apuntarse que al comprador ha de facilitársele toda la información precisa para que tenga pleno conocimiento de las condiciones en las que se subroga; en otro caso, tampoco estaríamos ante una cláusula válida en tanto que la decisión entre optar por la subrogación o no hacerlo carecería de fundamento también. El art. 6.1.4º RD 515/1989 y las actuales normas sobre transparencia e información bancaria<sup>9</sup>, además del art. 60 TRLGDCU hacen referencia también a la información precon-

tractual a la que tiene derecho el consumidor, entre la que incluye expresamente la financiación y otras condiciones del pago.

## 2. ¿Qué ocurre si se le deniega la subrogación al comprador por la entidad financiera? El problema de la SAP Madrid (Sección 19ª) 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064)

Como se vio en el epígrafe anterior, la coyuntura económica caracterizada por la facilidad de acceso al crédito para la compra de vivienda determinó que los problemas principales que planteaban estas cláusulas, tanto para la jurisprudencia como para el legislador, se concentraran en evitar su imposición a los consumidores/compradores, o a que éstos sucumbieran ante condiciones gravosas o más perjudiciales para ellos. Subyacía la idea de que la oferta para la financiación de la compra no escaseaba y que había de ser el comprador el que pudiera elegir entre la facultad que se le concedía contractualmente u otras formas más convenientes a las que pudiera acceder.

Los actuales parámetros económicos han variado el enfoque y sustituido aquella controversia por otra diferente. En efecto, las dificultades que concitan ahora las cláusulas de subrogación insertas en contratos de compraventa de vivienda, y que se ponen de relieve en la sentencia que ahora se comenta, cambian la perspectiva habitual en el análisis de estas cláusulas y ponen el foco en la pura cuestión de la eficacia de las mismas en el entramado contractual. Lo que se va a cuestionar en realidad, y lo que constituye objeto de estas notas, es el significado de la cláusula subrogatoria en el caso de que el comprador que quiere no pueda subrogarse en el préstamo hipotecario; en otras palabras, surge el interrogante de si en los contratos de compraventa con cláusula de subrogación el comprador tiene una facultad de subrogación cuya imposibilidad de ejercitar (por la eventual denegación del banco a dicha operación) determina un cambio o alteración de las circunstancias contractuales o un incumplimiento del vendedor (...) que enerve la correspondiente facultad resolutoria para el comprador. El caso de la SAP Madrid 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064), que sirve de base a estas notas, es simple. La demandante pide la resolución del contrato de compraventa que había concertado con la promotora al serle denegada la subrogación en el préstamo hipotecario. Con fecha 11 de marzo de 2007, los compradores conciertan la compra en contrato privado de compraventa con la demandada, siendo el precio estipulado de 297.200 euros más IVA. La subrogación que pretendía le

fue denegada por la entidad bancaria el 14 de octubre de 2010. Se pretende la devolución de la suma entregada, que desestima la demanda. Se trata de una sentencia muy breve en la que, además, no consta expresamente el tenor de la cláusula relativa a la subrogación en el préstamo, lo cual no resulta baladí. La parte compradora pretende hacer valer la facultad del art. 1504 CC, que se desestima en tanto que dicho precepto se refiere a las cantidades aplazadas “y en el caso actual, se resuelve unilateralmente el contrato por quien incumple su obligación, es decir, la parte compradora, que no agotó las posibilidades de acceder al préstamo que pretendía o hizo un cálculo erróneo de sus posibilidades, pues en ningún caso se hizo constar como causa que permitiera resolver el contrato, la no obtención del préstamo [...] Tampoco justifica la parte, en contra de lo que resulta mera afirmación, que se causas sobrevenidas, pues en ningún momento se hizo constar en el contrato, ni acredita que la denegación del préstamo en una entidad, impidiera su consecución en otra u otras o en otras condiciones”.

## 3. La respuesta en (el resto de) la jurisprudencia. Recientes pronunciamientos sobre la cuestión

La jurisprudencia conoce ya varias resoluciones sobre casos similares, en las que se ha planteado las consecuencias de la denegación de la subrogación a la compradora. En términos generales, las circunstancias concretas del caso son clave a la hora de la resolución del problema específico, aunque se intuyen ya algunas reglas generales, que luego se expondrán.

Resoluciones que deniegan la resolución de la compradora por falta de acreditación de la denegación de la subrogación:

**SAP Murcia 21 febrero 2012 (JUR 2012/112423):** Se desestima la resolución del contrato por el comprador por la falta de acreditación de que se le denegó la subrogación en la hipoteca del promotor (queda probado de que el comprador no solicitó la subrogación). En este caso, la parte compradora alega específicamente el hecho de que otra entidad financiera no le otorgara crédito hipotecario, lo cual es irrelevante para la Sala, en tanto que existe mayor facilidad para obtener dicho crédito mediante subrogación en el del promotor, que se entiende no se ha querido o no se entiende acreditado que se intentara. Es irrelevante, asimismo, la alegación de otras circunstancias que abundaran en la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la obligación, fundamento de la facultad de resolución instada por la compradora, como el hecho de que el comprador esté desempleado.

<sup>7</sup> Sobre estas cuestiones, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: “Comentario al art. 89”, en BERCOVITZ, R. (Coord.): Comentarios al TRLGDCU, Thomson-Aranzadi, 2009, pp. 1124 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: “Algunas cláusulas abusivas...”, cit., p. 26.

<sup>9</sup> Sobre estas cuestiones, me remito a BUSTO LAGO, J.M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: Reclamaciones de consumo, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, 2010, pp. 1151 y ss.

“[...] no consideramos que con ello se acredite de forma plena la alegada imposibilidad sobrevenida, pues la ausencia de prueba relativa a constatar que efectivamente se le denegó la subrogación en el Banco Popular, donde estimamos que gozaba de mayor facilidad en orden a obtener la precisa financiación, pues se trataba de subrogarse en la hipoteca que ya gravaba el inmueble y no de una solicitud nueva, impide considerar la alegada imposibilidad al cuestionarse con ello que el deudor sea ajeno a su acaecimiento, pues éste es uno de los elementos exigidos para que opere dicho concepto liberador, no debiendo olvidar que el art. 1.105 CC tan sólo admite la irresponsabilidad del deudor cuando la imposibilidad del cumplimiento de la obligación sea insuperable y no se deba a su voluntad, extremos que debía probar el apelante [...] Alega la parte que el hecho de hallarse en el paro equivalía a considerar que no podría obtener financiación, si bien tal afirmación no cabe considerarla como taxativa, ni cabe otorgarle la cualidad de hecho notorio exento de prueba, [...] razón por la que hemos de afirmar que no ha quedado acreditado que el hecho de que se hallara en situación de desempleo guardara relación causal directa e inmediata, en este concreto caso, con el evento (imposibilidad) que se afirma como causa del resultado, no estimándose en base a todo ello que sea de aplicar a este concreto caso la imposibilidad sobrevenida alegada, [...] en este concreto caso lo que se argumenta es la falta de prueba de que el Banco Popular no diera su conformidad con la subrogación, y cuando se habla de concesión del préstamo, entendemos que es una disyuntiva a la no conformidad de la subrogación, y si bien la parte podría recurrir a una financiación ajena a la del Banco Popular, no es defendible que pueda ampararse en la no obtención de ésta para alegar la imposibilidad sobrevenida cuando no acredita que hubiera obtenido una respuesta negativa por parte del Banco Popular o con unas condiciones o exigencias que no hubiera podido prestar”.

**SAP Murcia 7 abril 2011 (JUR 2011/186723).** Se desestima la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida del comprador por falta de acreditación del hecho sobrevenido y no previsto, alegado por el comprador otra vez, la no obtención de financiación para la compra. Queda acreditado, para el tribunal, la posibilidad de subrogación en préstamo hipotecario de vendedora-constructora. No queda acreditado para el tribunal la denegación del préstamo. La opción de subrogación se contempla como “forma de pago”. La resolución analiza la no obtención por el comprador de la correspondiente financiación para la adquisición de vivienda como un caso de imposibilidad sobrevenida, entendiendo que no es posible su incardinación en ese concepto:

“Y es lo cierto que en este caso no pueden apreciarse las circunstancias y requisitos mencionados. Obsérvese que el precio de compra y su

forma de pago era conocido por el comprador al momento de suscripción del contrato, resultando claramente previsible la forma y modo en que dicho pago debía llevarse a cabo. De otro lado no consta que haya acontecido ningún hecho sobrevenido y no previsto que haga imposible el pago del precio de compra convenido, sin que el documento emitido por la correspondiente entidad bancaria resulte definitivo en tal sentido, máxime porque ni ha sido ratificado, y tampoco es expresivo de las condiciones de financiación y de los motivos de su no aceptación. Finalmente la posibilidad de subrogación en el préstamo hipotecario de la vendedora-constructora, aparece reflejado en el contrato”.

**SAP La Rioja 30 abril 2012 (JUR 2012/177955):** Se alega por el comprador como causa que fundamentalmente la resolución de la venta la imposibilidad de acceder a financiación bancaria para la compra de la vivienda. La cuestión se centra en la concurrencia de imposibilidad sobrevenida como causa del incumplimiento del comprador. El tribunal desestima la operatividad de dicha causa en general entendiendo, además, que el comprador no ha realizado gestión alguna para acceder a la subrogación en el préstamo concertado por la entidad vendedora con una determinada entidad bancaria. Otra vez se liga la opción de subrogación con la forma pactada de hacer frente al pago del precio.

“Aplicando la anterior doctrina al presente caso no puede estimarse concurra imposibilidad sobrevenida de cumplimiento del contrato imprevisible y ajena a la voluntad del comprador, sino incumplimiento de su obligación de pago del precio imputable a la parte compradora. [...] y en el caso enjuiciado se ha acreditado que el contrato privado de compraventa se firmó el 14 de Diciembre de 2007, asumiendo desde ese momento el comprador el compromiso de hacer frente al pago del precio en la forma pactada, bien subrogándose en el préstamo hipotecario concertado por la vendedora con la entidad Caja de Ahorros de Navarra, bien obteniendo financiación a través de otras entidades; y no consta que el comprador realizara gestión alguna en orden a obtener tal préstamo a fin de poder hacer frente al pago de la parte del precio pendiente al momento de la firma de la escritura pública; [...] El análisis de la situación pone de relieve que la falta de obtención de un préstamo hipotecario, o de financiación al objeto de la adquisición y consumación final de compraventa que nos ocupa, no puede ser entendida como justificante del incumplimiento. Y ello es así porque tal situación en absoluto responde a un impedimento razonablemente no previsible en el momento de perfección del contrato, pues a nadie se le escapa (salvo posibilidad de auto-financiación que no sería aquí lógicamente el caso) la necesidad de acudir a las entidades financieras al objeto de obtener la necesaria para éstas adquisiciones de notoria cuantía y la habitual exigencia por éstos de garantías adicionales cuando la hipotecaria no alcanza a cubrir la financiación que se pide, como tampoco cabe

concluir que la intentada y documentada en autos, con La Caixa y Caja Madrid a fechas inmediatas a la suscripción del documento privado de compra-venta, pueda resultar mínimamente suficiente o relevante a tales efectos, cuando existen múltiples entidades financieras en el mercado a las que acudir y tiempo suficiente para ello, habiéndosele podido comunicar con premura en todo caso a la vendedora para evitar mayores perjuicios y facilitar la resolución contractual, manteniéndose pese a ello una actuación frente a la vendedora que apuntaba a su voluntad cumplidora. [...] En el caso que nos ocupa, el apelante se refiere a la imposibilidad de obtener financiación para hacer frente al pago del precio; y al respecto ha de tenerse en cuenta, que el señor Gustavo conocía la mecánica de los contratos de compraventa y, en su caso, la opción de obtener financiación para adquirir la vivienda objeto de autos; y no se puede estimar probado que el comprador agotase todas las posibilidades a su alcance y no haya podido cumplir su obligación de pago por falta de financiación bancaria. Para acreditar extremo tan importante no basta la genérica afirmación acerca de que la llegada de la crisis financiera imposibilitó la financiación necesaria, que, falta de toda prueba, resulta mera expresión estereotipada, más cuando sólo consta que la parte compradora solicitó un crédito hipotecario en la entidad Caja Rioja en Junio de 2010, después de que la vendedora requiriese judicialmente el pago del precio pendiente y el otorgamiento de la escritura de compraventa”.

Acreditada la denegación de la subrogación, no cabe la resolución.

No hay imposibilidad sobrevenida:

**SAP Alicante 21 marzo 2012 (JUR 2012/215844).** Una de las decisiones jurisprudenciales más claras respecto del valor que haya de concedérsele a la facultad de subrogación en las compraventas de inmuebles. El comprador pretende la resolución del contrato por la denegación de la financiación por parte de la entidad bancaria elegida por la vendedora. La Audiencia desestima esta posibilidad en el entendimiento de que no ha habido incumplimiento de la vendedora, ya que ésta no está obligada a facilitar la financiación. En otros términos, la eficacia del contrato de compraventa no está condicionada a la concesión de la subrogación:

“Y es que, en el presente caso observa este Tribunal que las cláusulas pactadas son absolutamente claras y no ofrecen duda ni sobre el contenido del contrato, ni tampoco sobre la voluntad de las partes, resultando relevante que no se pactara una condición resolutoria expresa (propia de las obligaciones condicionales) como sería lo lógico en el caso de que realmente la vendedora se hubiera comprometido a facilitar el préstamo al comprador sometiendo el cumplimiento y desarrollo del contrato a la obtención de la financiación

necesaria, pues del tenor literal del contrato (que no ofrece duda alguna sobre su interpretación) no se desprende ni que la vendedora se obligara a facilitar la financiación al comprador, ni tampoco la existencia de condición resolutoria en el caso de denegación de financiación, sin que por lo tanto, la denegación por la entidad bancaria de la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario o la falta de obtención de éste de otra vía de financiación pueda ser imputable a la vendedora, ni por ende, considerarse un incumplimiento que pueda justificar la declaración de resolución contractual porque como claramente se desprende del contenido del contrato la vendedora ni se obligó, ni siquiera se comprometió a financiar al comprador la cantidad pendiente de pago en el momento de elevación a público del contrato privado de compraventa, sino muy al contrario, para el abono del importe restante se pactaba que el comprador podía, o bien por sus propios medios, o bien mediante subrogación, en todo o en parte, en el préstamo hipotecario gestionado por la mercantil vendedora (estipulación primera, letra c, contrato), o incluso abonar el último plazo mediante la suscripción de un préstamo hipotecario con otra entidad (estipulación quinta contrato), sin que de ninguna de las pactos alcanzados por las partes y consignados en el contrato resulte establecida la pretendida obligación de financiación por la vendedora al comprador, lo que además es contrario a las normas de la lógica y máximas de la experiencia, ya que resulta evidente que nadie puede obligarse respecto de un hecho que depende de un tercero, en este caso de Bancaja, sin que ni siquiera se pueda afirmar de la literalidad del contrato que la subrogación en el préstamo hipotecario fuera obligatoria, sino una forma de pago por la cual dicha parte libre y voluntariamente podía optar”.

**SAP La Rioja 9 diciembre 2011 (JUR 2011/3285).** Descarta la imposibilidad sobrevenida como causa que fundamente la resolución del contrato, habiéndose negado la subrogación establecida en el contrato:

“Esta Sala comparte los acertados razonamientos del juez a quo; la demandada contrajo voluntariamente unas obligaciones contractuales difícilmente asumibles, sin contar con previsión alguna de hacer frente a las obligaciones económicas derivadas del contrato, pues siendo éste de fecha 20 de Noviembre de 2006, ni siquiera entonces la compradora había terminado sus estudios, ni consta que contara con medios económicos para hacer frente a las importantes responsabilidades económicas que asumía con la firma del referido contrato, confiada en futuras e hipotéticas buenas expectativas laborales; como dice la SAP Navarra 6.10.2012: “Es cierto la existencia de una crisis económica que por su carácter de notoria está dispensada de prueba, y que afecta a toda la sociedad, que también ha repercutido en la actividad de los bancos a la hora de conceder préstamos hipotecarios, para cuya concesión se exigen

mayores garantías económicas”, pero como sigue diciendo dicha sentencia, los bancos siguen concediendo préstamos hipotecarios a los prestatarios que tengan solvencia económica....En este caso la demandada cuando firmó el contrato de compraventa de la vivienda no se ha acreditado contara con una solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria, o que contara con otros medios para hacer frente a los pagos derivados del contrato. Y careciendo de patrimonio suficiente es aventurado firmar un contrato de compraventa de una vivienda y con posterioridad intentar obtener un préstamo hipotecario para pagar el precio; y en las circunstancias expuestas la posibilidad de que la demandada no pudiera hacer frente a los pagos no puede estimarse sino razonablemente previsible en el momento de perfección del contrato”.

Se admite la resolución instada por la compradora porque la cláusula de subrogación prevé expresamente este efecto.

**SAP Madrid 30 diciembre 2011 (JUR 2012/65968).** Desenlace diferente en esta resolución por la existencia en el contrato de una cláusula resolutoria expresa en la que se contemplan los efectos resolutorios de la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario:

“Ahora bien, lo que no puede dejarse al margen, [...] es la existencia de una cláusula resolutoria expresa en el contrato de compraventa prevista en su cláusula quinta al establecer [...] que faculta para la resolución pretendida con carácter subsidiario por los demandantes, con los efectos estrictamente pactados, y puesto que se encuentra sobradamente constatada la denegación en la subrogación en el préstamo hipotecario por parte de la Caja de Extremadura, sin que pueda achacarse esa denegación a la propia actuación de los compradores como pretende la demandada, en base a la entrega de información incompleta, en tanto que de la declaración testifical del director de la sucursal crediticia Don David lo más que puede extraerse es un mero juicio de probabilidad acerca de la obtención de la subrogación, de haber dispuesto de otra información económica, que no puede servir para soslayar la efectiva denegación de la subrogación acaecida y es por ello que, en definitiva, ha de darse viabilidad a la pretensión resolutoria subsidiaria formulada con tal sustento”.

**SAP Murcia 24 marzo 2011 (AC 2011/462).** Procede asimismo la resolución del contrato por denegación al comprador de la subrogación en el préstamo hipotecario del promotor, otra vez, por estar expresamente pactado el efecto de dicha denegación.

“En efecto hemos de ratificar al respecto el correcto juicio valorativo expuesto por la Juzgadora de instancia en la sentencia objeto

de impugnación, cuando declara que la cuestionada condición general tercera apartado 3.3 del contrato contiene una condición de efectos claramente resolutorios [...] Por tanto la cuestión litigiosa habría de quedar concretada en determinar si la comunicación de CajaMadrid denegando a la compradora Sra. Asunción, la subrogación, previamente solicitada en el préstamo hipotecario concedido a la Promotora, constituye o reúne entidad bastante para fundamentar el ejercicio de la facultad resolutoria de referencia. [...]. Y es lo cierto que en este caso tal facultad resolutoria ha de encontrar plena viabilidad por concurrir el supuesto de imposibilidad sobrevenida establecido contractualmente. Nótese que la citada estipulación pactada sólo preveía la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario concertado por “Proalcamase” S.L., pero no la obtención de otro distinto por la parte compradora. Consta acreditada dicha denegación por CajaMadrid por no cumplir la solicitante Sra. Asunción los “parámetros mínimos requeridos para la concesión de la operación”, según se hace constar en la contestación remitida por dicha entidad bancaria al oficio que le fue dirigido por el Juzgado de instancia. Nos hallamos ante una imposibilidad sobrevenida que reúne los requisitos antes señalados, además no resulta provocada por la Sra. Asunción, ni le es tampoco imputable a la misma, sino que depende de los estudios y valoración económica realizada por la citada entidad de crédito. Por ello entendemos que se cumple el presupuesto pactado para posibilitar el ejercicio de la facultad resolutoria citada con las correspondientes consecuencias jurídicas que de ella se derivan y por tanto la liberación de la parte compradora al gozar de causa de justificación el no cumplimiento del contrato”.

**SAP Granada 12 noviembre 2011 (AC 2011/676).** Procede la resolución del contrato en este caso, en cumplimiento de la condición resolutoria en la que se contempla expresamente los efectos resolutorios de la denegación por parte de la entidad de la subrogación en el préstamo hipotecario:

“Cree la Sala que la valoración probatoria que efectúa la sentencia apelada es plenamente correcta y ajustada a derecho y, por tanto, debe ser mantenida. En efecto, la solución de la litis exige partir de un presupuesto previo, que no es otro que la estipulación 3ª en su párrafo 3 del contrato, en la que se prevé una condición resolutoria dependiente de la voluntad de un tercero, como acertadamente dictamina la sentencia combatida, tercero que no es otro que la entidad de crédito que concedió el préstamo hipotecario en el que habían de subrogarse los compradores, y que era la de aprobar la referida subrogación. Y la prueba ha venido a poner de relieve que tal aprobación no se produjo, pues a poco se observase el contenido de la comunicación de la entidad de crédito, en 27-8-08, se aprecia tal extremo: “En relación con la solicitud de



subrogación en la operación de activo que se identifica al pie, una vez realizada el estudio de la documentación aportada, esta entidad ha decidido desestimarla...” La apelante pretende inferir lo que sería una ocultación de garantías, de la nota que contiene la comunicación en la que se dice que “en el caso de aportar nuevas garantías, tanto personales como reales, volveríamos a estudiar de nuevo la operación de crédito solicitada”. Pero ello, en absoluto ha sido objeto de prueba, por quien, además, tenía la carga de acreditarlo, esto es, la entidad apelante, pues, como con acierto señala la sentencia, la buena fe se presume siempre, y al que alega la mala fe, corresponde la prueba. Antes al contrario, acreditado ha quedado, tanto la carencia de bienes inmuebles rústicos o urbanos, por los actores, como la situación de desempleo en la que ambos se encuentra, siendo gráfico la manifestación del representante de La CAIXA, acerca de los criterios que rigen en su entidad. Es por ello que el juzgado valoró acorde a derecho la prueba practicada, lo que aboca necesariamente al rechazo del motivo”. En la línea de las anteriores resoluciones, en las que existen cláusulas explícitas que determinan los efectos resolutorios de la denegación de subrogación, pueden verse las SSAP Sevilla 15 septiembre 2010 (JUR 2011/72740) y 8 noviembre 2011 (JUR 2012/68388).

Merece comentario aparte la **STS 8 octubre 2012 (RJ 2012/9027)**, pese a las conclusiones a las que llega no son transportables al caso que ahora analizamos, en tanto que no estamos ante una compraventa de vivienda con consumidores, característica común en todas las anteriores. El caso de autos hace referencia a una compraventa de vivienda con “el fin de especular y vender antes de la finalización de la obra”. Se produce asimismo la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario. El TS desestima la resolución fundada en tal circunstancia, a la postre en la imposibilidad sobrevenida:

“La recurrente alega que no tuvo intención de incumplir, que la denegación de la subrogación en el préstamo hipotecario por la entidad financiera era imprevisible, que la situación económica existente hacía poco probable que se restringiera el crédito por lo que no concurría falta de previsión. [...] A la vista de esta consolidada doctrina y puesta en relación con los hechos probados, debemos convenir que como ahora reconocen los recurrentes compraron con fines de especulación, adquiriendo para revender antes de la finalización de la obra, obviando la escrituración y los gastos correspondientes, hasta que la situación económica se deteriora y las ventas se ralentizan hasta el punto de que se ve en la necesidad de subrogarse en el préstamo hipotecario, lo que se le deniega por su edad y falta de solvencia. Estos extremos entiende la parte recurrente que convierte la situación en un supuesto de imposibilidad sobrevenida al concurrir sin su

culpa ni posible anticipación. Esta Sala, aceptando el criterio expresado con claridad en la sentencia recurrida entiende que los compradores adquirieron con fines especulativos, lo que les podía haber generado una rápida ganancia, obteniendo un precio superior al pactado con la promotora que había dirigido el arduo proceso de construcción, pero los compradores cuando se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de la inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptado que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las posteriores ventas. Es decir, los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del CC) y viola el art. 1105 del CC. Por lo expuesto, no se infringe el art. 1184 del C. Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra”.

#### 4. Conclusión: ¿cabe la resolución del contrato de compraventa?

Sobre la base de la jurisprudencia existente en la materia, que ha sido sintetizada supra, se ha de concluir con la respuesta a la pregunta que nos planteábamos, cual es si existe fundamento para la resolución contractual por la compradora en la hipótesis de que le sea denegado por parte de la entidad bancaria la subrogación en el préstamo hipotecario que constituyó el vendedor. En primer lugar, se formula lo que constituye la tesis de la jurisprudencia analizada; en segundo término, se alude a otras posibilidades que pueden ser tomadas en consideración a los efectos de basar la resolución o la modificación del contrato.

##### 4.1. La tesis de la jurisprudencia analizada

Cabe la resolución si existe previsión contractual al respecto en la cláusula de subrogación. La resolución de la compradora es admitida en los casos en que consta expresamente en el contrato. El recurso a estas cláusulas así redactadas no genera apenas conflicto, y se resolverá el contrato, en el caso de que las partes, “previando la necesidad de financiación del comprador, hubieran pactado específicamente que la no concesión de ese préstamo hipotecario podía dar lugar a la resolución del contrato (condición resolutoria) o que la eficacia de la compraventa quedaba supeditada o condicionada a tal concesión (condición suspensiva)” (SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]). Acaso algún problema puede plantearse en el caso de que se prevea la resolución del contrato en la hipótesis no tanto de denegación de la subrogación en el préstamo del vendedor cuanto de la falta de financiación, para el caso de que se exija, si así se hace, una diligencia extrema por parte del comprador en la búsqueda de

otro préstamo (véase el caso de la SAP Granada 12 noviembre 2011 [AC 2011/676], en la que se plantea esta cuestión).

Si no hay cláusula expresa que lo permita, no cabe, como regla general, la resolución por parte de la compradora con fundamento en la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario constituido por el vendedor.

Las SAP Madrid 6 de febrero 2012 (JUR 2012/109064) resume la posición mayoritaria; no cabe la resolución instada por la compradora “pues en ningún caso se hizo constar en el contrato como causa que permitiera resolver el contrato, la no obtención del préstamo”. En caso de que nada se pacte “el comprador se obligó a pagar el precio, o por sus propios medios, o mediante subrogación, en todo o en parte, en el préstamo hipotecario gestionado por la mercantil vendedora (estipulación primera, letra c, contrato), o mediante contratación de un préstamo hipotecario con otra entidad (estipulación quinta contrato), sin que del contrato se pueda deducir que el no poder acceder a esa subrogación le liberaba de su obligación del pago de precio por incumplimiento de la vendedora” (SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]).

La tesis mayoritaria –que subyace en la jurisprudencia analizada– entiende que la cláusula de subrogación que se establece en los contratos de compraventa de vivienda refleja una mera expectativa de conseguir financiación, de modo que la frustración del mecanismo subrogatorio, provocado por causas diversas (sobrevinidas o no; imputables o no al comprador; exclusivamente imputadas a la voluntad del tercero, que es quien la concede) no altera en absoluto el régimen de las obligaciones de las partes. Dicho de otra manera, y en especial, no altera la principal obligación del comprador: el pago del precio y no forma parte del núcleo o condiciones del pago. Estas cláusulas no determinan la existencia de un pacto de financiación “pues lo único que existe, como es práctica habitual, es que la demandada contrató un préstamo al promotor para financiar la construcción de las obras y se ofreció la posibilidad al comprador de subrogarse en el préstamo o no hacerlo, tal y como se desprende del propio contrato, sin que en ningún momento se obligara a garantizar la financiación del comprador pues de todos es sabido que la decisión de conceder un préstamo o la subrogación corresponde en exclusiva a la entidad bancaria, que tras analizar la documentación aportada por el interesado resuelve conceder el préstamo o en su caso exigir garantías adicionales”; “el comprador se obligó a pagar el precio, o por sus propios medios, o mediante subrogación, en todo o en parte, en el préstamo hipotecario gestionado por la mercantil vendedora o mediante contratación de un préstamo hipotecario con otra entidad (SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]).



Esta es la concepción de la jurisprudencia mayoritaria sobre los efectos de la cláusula subrogatoria que refleja en cierta manera el régimen de la obligación alternativa del CC; la elección del modo de pago corresponde, en principio, al deudor, pero, si alguna de esas formas se hace imposible (en este caso que tratamos, el pago a través de la financiación subrogada), el comprador tendría que elegir entre las otras opciones para cumplir la obligación (cfr. arts. 1131 y 1134 CC).

Como excepción, al menos teórica, la imposibilidad sobrevenida serviría como fundamento de la resolución del contrato.

Mayoritariamente la acción de resolución instada por la compradora en estas hipótesis se apoya en la doctrina de la imposibilidad sobrevenida o, a veces, menos elaborada la tesis, en el concepto aislado de fuerza mayor del art. 1105 CC (cfr. SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]). Se pretende razonar, por parte del comprador, que la falta de financiación provocada por la denegación en la subrogación que constaba en el contrato determina la imposibilidad de hacer frente a la obligación de pago. A la denegación de la subrogación en el préstamo se suelen acumular otras vicisitudes: situaciones de desempleo –que pueden ser causa determinante de la denegación de la subrogación–, falta de garantías, insolvencia, etc.

Como punto de partida, todas las resoluciones hacen propios los requisitos de la consolidada jurisprudencia al respecto de la doctrina de la imposibilidad sobrevenida para, en general denegar la operatividad en el caso:

a) exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor; b) la aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística -atendiendo a los “casos y circunstancias”-; c) se equipara a la imposibilidad la dificultad extraordinaria, pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor, de ahí que se siga un criterio objetivo; d) la imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera y la derivada de una situación accidental del deudor; e) no cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida; f) para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible. Se excluye cuando resulta provocada por él o le es imputable y existe culpa cuando se conoce la causa, o se podía conocer, o era previsible, aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya; g) no hay imposibilidad cuando se

puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y ha de haberse agotado las posibilidades de cumplimiento); h) para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (entre otras, cfr. SSTS 23 febrero 1994 [RJ 1994/1255]; 4 noviembre 1999 [RJ 1999/8001]; 30 abril 2002 [RJ 2002/4041]; 26 diciembre 2006 [RJ 2007/400]; 14 octubre 2010 [JUR 2010/412089]).

En aplicación de esta doctrina, la imposibilidad sobrevenida funciona claramente como recurso excepcional en estos casos. La imposibilidad sobrevenida no puede corresponderse con la denegación de subrogación si ésta se concibe como una opción del deudor o una facilidad o expectativa. Se entiende, entonces, el argumento de la SAP Madrid 6 febrero 2012 (JUR 2012/109064) cuando exige el agotamiento de las posibilidades de financiación del comprador. Asimismo, la referencia al “cálculo erróneo de las posibilidades” en torno a la posibilidad de acceder a la financiación hace recaer en el comprador la falta de previsibilidad, requisito asimismo de la imposibilidad sobrevenida como doctrina jurisprudencial. Idénticas referencias pueden verse en las SSAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844] y La Rioja 9 diciembre 2011 (JUR 2011/3285).

Con todo, la imposibilidad sobrevenida cabe como recurso, pese a su carácter restrictivo y casuístico. De hecho de las sentencias analizadas sobre el problema que tratamos se admite la posibilidad de que, en otras circunstancias, la imposibilidad sobrevenida opere como causa de resolución del contrato. Con la fragilidad que supone emplear el argumento a contrario, podría inducirse que cabría la invocación de la citada doctrina si el comprador no hubiera realizado un cálculo erróneo de sus posibilidades de obtener el crédito; si acreditara su situación económica en el momento en que suscribió el contrato y cuando solicitó la concesión del préstamo; en el caso de agotar las posibilidades de financiación en otras entidades... (esto último tomado de la SAP Madrid 6 de febrero 2012 [JUR 2012/109064]). Cabría sugerir entonces que “si el comprador agota las posibilidades de acceder al préstamo que pretendía”, se liberaría del pago del precio. La cuestión es cómo habría de “agotarlas”. Otra puerta se abre asimismo desde la STS 8 octubre 2012 (RJ 2012/9027), que versa, como se vio, de una “compra especulativa”. Dice el TS que “los recurrentes pretenden aceptar los beneficios de la especulación pero repercutiendo en la vendedora las pérdidas que se pudieran presentar, lo que es contrario a la buena fe (art. 1258 del CC) y viola el art. 1105 del CC. Por lo expuesto, no se infringe el art. 1184 del C.

Civil al concurrir culpa del deudor al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra”. Se abre la puerta en tanto que quizás el parámetro de previsibilidad del comprador-consumidor en estos casos sea menos exigente que el del comprador-especulador y quepa la repercusión (o cierta repercusión) al vendedor.

#### 4.2. Otras posibilidades para fundamentar la resolución o la modificación del contrato de compraventa

Cabe apuntar otros recursos en la línea de fundamentar la eventual resolución de la compraventa o la modificación de las condiciones iniciales, ante la denegación de la subrogación. Se trata de algunas posibilidades aceptables en algunas hipótesis, muy vinculadas a la concreta redacción de la cláusula de subrogación y de las demás condiciones que rodeen al contrato.

Resolución basada en la doctrina de los contratos vinculados

Se ha apuntado la posible traslación de esta tesis al caso que nos ocupa, en el entendimiento de que la doctrina de los contratos vinculados existe al margen de las normas que la regulan expresamente (LCCC 2011; Ley 4/2012; LVBMP; art. 77 TRLGDCU). Se trataría de fundamentar una cierta “unidad intencional” entre el contrato de compraventa y la cláusula de financiación, siendo que la ineficacia (rectius: la no eficacia) de ésta determinara la del contrato de consumo; en otras palabras, la no subrogación de la compradora y correspondiente no eficacia de la financiación prevista haría desaparecer la base del negocio de compraventa. La aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre los motivos causalizados facilitaría esta operación. No obstante, se hace complicado sustentar esta tesis en la mayor parte de los casos, ya que la cláusula subrogatoria no se contempla, como se vio, como un pacto de financiación sino como una mera opción de crédito para el comprador. Pero si se pactara o se estableciera legalmente, no es obstáculo que el vendedor asuma como obligación la de financiación y vincule la eficacia del contrato principal a esta financiación, aunque ésta dependiera de un tercero<sup>10</sup> (al contrario de como se dice en la SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]: “sin que de ninguna de los pactos alcanzados por las partes y consignados en el contrato resulte establecida la pretendida obligación de financiación por la vendedora al comprador, lo que además es contrario a las normas de la lógica y máximas de la experiencia, ya que resulta evidente que

<sup>10</sup> Sobre el equivalente al art. 26 LCCC en el PLCCC dice MARÍN LÓPEZ: “Si se celebra un contrato de consumo con un proveedor de bienes o servicios, y proveedor y consumidor pactan que todo o parte del precio que ha de abonarse se obtendrá de un contrato de crédito (no exige la Ley que se especifique quién es el prestamista), el contrato de consumo queda sometido a la condición suspensiva de que efectivamente se obtenga el crédito, de modo que si éste no se obtiene, la condición no se cumplirá y el contrato de consumo no tendrá eficacia. Se trata de una condición suspensiva no pactada por las partes, sino impuesta obligatoriamente por el legislador; éste, de la mera existencia del citado pacto entre proveedor y consumidor, concluye que ese contrato esté sometido a una condición” (en “Los contratos vinculados en el PLCCC”, www.uclm.es/centro/cesco, febrero 2011).

nadie puede obligarse respecto de un hecho que depende de un tercero”).

Nótese además que doctrina de los contratos vinculados en las normas de consumo que la prevén opera en ambos sentidos; producida la ineficacia del contrato principal (de adquisición del bien o servicio) se pretende la del crédito vinculado (arts. 15 Ley 4/2012, de 6 de julio, en el ámbito del aprovechamiento por turnos; art. 29 LCCC), pero también en el otro sentido, siendo que la eficacia del contrato de adquisición de bienes se hace depender de la del contrato de financiación. Muy claro ahora es el art. 26 LCCC (ya prevista más o menos esta cuestión en el antiguo 14.1 LCC) que establece “La eficacia de los contratos de consumo cuyo objeto sea la adquisición por parte de un consumidor de bienes o servicios, en los que el consumidor y el proveedor hayan acordado que el pago del precio por parte del consumidor se financie total o parcialmente mediante un contrato de crédito, quedará condicionada a la efectiva obtención de ese crédito. Será nulo el pacto en el contrato de consumo por el que se obligue al consumidor a un pago al contado o a otras fórmulas de pago, para el caso de que no se obtenga el crédito previsto”.

**Información precontractual deficiente y publicidad engañosa.**

Particularmente en ciertos casos, la citada cláusula de subrogación consignada en el contrato de adquisición de vivienda respecto al préstamo del vendedor se constituye la forma o condición del pago del precio. Algunas sentencias que interpretan las cláusulas de subrogación apuntan a que dicha subrogación “forma parte del pago del precio”. Véase, en este sentido, la SAP Sevilla 15 septiembre 2010 (JUR 2011\72740) en la que, comentando la típica fórmula de subrogación hipotecaria, se señala que “se estableció como la forma de pago del resto del precio”. En estos casos, hay que tener presente que el art. 60.2 b) TRLGDCU exige que el consumidor sea informado del “precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares”. Por su parte, el art. 6.1.4º del RD 515/1989 señala: “Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito no concertada por él con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades”.

No es deseable para determinadas hipótesis la consideración de que la redacción de la facultad de subrogación en el préstamo hipotecario del vendedor lleva a pensar que el comprador se representa, razonablemente desde la literalidad del contrato y de las demás circunstancias que pueden rodear la oferta contractual (carteles y otro tipo de información o publicidad), que se trata de una compraventa financiada de vivienda. Téngase en cuenta que el 61 TRLGDCU señala: “1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”. Cuando el art. 61 TRLGDCU habla de las prestaciones propias y las condiciones y garantías ofrecidas se entiende que la publicidad informativa se integra, atendiendo, como siempre, a un criterio razonable para realizar la delimitación entre una y otra, que no es otro que el del consumidor medio y sus legítimas expectativas frente a lo publicitado. La frustración del comprador motivada por la publicidad engañosa se canaliza a través del mecanismo típico de la integración contractual, pero la imposibilidad de cumplimiento de las nuevas condiciones, una vez integradas en el contrato –en este caso, la imposibilidad de financiar la vivienda del consumidor, entre otras razones porque depende de la voluntad de un tercero- determinaría la resolución del contrato.

### **El recurso a la cláusula rebus sic stantibus**

Queda la invocación de la cláusula rebus sic stantibus como opción para estos casos en los que la prestación no se hace objetivamente imposible –como lo sería en el caso de la imposibilidad sobrevenida, con las dificultades que se vieron para probar tal circunstancia- sino más onerosa, pese al solapamiento de estos dos tesis en ocasiones. En muchas hipótesis acontecerá que el comprador que en principio pudiera verse beneficiado por la subrogación en el préstamo hipotecario en atención a las condiciones que se presentaban en el momento de perfección del contrato de compraventa privado observa como se le deniega dicha subrogación cuando llega la fecha de la elevación a escritura pública, por no cumplir parámetros de solvencia más estrictos o simplemente por la actual práctica bancaria de restricción de crédito –sobre todo en este caso-. El pago del

precio sin la financiación prevista en el contrato privado se traduce en una alteración de los presupuestos iniciales del contrato que pudiera dar cabida a la aplicación de la cláusula rebus en orden a repartir el riesgo –entre comprador y vendedor- de la denegación por parte de la entidad bancaria de la subrogación al consumidor. Se trataría de proceder a la modificación del vínculo obligatorio y no a la resolución de contrato. Entendida como opción también restrictiva, los requisitos establecidos por la jurisprudencia son conocidos: a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles (vid. SSTS 20 febrero 2001 [RJ 2001\1490]; 1 de marzo 2007 [RJ 2007/1618]; 27 abril 2012 [RJ 2012/4714]).

Sin embargo, la jurisprudencia no ha considerado la aplicación de la rebus a los casos que nos ocupan. No obstante, son supuestos en los que no queda acreditado que, pese a la crisis económica que deterioró las condiciones para acceder al crédito, “los demandados cuando firman el contrato de compraventa de la vivienda tuvieran una solvencia económica que razonablemente pudiera hacer pensar en la concesión de un préstamo hipotecario por una entidad bancaria” (SSAP Navarra 18 octubre 2010 [JUR 2011/231994] y 6 octubre 2010 [JUR 2011/232077]) y, además, tampoco se pide expresamente la modificación del contrato basada en dicha doctrina, sino la resolución del contrato, que no se concede. Tampoco la entiende aplicable la SAP Alicante 21 marzo 2012 [JUR 2012/215844]), que desecha el recurso a esta tesis: “La consideración de la modificación de las circunstancias contractuales a través de la cláusula “rebus sic stantibus” no es viable “porque estamos ante un contrato de compraventa y, por tanto, de tracto único, siendo la aplicación de la cláusula en este tipo de contratos es aún más excepcional que en los de tracto sucesivo, aparte de que las circunstancias exigidas para la aplicación excepcional de la cláusula no sería de aplicación a supuestos como el presente y, en todo caso, no permitiría la resolución, sino la modificación o revisión del contrato con reajuste de prestación es, pero en todo caso si se pretende adquirir un inmueble por un precio determinado es indudable que previamente se debe prever si se contaba o podía contar con los suficientes medios económicos para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones antes de suscribir el contrato de compraventa, sin que puedan unilateralmente resolverlo o dejarlo sin efecto sin concurrir causa legal o contractual prevista para ello, porque es tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, lo que prohíbe el art. 1256 CC”.

# Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas<sup>1</sup>

Ángel Carrasco Perera | Catedrático de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** Este documento comenta críticamente y valora negativamente el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, BOCG, Congreso, 7 septiembre 2012), que se aplicará a los arrendamientos concertados después de su entrada en vigor, si bien las partes de un arrendamiento preexistente podrán “adaptarse voluntariamente” a la nueva normativa. Al parecer, el objetivo es mejorar el régimen de los arrendamientos para convertirlos en una alternativa a la propiedad en un mercado completamente deprimido y dar mayor relevancia a la libertad contractual para promover el flujo de contratos en un creciente mercado de arrendamiento especulativo. Lo cierto es que el proyecto crea nuevos desequilibrios y costes, haciendo casi obligatorio inscribir en el Registro de la Propiedad el contrato para que el inquilino quede protegido frente a terceros adquirentes y acreedores del arrendador

**Palabras clave:** arrendamientos urbanos, arrendamiento de vivienda.

**Title:** Comments on proposed reform act concerning urban habitation leases

**Abstract:** Spanish Government is trying to amend again the Law concerning urban habitation leases. Apparently referring to the needs to improve the tenancy as a substitute of the ownership in a market completely depressed and focusing on the salutary effects of the so called liberty to contract to promote the flow of plots and flags tendered in a speculative growing tenancy market, the true is that the Draft creates new imbalances and costs, making almost but necessary to register the contract in the Land Registry in order for the tenant to be protected vis à vis third acquirers and creditors seizing the lessor's assets.

**Key words:** urban habitation leases, urban leases.

**Sumario:** 1. Una reforma innecesaria e inoportuna. 2. Tres extremos menores. 3. Imperativo y dispositivo en el arrendamiento de vivienda. 4. Duración del contrato. 5. Oponibilidad y adquisición conforme al registro. 6. Las distintas situaciones de conflicto registral imaginables. 7. Críticas al sistema de oponibilidad registral de los arrendamientos. 8. Innovaciones en el proceso de desahucio.

## 1. Una reforma innecesaria e inoportuna

En las líneas que siguen voy a realizar un comentario y evaluación del proyecto de Ley de reforma de la LAU y de la LEC (Medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, BOCG, Congreso, 7 septiembre 2012), que se aplicará a los arrendamientos concertados después de la entrada en vigor, si bien las partes de un arrendamiento preexistente podrán “adaptarse voluntariamente” (¿) a la nueva normativa (DT Única del proyecto). No hago esperar mi valoración negativa del proyecto en su conjunto. Este capricho del Gobierno no responde a ninguna necesidad real, a ninguna laguna advertida en la aplicación de la ley de 1994. Se pretende en la Exposición de Motivos incentivar el empleo del contrato arrendaticio como modo de acceso alternativo a la vivienda, percatados ya de la ruina del modelo hipotecario-dominical que ha sido raíz de muchos males que hoy aquejan a nuestra economía y a la convivencia en la sociedad civil. Pero el articulado no guarda ninguna relación con este propósito, y se suceden modificaciones puntuales arbitrarias en las que se adivina que todo responde a un superficial jeu d'esprit de reforma por la pura reforma, de ocupación ociosa de la atención del legislador y del pueblo en nimiedades que son indignas de las miserias del momento. Y sobre todo, al paio de una sedicente necesidad de reformar no se sabe qué, se nos mete a todos en un insólito experimento registral, que, si uno fuera malintencionado, pensaría que pretende echar leña a la procura de intereses corporativos. Resulta ahora que el origen del problema arrendaticio secular en España se hallaba, y no nos habíamos dado cuenta, en que el arrendamiento de vivienda había vivido hasta hoy a espaldas de las reglas canónicas de la oponibilidad registral. Tan enloquecido es

todo el propósito que cabe temer más el remedio que la enfermedad. Porque como no va a eclosionar la luz que convenza a los legisladores de la necesidad de devolver el Proyecto al Gobierno, acabaremos en un mercadeo de tiras y aflojas, de transacciones y de normas ad hoc, de ésta por mí y aquélla por ti, que augura que el resultado final será un monstruo de normas absurdas. Si no es poco pecado jugar irresponsablemente con un sector normativo socialmente tan sensible como los arrendamientos de vivienda, se agrava el delito con la sensación de estar dispendiando recursos políticos y envenenando ánimos en empresa tan vacua, corriendo los tiempos y las urgencias que corren. La reforma de los preceptos de la LEC relativos al juicio de desahucio no participa de esta crítica. Pero también es verdad que se podía haberlo pensado antes y haber aprovechado la última reforma procesal operada por la Ley 37/2011, para no fatigar la paciencia del operador con modificaciones puntuales sucesivas del régimen procesal. La reforma del régimen procesal no guarda ninguna conexión con las modificaciones proyectadas al texto de la LAU.

## 2. Tres extremos menores

Existen tres modificaciones inesenciales que seguramente no tienen otro propósito que llenar de alguna forma el texto de una reforma innecesaria. Constituyen un buen testimonio de la “urgencia” y de la altura de miras de esta reforma.

**Notificaciones.** A tenor del art. 4.6, las partes podrán señalar una dirección electrónica a los efectos de realizar las notificaciones previstas en la ley, “siempre que garantice la autenticidad de la comunicación y su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron”. Repárese en el absurdo. Requisitos como los expuestos ni siquiera los podría

satisfacer una firma digital avanzada, a tenor del alcance de la regla de equivalencia que se contiene en el art. 3 del RD Ley 14/1999, que equipara la firma electrónica avanzada a la manuscrita, pero nada dice del contenido documental. Y si la firma electrónica no es avanzada, y el medio de comunicación el simple correo electrónico, como será siempre el caso, no por eso dejará de tener valor como notificación la que se realice por este medio (arts. 23 y 24 Ley 34/2002). Sólo ocurre que el interesado en demostrar su falsedad tendrá que asumir la carga de la prueba. Como siempre ha ocurrido, sin necesidad de ninguna reforma legal. La reforma no habilita algo que antes no se pudiera hacer ni altera ni sanciona los efectos de lo que se venía haciendo.

**Arrendamientos turísticos.** El art. 5 e) excluye de la aplicación de la LAU – y no sólo de la condición de arrendamiento de vivienda- la “cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometido a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”. En la LAU vigente, la cesión en uso turístico de la vivienda, individualmente o a través de un canal intermediador, excluye que el contrato se califique de arrendamiento de vivienda, pero no queda excluido de la LAU, y pasa a ser considerado arrendamiento para uso distinto de vivienda, que en términos prácticos comporta que hay que pagar fianza obligatoriamente y depositarla en la caja correspondiente de las CCAA. Con el texto de la reforma, estos contratos quedan excluidos enteramente de la LAU si son comercializados por una empresa intermediaria, pero siguen siendo arrendamientos para uso distinto de vivienda si la contratación opera directamente entre particulares. Lo único que se consigue con esto es conceder una

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011)



“ayuda de estado” a las empresas comercializadoras, que pueden ofrecer productos más interesantes que los meros particulares, al quedar excluidos aquéllos del deber de prestar fianza. Según la disparatada justificación que la Exposición de Motivos ofrece para esta novedad, se trata de una cautela que evite que se produzcan situaciones de “intrusismo y competencia desleal” (¿) por el aumento constatado del uso del alojamiento privado para el turismo. Para conseguir tan exquisito propósito, el Proyecto expulsa estos arrendamientos del ámbito de aplicación de la LAU, para que “queden regulados por la normativa sectorial específica o en su defecto se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada”. ¡Que es precisamente lo que ocurre también ahora! Con el agravante que la “normativa sectorial” específica a que se refiere es un conjunto de reglamentaciones aisladas de las CCAA sobre arrendamientos turísticos, que no contienen un régimen jurídico civil.

**Do ut facias.** En los contratos de arrendamiento podrá “acordarse libremente” (¿y cómo de otra parte podría “acordarse”?) que durante un plazo determinado, la obligación de pago de la renta se reemplace (no “pueda reemplazarse”) total o parcialmente por el compromiso del arrendatario de reformar o rehabilitar el inmueble en las condiciones pactadas. Al finalizar el contrato no podrá pedir el arrendatario “en ningún caso” compensación adicional por el coste de las obras realizadas. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución y resultará aplicable lo dispuesto en el art. 23.2, sobre la facultad de restitución in pristino de las obras hechas. Este es el tenor del art. 17.5. No se comprende qué urgencia había de reformar la LAU para dar entrada a una norma tan peregrina, que puede tener algún sentido en un arrendamiento de solar ad meliorandum o en un arrendamiento de local de negocio, pero es poco concebible en un arrendamiento de vivienda. Mas lo serio es que la figura atípica de contrato desentona con la totalidad del régimen arrendaticio. “Durante un plazo determinado” podrá reemplazarse el pago de renta por esta obligación de hacer. ¿Y por qué no por todo el plazo del contrato? Ciertamente que podrán, pero entonces ya no será arrendamiento, supone el legislador. ¿Y si la realización de obras es sustancialmente más importante como contraprestación que la renta? ¿Cuándo deja de ser aplicable la LAU al contrato mixto? El arrendamiento no puede pedir “en ningún caso” compensación por estas mejoras. ¿Pero podrá pedir las entonces el arrendatario que paga toda su renta en dinero y además realiza en la cosa mejoras útiles? Tampoco, conforme al art. 1573 CC, pero la infuista nueva norma permite ahora una perversa interpretación a contrario. ¿Podrá desistir el arrendatario conforme al art. 11 si todavía no ha llegado la fase del contrato en que puede cambiar renta por obras? ¿Y podrá desistir mientras las realiza? Tampoco se la ha pasado por la cabeza al original autor de esta norma que un contrato de esta clase no soporta un derecho de denegación de prórroga en los términos del art. 9.3. Ni puede resolverse el contrato por el juicio

de desahucio si el incumplimiento es de la obligación de hacer. Problemático es también que en un arrendamiento de esta clase puede producirse la subrogación intrafamiliar de los arts. 12 y 15. Todo un ejemplo de cómo puede llegar a ser cierta aquella maldición que algunas veces se lee en el Digesto: supervacua nocent.

### 3. Imperativo y dispositivo en el arrendamiento de vivienda

La primera novedad de la reforma que se propone consiste en restituir el arrendamiento de vivienda al reino de la libertad contractual. Claro que para ello debería derogarse el art. 6 LAU, de lo que el proyecto se olvida, aunque supongo que el error será subsanado durante el proceso legislativo. A tenor del proyectado art. 4.1, el título II de la LAU deja de ser imperativo, pero el proyecto supone que seguirán existiendo “límites (de imperatividad) expresamente establecidos” en dicho título, que continuarán impidiendo la libre determinación contractual. ¿Y cuáles son? Vamos a hacer un repaso.

**Prórroga.** Los arts. 9 y 10 regulan la prórroga legal y sus exclusiones. Las normas no son menos imperativas que sus precedentes, porque una cosa es la imperatividad y otra que la duración “imperativa” sea ahora más corta o que no sea oponible a determinados terceros; el plazo de duración mínima sigue siendo imperativo y las partes no pueden por pacto reducir el tiempo de duración garantizado (“obligatoriamente”), como tampoco podrán hacerlo en la hipótesis de arrendamiento a non domino del art. 9.4. El resto de la regulación disminuye el nivel de protección de que disfrutaba el arrendatario hasta hoy, por lo que la posibilidad de pactos en contrario sólo puede beneficiar ahora al arrendatario, que, si dispone de poder negociador, podrá reconstruir por acuerdo un régimen de protección igual o superior al de la LAU vigente. Por ejemplo, el pacto por el que el arrendador renuncia a la recuperación de la finca por necesidad, cosa que en la LAU vigente sólo puede hacer si esta eventualidad ha sido prevista en el contrato, restricción que el proyecto quiere eliminar, permitiendo la denegación de la prórroga por causa de necesidad cuando haya transcurrido un año de contrato.

**Desistimiento.** Sin que exista un “límite expreso”, es seguro, empero, que el art. 11 sigue siendo imperativo a favor del arrendatario, que no puede renunciar a su derecho de desistimiento ni tiene que soportar una multa penal de cuantía superior a la fijada por la norma; de otra forma no tendría sentido la redacción del inciso segundo de la norma. Obsérvese que el derecho de desistimiento procederá cualquiera fuere el plazo de duración pactada, y no sólo dentro de los períodos de prórroga legal cuando el contrato no haya fijado una duración específica. Si se relacionan esta norma y el nuevo art. 9.3, que permite la denegación de prórroga aunque la contingencia de necesidad no haya sido prevista en el contrato, se comprueba la falta de sentido global de la reforma.

Porque lo que puede hacer el arrendador en el art. 9.3 es denegar la prórroga obligatoria, pero no “desistir” por necesidad o justa causa de un contrato de duración pactada de tres o más años, donde el tiempo de posesión cursa como duración convencional y no como prórroga. A lo que vamos: el arrendatario consigne que se pacten tres o cinco o cien años de duración, el arrendador no puede “desistir” del contrato por causa de necesidad, pero el arrendatario puede marcharse libremente como si hubiese celebrado un contrato de duración semestral.

**Arrendamiento y familia.** El art. 12 no se altera, pero es también seguro que, al tratarse de una norma protectora de intereses familiares de terceros distintos del inquilino, no se puede eliminar por pacto el derecho de subrogación del cónyuge que permanece en el uso. El art. 15 no es “dispositivo”, salvo que todas las partes enfrentadas (los dos ex cónyuges y el arrendador) acuerden que el usuario no se convierte en titular del derecho arrendaticio. Si no es así, no cabe pacto en contrario en el contrato de arrendamiento, por el que inquilino y arrendador acordaran que el titular formal del contrato permanecerá en la titularidad a pesar de las contingencias del uso postdivorcio. En lo sustancial, el art. 16 no ha cambiado, por lo que no creo que haya cambiado la imperatividad de la subrogación mortis causa, que viene a ser confirmada por el tenor del apartado 4, dentro de los tres años de plazo obligatorio.

**Cesión de la posesión mediata a tercero.** El art. 13 no convierte en dispositiva la protección del inquilino, sino que le priva de toda protección frente a terceros adquirentes si el derecho de aquél no está inscrito. Pero no debería decirse que con esto la norma se hace dispositiva, a riesgo de confundir desprotección legal y autonomía de la voluntad. Ni siquiera cabe pensar en un pacto en contrario favorable al arrendatario, pues los destinatarios de esta norma son terceros ajenos al contrato de arrendamiento (no inscrito). Otro tanto ocurre con el art. 14, y está fuera de duda que el arrendatario no puede renunciar a los tres meses de gracia ni al crédito indemnizatorio contra el arrendador. Tampoco podrá renunciar en el contrato al crédito indemnizatorio contra el arrendador, porque el acto de disposición, que hace caducar el derecho de posesión del arrendatario, es un hecho propio voluntario (“dolo”), que invalidaría la cláusula de renuncia a compensación.

**Renta.** El art. 17 (renta) era ya también norma sustancialmente dispositiva en el texto de 1994. El régimen de actualización de la renta (art. 18) no deviene dispositivo (“sólo podrá ser actualizada”), sino que la norma permite ahora que las partes puedan acordar un sistema de actualización distinto del sistema general conforme al IPC. Los arts. 19 (elevación de renta por mejoras) y 20 (imputación de gastos de comunidad) siguen siendo tan unilateralmente imperativos como en la Ley vigente, y se limitan a ajustar los cinco años a los tres de la propuesta de reforma (“sin que pueda”, art. 19.1; “sólo...nun-



ca”, art. 20.2). Está fuera de duda, por ejemplo, que la ley no permite elevar la renta por mejoras antes de los tres años. Es cierto que las partes pueden acordar un módulo de actualización distinto del IPC, pero no dispondrán de muchas opciones alternativas, porque sigue existiendo un plazo mínimo obligatorio de tres años, que no podrá ser eludido mediante cláusulas de escalamiento de rentas o subidas porcentuales descontextualizadas de índices de mercado, que se reputarían instrumentos en fraude de ley. Aunque el proyecto no lo aclara, parece que el módulo en cuestión tiene que ser además susceptible de bilateralización, y que el arrendador ha de soportar el riesgo de una variación a la baja. No otra cosa puede significar “actualización”, y la previsión misma de que la cláusula de actualización pueda ser actuada también a iniciativa del arrendatario.

**Tanteo y retracto.** Que el art. 25 (tanteo/retracto arrendaticio) es una norma “imperativa” se prueba en que ha sido necesaria una disposición legal expresa (distinta del art. 4.1 de la LAU) para que el derecho pueda excluirse por pacto (cfr. art. 25.8). Por lo que se refiere al tanteo/retracto, el error no está en su imperatividad, sino en su persistencia, siquiera como solución supletoria. El tanteo/ retracto arrendaticio debería haberse suprimido ya en 1994, una vez constatado que su ejercicio dispara los costes de la justicia, perpetúa abusos de una y otra parte y reconstruye un falso mercado de vivienda, cuando el arrendatario puede acudir libremente a múltiples opciones de mercado. Si no se quiere medida tan radical, hubiérase previsto en la norma que las partes pueden acordar que el arrendatario dispondrá de un derecho de adquisición preferente y que, de no haberse predispuesto negocialmente su régimen de otra manera, aquél se acomodaría al procedimiento supletorio establecido en el precepto. Pero no tiene sentido quedarse en tierra de nadie, con previsión de que las partes pueden excluir el derecho de retracto y no prever que puedan modificar los términos en que este derecho se ejercita, conforme a los apartados no modificados del art. 25. La perturbación que produce la subsistencia del derecho de tanteo y retracto es mayor ahora que el proyecto exigirá la inscripción registral del arrendamiento para que resulte oponible a tercero (art. 7.2), mientras que el tanteo y retracto, que es una limitación legal del dominio, seguirá siendo oponible al adquirente al margen de que se encuentre inscrito ¡aunque no le fuera oponible el derecho arrendaticio como tal!

**Resumen.** Por tanto, si bien es cierto que en lo relativo al módulo de actualización de renta y a la exclusión del tanteo/retracto se admiten hoy “expresamente” pactos en contrario, es incierto de todo punto que las normas del Título II de la ley se hayan hecho (más o menos) dispositivas, Allí donde el texto singular no haya prevenido la posibilidad de este pacto, el régimen sigue correspondiendo al hoy vigente, sin más alteración reseñable que la reducción de plazos de cinco a tres años.

## 4. Duración del contrato

**Duración obligatoria y prórrogas.** La prórroga obligatoria se reduce de cinco a tres años y la prórroga voluntaria baja de tres a uno, “con objeto de dinamizar el mercado de alquiler y dotarlo de mayor flexibilidad”, según la Exposición de Motivos. Queda por saber si la continuidad sucesiva se articula también como prórroga voluntaria anual o como tácita reconducción. No se sabe a qué consideración sensata puede obedecer este cambio de duración en los tiempos que corren. La práctica de varios años de funcionamiento de la LAU acredita sobradamente que nunca ha existido, tampoco de la parte propietaria, ningún problema con el esquema 5+3. No he conocido ninguna queja relativa a la excesividad del plazo. El arrendador no se queja de que existan arrendamientos de ocho años, sino de que las rentas no se paguen, que los desahucios no prosperen o que las viviendas se destrocen por sus ocupantes. Pero no existe ninguna relación causal entre estos temores y la reducción del plazo legal, toda vez que se parte como hipótesis de que un arrendatario posee hasta 8 años cuando paga, cuando su título no puede ser resuelto con anterioridad, es decir, cuando es una “buena” inversión para el propietario. En otros términos, el arrendador sólo tiene que sufrir la carga de los 8 años cuando el arrendatario cumple. Y cuando esto ocurre, lo menos que el dueño quisiera perder es su arrendatario. Un arrendatario que paga es un tesoro. Más aún, creo que existirán contraincentivos perversos, por lo que se expresa a continuación.

**Malos incentivos.** Imaginemos un arrendamiento de vivienda con plazo máximo de duración de tres años. Aunque ni siquiera esta duración estará garantizada, porque ahora puede incondicionalmente el arrendador desautorizar la prórroga obligatoria cuando tenga necesidad de la vivienda para sí o su familia. En consecuencia, con la excepción del primer año de contrato, el arrendatario no puede contar con estabilidad en el plazo. La primera consecuencia de esta torpeza legal es que los precios de los alquileres se deprimirán, y es el precio de los alquileres, no su duración, lo que acongoja al dueño. Se crea además una subvención oculta a los arrendamientos concertados por personas jurídicas, porque en éstos no podrá denegarse la prórroga y por ello se podrá cobrar más por ellos. No se estará dispuesto a pagar a un arrendador persona física lo que se paga ahora por un arrendamiento de vivienda, pues no existe ninguna seguridad en cuanto al plazo. La intensificación de la precarización presionará igualmente para reducir sustancialmente el nivel de cuidado que el inquilino pone en la posesión. No tiene sentido para él invertir en cuidado para largo plazo ni precipitar una mejora necesaria que acaso haría por su cuenta si tuviese asegurado una duración mayor.

La situación puede llegar a resultar infernal para el arrendador. Éste no tiene otro modo de presionar al alza en la renta salvo renunciando a las nuevas ventajas legales que se contienen en el proyecto.

**Denegación de prórroga.** La novedad de que el arrendador pueda denegar la prórroga obligatoria por causa de necesidad, aunque la misma no esté pactada en el contrato, es otro error de bulto, tanto de justicia como de estrategia. Es inconcebible que se permita al arrendador reocupar el inmueble de cuyo uso ha dispuesto voluntariamente por un plazo de tres años. La denegación de prórroga sólo tiene justificación en un contrato sujeto a prórroga forzosa indefinida, pero no cuando existe tiempo cierto, y además tan breve. El riesgo de la aparición de esta necesidad sobrevenida debía ser enteramente absorbido por el propietario, que no puede pretender “nadar y guardar” la ropa, sacando dinero de una renta sin querer asumir el coste de tener que privarse durante un tiempo de la finca.

**Desistimiento.** En el proyecto, puede desistir del contrato el arrendatario a partir de los seis meses, pudiendo pactarse anticipadamente una indemnización de una mensualidad de renta por año de contrato que quede por cumplir. Sin duda, se trata de una conquista importante para los arrendatarios como clase, aunque no advierto en qué medida este derecho nuevo tiene que ver con la dinamización del mercado de alquileres. La medida favorece sólo a los arrendatarios sin arraigo, porque a los demás el nuevo derecho les costará dinero. En efecto, ninguna familia podrá convencer a un propietario para que les ajuste la renta en consideración a que desean comprometerse en un arrendamiento a largo plazo. Porque el derecho de desistimiento es irrenunciable, y la promesa de continuidad ya no es creíble; mientras el arrendador puede renunciar al derecho de denegar la prórroga por necesidad, el arrendatario no puede renunciar a su facultad de desistir del plazo pactado. Estos mismos arrendatarios con vocación de duración tendrán difícil convencer al propietario para que acometa una obra o reforma de envergadura, por ejemplo pintar la casa, porque nadie puede asegurar al dueño la seguridad de un flujo continuo de rentas.

**Resultado esperado.** En consecuencia, la regulación propuesta generará relaciones arrendaticias inestables y poco productivas en términos de ventajas mutuas, dada la inseguridad sobre la continuidad de la inversión mutua en el futuro. El modelo que resulta es incongruente con el propósito de incentivar el uso arrendaticio como alternativa a la propiedad. Sólo sirve para inquilinos movedizos que “van y vienen”. Al menos para las familias que pretendan estabilizar un derecho de uso de largo plazo, el proyecto sólo les ofrece precariedad, por lo que continuarán operativas las presiones sociales y psicológicas para la inversión hipotecaria en propiedad. ¡Y para este modelo de arrendamiento desarraigado es para el que el proyecto impone la constricción de una inscripción registral y del coste que ello representará!

## 5. Oponibilidad y adquisición conforme al Registro

**El verdadero propósito del Proyecto.** Aunque podría parecer que este Proyecto tiene como objetivo la (una nueva) “búsqueda del necesario equilibrio entre las necesidades de vivienda en alquiler y las garantías que deben ofrecerse a los arrendadores para su puesta a disposición del mercado arrendaticio”, la verdadera estrella de la reforma no es otra que la final claudicación del régimen arrendaticio frente a quienes de antiguo- y más en los tiempos de miseria que corren- han estado presionando para llevar el gato del inquilinato al agua del Registro de la Propiedad. Para conseguirlo se pretende “normalizar” el estatuto jurídico existente, para que el arrendamiento de viviendas se someta “al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario”. En definitiva, que los arrendamientos no inscritos “no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho” y que el “tercer adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el art. 34 de la Ley Hipotecaria no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito”. Incluso si la idea fuere buena en sus términos, la incongruencia entre los diversos propósitos del Proyecto revela su completa arbitrariedad.

**Oponibilidad y fe pública registral.** Aunque el Proyecto sólo se percibe de la primera faceta, las ventajas registrales que provienen de la inscripción de un derecho inmobiliario son de dos tipos. Mediante la oponibilidad, nos preguntamos cómo y cuando el derecho (arrendaticio) correctamente constituido será oponible a otros derechos concurrentes no compatibles. El derecho arrendaticio inscrito resulta eficaz frente al resto de los derechos posteriores, y, a la inversa, el derecho de arrendamiento no inscrito resulta inoponible a los derechos posteriores inscritos. Mediante la fe pública registral nos preguntamos en qué medida afectan al derecho arrendaticio inscrito circunstancias o contingencias extrarregistrales que pudieran poner en cuestión la subsistencia o extensión del derecho arrendaticio que ha sido constituido de una manera tal que fuera del Registro sería un derecho caducable. De esta forma, el derecho de arrendamiento ineficazmente constituido fuera del Registro se convalida como derecho perfecto y se libra del gravamen extrarregistral, si el arrendatario cumple los requisitos del art. 34 LH. Las causas de ineficacia o de postergación o de caducidad del derecho arrendaticio inscrito no le serán oponibles si no figuran debidamente inscritas. El proyecto sólo formula la regla de oponibilidad (art. 7.2), pero en ningún caso se refiere a la segunda, que tiene que inducirse entonces de la aplicación directa del art. 34 LH. Con todo, aunque es asunto que no voy a desarrollar aquí, las menciones y remisiones al art. 34 LH que se hacen en los arts. 10 y 14

del proyecto revelan que el legislador mezcla y confunde principios registrales diversos.

## 6. Las distintas situaciones de conflicto registral imaginables

No es fácil sintetizar ni explicar las reglas registrales que se contienen en los arts. 7.2, 9.4, 10 II, 13 y 14 del Proyecto. En buena parte porque están incorrectamente formuladas. Me parece que una buena guía para seguir este laberinto de titulares y derechos concurrentes es la división que se hace a continuación. A los efectos que siguen suponemos que el art. 7.2 del proyecto replica la regla del art. 32 LH.

**Finca no inscrita; por tanto, ni está inscrito el arrendamiento ni se puede haber inscrito ningún derecho concurrente.** Impropiamente hablan de “finca no inscrita” los arts. 9.4 y 14.2, cuando deberían haber dicho “finca no inmatriculada”. A pesar de la torpeza del lenguaje legal, nosotros vamos a incluir en este nicho los casos de finca no inmatriculada y de finca matriculada, pero en cuyo folio no se inscribe el derecho de arrendamiento ni ningún derecho anterior o posterior en conflicto con el arrendamiento. La solución del conflicto entre derechos concurrentes es como sigue:

No se aplica el art. 7.2. El derecho arrendaticio se opondrá ordinariamente a los titulares de derechos posteriores si no hay lugar a aplicar una de las reglas que siguen.

La oponibilidad de que hablamos será la ordinaria (prórroga obligatoria + prórrogas voluntarias) y no el régimen de tres años a que se refiere el art. 9.4 para los arrendamientos no inscritos adquiridos a non domino. Si el plazo convencional excede del mínimo obligatorio, también en esto será oponible el arriendo.

Si el derecho del arrendador concedente quedara resuelto por alguna de las contingencias previstas en el art. 13.1 (retracto, fideicomiso, hipoteca, embargo, opción de compra), el arrendamiento se extingue, aunque no se haya cumplido el plazo de prórroga obligatoria.

A pesar de la extraña formulación del art. 13.1 II, si el derecho en que se funda la resolución del derecho del concedente es posterior al derecho de arrendamiento (recuérdese, ninguno de ellos inscrito), la resolución de aquel derecho no produce la resolución del derecho arrendaticio, sin perjuicio de que pueda producirse el efecto del art. 1571 CC.

Si el propietario enajena la finca arrendada, el adquirente puede desahuciar al arrendatario conforme al art. 1571 CC, aunque con la concesión del plazo de gracia a que se refiere el art. 14.2 (tres meses para marcharse).

**Finca no inscrita y derecho arrendaticio constituido por un no propietario (a non domino).** Suponemos, como en el caso ante-

rior, que la situación será igual cuando la finca se halle inmatriculada pero ninguno de los derechos concurrentes esté inscrito.

Dándose la buena fe a que se refiere el art. 9.4 primer inciso, el arrendatario podrá permanecer en la posesión durante tres años. En mi opinión, también si el falso dueño ha sido objeto de evicción. Pero en el primer caso, la prórroga voluntaria del art. 10 se aplicará en sus términos normales, mientras que (parece) el propietario que vence en la posesión puede desahuciar al arrendatario después de los tres años aunque se encuentre en período de prórroga (ya voluntaria); esto es lo que debe querer decir el abstruso tercer inciso del art. 9.4.

El arrendador (no dueño) enajena la finca antes del tercer año. Según el art. 9.4 segundo inciso, el adquirente puede desahuciar al inquilino por el art. 1571 CC. Solución muy problemática. Supongamos, por hipótesis, que el adquirente no es un tercero protegido por el art. 34 LH y sabe que compra cosa ajena. ¿también así podrá provocar la evicción de un inquilino que obró de buena fe? Obsérvese, además, la incongruencia entre este precepto y el art. 14.2, que parte de un comprador que adquiere del verdadero dueño, y sin embargo ha de conceder tres meses de gracias al arrendatario antes de desahuciarlo.

A tenor del desafortunado art. 13.1 III, si el derecho del arrendador (no dueño) es objeto de resolución por el ejercicio de un retracto, embargo, sustitución, opción, etc, “se estará a la duración establecida en el art. 9.4”, es decir, tres años. Norma absurda, porque resulta finalmente mejor tratado el arrendatario a non domino que quien arrienda de su propietario real, que en caso de resolución del título de éste puede ser desahuciado de inmediato.

“Si fuera vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el art. 1571 CC”, termina el art. 9.4. Se supone que es el inquilino es el que resulta vencido en juicio. Pero es absurdo que se le produzca la evicción antes de llegar a los tres años, cuando el arrendamiento dura precisamente tres años a pesar de la pendencia de una evicción por parte del verdadero dueño. Por tanto, sólo podrá producirse este efecto si el inquilino es objeto de evicción después de los tres años. Y si el “vencido” es el espurio arrendador, tampoco ocurrirá que antes de tres años pueda el verdadero dueño entrar en la posesión como si se tratase de un adquirente del art. 1571 CC. El art. 1571 CC sólo opera si el vencedor en la posesión enajena luego de recuperada la cosa. Lo que es bien insensato también, si la buena fe del arrendatario consistía precisamente en la confianza de un estado de cosas imputable al vencedor en la posesión.

Si el arrendamiento ha sido concedido por un falso usufructuario o superficiario, y éste derecho (falso) llegara a su término antes de los tres años del art. 9.4, el arrendamiento se extinguiría sin necesidad de esperar a esta fecha, porque

deberá aplicarse analógicamente lo dispuesto en el art. 13.2 cuando se trata de un verdadero usufructuario o superficiario.

**El arrendamiento (sobre finca inmatriculada) está inscrito, y los derechos concurrentes posteriores están inscritos o no.** Es la situación que quiere captar el art. 7.2. El arrendamiento es plenamente oponible en sus propios términos (no sólo el tiempo de duración legal) a los titulares de derechos posteriores, inscritos o no inscritos. Las cláusulas obligacionales del contrato serán igualmente oponibles, precisamente por estar inscritas. Si no se ha pactado un plazo especial, se impone el plazo ordinario y con el régimen ordinario de prórrogas (art. 10. II). Dice, una vez más impropriadamente, el art. 10 II que el arrendamiento resulta oponible incluso frente a terceros que gradúen la condición de terceros registrales del art. 34 LH. Falso, pues, estando el derecho de arrendamiento inscrito, no puede existir frente al arrendatario ningún titular registral posterior que pueda ostentar la condición de tercero del art. 34 LH. Pero sigamos con los detalles.

Supongamos que el derecho del arrendador se encuentra sujeto a una causa de resolución por un derecho “resolutorio” anterior al arrendamiento (fideicomiso, hipoteca, embargo, opción, retracto). Si este derecho está inscrito o es oponible en todo caso (retracto legal), el arrendamiento (inscrito) se extingue sin más.

El art. 13.1 II es otra cavernosa norma. Su supuesto es, parece, el siguiente. El arrendamiento está inscrito con anterioridad a los “derechos determinantes de la resolución”. Es evidente que no se requiere expresar aquí ninguna excepción al régimen general de extinción, porque el arrendamiento no se extinguiría nunca por una resolución de esta clase, dada la oponibilidad que le asegura el art. 7.2 frente a derechos posteriores, inscritos o no.

Si el derecho se otorgó por un usufructuario o superficiario, el régimen del art. 13.2 se aplica normalmente.

El adquirente de la finca por un acto dispositivo realizado por el dueño con posterioridad al arrendamiento inscrito soporta en todo caso este arrendamiento, y no puede desahuciar por el art. 1571 CC. Mas eso es así en todo caso, y no sólo, como sostiene la norma, cuando el tercero reúna las condiciones del art. 34 LH. A mayores, todavía con más razón si no se trata de un tercero registral. Una vez más, la expresión es penosa, y el pensamiento latente confuso.

**La finca está inmatriculada, el arrendamiento se constituye a non domino pero el inquilino goza de la protección del art. 34 LH.** Hipótesis no contemplada por el Proyecto, y que no está reflejada en el art. 7.2, que sólo se refiere a la oponibilidad del arrendamiento, no frente al arrendamiento. Hay que “inventarse” el estatuto jurídico de este conflicto, de la forma siguiente:

No se aplica el límite del art. 9.4, y el derecho se constituye frente a cualquiera con la extensión convenida.

La evicción del falso dueño no provoca la evicción del arrendatario, ni es aplicable el art. 1571 CC.

Si el falso dueño enajena la finca (antes de ser evicto de ella), se aplica ordinariamente el art. 14.1, y el arrendamiento dura por el tiempo legal o el pactado.

Reintegrado el verdadero dueño a la posesión mediata, la enajenación de la finca hecha por él tampoco afecta al arrendatario.

**La finca está inmatriculada, el arrendatario contrata con un falso propietario, que no está tampoco inscrito, y un tercero posterior inscribe de buena fe un derecho concurrente.** La hipótesis no está prevista en el Proyecto. Pero aplicando las reglas generales:

El arrendatario no adquiere a non domino un derecho de arrendamiento por tres años, ni aunque se halle en la situación de buena fe del art. 9.4, si el tercer adquirente está protegido por el art. 34 LH. Si no reúne esta condición, propongo que valga la analogía con el art. 9.4.

El arrendador está obligado por los términos del arriendo.

El propietario vencedor en la posesión tiene que respetar el arrendamiento durante los tres años, si se dan las condiciones de buena fe del art. 9.4.

Arrendamiento no inscrito y derechos concurrentes posteriores inscritos. El arrendamiento es inoponible a los titulares de derechos posteriores que satisfagan las condiciones del art. 34 LH. Pero sólo frente a éstos será inoponibles, no, como erróneamente expresa el art. 7.2, frente a cualquier titular posterior de derecho inscrito. Toda resolución del derecho del concedente le afecta, toda enajenación realizada por el arrendador le sitúa en la posición de ser desahuciado por el art. 1571. Si el derecho posteriormente inscrito es incompatible con el primero (vgr. un segundo arrendamiento), éste podrá provocar la evicción del inquilino no inscrito. Si no es incompatible (vgr. hipoteca, opción de compra), la ejecución o la compra se hará libre de cargas.

**Adquirente de finca inmatriculada, cuando el derecho del arrendatario no está inscrito.**

Increíblemente, se trata de una laguna del art. 14 si los terceros no reúnen la condición de terceros registrales del art. 34 LH. Una lectura a contrario del defectuoso art. 14.1 podría hacer concluir que el arrendamiento es oponible a tales terceros. Pero esto es contradictorio con lo que dispone el art. 14.2 para el caso de finca no inmatriculada, por lo que debe prevalecer éste apartado: el adquirente puede poner fin al contrato por el art. 1571 CC.

**Derecho concurrente anterior inscrito y arrendamiento posterior inscrito.** Frente a los titulares de estos derechos concurrentes, la posición del arrendatario es como la de quien no tiene su derecho inscrito, si bien recupera la posición del titular inscrito para quienes adquieran derechos incompatibles que no se inscriben o lo hacen después de inscrito el arrendamiento.

**Denegación de la prórroga por causa de necesidad en arrendamiento inscrito y no inscrito.** El art. 9.3 del proyecto permite que bajo ciertas condiciones el arrendador se oponga a la prórroga obligatoria una vez transcurrido el primer año del contrato, por necesidad propia o de familiares. ¿Cambia algo que el arrendamiento esté o no inscrito? Entiendo que no, porque la inscripción y sus efectos protegen al titular registral de las disfunciones que afectan al título del arrendador como causante, pero no al propio título que vincula a arrendador y arrendatario. Por tanto, por muy inscrito que esté, el arrendatario no podrá impedir la denegación de prórroga, salvo que tal cosa haya sido acordada en el contrato. La situación es no poco irrisoria, si el arrendatario tuvo que pagar la escrituración y registro de su derecho, pensando que con ello estaba protegido en su expectativa de uso, cuando resulta que se encuentra desprotegido frente a quien había de tener más motivos en protegerse. La condición no puede ser otra para el arrendamiento no inscrito. ¿También el arrendamiento no inscrito que se adquiere a non domino por el plazo de duración de tres años conforme al art. 9.4? ¿Puede el arrendador no dueño denegar la prórroga por causa de necesidad, cuando consta su falta de título? Tenemos que suponer que el arrendador sigue en su posición de poseedor mediato y que no ha sido inquietado por el dueño, pero, de la forma que sea, el arrendatario llega a probar que la posesión mediata de aquél es indebida. Creo que también en este caso procedería la posibilidad de denegación de la prórroga. ¿Y si el verdadero dueño provoca la evicción del arrendador y se enfrenta como nuevo poseedor mediato frente a un arrendatario de buena fe que puede ocupar la finca durante tres años? ¿Podrá este arrendador sobrevenido denegar la prórroga por necesidad? Parece claro que también, pues el arrendatario a non domino no puede ostentar en este asunto más expectativas que el arrendatario ordinario.

## 7. Críticas al sistema de oponibilidad registral de los arrendamientos

En la confianza de que alguna de las ideas que aquí se vierten pueda influir eficazmente en el ánimo del cuerpo legislativo, repaso las objeciones que merece el proyectado sistema.

**En la práctica, no habrá terceros de buena fe que puedan desconocer el arrendamiento.** La exigencia de una buena fe “ética”, en el sentido exigido por la jurisprudencia en la interpretación conjunta que ordinariamente hace de los arts. 34 y 36 LH (“el adquirente conoció



o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que la finca o derecho se hallaba poseída de hecho” por un tercero), hará poco menos que imposible que exista algún tercero que consiga satisfacer el estándar de buena fe exigible para disfrutar del privilegio de la inoponibilidad de lo no inscrito. Basta repasar la jurisprudencia existente sobre el art. 34 LH para comprobar que son más las veces en que se rechaza su aplicación que las veces en que se aplica, y precisamente por la imposición de un alto estándar de buena fe exigible, cuando el derecho no inscrito se publicita mediante la posesión. Parece difícilmente concebible un supuesto en el que el tercer adquirente de un derecho registral pueda pretender haber operado conforme a un estándar normativo (no sólo psicológico) de buena fe sin haber inspeccionado el inmueble sobre el que desea invertir. Un derecho posesorio tan intenso como el arrendamiento vendrá a ser reputado, salvo casos marginales, como una carga aparente de la finca, con la consecuencia de elevar a condición típica su oponibilidad universal sin necesidad de hallarse inscrito.

**Costes de registro de arrendamientos inestables.** El Gobierno que patrocina este proyecto se verá precisado de explicar antes o después por qué la protección de los arrendamientos de vivienda, que no sólo se quieren promocionar frente a la propiedad, sino que además se espera que pueda servir de “colchón” para las necesidades de viviendas de los expulsados del sistema hipotecario, se va a articular mediante un mecanismo que hará bastante más costoso el contrato para el arrendatario. De momento no tiene claro cómo lo va a hacer, pero el sinuoso tenor de la DA 2ª del proyecto promete una entretendida guerra corporativa de aquí a seis meses. Salvo que suprima el arancel de notarios y registradores, el Gobierno tendrá que explicar que este sobrecoste constituye el pago de una renta monopolística a profesionales de la fe pública tan necesitados de dinero como lo estarán los inquilinos a quienes se impone esta tasa. Es tan ridículo que en la España de hoy se acabe imponiendo la necesidad de una escritura notarial y de un arancel registral para realizar un contrato de arrendamiento de vivienda que por su propia naturaleza es inestable, fugaz. Este sobrecoste es tan abusivo, tan injustificado, que no hay lugar para la duda de que apenas habrá arrendamientos que se documenten notarialmente y se inscriban.

Se venderá la especie, mentirosamente, como si este sobrecoste protegiera a los arrendatarios de viviendas frente a terceros adquirentes o bancos subastadores de hipotecas, que los quieran echar. Cuando es manifiesto que estos temidos “buitres” no reunirán las condiciones para estar protegidos por la fe pública registral. Y, aunque así no fuera, no se ve qué necesidad y racionalidad puede haber en la asunción de ese sobrecoste para un arrendamiento cuya duración no se te asegura por más de tres años, y todavía menos, si el propietario requiere la vivienda por causa de necesidad.

**Cui prodest?** El endiablado sistema registral propuesto no presta ninguna utilidad al arrendatario, porque ni va a necesitar la inscripción para gozar de una protección efectiva, cuando la necesite frente a terceros adquirentes, ni va a poder defenderse de la precariedad del uso cuando aquélla se manifieste. En cualquier caso, si hubiera alguna minúscula ventaja, quedaría enteramente absorbida por el coste de su adquisición, en términos de tiempo y dinero. Un arrendatario que asume este dispendio como un coste “hundido” pierde incentivos para ejercer su derecho de desistimiento libre, que el proyecto ha querido concederle, porque al marcharse tiene que dar por desperdiciados los costes de aseguramiento que pagó al inscribir. El sistema tampoco favorece a los propietarios arrendadores, que a lo peor se van a ver en la tesitura de tener que participar en el coste sobrevenido. Al propietario le da exactamente igual que el arrendatario inscriba o no. Salvo que nos representemos a un marginal propietario que desee estafar a unos u otros y que en cualquier caso va a tener que pagar de su bolsillo, como costes de evicción, el ejercicio por terceros del privilegio de poder desconocer el arrendamiento no inscrito. Más aún, el arrendamiento inscrito será para el propietario prudente una rémora de tal cariz que sólo pensar que el inquilino quiere escriturar y registrar el contrato le quitará las ganas de alquilar la casa, por las razones que luego se aducen. Se dice por las malas lenguas que los favorecidos por este engendro son los bancos. No lo creo, ni creo que ellos lo crean. Con o sin inscripción, los bancos seguirán teniendo los mismos problemas de lanzamiento del inquilino “interpuesto” en el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria contra el dueño; cierto, ahora cuentan con la ventaja añadida de poder purgar la finca del arrendamiento no inscrito aunque la hipoteca sea de constitución posterior a la ocupación arrendaticia. Pero, como se ha dicho, esto sólo lo podrán conseguir cargando con la prueba de su buena fe “reforzada” del art. 34 LH, prueba que nunca podrán satisfacer o que, en el mejor de los casos, convertirán los incidentes de los arts. 661 y 675 LEC en macroprocesos de los que el acreedor hipotecario sólo puede sacar penurias, embarrancando por mucho tiempo el curso de la ejecución hipotecaria. Ni tan siquiera los fondos de inversión, que “operen desde lejos” mediante la compra masiva de créditos hipotecarios tóxicos, pueden estar seguros, antes de pagar, que obtendrán la finca libre de ocupantes ocultos. Y aunque así no fuera, el resultado final sería bien patético, si los adalides del Proyecto se ven precisados a reconocer que la enésima reforma de los inquilinatos se ha hecho sin otro propósito que permitir que los bancos y cajas puedan sacar de sus balances hipotecas tóxicas que compran a granel fondos tiburones por el 40% de su nominal.

**¿Cómo se cancela?** Una vez inscrito, el arrendador (no el arrendatario, al que le es indiferente) tiene que asegurarse que el asiento se cancela cuando el arrendamiento se extinga. El sistema cancelatorio es el ordinario de la LH, que precisa consentimiento del titular del derecho cancelable (el inquilino) o resolución

judicial, en la medida que no esté modificado por la regulación especial del art. 7 del RD 297/1996. Claro que el inquilino no tiene ningún incentivo en tomarse el tiempo y el coste de cancelar y de momento el RD 297/1996 no habilita la cancelación de oficio para hipótesis imaginables en el proyecto, como el nuevo art. 9.3 o el desistimiento del art. 11. Si el arrendatario se ha ido de la noche a la mañana, por ejemplo por haber desistido del contrato o por haberse peleado con su partner o simplemente por haber dejado las llaves en el buzón antes de largarse para no volver, el arrendador ya puede iniciar un juicio ordinario para obtener una sentencia cancelatoria. Aunque es también posible que el inquilino quiera utilizar este privilegio como una medida de chantaje, sabiendo el daño que hará al propietario si el asiento no se cancela; y podrá utilizarlo como moneda de canje para negociar la devolución de la fianza, la condonación de parte de la renta o la obtención de pagos laterales.

**Resolución y cancelación.** El apartado 4 que se añade al art. 27 carece de sensatez. La resolución de pleno derecho por impago de la renta era ya un efecto directo del art. 27.2, sin necesidad de que se construya esta especie de condición resolutoria expresa ni que se requiera de resolución por medio de notario. Lo que la norma debe querer decir es que la cancelación del asiento del arrendamiento sólo se podrá obtener por vía directa de resolución cuando ésta se haya realizado en la forma prevista en el apartado 4. Por tanto, nada de las tonterías de “desahucio notarial” del que se habla en la plaza pública. La cancelación procederá siempre que el arrendatario no se oponga al requerimiento, porque entonces hará falta una resolución judicial, y no estoy seguro que pueda ser la resolución judicial de desahucio la que contenga condena de cancelación. Exige el art. 27.4 que, de existir cargas posteriores sobre el arrendamiento, se cancelarán si el requirente pone la fianza a disposición de los titulares de estas cargas. ¿Pero cómo va a poder hacer tal cosa, si la fianza está depositada en la agencia competente de la Comunidad Autónoma? Tampoco se entiende por qué este requisito no rige también para el arrendatario, salvo que su devolución se entienda compensada con la mensualidad de renta correspondiente. Conociendo ya cómo opera el “infierno” de las cancelaciones automáticas en la práctica del ejercicio de condiciones resolutorias expresas en la compraventa de inmuebles, tiendo a pensar que con el art. 27.4 se les está haciendo a los arrendadores un regalo envenenado.

**Final. ¡Qué absurdo, recuperar el art. 1571 CC!** En lugar de haber derogado el art. 1571 CC, que era lo procedente, el proyecto lo revigoriza, dándole imperio en los arrendamientos urbanos, en los que nunca tuvo espacio de juego. Por diversas razones el art. 1571 CC contiene una norma que expresa una inadecuada concepción del arrendamiento de nuestro tiempo. El arrendatario del art. 1571 era el miserable “colono” romano, un poco menos que preca-



rista que no poseía civilmente, y recibía la posesión mediante una prestación continuada del uso que le procuraba el dueño. Por eso, cuando éste vendía, quedaba cegada la fuente de provisión del uso. Todo esto es hoy historia. Un arrendatario que posee no puede devenir precarista frente a un adquirente, como tampoco, según la jurisprudencia, lo deviene el titular de una opción o retracto convencional no inscrito pero conocido por el adquirente contradictorio. ¿Cómo va a ser peor la condición del arrendatario que posee que la del titular de un retracto convencional no posesorio ni inscrito? En el desgraciado proyecto que comento, el arrendamiento no inscrito capitula frente al adquirente inscrito o no inscrito, pero el arrendamiento inscrito triunfa frente al adquirente de cualquier clase. En curioso que esta oponibilidad merced el Registro estuviera ya consagrada en el propio CC (también art. 1549 CC), sin tener en cuenta que la ratio de la paremia venta quita renta no tuvo su origen en una sospecha de clandestinidad del arriendo no inscrito. Si la ratio de esta excepción estuviera en la publicidad de la carga, entonces, una vez más, y como bien procede en Derecho, posesión equivaldrá a Registro y el adquirente que supo o pudo saber no podría prevalerse del art. 1571. La sociedad civil española no toleraría hoy que a un arrendatario no inscrito que dispone de un derecho de uso por tres años se le pueda echar por el comprador que adquirió la cosa a sabiendas de la existencia del arriendo.

## 8. Innovaciones en el proceso de desahucio

Es la quinta ocasión desde el año 2003 que se producirá una reforma legal del proceso de desahucio arrendaticio de la LEC, que en la Ley 37/2011 había incorporado como novedad la técnica del juicio monitorio (art. 443.3 I LEC). Las innovaciones que introduce el proyecto son las siguientes.

### Requerimiento para la vista y lanzamiento.

El proyecto introduce dos innovaciones. De un lado, la vista del juicio verbal sólo se celebrará si el demandado formula oposición. De otro, el requerimiento lo es de lanzamiento, sin previa vista, cuando el demandado no se opone, de modo que si no paga o no comparece para oponerse o allanarse, el juez dictará auto dando por terminado el juicio y producirá el lanzamiento, mientras que en la actualidad no se podía señalar el lanzamiento hasta que se tuviera certidumbre si la vista se celebrará o no. La innovación legal en el art. 440 arrastra la modificación necesaria del art. 549.3, supuesta la posibilidad de que no haya lugar a vista, y a la vez hace inaplicables el plazo de espera del art. 548 y el de gracia del art. 704.1.

**Auto de finalización, ejecución por cantidades debidas.** El proceso ya no finalizará por decreto del secretario, sino por auto judicial, lo

que permitirá la inclusión de condena en costas y de condena al pago de rentas debidas. Aunque la Ley nada decía, ni tampoco el proyecto, sobre las costas del juicio (cf. para el monitorio, art. 814.1 LEC), no resultaba lógico que haya condena en costas en la enervación del desahucio del art. 22.5 LEC y que no la hubiera si el juicio acaba por no atender el requerimiento ni oponerse. Igualmente se sustituye el decreto del Secretario por la resolución judicial en el caso de que el demandado atienda el requerimiento de desalojo pero deje impagadas las rentas reclamadas, de forma que el demandante pueda instar despacho de ejecución por mera solicitud. Con el texto vigente, el decreto del Secretario, que bien puede funcionar como título ejecutivo en la LEC, no sirve para incorporar una condena al pago de rentas devengadas con posterioridad a la demanda y hasta la entrega definitiva de la finca (art. 220.2 LEC, que también se modifica en el Proyecto, y permite que la condena de futuro de las rentas devengadas después de la demanda se contenga también en auto judicial).

**Práctica del lanzamiento.** Hoy se requiere la participación de dos funcionarios para la práctica del lanzamiento. Se proyecta reformar el art. 703, para que baste la presencia de un único funcionario con categoría de gestor, que podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública. No hay otra finalidad que duplicar la capacidad operativa de los Juzgados para los desahucios.

## Empresas de cobro de morosos al límite de la legalidad<sup>1</sup>

Miguel Fernández Benavides | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

**Resumen:** En el actual contexto de crisis económica, son cada vez más las empresas que acuden a entidades especializadas en el cobro de impagos con clientes. Particularmente, en el sector de la telefonía móvil es habitual que las compañías contraten los servicios de estas empresas de cobro de morosos. Al encontramos ante una actividad empresarial carente de regulación específica en nuestro país, son numerosos los problemas jurídicos que pueden plantearse en torno a la misma, y cuya descripción trataremos de abordar en el presente trabajo.

**Palabras clave:** cobro de morosos, protección de datos, cesión de créditos, novación subjetiva, protección de los consumidores y usuarios, intromisión ilegítima en el honor, responsabilidad penal.

**Title:** Debt collection companies, on the edge of legality

**Abstract:** In the current economic crisis, there are more and more companies that hire services of entities specializing in debt collection.

Particularly in the mobile phone sector, is common for companies to hire this type of service. Given that this business does not have a specific regulation in our country, this paper will attempt to describe some of the many legal issues that can appear around it.

**Key words:** debt collection, data protection, assignment of receivables, subjective novation, consumer protection, right of honor injuries, criminal responsibility.

**Sumario:** HECHOS, CONSULTA, RESPUESTA: 1. Inexistencia de regulación del recobro extrajudicial de deudas y eventual aplicación de la normativa de protección de datos. 2. Relación entre empresa de cobros y el acreedor: ¿Cesión de créditos o mera gestión de cobros? 3. Oponibilidad frente a la empresa de cobros de las excepciones del deudor frente al acreedor. 4. Los cuestionables métodos empleados en ocasiones por las empresas de cobro de impagados. 5. Conclusiones.

### Hechos

Habida cuenta de la difícil situación económica actual, y de la gran cantidad de impagos que existen en muchos sectores, son cada vez más las compañías -especialmente las de telefonía móvil- que recurren a empresas especializadas en el cobro de los impagos generados por sus clientes. Estas entidades, conocidas comúnmente como empresas de cobro de morosos, ejercen en ocasiones un verdadero acoso hacia los “supuestos deudores”, sobre los cuales, en muchos casos, no pesa finalmente una deuda real. Así las cosas, las oficinas de consumo están recibiendo un número creciente de reclamaciones efectuadas por consumidores afectados por la actuación las empresas de cobros. Sin embargo, a pesar de que la reclamación esté interpuesta (en trámite) o ya resuelta, es habitual que las empresas de cobros sigan actuando -con independencia del procedimiento de reclamación y su conclusión-, ejerciendo presión psicológica sobre el supuesto deudor, mediante el envío de cartas y constantes llamadas de teléfono.

### Consulta

En vista del contexto descrito, la Oficina Municipal de Información al Consumidor del Ayuntamiento de Herencia formula al Centro de Estudios de Consumo de la UCLM la siguiente consulta: ¿puede el operador de telefonía derivar/vender/ceder la deuda a una empresa de cobro, sin haber verificado que la deuda es real?; ¿una empresa de gestión de cobro, puede exigir al consumidor que abone una deuda, cuando ésta no es real, y además se está tramitando la reclamación; ¿y una empresa que ha comprado la deuda?; ¿un consumidor está obligado a aportar la documentación que esta empresa le exige; ¿quién tiene que informar a estas empresas de la situación o resolución del expediente, el consumidor o el operador de telefonía?

### Respuesta

#### 1. Inexistencia de regulación del recobro extrajudicial de deudas y eventual aplicación de la normativa de protección de datos

Actualmente, España es el único Estado de la Unión Europea donde no existe regulación alguna de las empresas dedicadas al cobro de impagados. Así, en un campo regido por la incertidumbre legal, son numerosas las empresas que prestan sus servicios especializados en este ámbito. Si bien la actividad de cobro de morosos no plantea, en principio, problema alguno desde un punto de vista jurídico, lo cierto es que determinados métodos empleados por las empresas del sector podrían hallarse al límite de la legalidad, y, en el peor de los casos, derivar en conductas lesivas de los derechos fundamentales de la persona del deudor. Precisamente por esta razón, el propio Tribunal Supremo ya advirtió sobre la necesidad de solventar esta situación, apuntando que “por muy deseable que sea la existencia de medios extrajudiciales para la efectividad de los derechos de crédito que se ostenten frente a terceros, ello no permite sustituir la fuerza coactiva de los Poderes Públicos por actuaciones privadas” que atenten contra derechos fundamentales de aquellos (STS núm. 306/2001 de 2 de abril, RJ 2001/3991). En este sentido, si bien el 17 de marzo de 2009 fue aprobada por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley relativa a la necesidad de regular el marco de actuación de las empresas de reclamación de deudas y de cobro de impagados (vid: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D\\_167.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/D/D_167.PDF)), los cierto es que, a día de hoy seguimos sin contar con una regulación específica de esta actividad en nuestro país.

Sin perjuicio de lo anterior, no podemos obviar la normativa sobre protección de datos, que aunque no regula directamente esta cuestión, sí puede acercarnos medios de defensa del consumidor titular de los datos y legitimar la imposición de sanciones por parte de la Agencia Estatal de Protección de Datos (en adelante AEPD) tanto a la empresa de telefonía móvil como a la empresa de cobro de morosos. Así, hemos de prestar atención a lo previsto en la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y en su reglamento de desarrollo (RD 1720/2007, de 21 de diciembre), así como la Instrucción 1/1995 de la AEPD, acerca de la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito. En este sentido, especialmente en aquellos supuestos en que la deuda sea inexistente, podremos invocar la aplicación analógica de la normativa de protección de datos en base fundamentalmente a dos argumentos: a) la vigencia del principio general de calidad de los datos -art. 4.3 LOPD- aplicable a cualquier tratamiento de datos personales, que obligaría a la empresa de telefonía a ceder datos ciertos y actuales; b) la identidad de razón o eadem ratio -art. 4.1 CC- entre los ficheros de morosos y los datos cedidos a las empresas dedicadas al recobro de deudas, supuesto este último en que tanto el cedente como el cesionario han de asegurarse de que los datos son veraces, debiendo asumir ambos responsabilidad por el eventual tratamiento incorrecto de los mismos.

#### 2. Relación entre empresa de cobros y el acreedor: ¿Cesión de créditos o mera gestión de cobros?

Por lo que se refiere la relación jurídica existente entre la compañía de telefonía móvil (acreedora) y la empresa de cobro de morosos, pueden darse diversas opciones. En efecto, entendemos que no existe inconveniente alguno para que la segun-

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

da pueda actuar, bien como cesionaria de los créditos de la primera -existiendo en este caso un contrato de cesión de créditos (arts. 1526 y ss. CC)-, bien como mero agente encargada del cobro de los créditos de su cliente. En este último supuesto, podemos entender que nos encontramos ante un contrato atípico de gestión de cobro de morosos (SAP Burgos núm. 137/2001 de 8 de marzo, JUR 2001/140012, SAP Barcelona núm. 198/2005 de 31 de marzo, JUR 2005/124724) o ante un contrato de arrendamiento de servicios (SAP Guipúzcoa de 29 de julio de 1999, AC 1999/2126, SAP Lleida núm. 152/2003 de 20 de marzo, JUR 2003/110462). En cualquier caso, tanto la modificación del titular del crédito como la introducción de un tercero que gestiona la deuda, son situaciones que no afectan en modo alguno a los derechos del deudor, derivados de la relación jurídica subyacente entre este y el acreedor originario, y dependientes en todo momento de dicha relación.

### 3. Oponibilidad frente a la empresa de cobros de las excepciones del deudor frente al acreedor

De acuerdo con el régimen civil de cesión de créditos, todas aquellas excepciones que asisten al consumidor (cedido) frente a la compañía de telefonía (cedente) serán oponibles frente a la empresa de cobro de impagados (cesionario). Así, a pesar de que el Código Civil guarda silencio en este punto al regular en los artículos 1526 y siguientes la cesión de crédito, la doctrina mayoritaria sostiene que el deudor que no ha consentido la cesión pueda oponer al cesionario todas aquellas acciones y medios de defensa que tuviera contra el cedente. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado favorable a la posibilidad de oposición al cesionario de las excepciones que el deudor tuviera frente al cedente, sin hacer salvedad alguna (es decir, haya o no consentido el deudor), y ello con fundamento en que la cesión civil es por esencia una novación subjetiva por cambio de acreedor que mantiene idéntica la obligación, no pudiendo causar perjuicio alguno al deudor (entre otras, STS núm. 859/1993 de 24 de septiembre, RJ 1993/6742).

Aun si hubiese alguna duda -que de hecho existe en la doctrina científica- sobre la oponibilidad de tales excepciones cuando la cesión del crédito es consentida por el deudor, debemos señalar que cuando el este ostenta la condición de consumidor, los preceptos del Código Civil han de ser interpretados conforme a las normas protectoras del consumidor -TRLGDCU y demás normativa de consumo-, y en observancia del principio informador del ordenamiento jurídico contenido en el artículo 51 de la Constitución (defensa de los consumidores y usuarios). Por otra parte, consideramos que negar al consumidor la posibilidad de oponer las excepciones que correspondan a la empresa de cobro de morosos, supondría que la propia cláusula en que se prevea la cesión de crédito para el caso de impago, habría de ser consi-

derada abusiva. Así, de acuerdo con los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU, una estipulación esta naturaleza, que agravase las condiciones del deudor sin contraprestación alguna, resultaría inadmisibles por generar un importante desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

### 4. Los cuestionables métodos empleados en ocasiones por las empresas de cobro de impagados

Como señalábamos al inicio, es habitual que determinadas empresas dedicadas al recobro extrajudicial de deudas, desarrollen su actividad al límite de la legalidad, a través del empleo de métodos ciertamente cuestionables desde un punto de vista ético. En este sentido, no son pocas las ocasiones en que se lesionan derechos fundamentales de la persona del deudor a través de la utilización de técnicas coactivas cercanas a la extorsión, amenazas, divulgación de datos sobre la morosidad del deudor, etc. Como ejemplo, baste mencionar determinadas prácticas llevadas a cabo por empresas por todos conocidas, consistentes en conminar al deudor mediante el envío a su empresa o domicilio particular de cobradores vestidos con trajes o disfraces extravagantes. Sobre esta cuestión, ya tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo, confirmando la condena a “el cobrador del frac” por intromisión ilegítima en el derecho al honor de los deudores (STS núm. 306/2001 de 2 de abril, RJ 2001/3991). En aquella ocasión, consideró el alto Tribunal que la actuación de los empleados de la empresa de cobros, “tendente a que las personas que se encontraban presentes en el establecimiento y los vecinos de los demandantes tuvieran conocimiento de la presunta morosidad” de los deudores, tenían “evidente carácter intimidante o vejatorio”. En el mismo sentido, podemos encontrar diversas sentencias dictadas por la jurisprudencia menor, en que se condena a empresas de cobros de impagos por intromisión ilegítima en el derecho al honor (por todas, SAP Ourense núm. 45/2009 de 11 de febrero, AC 2009/418, SAP Vizcaya núm. 358/2005 de 11 de mayo, AC 2005/1339).

Más allá del régimen civil de protección de la intimidad y el honor, las conductas más graves llevadas a cabo por estas empresas de cobro de morosos pueden derivar en responsabilidad penal. Así, la SAP Granada núm. 679/2000 de 9 de noviembre (JUR 2001/48364), confirmó la condena a los empleados de una de estas empresas por la comisión de un delito de amenazas (art. 169 CP), al haber exigido el pago gritando al deudor frases tales como “te vamos a cortar la cabeza, te vamos a dar una paliza que te vamos a dejar medio muerto si no pagas”. Por su parte, la reciente SAP León núm. 87/2012 de 2 de febrero (JUR 2012/1933), concluye que los cobradores cometieron una falta de coacciones (art. 620.2 CP) al intentar cobrar una deuda dirigiéndose al deudor con expresiones tales como “nosotros venimos a cobrarte a ti y por cojones te vamos a cobrar”, mientras lo agarraban por el pecho en presencia de terceras personas.

## 5. Conclusiones

**Primera.** El operador de telefonía puede ceder a un tercero (empresa de cobro de morosos) el derecho de crédito sin haber verificado que la deuda es real. Lo mismo cabe decir respecto de la posibilidad de que la empresa de gestión de cobros, una vez recibida la deuda, a través de la oportuna cesión de créditos, proceda a exigir al consumidor que abone la cantidad, aun estando tramitándose la oportuna reclamación. A pesar de que dichos comportamientos pueden resultar poco éticos o simplemente ser fruto de una equivocada política de actuación de la empresa, lo verdaderamente importante es que el consumidor tiene la posibilidad de oponer frente a al cesionario todas aquellas excepciones que tuviera contra el cedente. Es decir, el consumidor podrá alegar y acreditar frente a la empresa de cobro de impagados que la deuda no existe o, en su caso, que el importe de la misma ya fue abonado en su día.

**Segunda.** Igualmente, se planteaba la cuestión acerca de quién ha de remitir a la empresa de cobro de morosos la documentación relativa a la reclamación que se ha interpuesto ante la administración de consumo. En este sentido, habiéndose producido una novación subjetiva por cambio de acreedor -como consecuencia de la cesión de créditos operada entre la compañía de telefonía móvil y la empresa de cobros-, todas las relaciones y comunicaciones en el ámbito de la relación jurídica habrán de tener lugar entre el consumidor y el nuevo acreedor (cesionario), que ostentará idénticos derechos y obligaciones que se hallaban en la esfera jurídica del cedente. Así las cosas, deberá ser el consumidor quién informe a la empresa de cobro de morosos acerca de la situación del expediente o de su resolución, pues es con este nuevo sujeto -y no con el acreedor originario- con quién tiene contraída la supuesta deuda. Sin embargo, en la práctica no siempre nos hallaremos en el escenario descrito, dado que el consumidor habitualmente no conoce la cesión hasta el mismo momento en que el cobrador acude a su empresa o domicilio privado. Por lo tanto, para que la cesión de la deuda se produzca con normalidad -pudiendo el consumidor ponerse en contacto con la empresa de cobros- el primer requisito no es otro que la necesaria comunicación al usuario por parte de la empresa de telefonía de la cesión del crédito. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la normativa de protección de datos exige como requisito necesario operar la cesión de datos sobre solvencia patrimonial la “existencia previa de una deuda cierta, vencida y exigible, que haya resultado impagada” (Capítulo 1º, Norma 1ª, Instrucción 1/1995 de la AEPD). En caso de que la deuda no reúna los elementos señalados, y más allá de las eventuales sanciones que pueda imponer la AEPD (vid. infra), el consumidor afectado podría reclamar una indemnización (ex art. 1902) alegando el incumplimiento de la normativa de protección de datos en relación con la causación de un daño (solo si dicho daño efectivamente se ha producido).

**Tercera.** Por el momento, la evitación de situaciones de este tipo (cesión de deudas falsas o inexistentes) queda en manos de las empresas de cobros -en cuyos códigos deontológicos se suelen referir a esta cuestión- y del correcto actuar de las compañías de telefonía. En todo caso, cabría acudir a la normativa de protección de datos, en la medida en que prevé la responsabilidad no sólo del cedente, sino también de quien utiliza datos incorrectos o erróneos. En este sentido, hemos de destacar que, según el artículo 4.3 de la LOPD, “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”, y que el incumplimiento de lo dispuesto en dicho precepto, supondrá la comisión de una infracción grave de acuerdo con el artículo 44.3.c de la LOPD (tanto si dicho incumplimiento se produce en el trata-

miento de datos de carácter personal, como en su uso posterior).

**Cuarta.** Por otra parte, desde el punto de vista de la relación contractual que une a cedente y cesionario, éste último tenderá a incorporar cláusulas relativas a la ineficacia de la transmisión en aquellos casos en que la deuda sea inexistente, y, a buen seguro, establecerá algún mecanismo precontractual para asegurarse de que la deuda es efectivamente real y exigible. En cualquier caso, si finalmente se consumase una transmisión de deuda inexistente, la empresa de gestión de cobros (cesionaria) podría dirigirse frente a la compañía de telefonía (cedente) ex artículo 1529 del CC, pues el cedente responde de la existencia de la deuda. Además, la responsabilidad del cedente podrá extenderse al pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios cuando hubiera actuado de mala fe (art.

1529 in fine). Sin embargo, no cabe duda de que muchos de estos problemas se resolverán cuando el Legislador se decida a regular un sector especialmente sensible -como es el recobro de impagados-, a fin de establecer protocolos de actuación tendentes a erradicar prácticas empresariales poco rigurosas desde un punto de vista moral, y generadoras de situaciones ciertamente incómodas para los consumidores y usuarios.

**Quinta.** Finalmente, puede ocurrir que la empresa de cobro de morosos lleve a cabo sus actuaciones mediante métodos especialmente agresivos, molestos o intrusivos, generando incomodidad y ansiedad en el consumidor. En estos casos, cabe la posibilidad e interponer una acción de protección civil -de protección del honor- o penal, en función de las características y gravedad de las acciones llevadas a cabo por la empresa de cobro de morosos y sus empleados.



# Guía práctica sobre la inclusión en un registro de morosos<sup>1</sup>

Ana Isabel Mendoza Losana | Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM |

**Resumen:** Mediante el formato pregunta-respuesta, este documento pretende aclarar algunas dudas relativas a la inclusión de los datos de un usuario en un registro de información sobre solvencia patrimonial, más conocido como “registro de morosos”.

**Palabras clave:** protección de datos personales, ficheros de información sobre la solvencia patrimonial, registros de morosos, deudores.

**Title:** Practical guide about the processing of personal data relating to the fulfillment or non-fulfillment of financial obligations.

**Abstract:** This paper exposes the rules of the processing of personal data relating to the fulfillment or non-fulfillment of financial obligations and the provision of information services on creditworthiness and credit.

**Keywords:** processing of personal data, fulfillment or non-fulfillment of financial obligations, information services on creditworthiness and credit.

**Sumario.** Introducción. 1ª. ¿Es legal la inclusión en un RM? 2ª. ¿Qué requisitos se deben cumplir? 3ª. ¿Cuándo y cómo ha de ser informado el cliente de su inclusión en un RM? 4ª. Reclamada una deuda, ¿es posible la inclusión en un RM? 5ª. ¿Qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda “cierta” y por tanto, impiden la inclusión en el registro de morosos o precipitan la cancelación del dato ya incluido? 6ª. ¿Qué documentos impiden la inclusión en el RM? 7ª. Discutida la cuantía de una deuda, ¿está justificada la inclusión de los datos en un RM? 8ª. ¿Cuánto tiempo pueden permanecer los datos en un RM? 9ª. ¿Qué hacer si un usuario constata la inclusión impropia de sus datos en un registro de morosos? 10ª. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la inclusión indebida en un RM? 11ª. ¿Qué puede hacer la Administración de Consumo ante la inclusión indebida de un usuario en un RM?

## Introducción

Se plantea consulta al Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha sobre la práctica adoptada por algunos operadores de servicios de telecomunicaciones consistente en incluir en registros de información sobre solvencia patrimonial y sobre el cumplimiento de obligaciones dinerarias, más conocidos como “registros de morosos” (en adelante, RM), los datos de usuarios que, no estando conformes con las facturas emitidas, han reclamado ante la Administración de Consumo (OMIC o servicios de consumo de las Comunidades Autónomas) o incluso han instado el inicio del procedimiento arbitral de consumo, habiéndose solicitado expresamente en el escrito de reclamación la no inclusión en estos registros<sup>2</sup>. En concreto, se cuestiona:

a) Si el comportamiento de los operadores telefónicos es correcto y si al no serlo, independientemente de la reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), se podría plantear la denuncia ante las autoridades de Consumo;

b) Cual sería la forma de proceder ante la AEPD para solicitar la baja en el fichero de morosos, habiendo sido incluido por las causas reseñadas, hasta tanto no se resuelva la reclamación del usuario.

Aprovechando el planteamiento de la consulta, mediante el formato pregunta-respuesta, este documento pretende aclarar algunas dudas relativas a la inclusión de los datos de un usuario

en un RM, cuestión de especial interés en las relaciones contractuales derivadas de la prestación de servicios de tracto continuado (telecomunicaciones, suministros básicos o contratos bancarios, entre otros).

## 1º. ¿Es legal la inclusión en un RM?

Sí, el Tribunal Constitucional ha considerado que los datos económicos y bancarios de una persona forman parte de la esfera de su intimidad, si bien no existe un derecho absoluto a su reserva, y su protección no es ilimitada (STC de 26-11-1984, RTC 1984/110; ATC de 23-7-1986, RTC 642/1986; STC de 26-4-1990, RTC 1990/76). En particular, los registros de morosos, en los que se recogen datos relativos a la solvencia de las personas, son legítimos y cumplen una finalidad en el tráfico económico, tal y como afirmó el Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución de 8-2-2005, AC 2005/184). El problema que se plantea es cómo conciliar el interés en conocer la solvencia de las personas con una adecuada protección de los derechos de la personalidad, evitando intrusiones no justificadas.

El artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD)<sup>3</sup> regula la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, admitiendo que quienes se dedican a la prestación de servicios de información sobre la solvencia patrimonial y el crédito sólo podrán tratar datos de carácter personal obtenidos de los registros y las fuentes accesibles al público establecidos al efecto (ej. boletines oficiales) o proce-

dentos de informaciones facilitadas por el interesado o con su consentimiento (art. 29.1 LOPD) o también datos de carácter personal relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias facilitados por el acreedor o por quien actúe por su cuenta o interés (art. 29.2 LOPD).

Los ficheros a los que se refiere el artículo 29.1 no se apartan de la regulación común que establece la LOPD, los mencionados por el artículo 29.2 presentan un conjunto de especialidades, -principalmente la excepción del principio del consentimiento tanto en la recogida de los datos como en su tratamiento-, que hacen imprescindibles exigir ciertas cautelas y requisitos específicos.

## 2ª. ¿Qué requisitos se deben cumplir?

Los requisitos para la correcta inscripción en un RM se regulan en el propio artículo 29 de la LOPD, desarrollado por los artículos 38 a 44 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999<sup>4</sup> y en la Instrucción 1/1995, de 1 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (Norma Primera, punto 1)<sup>5</sup>, que a pesar de la aprobación del RD 1720/2007, sigue siendo invocada en la fundamentación jurídica de las diversas resoluciones de la AEPD relativas a registros de morosos (cfr. Resolución de 24-1-2011, dictada en el procedimiento sancionador PS/00457/2010, instruido a la entidad France Telecom España S.A)<sup>6</sup>.

El Tribunal Supremo en tres sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (sección 6ª), de 15 de julio de 2010 (RJ 2010, 6271; RJ

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

<sup>2</sup> Recogiendo literalmente los términos de la consulta, en el escrito de reclamación se incluye la siguiente solicitud: “Que este escrito sea considerado como reclamación a la deuda que se le pudiera imputar al Sr. y como consecuencia de ello, hasta tanto no se resuelva, de acuerdo con el artículo 38.1 a) del R.D. 1720/2007, 21 de diciembre, no sean incluidos los datos relativos a D. ... referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias en ningún fichero sobre solvencia patrimonial y crédito”.

<sup>3</sup> BOE núm. 298, de 14-12-1999.

<sup>4</sup> BOE núm. 17, de 19-1-2008.

<sup>5</sup> BOE núm. 54, de 4-3-1995.

<sup>6</sup> La jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el valor normativo de las Instrucciones dictadas por el presidente de la Agencia y su carácter vinculante, que no implica sustitución de la potestad reglamentaria del Gobierno, sino ejercicio de la tutela de la AEPD sobre la normativa sectorial (STS de 16-2-2007 [RJ 2007,739], sentencias de la Audiencia Nacional de 12-2-2008 y de 11-3-2011 [RJ 2011/103477]).

2010,6272 y RJ 2011,954), se pronunció sobre la nulidad de varios preceptos del RD 1720/2007. Las citadas sentencias resolvieron los recursos interpuestos, respectivamente, por la Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo, la Asociación Nacional de establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) y Experian Bureau de Crédito S.A. El Tribunal Supremo anuló los artículos 11, 18, 38.1.a) inciso final, 38.2 y 123.2 y dejó impregada la impugnación del art. 10.2.a) y b) por planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Más tarde, la misma sala del Tribunal Supremo, vinculada por la respuesta del TJUE<sup>7</sup>, anuló también el apartado b del artículo 10.2 y desestimó la impugnación del artículo 10.2,a en su sentencia de 8 de febrero de 2012 (RJ\2012\291). Nos centramos aquí en las dos sentencias referentes al artículo 38.1 del citado Reglamento (RJ 2010\6272 y RJ 2011\954), que después se comentarán al hilo de las respuestas dadas a las diversas cuestiones planteadas.

Tras la anulación parcial del RD 1720/2007 por el TS, para la correcta inclusión de los datos en un registro de información sobre solvencia patrimonial han de cumplirse los siguientes requisitos:

1. Procedencia de los datos. El consentimiento del interesado para el tratamiento de datos personales ha de constar de forma expresa (art. 6.1 LOPD). Considerando que en la mayoría de las ocasiones, la contratación de servicios de consumo y especialmente, los de telecomunicaciones, se produce por vía telefónica, el operador que cede los datos de un abonado a un RM tendrá ciertas dificultades para probar el otorgamiento de este consentimiento por parte del interesado. La aportación por el operador del registro de llamadas realizadas desde el número del interesado no es prueba suficiente que acredite la contratación de la línea y el otorgamiento del consentimiento al tratamiento de datos personales, máxime si el interesado niega la contratación (v. Resolución de 7-11-2006, R/00810/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00070/2006, instruido por la AEPD a la entidad Telefónica Móviles). Por el contrario, la aportación de copia de un CD-ROM que contiene una conversación telefónica entre el operador y una persona que aporta los datos del denunciante y en el que se presta su conformidad a iniciar la portabilidad de números de teléfono móviles sí es un medio de prueba suficiente para justificar la relación contractual con el denunciante que habilitaría, de conformidad con el artículo 6.2 de la LOPD, al tratamiento de sus datos (Resolución AEPD de 9-12-2010, expediente nº E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la

AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A., Telefónica Móviles España S.A).

Probada la emisión del consentimiento, éste sólo tiene efectos durante el tiempo que dura la relación contractual. Por ello, la práctica de facturar servicios tras la solicitud de baja y en caso de impago, incluir en un RM constituye una práctica doblemente ilegal: ni es válido el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos, ni existe una deuda cierta, vencida y exigible (cfr. requisito 2º).

Pero hay más. La inclusión indebida de datos de personas físicas en un fichero de solvencia patrimonial constituye una intromisión en el honor (SSTS de 5 de julio de 2004, Sala de lo Civil, sección 1ª, RJ 2004/4941; del Pleno de la Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2009, RJ 2009/3166 y de 9 abril de 2012, RJ 2012\4638º). No en vano la publicación de la morosidad de una persona incide negativamente en su buen nombre, prestigio o reputación y en su dignidad personal. Así se desprende del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LPDH)<sup>9</sup> y en este sentido, el TS ha declarado que “el ataque al honor del demandante, lo conforma el hecho probado de la inclusión indebida en el registro de morosos, por deuda inexistente, lo que indudablemente, sobre todo tratándose de una persona no comerciante, supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, pues esta clase de registros suele incluir a personas valoradas socialmente en forma negativa o al menos con recelos y reparos, sobre todo cuando se trata de llevar a cabo relaciones contractuales con las mismas” (STS 5-7-2004). Y es intrascendente que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, “ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Sí, además, es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario) o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito) sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor y que impone el artículo 9.3 LPDH” (STS 24-4-2009).

2. Existencia de una deuda cierta, vencida y exigible que haya resultado impagada. Infringe la normativa sobre protección de

datos (arts. 4 y 29.4 LOPD, art. 38.1,a RD 1720/2007 y Norma 1 Instrucción 1/1995) el operador que cede datos del usuario para su inclusión en RM, cuando la reclamación de pago es infundada por no haber cumplido el propio operador sus obligaciones contractuales; o cuando el usuario ha comunicado su decisión de causar baja. Se impone al responsable del tratamiento de datos, -operador cedente de datos-, un especial deber de diligencia al comprobar la exactitud y veracidad de los datos que pretende ceder. Incurrir en infracción por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) el operador que facilita datos de abonados para su inclusión en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito sin haber comprobado previamente la existencia real de la deuda (ej. inclusión en registro por falta de pago de servicios facturados tras la solicitud de baja no tramitada o por el impago de facturas anuladas por servicios no prestados).

Las dudas acerca de la existencia de la deuda impiden la incorporación de los datos al RM. No obstante, tras la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 por el TS, la sola presentación de una reclamación judicial, arbitral o administrativa no impide la inclusión en el RM, pero sí genera una duda razonable acerca de la certeza de la deuda y en su caso, justificará el ejercicio del derecho a la cancelación de los datos (v. respuesta a cuestiones 3ª y 4ª).

3. Requerimiento previo de pago. Incurrir en infracción por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) el prestador de servicios que facilita datos de clientes para su inclusión en un fichero sobre solvencia patrimonial y crédito sin haber realizado el correspondiente requerimiento de pago. Como ejemplos, pueden verse las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) de 27 de octubre de 2004; de 1 junio de 2005; de 14 de diciembre de 2006 (RJCA 2007/176); de 9 de enero de 2009 (RJCA 2009,217) y las resoluciones de la AEPD de 23 noviembre 2006, R/00896/2006, dictada en el procedimiento sancionador PS/00276/2005, instruido a las entidades Cableuropa, S.A.U. y Asnef Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L y R/00900/2006 dictada en el procedimiento sancionador PS/00084/2006, instruido a la entidad France Telecom España, S.A; de 25 septiembre 2006, R/00626/2006, dictada en el procedimiento sancionador PS/00345/2005, instruido a las entidades ASNEF EQUIFAX, Servicios de Información de Solvencia y Crédito, S.L., y a France Telecom España, S.A.

<sup>7</sup> Sentencia del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Sala Tercera, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) (asunto C-468/10), Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEDM) (asunto C-469/10) y Administración del Estado.

<sup>8</sup> La sentencia citada juzga la inclusión de datos en un fichero de morosos por el impago de la deuda derivada de un crédito que la demandante nunca contrató. El TS califica esta conducta como una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la recurrente y en relación a la actuación de la entidad financiera declara que “comunicar hechos no veraces a un registro de morosos es una conducta contraria a los buenos usos y prácticas bancarios, pues las entidades bancarias deben velar de modo muy prudente por la exacta comunicación de tan importantes datos, atendiendo también a los perjuicios que pueden causar cuando alguien falsamente es considerado moroso”.

<sup>9</sup> BOE núm. 115, 14-5-1982.

4. Pertinencia, exactitud y actualidad. Los datos incluidos en el fichero deben recoger una situación actual y cierta. Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y cuando sean adversos no deberán referirse a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos (sobre el cómputo de este plazo v. cuestión 7ª)

Saldada la deuda o comprobada la inexactitud de los datos, se han de cancelar conforme al procedimiento previsto en el artículo 44 del RD 1720/2007.

5. Comunicación al interesado. El responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial deberá notificar a los interesados respecto de los que se hayan registrado datos de carácter personal, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posibilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la LOPD (art. 40 RD 1720/2007).

La inclusión de una deuda en un fichero de conocimiento generalizado no está exenta del principio de consentimiento por parte de la persona cuyos datos económicos se publicitan, por lo que los datos de solvencia económica para ser lícitamente publicados, o bien provienen de registros o fuentes de acceso público o si provienen de los propios acreedores, deberán de ser comunicados al presunto deudor, quien tendrá derecho a defenderse de un posible error en esos datos. Error que le puede ser gravemente perjudicial, por razones obvias (SAP Zaragoza 22-2-2007 [AC 2007/813]; Madrid 13-2-2003 [JUR 2003,209160] y 14-1-2003 [JUR 2003,127734]). Esta comunicación es el instrumento tendente a garantizar la tutela de los derechos del interesado incluido en el RM.

### 3ª. ¿Cuándo y cómo ha de ser informado el cliente de su inclusión en un RM?

El acreedor deberá informar al deudor en dos momentos distintos, esto es, en el momento **en que se celebre el contrato** y, en todo caso, al tiempo de efectuar el requerimiento de pago al que se refiere el artículo 38,1,c, de que en caso de no producirse el pago en el término previsto para ello y cumplirse los requisitos exigidos por el citado artículo, los datos del impago podrán ser comunicados a ficheros relativos al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones dinerarias (art. 39 RD 1720/2007).

Además, como ya se ha indicado, el responsable del fichero común deberá notificar a los interesados, cuyos datos hayan sido registrados, en el plazo de treinta días desde dicho registro, una referencia de los datos que hubiesen sido incluidos, informándole asimismo de la posi-

bilidad de ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999 (art. 40 RD 1720/2007).

Se ha de efectuar una notificación por cada deuda concreta y determinada con independencia de que ésta se tenga con el mismo o con distintos acreedores.

Se regulan los requisitos para garantizar que la notificación se ha llevado a cabo (art. 40 Real Decreto 1720/2007). La notificación se practicará a través de un medio fiable, auditable e independiente de la entidad notificante, que permita acreditar la efectiva realización de los envíos. En todo caso, será necesario que el responsable del fichero pueda conocer si la notificación ha sido objeto de devolución por cualquier causa y, si ha sido devuelta, no podrá proceder al tratamiento de los datos referidos a ese interesado, salvo que el propio interesado haya rehusado recibirla.

Si la notificación de inclusión fuera devuelta, el responsable del fichero común comprobará con la entidad acreedora que la dirección utilizada para efectuar esta notificación se corresponde con la contractualmente pactada con el cliente a efectos de comunicaciones y no procederá al tratamiento de los datos si la mencionada entidad no confirma la exactitud de este dato. No justifica la falta de notificación el carácter incompleto de los datos facilitados por quien los proporciona (ej. domicilio incompleto). Corresponde al responsable del fichero requerir la información necesaria para practicar esta comunicación (SAN 6 abril 2005, JUR 2006/238705).

Previo solicitud del interesado, el responsable del tratamiento deberá comunicar los datos, así como las evaluaciones y apreciaciones que sobre los mismos hayan sido comunicadas durante los últimos seis meses y el nombre y dirección de la persona o entidad a quien se hayan revelado tales datos (art. 29.3 LOPD).

### 4ª. Reclamada una deuda, ¿es posible la inclusión en un RM?

Entre otros requisitos, el artículo 38.1,a del RD 1720/2007, en su redacción original, exigía la “existencia previa de una deuda cierta, vencida, exigible, que haya resultado impagada y respecto de la cual no se haya entablado reclamación judicial, arbitral o administrativa, o tratándose de servicios financieros, no se haya planteado una reclamación en los términos previstos en el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprobado por Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero”, estableciendo además que “no podrán incluirse en los ficheros de esta naturaleza datos personales sobre los que exista un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos anteriores”, de modo que “tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los su-

puestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”. Impugnado el reglamento por varias entidades, el TS se pronuncia sobre este precepto, anulando la frase relativa a la presentación de una reclamación, -escrita en cursiva-, por falta de concreción (sentencias de 15 de julio de 2010, RJ 2010/6272 y RJ 2011/954).

Con todo, la anulación parcial del artículo 38.1,a del RD 1720/2007 no significa que el TS acepte sin ambages la inclusión en un RM de una deuda de dudosa existencia. El TS es consciente de que se pueden producir efectos no deseados tanto si se acepta que los datos relativos a la deuda reclamada por vía administrativa, arbitral o judicial pueden incluirse en un registro de morosos como si se opta por la opción contraria. En el primer caso se establece una presunción iures et de iure de certeza de la deuda a favor del acreedor y en el segundo a favor del deudor. Ni lo uno ni lo otro se compagina bien con la exigencia de veracidad de la deuda derivada de los artículos 4.3 y 29.4 de la LOPD.

El problema es que la calificación de una deuda como cierta o exigible no siempre es sencilla, ya que en el desarrollo de la relación contractual pueden darse situaciones que permitan cuestionar tales extremos (ej. interpretación de cláusulas contractuales relativas a la aplicación de cláusulas de penalización o sobre la aplicación de franquicias por robo o pérdida de tarjeta de crédito), por lo que en aquellos casos en los que le conste a la parte acreedora la oposición del deudor y se trate de una alegación que presente cierta solidez, no parece justificada la inclusión en el RM.

Afirmar que la presentación de una reclamación, incluso judicial, no impide la inclusión en el RM representa una amenaza al derecho a la tutela judicial efectiva, que el TS no puede amparar. Tal interpretación supone aceptar que cabe incluir en el citado RM datos sobre una deuda de dudosa existencia y que por ende, se atribuye al acreedor un medio exorbitante para exigir el pago anticipado a la resolución final del conflicto. En palabras de la Audiencia Nacional, “aquel que utiliza un medio extraordinario de cobro como es el de la anotación de la deuda en un registro de morosos, debe garantizar el cumplimiento de todos los requisitos materiales (exactitud el dato) y formales (requerimiento previo) que permitan el empleo de este modo accesorio para conseguir el cobro de la deuda. No aplicar esta exigencia supondría, por lo contrario, utilizar este medio de presión al recurrente sin el suficiente aseguramiento de las mínimas garantías para los titulares de los datos que son anotados en los registros de morosos” (SAN 20-4-2006), pudiendo ocasionar daños, a veces irreparables al deudor, en la medida en la que la inclusión de datos erróneos en los registros de referencia lesiona el honor (v. supra SSTS de 24-4-2009, RJ 2009/3166 y de 9-4-2012, RJ 2012/4638); la aludida interpretación significa también pre-



sumir la veracidad de las facturas emitidas por el acreedor, documento privado creado unilateralmente por éste y ante el que el deudor sólo puede defenderse a través de la reclamación (sentencia AP Madrid, sección 13ª, de 14-1-2003, JUR 2003/127734).

Para comprender bien el alcance de la doctrina del TS es preciso reparar en que el motivo de nulidad invocado no es tanto de fondo como de forma. Se reprocha al precepto reglamentario su falta de concreción y por ello, se declara nulo lo cual no significa en modo alguno que el TS admita la inclusión de datos en un RM de una deuda de cuestionada existencia y obviamente, esto ocurre cuando se ha presentado una reclamación. La falta de concreción da lugar a la nulidad del precepto por la inseguridad jurídica que genera desde el punto de vista sancionador. En su redacción original, el artículo 38.1.a) suponía que tanto el acreedor como el responsable del fichero podrían ser sancionados por incluir datos en el registro de morosos habiéndose presentado cualquier tipo de reclamación contra la deuda. Sin embargo, una cosa es la exigencia de seguridad derivada del Derecho sancionador y otra la exigencia de veracidad de la deuda derivada de la LOPD. Sin perjuicio de la anulación parcial del artículo 38.1.a) del RD 1720/2007, la diligencia exigible a un profesional del tráfico jurídico mercantil obligará al acreedor reclamado a comprobar lo fundado de la reclamación. Así, no cometerá infracción el acreedor que cede datos sobre una deuda por el solo hecho de existir una reclamación, pero sí podrá ser sancionado por ceder datos erróneos o no veraces por responder a deudas no ciertas, si la resolución final considera inexistente la deuda y en cualquier caso, el usuario reclamante tendrá derecho a exigir la cancelación de los datos por incumplir los requisitos de veracidad exigidos por el artículo 4.3 de la LOPD, por la parte no anulada del artículo 38.1.a del RD 1720/2007 y por la norma primera de la Instrucción 1/1995. La AEPD se ha pronunciado con meridiana claridad al respecto en su resolución R/00226/2011, de 11-2-2011, en la que sanciona a Telefónica Móviles por incluir y mantener en el fichero de ASNEF los datos de un usuario que había solicitado y comunicado mediante burofax el inicio del arbitraje de consumo en relación a una factura en la que se incluye un cargo por incumplimiento de cláusula de permanencia (en similares términos, aunque con distinto resultado, resolución R/00340/2011, de 4-3-2011, de archivo de expediente sancionador abierto contra France Telecom).

En resumen, la presentación de una reclamación no impide per se la inclusión en el RM, pero sí permite cuestionar la certeza de la deuda y por ello ejercer el derecho a la cancelación del dato. Sin perjuicio de la nulidad parcial del artículo 38.1.a del RD 1720/2007 declarada por el TS, el principio de calidad de los datos (art. 4.3 LOPD) y la diligencia mínima exigible a cualquier responsable de un

fichero o de un tratamiento de datos obligan a éste a no incluir en el fichero los datos sobre una deuda reclamada.

Ha de extremarse la diligencia para que los posibles errores no se produzcan (v. sentencias AN de 16-02-2002, Sala de lo Contencioso-Administrativa, sección primera, número de recurso 1144/1999 y AP de Zaragoza de 22-2-2007, AC 2007/813), de modo que las empresas prestadoras de servicios, igual que las entidades bancarias o aseguradoras, acostumbradas al manejo de datos, deben ser escrupulosas en el cumplimiento de la normativa de protección de datos, máxime a la hora de ceder los datos a un fichero común, pues se trata de un mecanismo excepcional que la LOPD les otorga, asegurándose la inclusión y/o la baja del fichero cuando la exigibilidad se ponga en duda mediante la presentación de una reclamación o como ocurría en uno de los supuestos analizado por la AEPD, mediante la imputación de los empleados de la entidad en un proceso penal (resolución de la AEPD de 30-7-2010, R/01549/2010, contra la Caixa). En caso de que no se proceda a la cancelación del dato relativo a la deuda reclamada y la resolución final de la reclamación niegue la existencia de dicha deuda, la resolución tendrá eficacia declarativa ex tunc, es decir, los datos fueron erróneos desde su inclusión y por ello, se vulnera el principio de calidad de los datos del artículo 4.3 de la LOPD en relación con su artículo 29.4 y con el artículo 38.1 del Reglamento de desarrollo. Correlativamente, cabe la sanción y la exigencia de responsabilidad por los daños causados (SAP Islas Baleares, sección 5ª, de 5 julio de 2010, JUR 2010/296967).

De ahí, que la AEPD sancione a aquellos acreedores que conociendo la presentación de una demanda judicial no hayan accedido a la inmediata cancelación de los datos incluidos en un registro de morosos (resolución de la AEPD de 30-7-2010, R/01549/2010, contra la Caixa) o por el contrario, haya archivado las actuaciones iniciadas en un procedimiento sancionador en aquellos casos en los que no se ha podido probar que se había notificado al acreedor la demanda o el inicio del procedimiento administrativo ante la SETSI (resoluciones de la AEPD de 9-12-2010, expte. E/00902/2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A. y Telefónica Móviles España S.A.; R/00083/2011, de 24-1-2011, archivando actuaciones contra France Telecom España).

Por consiguiente, la cuestión a responder no es tanto si la reclamación impide el ingreso en el RM, sino más bien ¿qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda “cierta” y por tanto, impiden la inclusión en el RM o precipitan la cancelación del dato ya incluido?

### 5ª. ¿Qué reclamaciones generan una duda razonable sobre la existencia de una deuda “cierta” y por tanto, impiden la inclusión en el registro de morosos o precipitan la cancelación del dato ya incluido?

Como se ha dicho, la sola presentación de una reclamación no impide el ingreso en el RM. De lege ferenda, el reglamento de desarrollo de la LOPD debería concretar qué reclamaciones justifican la no inclusión en el RM o en su caso, la expulsión cautelar. En el escenario surgido tras la anulación parcial del artículo 38.1.a del RD 1720/2007, para que la inclusión de datos en el RM constituya una infracción administrativa sancionable **es necesario que la reclamación que pone en entredicho la certeza de la deuda se presente ante un órgano competente para resolver sobre la cuestión de fondo con carácter vinculante; que la presentación de la reclamación sea notificada al acreedor y que la reclamación verse sobre la existencia de la deuda (no sobre la cuantía)**. En particular, concurren estas circunstancias en los siguientes supuestos:

a) Cuando el deudor ha presentado una reclamación judicial o arbitral y ésta ha sido notificada al acreedor. Si la demanda ha sido presentada por el acreedor, salvo prueba en contrario, ha de admitirse que la deuda es cierta.

Por otra parte, si la demanda judicial o arbitral no ha sido notificada al acreedor, no se le puede reprochar incluir datos sobre los que existe una duda razonable de certeza.

En cualquier caso, es preciso que el órgano ante el que se presenta la reclamación sea competente para resolver. No impide la incorporación de los datos a un RM la solicitud de arbitraje de consumo, cuando el usuario reclamante es titular de un “contrato-empresa” que queda fuera de las competencias de la junta arbitral (Resolución AEPD, R/00340/2011, de 4-3-2011, en el procedimiento sancionador PS/00479/2010, instruido a la entidad France Telecom España, S.A.);

b) Cuando el deudor ha presentado reclamación administrativa análoga a la reclamación judicial o arbitral, entendiéndose por tal aquella en la que el órgano administrativo tiene competencia para resolver mediante acto administrativo vinculante para ambas partes sobre la existencia o inexistencia de la deuda, así como para ejecutar la resolución final (ej. procedimiento ante la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información o ante la consejería competente en materia de energía).

Por el contrario, según tiene declarado la AEPD, no tendrán este efecto las reclamaciones administrativas en las que el organismo correspondiente se limita a mediar entre las



partes para que de mutuo acuerdo resuelvan el conflicto (ej. reclamación ante los comisionados de defensa del cliente de servicios financieros). Así, la reclamación ante la OMIC o ante los servicios de consumo de las CCAA no sirve para generar incertidumbre sobre la existencia de la deuda, ya que el órgano que conoce la reclamación se limita a mediar entre las partes y no a resolver sobre el fondo del asunto. En otros términos, la reclamación ante la OMIC o ante los servicios de consumo no impide la inclusión en el RM cuyas atribuciones se circunscriben a la mediación entre las partes (Resolución de 9-12-2010, de archivo de actuaciones practicadas por la AEPD ante las entidades ASNEF Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, S.L., Experian Bureau de Crédito, S.A., Telefónica Móviles España S.A.).

Con todo, adviértase que la inclusión de los datos en un registro de morosos cuando la deuda ha sido reclamada puede tener efectos perversos para el propio acreedor. Aunque la sola presentación de la reclamación (ej. ante la OMIC) no impide la inclusión de los datos en el RM, si posteriormente se acredita la falta de veracidad de la deuda (ej. el prestador del servicio reconoce que hubo un “error informático” o “de gestión” o un alta indebida o la reclamación se resuelve por la SETSI o por la consejería competente en materia de energía a favor del cliente), el acreedor podrá ser sancionado por incluir en el fichero de morosos datos inexactos y será responsable de los daños ocasionados por la inclusión de datos erróneos.

En el escenario surgido de la declaración de nulidad del artículo 38.1, a) del RD 1720/2007, dado que la sola presentación de la reclamación, -incluso judicial-, no justifica per se la exclusión del RM, se impone al deudor reclamante la carga de ejercer su derecho a la cancelación de los datos por el procedimiento previsto en la normativa de protección de datos alegando la falta de veracidad de la deuda e incluso solicitar como medida cautelar o provisional la no inclusión de los datos en un registro de morosos o en caso de que ya hayan sido incluidos, la expulsión cautelar.

## 6ª. ¿Qué documentos impiden la inclusión en el RM?

En su redacción original, el artículo 38.2 del RD 1720/2007 prohibía incluir en los ficheros de morosos datos personales sobre los que existiera “un principio de prueba que de forma indiciaria contradiga alguno de los requisitos” exigidos por el artículo 38.1, de modo que “tal circunstancia determinará asimismo la cancelación cautelar del dato personal desfavorable en los supuestos en que ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero”. El precepto fue anulado por el TS en su sentencia de 15 de julio de 2010 (RJ 2010/6272), invocando la siguiente argumentación:

*“[L]a norma, sin duda, quiere responder al principio de calidad de datos, y no tipifica ‘ex novo’ ninguna infracción. Lo que hace es trasladar la carga de la prueba de la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 38.1 al encargado del tratamiento, pero ha de reconocerse que lo hace en términos tales que origina una gran inseguridad jurídica que puede dar lugar a la apertura de expedientes sancionadores. Por ello ha de concluirse que no es conforme a derecho. Ciertamente es que la prueba de indicios es una prueba admitida en nuestro derecho, pero no lo es menos, y valga al respecto la cita de la sentencia de la Sala de lo Civil de este Tribunal de 16 de septiembre de 1996, que no es equiparable a la prueba de presunciones. Sin duda juega un papel relevante en el ámbito cautelar, pero ha de reconocerse que la redacción de la norma al no concretar qué principio de prueba exige (documental, pericial, testifical, etc.), junto a la dificultad de apreciación del grado exigible de la prueba indiciaria, origina en efecto una inseguridad jurídica que debe corregirse”.*

Obsérvese que lo que el TS reprocha al precepto reglamentario es la inseguridad jurídica que genera al permitir sancionar a aquel responsable de fichero o encargado del tratamiento de los datos que incluye el dato en un RM o no lo excluye cautelarmente existiendo cualquier indicio que ponga en cuestión el cumplimiento de los requisitos exigidos. El motivo de nulidad es la falta de concreción al no determinar qué prueba (documental, pericial, testifical...) permite cuestionar la concurrencia de los requisitos del artículo 38.1.

La norma primera de la Instrucción APD 1/1995 prevé que no podrán incluirse en los ficheros de información sobre solvencia patrimonial datos personales sobre los que exista un principio de prueba documental que aparentemente contradiga alguno de los requisitos exigidos. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero. Como se ha dicho, el precepto reglamentario resulta anulado por la generalidad con la que admite la prueba de indicios y por ende por la generalidad con la que tipifica la infracción sancionable. No incurre en esta generalidad la norma primera de la Instrucción de referencia que concreta su exigencia a la prueba documental. Tal circunstancia determinará la desaparición cautelar del dato personal desfavorable si ya se hubiera efectuado su inclusión en el fichero.

El justificante de la solicitud de baja de la prestación de servicios (voluntaria o por incumplimiento) comunicada al prestador de servicios o el justificante de denuncia de robo de tarjeta ha de servir para impedir el ingreso de los datos en el registro de morosos o en su caso, para exigir la salida cautelar del mismo. El usuario podrá acreditar la comunicación al acreedor mediante la presentación del justificante del envío de co-

reo certificado con acuse de recibo o reporte de actividad de fax, burofax...etc. La presentación de esta prueba impide la inclusión en un RM y en su caso, obliga a la desaparición cautelar del dato del registro, si ya se hubiera incluido.

Del mismo modo, el justificante de la presentación y notificación al acreedor de una reclamación judicial, arbitral o administrativa (presentada ante un órgano administrativo con competencias para resolver sobre el contenido de la reclamación), constituirá un principio de prueba documental que impide la inclusión en el RM u obliga a la expulsión del dato ya incluido hasta la resolución de la reclamación.

## 7ª. Discutida la cuantía de una deuda, ¿está justificada la inclusión de los datos en un RM?

Según tiene declarado la jurisprudencia, las reclamaciones relativas a la cuantía de la deuda justifican la rectificación del dato pero no su cancelación y por ello, la inclusión en el RM no constituye una infracción ni del artículo 29.1 LOPD, ni del artículo 38.1,a del RD 1720/2007, ni correlativamente de la norma primera de la Instrucción 1/1995 (resoluciones de la AEPD R/01329/2010, de 10-6-2010, dictada en el procedimiento sancionador PS/00702/2009, a la entidad Telefónica Móviles España S.A.; R/00083/2011, de 24-1-2011, archivando actuaciones contra France Telecom España; R/00335/2011, de 28-2-2011, que archiva el procedimiento sancionador iniciado contra Xfera; SAN de 8-7-2010, RJCA 2010/576 y STS de 24/02/2009, RJ 2009/1250, entre otras).

## 8ª. ¿Cuánto tiempo pueden permanecer los datos en un RM?

Sólo se podrán registrar y ceder los datos de carácter personal que sean determinantes para enjuiciar la solvencia económica de los interesados y que no se refieran, cuando sean adversos, a más de seis años, siempre que respondan con veracidad a la situación actual de aquéllos (art. 29.4 LOPD). Transcurridos seis años, los datos que puedan influir negativamente en el crédito del afectado o simplemente se refieran a su morosidad deben desaparecer del fichero (v. por todas SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 3-3-2000, JUR 2000\276025). Este plazo habrá de computarse conforme a lo establecido en el artículo 38.1,b del RD 1720/2007, “desde la fecha en que hubo de procederse al pago de la deuda o del vencimiento de la obligación o del plazo concreto si aquella fuera de vencimiento periódico” y no desde la fecha de inclusión del dato personal desfavorable en el fichero. En el mismo sentido, el artículo 41 del RD 1720/2007 exige la cancelación de los datos cuando se hubieran cumplido seis años contados a partir del vencimiento de la obligación o del plazo concre-

to si aquélla fuera de vencimiento periódico, salvo pago de la deuda. Se admite, por tanto, la inscripción en el fichero de tantos asientos como vencimientos periódicos existan (STS 15-7-2010, RJ 2010\6272).

Hay que señalar que este plazo único de seis años es independiente del plazo de prescripción de la acción para exigir el pago de la deuda. De modo que la fijación de un único plazo de seis años desde el momento de vencimiento de la obligación puede impedir el acceso a los ficheros de datos de solvencia patrimonial de deudas que aún no han prescrito y que todavía pueden ser reclamadas (aunque el acreedor no se haya molestado en exigir su cumplimiento).

### 9ª. ¿Qué hacer si un usuario constata la inclusión impropia de sus datos en un registro de morosos?

Como cualquier titular de datos personales, el usuario cuyos datos han sido incluidos en un registro de morosos tiene el derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición, cuyo ejercicio se regula con carácter general en los capítulos I a IV del Título III del RD 1720/2007 con las particularidades previstas en el artículo 44. En concreto, el titular cuyos datos han sido incluidos en un RM de forma impropia o aquél que observa que la cuantía de la deuda sobrepasa la cantidad realmente adeudada tiene derecho a exigir la cancelación del dato o su rectificación, respectivamente.

Estos derechos son de carácter personalísimo por lo que han de ejercerse por el titular o su representante, acreditando la representación. Los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición son derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de ninguno de ellos sea requisito previo para el ejercicio de otro. En cualquier caso, el procedimiento habilitado para ejercer tales derechos ha de ser “sencillo y gratuito” (art. 24.2 y 3 RD 1720/2007). A este respecto, el RD excluye expresamente la exigencia de medios que supongan un coste excesivo para el usuario como el envío de cartas certificadas o semejantes o la utilización de servicios de

telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado (art. 24.3.II).

Cuando el responsable del fichero o tratamiento disponga de servicios de atención al público o para el ejercicio de reclamaciones relacionadas con el servicio prestado, el usuario podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición a través de dichos servicios.

El usuario ejercerá este derecho mediante solicitud dirigida al responsable del fichero, en este caso al responsable del fichero de información sobre solvencia patrimonial. La solicitud deberá contener los elementos exigidos por el artículo 25.1 del RD 1720/2007.

El responsable del fichero o tratamiento deberá responder la solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición ejercida por el afectado aun cuando el mismo no hubiese utilizado el procedimiento establecido específicamente al efecto, siempre que el interesado haya utilizado un medio que permita acreditar el envío y la recepción de la solicitud, y que ésta contenga los elementos referidos en el párrafo 1 del artículo 25 del RD 1720/2007. El deber de respuesta se impone incluso aunque en el fichero no figuren datos del solicitante.

En particular, cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un RM, se tendrán en cuenta las reglas del artículo 44 del RD 1720/2007<sup>10</sup>.

Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido cedidos previamente, el responsable del fichero deberá comunicar la rectificación o cancelación efectuada al cesionario, en un plazo de diez días, para que éste, también en el plazo de diez días contados desde la recepción de dicha comunicación, proceda, asimismo, a rectificar o cancelar los datos.

Transcurrido el plazo sin que de forma expresa se responda a la petición, el interesado podrá interponer la reclamación prevista en el artículo 18 de la LOPD. Esto es, no atendida la solicitud de cancelación o rectificación, el usuario podrá dirigir una reclamación a la AEPD, que debe dictar la resolución expresa de tutela de dere-

chos en un plazo máximo de seis meses. Contra las resoluciones de la AEPD procederá recurso contencioso-administrativo.

### 10ª. ¿Qué consecuencias jurídicas tiene la inclusión indebida en un RM?

Como se ha dicho, el primer mecanismo de reacción a activar por el interesado es el procedimiento para exigir la cancelación o en su caso rectificación de los datos (art. 44 LOPD). En caso de falta de respuesta o respuesta insatisfactoria en el plazo de diez días desde la recepción de la solicitud, el interesado podrá reclamar ante la AEPD la tutela de sus derechos (art. 18 LOPD).

Sin perjuicio de la tutela de derechos por la AEPD (orden de cancelación o rectificación del dato indebidamente incluido en el RM), el incumplimiento de cualquiera de los requisitos expuestos constituye una infracción administrativa. La inclusión o mantenimiento en un fichero de este tipo por deudas inexistentes o la falta de comunicación tras el registro constituyen infracciones por vulneración del principio de calidad de los datos (art. 44.3,c y f LOPD, respectivamente en redacción dada por art. 56.3 Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible), sancionables por la AEPD con multas de 40.001 a 300.000 euros (art. 45.2 LOPD en redacción dada por DF 56.3 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible).

En aquellos casos en los que la deuda que origina la inclusión en el registro de morosos trae causa en la contratación de servicios sin el consentimiento del interesado (supuestos de *slamming*), el acreedor incurre en doble infracción, vulnerando el art. 6.1 LOPD que exige el consentimiento expreso del interesado a todo tratamiento de sus datos personales y el art. 4.3 LOPD que proclama el principio de calidad de los datos (Resolución APD de 7-11-2006, R/00810/2006, Telefónica Móviles).

Naturalmente, la inclusión indebida en un RM puede dar lugar a la obligación de indemnizar los daños ocasionados bien en aplicación del artículo 1902 del Código Civil o bien por vulneración del derecho al honor o a la intimidad

<sup>10</sup> Artículo 44 RD 1720/2007. Ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición

1. El ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición se rige por lo dispuesto en los capítulos I a IV del título III de este Reglamento, sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo.

2. Cuando el interesado ejercite su derecho de acceso en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª Si la solicitud se dirigiera al titular del fichero común, éste deberá comunicar al afectado todos los datos relativos al mismo que obren en el fichero.

En este caso, el titular del fichero común deberá, además de dar cumplimiento a lo establecido en el presente Reglamento, facilitar las evaluaciones y apreciaciones que sobre el afectado se hayan comunicado en los últimos seis meses y el nombre y dirección de los cesionarios.

2ª Si la solicitud se dirigiera a cualquier otra entidad participante en el sistema, deberá comunicar al afectado todos los datos relativos al mismo a los que ella pueda acceder, así como la identidad y dirección del titular del fichero común para que pueda completar el ejercicio de su derecho de acceso.

3. Cuando el interesado ejercite sus derechos de rectificación o cancelación en relación con la inclusión de sus datos en un fichero regulado por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1ª Si la solicitud se dirige al titular del fichero común, éste tomará las medidas oportunas para trasladar dicha solicitud a la entidad que haya facilitado los datos, para que ésta la resuelva. En el caso de que el responsable del fichero común no haya recibido contestación por parte de la entidad en el plazo de siete días, procederá a la rectificación o cancelación cautelar de los mismos.

2ª Si la solicitud se dirige a quien haya facilitado los datos al fichero común procederá a la rectificación o cancelación de los mismos en sus ficheros y a notificarlo al titular del fichero común en el plazo de diez días, dando asimismo respuesta al interesado en los términos previstos en el artículo 33 de este Reglamento.

3ª Si la solicitud se dirige a otra entidad participante en el sistema, que no hubiera facilitado al fichero común los datos, dicha entidad informará al afectado sobre este hecho en el plazo máximo de diez días, proporcionándole, además, la identidad y dirección del titular del fichero común para, que en su caso, puedan ejercitar sus derechos ante el mismo.

personal y familiar. En la mayoría de las ocasiones, los daños serán de carácter moral por el descrédito social que supone la inclusión en el RM o por la intromisión ilícita en la intimidad de la persona al dar a conocer datos inexactos que afectan a su solvencia económica (abundante casuística sobre esta cuestión en M<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán, “Registros de morosos: Derecho civil y nulidad (parcial) del reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos”, Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 3, 2011 (BIB 2011,53). No obstante, también cabe exigir indemnización por daños patrimoniales (ej. denegación de un crédito).

Los eventuales daños sufridos por el usuario derivados de la inclusión indebida en un registro de morosos habrán de ser liquidados en vía judicial o arbitral (art. 19 LOPD). De acuerdo con la doctrina general de responsabilidad por daños, el simple incumplimiento de alguno de los deberes previstos en la normativa de protección de datos no es suficiente para hacer nacer la obligación de resarcir los daños porque es preciso acreditar la existencia real de los mismos. La infracción de los deberes impuestos al acreedor o al responsable del fichero sólo dará lugar a la obligación de indemnizar si se prueban los daños ocasionados.

Ahora bien, la existencia de perjuicios se presume siempre que se produzca una intromisión ilegítima en los derechos al honor o la intimidad del afectado (art. 9.3 LOPD), lo que ocurre si los datos son falsos, independientemente de que el registro haya sido o no consultado por terceras personas. Según tiene declarado el TS basta la inclusión indebida en el fichero para que se produzca la intromisión ilegítima y es al valorar el daño moral inferido cuando deberá ponderarse el tiempo que figuraron los datos en el fichero y si el fichero fue o no consultado por las entidades asociadas (SSTS 24-4-2009, RJ 2009/3166 y 9-4-2012, RJ 2012/4638<sup>11</sup>).

La doctrina no es pacífica respecto al obligado a indemnizar los daños. La citada sentencia del TS de 9 de abril de 2012 exonera de responsabilidad al titular del fichero de morosos por los datos erróneos. Sin embargo, esta exoneración no parece incontrovertible desde la perspectiva de la responsabilidad civil. Algún sector de la doctrina considera que “las previsiones reglamentarias de los artículos 43 y 44 del RD 1720/2007 no liberan al titular del fichero del deber de actuar diligentemente en su quehacer como prestador de un servicio de información, que ha de ser veraz, ni excluyen que, si dicha

actuación no se lleva a cabo adecuadamente y produce un daño, pueda imputársele la responsabilidad civil pertinente según determina el artículo 19 LOPD”<sup>12</sup>.

### **11<sup>a</sup>. ¿Qué puede hacer la Administración de Consumo ante la inclusión indebida de un usuario en un RM?**

Se consultaba al CESCO si el comportamiento de los operadores telefónicos es correcto, y si al no serlo, independientemente de la reclamación ante la AEPD, se podría plantear la denuncia ante la Administración de consumo.

Dada la existencia de un organismo especialmente encargado de salvaguardar el cumplimiento de la normativa específica de protección de datos personales y la articulación de procedimientos específicos para exigir la tutela de los derechos vulnerados, la denuncia se ha de presentar ante la AEPD (arts. 18 LOPD y 117 a 119 de RD 1720/2007) y no ante la Administración de consumo. Si la denuncia llega a los servicios de consumo, éstos deberán poner los hechos en conocimiento de la AEPD.

<sup>11</sup> Esta sentencia condena a la entidad bancaria, que incluyó en un RM los datos de una persona por una deuda inexistente, al pago de 12.000 euros en concepto de indemnización del daño moral más el coste del coche de segunda mano que tuvo que adquirir por no poder comprar uno nuevo, ya que la financiera del concesionario denegó el crédito por estar los datos incluidos en un RM.

<sup>12</sup> RUBIO TORRANO, E., “Inclusión indebida en fichero de morosos: intromisión ilegítima en el derecho al honor”. Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 7, 2012 (BIB 2012/3143).

## Contratos vinculados y cierre del negocio<sup>1</sup>

Manuel J. Marín López | Catedrático de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM |

**Resumen:** El cierre de los negocios está provocando que muchos empresarios incumplan los contratos celebrados con consumidores, al no poder entregar los bienes o prestar los servicios pactados. La situación es aún más complicada para el consumidor cuando éste ha obtenido crédito de un tercero para poder pagar el precio al empresario. La Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo, incluye medidas para paliar la desprotección que sufre el consumidor que celebra dos contratos (crédito y compraventa) con dos empresarios distintos (prestamista y vendedor), cuando uno de ellos –el vendedor– incumple el contrato. El presente trabajo analiza las medidas concretas que esta Ley insta para proteger al consumidor en esta situación.

**Palabras clave:** contratos vinculados, crédito al consumo.

**Title:** Linked credit agreements and business closure

**Abstract:** Spanish financial crisis has forced many entrepreneurs to close their business. Thus, they cannot deliver consumers the agreed goods or services and they should breach their contracts. This situation is even more complicated for those consumers that got a credit from a third party to pay the price established by the entrepreneur. Law 16/2011, of June 24 on Consumer Credit Contracts, includes some measures to reduce the vulnerable situations suffered by consumers who enter into two contracts (credit and purchase agreements) with

two different parties (creditor and supplier) and one of them – the supplier – breaches the contract. This paper analyses the specific measures introduced by this Law to protect consumers in those situations.

**Keywords:** linked credit agreements, consumer credit

**Sumario.** 1. Contratos vinculados, cierre del negocio y protección del consumidor. 2. Los contratos vinculados en la Directiva 2008/48/CE. 3. El concepto de contratos vinculados y la “exclusividad” en la Ley 7/1995. 4. El concepto de contratos vinculados en la Ley 16/2011. 5. Primera medida de protección: atribución al prestamista de una determinada responsabilidad en la hipótesis de incumplimiento del proveedor de bienes y servicios. 5.1 El incumplimiento y la insolvencia del proveedor como riesgo del prestamista. 5.2 Derechos ejercitables contra el prestamista. 5.3 Presupuestos. 6. Segunda medida de protección: Posibilidad de resolver el contrato de préstamos tras la resolución del contrato de consumo. 6.1 Supuesto de hecho: la ineficacia del contrato de consumo. 6.2 Consecuencia jurídica: la posibilidad de resolver el contrato de crédito. 6.3 El ejercicio del derecho vía acción y vía excepción. 7. Tercera medida de protección: la liquidación de los contratos de consumo y préstamo tras su ineficacia. 7.1 Los mecanismos legales de liquidación de los contratos. 7.2 Los mecanismos utilizados por la jurisprudencia para proteger al consumidor en la fase de liquidación de los contratos.

### 1. Contratos vinculados, cierre del negocio y protección del consumidor

La profunda crisis económica que azota nuestro país está causando el cierre de miles de empresas que venden bienes o prestan servicios. El cierre de los negocios supone, en muchos casos, que esas empresas incumplan los contratos que han celebrado con consumidores, pues o no entregan los bienes ni prestan los servicios, o lo hacen de forma defectuosa. Esto perjudica al consumidor, ya que aunque dispone de los remedios contractuales para proteger su derecho de crédito, su ejercicio resulta infructuoso cuando la contraparte no realiza ya su actividad comercial, pues ha cerrado el negocio, y en ocasiones está además en situación de insolvencia. Pero la situación es todavía más gravosa cuando el consumidor, para adquirir ese bien o servicio, ha recibido un préstamo de un tercero para obtener el dinero con el que abonar el precio de adquisición.

El consumidor que celebra contratos vinculados está en una situación de desprotección jurídica. Las razones de ello sólo se explican si se analiza la evolución del crédito al consumo, y se tiene en cuenta el lugar que en ésta ocupan los contratos vinculados. En la sociedad actual cada vez con mayor frecuencia se adquieren bienes sin poseer el dinero suficiente como para realizar un pago al contado. El mecanismo tradicional empleado es la compraventa a plazos. En ella, el vendedor, además de su función típica, que es la de vender, desempeña también la función de financiación, puesto que el aplazamiento en el pago es una forma de concesión crediticia. La progresiva especialización de los

empresarios, la creciente demanda de bienes y el consiguiente aumento del volumen de los negocios hacen que, a partir de un determinado momento, el vendedor deje de estar capacitado para continuar concediendo crédito. Por esta razón aparece un tercer sujeto, el financiador, que asume específicamente la tarea de financiar, conservando el vendedor su función típica, la de vender. Surge así la compraventa financiada por un tercero.

La compraventa financiada se caracteriza por la presencia de tres sujetos: consumidor, vendedor y prestamista. El primero adquiere el bien, el segundo lo vende, y el tercero concede el préstamo necesario para poder realizar la operación. Existen fundamentalmente dos modalidades de compraventa financiada. En primer lugar, es posible que el consumidor haya celebrado con el vendedor una venta a plazos, instrumentalizando cada uno de los plazos pendientes de pago en títulos-valores, y que el vendedor transmita después estos documentos al prestamista. En este caso, el prestamista tiene derecho a obtener del consumidor cada uno de los plazos pendientes de pago, aunque no está contractualmente relacionado con él. Cabe, en segundo lugar, que el consumidor haya celebrado dos contratos distintos, compraventa y préstamo, con dos personas diferentes, vendedor y prestamista. El consumidor estipula un contrato de préstamo, y el dinero así obtenido lo utiliza en pagar todo o parte del precio del bien, celebrando por tanto una compraventa con pago al contado. Es esta segunda modalidad la que merece nuestra atención.

El desdoblamiento de una única operación económica en dos contratos distintos –compraventa y préstamo– beneficia sobre todo a prestamistas

y vendedores. Al consumidor, en cambio, la celebración de dos contratos no le es más beneficiosa que la estipulación de una venta a plazos. Desde el punto de vista de las obligaciones que asume, su situación es idéntica en ambos casos: recibe un bien y queda obligado a pagar unos plazos en las fechas pactadas, ya sea al vendedor (en la venta a plazos), ya sea al prestamista (en la compraventa financiada). Más bien al contrario, le puede ocasionar graves perjuicios.

Además del supuesto de incumplimiento del propio consumidor, son dos las hipótesis en las que el consumidor que estipula los contratos de compraventa y préstamo se encuentra en una situación de desprotección jurídica, en comparación con el comprador de una venta a plazos: En primer lugar, en el caso de incumplimiento del vendedor. En la venta a plazos, si el vendedor incumple, el consumidor puede suspender el pago de los plazos (excepción de incumplimiento). En la compraventa financiada, en cambio, el consumidor no está autorizado para suspender el pago al prestamista, pues, por una parte, no cabe la excepción de incumplimiento (el prestamista ha cumplido su obligación, pues entregó el importe del préstamo) y, por otra, la eficacia relativa de los contratos impide que una vicisitud que se produce en el contrato de compraventa pueda tener efecto alguno en el contrato crediticio.

En segundo lugar, la resolución de la compraventa tras el incumplimiento del vendedor puede provocar graves consecuencias para el consumidor. Esta desprotección se plasma en dos ámbitos. Por una parte, el consumidor puede resolver el contrato de compraventa, pero no el de préstamo, pues el prestamista ha cumplido

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).



su obligación, y además es tercero respecto al contrato de compraventa. Por eso el consumidor continúa obligado a abonar los plazos de amortización al prestamista. A diferencia de lo que sucede en la venta a plazos, donde la resolución del contrato implica la extinción de todas las obligaciones que de ella derivan (también la de pagar los plazos de amortización). La segunda consecuencia negativa se produce en materia de liquidación contractual. En la venta a plazos, tras la ineficacia del contrato las partes tienen que restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas, por lo que si el vendedor es insolvente, el comprador no podrá recuperar las cantidades ya pagadas (desembolso inicial y plazos abonados). Esto es, sufre la insolvencia en la cuantía de las cantidades pagadas. Por su parte, en la compraventa financiada, la insolvencia del vendedor le impide devolver al consumidor el precio del bien, teniendo éste que restituir al prestamista el importe del préstamo. De manera que el consumidor se encuentra aquí en peor situación, pues sufrirá la insolvencia del vendedor en la cuantía del precio.

Por estas razones es precisa la intervención del legislador, movido por una finalidad determinada: dotar al consumidor, en la compraventa financiada, de una protección en ningún caso inferior a la que ostenta un comprador en una bilateral venta a plazos. Este objetivo se pretende cumplir en el derecho español con los arts. 14.2 y 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (en adelante, LCC), y con posterioridad, con los arts. 26 y 29 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante, LCCC).

## 2. Los contratos vinculados en la Directiva 2008/48/CE

Los contratos vinculados están contemplados en la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, y que deroga la vieja Directiva 87/102/CEE. Esta Directiva pretende conseguir una armonización total para garantizar que todos los consumidores de la Unión puedan beneficiarse de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para crear un auténtico mercado interior. Por eso, los Estados miembros no pueden mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones distintas de las previstas en esta Directiva (art. 22.1). En relación a las normas armonizadas, la Directiva no es de mínimos, sino de máximos.

Los contratos vinculados los define en el art. 3.n), que abandona, con acierto, el requisito del “acuerdo previo en exclusiva” recogido en la Directiva de 1987. Si existen contratos vinculados, la Directiva establece dos consecuencias (art. 15): (i) si el consumidor desiste del contrato de consumo, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado; y (ii) si el proveedor del bien o servicio incumple, pues no entrega el bien o entrega un bien no conforme,

el consumidor tendrá “derecho de recurso” contra el prestamista. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercitar este dicho derecho.

En cualquier caso, todo esto se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignan al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor, cuando la adquisición del bien o servicio ha sido financiada mediante un contrato de crédito (art. 15.3). Por consiguiente, no hay armonización máxima respecto a los derechos que el consumidor puede ejercitar contra el prestamista, o lo que es lo mismo, respecto al alcance de la responsabilidad que éste asume en caso de incumplimiento e insolvencia del proveedor.

## 3. El concepto de contratos vinculados y la “exclusividad” en la Ley 7/1995

Una de las cuestiones más trascendentes en el ámbito del crédito al consumo es la regulación de los contratos vinculados. La práctica de los tribunales así lo acredita, pues han sido cientos las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales sobre esta materia, sobre la que el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse en seis ocasiones: SSTS 735/2009, de 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 145), 33/2010, de 19 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1787), 35/2011, de 1 de febrero de 2011 (RJ 2011, 1813), 80/2011, de 22 de febrero de 2011 (RJ 2011, 2470), 148/2011, de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2632) y 494/2012, de 20 de julio de 2012 (RJ 2012, 8607).

La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo se ocupa de esta materia en los artículos 24, 26 y 29. En realidad, son dos las hipótesis que se contemplan. Por una parte, están los llamados “contratos de crédito vinculados”, que denominaremos, sin más, contratos vinculados, y que abordan los efectos que las vicisitudes del contrato de consumo han de tener en el contrato de crédito. Se regulan en los artículos 24, 26.2 y 29. Por otra, están los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito, contemplados en el artículo 26.1, que analizan el modo en que el contrato de crédito ha de influir en el contrato de consumo. Se trata de hipótesis distintas, que deben ser tratadas de manera diferente. Por eso, es criticable la redacción del artículo 26, que aunque en su rúbrica se ocupa de la última forma de vinculación descrita, en su apartado 2 contempla la primera. Hubiera sido más lógico que el contenido del artículo 26.2 estuviera en el artículo 29.

Una de las mayores críticas de la Ley 7/1995 era la defectuosa definición de los contratos vinculados. Para que existieran era necesario que el consumidor hubiera celebrado dos contratos distintos con dos personas diferentes, y que entre prestamista y proveedor existiera un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en

virtud del cual aquél ofrecería crédito a los clientes del proveedor. Esta exigencia de la “exclusividad”, cuya interpretación y alcance resulta muy complicada, ha constituido un obstáculo para la existencia de los contratos vinculados, y ha sido constantemente alegada por los prestamistas para pretender la inaplicación del régimen de los contratos vinculados de la Ley 7/1995, aunque los tribunales, con buen criterio, han acogido interpretaciones muy favorables al consumidor.

Y es que, en realidad, la exigencia de algún tipo de colaboración “en exclusiva” entre prestamista y vendedor, como requisito para la existencia de los contratos vinculados, es absurda, y por eso debe ser desestimada. El Tribunal Supremo, en una doctrina que puede considerarse consolidada, al haber sido acogida por varias sentencias (SSTS 735/2009, de 25 de noviembre de 2009, RJ 2010, 145; 35/2011, de 1 de febrero de 2011, RJ 2011, 1813; 80/2011, de 22 de febrero de 2011, RJ 2011, 2470; 148/2011, de 4 de marzo de 2011, RJ 2011, 2632), entiende que existe exclusividad cuando el consumidor no es libre para elegir el concreto financiador con el que quiere celebrar el contrato de préstamo. Según la primera de las sentencias citadas, no hay libertad si es la propia academia de enseñanza la que elige la entidad financiera que va a financiar la operación, y pone a la firma del consumidor el contrato de financiación. En el caso de autos, la libertad del consumidor es parcial: puede elegir entre pagar el curso al contado, o hacerlo mediante la financiación que obtiene de un tercero; pero en este caso el financiador será designado por la academia de inglés.

Esta interpretación de la “exclusividad” no es acertada, y debe rechazarse. En primer lugar, porque no toma en consideración las razones que fundamentan la necesidad de proteger al consumidor que estipula contratos vinculados; éste precisa de tutela jurídica, no porque se le imponga un determinado prestamista y carezca de la posibilidad de acudir a otras entidades de financiación, sino por constituir la operación, considerada en su globalidad, una única operación económica. Lo decisivo es que prestamista y proveedor colaboren planificadamente en ofrecer al consumidor la adquisición de un bien o servicio a cambio de su pago a plazos, siendo indiferente, a estos efectos, que el prestamista sea “impuesto” o “sugerido” por el proveedor. Por lo tanto también hay que proteger al consumidor aunque no se le imponga el prestamista que va a concederle crédito. En segundo lugar, porque esta interpretación limita excesivamente el ámbito de la vinculación contractual. De acogerse, muchos contratos financiados por terceros quedarían fuera del ámbito de los arts. 14.2 y 15 LCC. Y en tercer lugar, porque de admitirse esta tesis prestamistas y proveedores podrían actuar de tal modo que eviten a priori la aplicación de la ley: bastará con que el proveedor no imponga al consumidor el financiador con el que debe concertar el préstamo, sino que le ofrezca varios con quien contratarlo, para que sea el consumidor el que elija, o simplemente le

permite obtener el préstamo del prestamista que él le ofrece o de cualquier otro que el consumidor se procure por su cuenta. En estos casos no se cercenaría la libertad del consumidor y, por tanto, no concurriría la exclusividad requerida por el art. 15.1.b) LCC.

La exclusividad del art. 15.1.b) LCC debe entenderse como la colaboración del proveedor únicamente con un determinado prestamista. Por lo tanto, deben concurrir dos presupuestos. (i) Se precisa la colaboración planificada entre prestamista y vendedor, o más exactamente, que la celebración del contrato crediticio se haya producido debido a la colaboración existente entre los dos empresarios; y (ii) es necesario que el vendedor colabore únicamente (exclusivamente) con ese prestamista, esto es, que no lleve a cabo relaciones de colaboración con otros financiadores. Lo decisivo es que el vendedor, de hecho, colabore únicamente con ese prestamista (al margen de que haya celebrado acuerdos de colaboración con uno o varios prestamistas). Esta es la interpretación que del art. 15.1.b) LCC debe acogerse. El consumidor debe probar, por tanto, que prestamista y vendedor colaboran planificadamente. En cambio, no le incumbe a él la prueba de que el vendedor colabora únicamente con ese prestamista, pues tendría que acreditar que no colabora con otros prestamistas, y no puede imponersele la prueba de un hecho negativo. Por eso, en relación con el carácter exclusivo de la colaboración se altera la carga de la prueba: será el prestamista el que, si quiere impedir la consideración de los contratos como vinculados, tenga que probar que ese vendedor colabora con otros prestamistas.

Pero esta interpretación, aun siendo la más amplia posible del art. 15.1.b) LCC, no es suficiente para proteger al consumidor. Tiene sentido exigir que el contrato crediticio sea resultado de la colaboración planificada entre prestamista y proveedor, pero no se alcanza a comprender por qué ha de haber vinculación sólo en el supuesto de que el proveedor colabore únicamente con ese prestamista. La misma necesidad de protección tiene el consumidor tanto si el proveedor colabora únicamente con un prestamista como si lo hace con varios. Además, prestamistas y proveedores pueden actuar de tal modo que eviten a priori la aplicación de la Ley: bastará con que el vendedor colabore, siquiera sea ocasionalmente, con otro prestamista distinto a aquél con el que lo hace habitualmente. Así conseguirán eludir el requisito de la “exclusividad”. Como dicen las SSAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794) y Secc. 1ª, de 31 octubre 2007 (JUR 2008, 68191), “bastaría que uno solo de los contratos de financiación fuere concertado con una entidad distinta de la demandada -pudiendo ser incluso ambas afines o pertenecientes al mismo grupo empresarial- para, por ese simple y aislado acto, frente a todos los demás, innumerables y masificados, eludir siempre e indefinidamente la aplicación del precepto” (FJ 4º).

Ante el sinsentido que supone exigir una “exclusividad” entre prestamista y proveedor, y las consabidas dificultades interpretativas que ello supone, las SSTs de 25 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 145) y 19 de febrero de 2010 (RJ 1787) han admitido la existencia de contratos vinculados “al margen” de la LCC. Establecen que “pese a la pluralidad de contratos en que interviene el consumidor (enseñanza y préstamo) y de personas con las que se vincula (academia de enseñanza y prestamista), de la naturaleza unitaria de la operación económica se deduce una conexión funcional, por la interacción de fines, entre las relaciones jurídicas de ellos nacidas, lo que no justifica dar un tratamiento autónomo a cada una de las conexas, cual si se tratara de una realidad aislada del conjunto”.

La conclusión es paradójica: como la Ley destinada a proteger al consumidor que celebra contratos vinculados define éstos de un modo muy estricto, muchos contratos vinculados quedan fuera de la misma, y el consumidor tiene que acudir al derecho común para solventar el déficit de protección. Todo un fracaso del legislador, que pone de manifiesto que desconocía por completo por qué hay que dictar una ley que proteja al consumidor que celebra contratos vinculados.

#### 4. El concepto de contratos vinculados en la Ley 16/2011

Por fortuna, la Ley 16/2011 contiene una definición de los contratos vinculados que no alude ya al requisito de la “exclusividad”. En la nueva Ley, para que haya contratos vinculados deben concurrir las dos circunstancias exigidas en el art. 29.1: (i) que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos; (ii) que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo. El Proyecto de Ley, siguiendo a la Directiva 2008/48/CE, establecía cuando existía una unidad comercial: se considerará que existe una unidad comercial cuando el proveedor del bien o el suministrador del servicio financian el crédito al consumo o, en el caso de que éste sea financiado por un tercero, cuando el prestamista se sirve de la intervención del proveedor del bien o el suministrador del servicio en la preparación o celebración del contrato de crédito, o cuando los bienes específicos o la prestación de un servicio específico vienen expresamente indicados en el contrato de crédito. Afortunadamente, esta alusión no existe en la redacción final de la Ley.

Hay que entender que existe esa unidad económica cuando el proveedor participa en la preparación o celebración del contrato de crédito, esto es, cuando los dos contratos pueden considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, pues el proveedor colabora planificadamente con el prestamista para permitir al consumidor el ac-

ceso financiado al bien o servicio. Desaparecido el requisito de la “exclusividad”, ya no tiene sentido distinguir entre contratos vinculados “en la LCCC” y contratos vinculados “al margen de” la LCCC, al menos en lo que se refiere al alcance de la conexión funcional.

Habida cuenta de que el consumidor es ajeno al pacto entre prestamista y proveedor, la colaboración planificada debe descubrirse mediante indicios objetivos, referidos todos ellos a circunstancias relacionadas con la conclusión de los contratos. Pueden considerarse como indicios adecuados los siguientes: cada uno de los documentos contractuales menciona al otro contrato; el vendedor está en posesión de los impresos de solicitud de préstamo, y los ofrece al comprador que accede a su establecimiento comercial para comprar un bien; el prestamista renuncia a un contacto directo con el consumidor, negociando éste únicamente con el vendedor; el prestamista hace uso de formularios contractuales especialmente diseñados para la financiación de otros contratos; o la responsabilidad que el vendedor asume de algún modo (por ejemplo, fianza) respecto a la obligación del consumidor de restituir el préstamo recibido. En cambio, no sirven como indicios de colaboración: la constitución a favor del prestamista de un derecho de garantía sobre la cosa comprada, que el importe neto del crédito obtenido sea de una cuantía similar al precio de la compra, o que el dinero del préstamo se transfiera directamente, por orden del consumidor, desde la entidad financiera a una cuenta corriente del vendedor. Y ello porque estos indicios pueden concurrir igualmente cuando el consumidor se procura un crédito por su cuenta.

#### 5. Primera medida de protección: atribución al prestamista de una determinada responsabilidad en la hipótesis de incumplimiento del proveedor de bienes o servicios

El primer déficit de protección del consumidor que estipula contratos vinculados se produce en el supuesto de incumplimiento del vendedor, pues no podrá ejercitar determinados derechos que sí podría utilizar si hubiera celebrado una bilateral venta a plazos (por ejemplo, el derecho a suspender el pago de los plazos). Esta situación se solventa en el derecho español con el art. 29.3 LCCC, precepto que atribuye al prestamista una determinada responsabilidad en la hipótesis de incumplimiento del vendedor.

##### 5.1. El incumplimiento y la insolvencia del proveedor como riesgo del prestamista

El principal problema que se plantea en los contratos vinculados es la exacta distribución entre los partícipes de los distintos riesgos de la compleja operación económica; en concreto, del riesgo de incumplimiento y de insolvencia del vendedor. El art. 29.3 LCCC, en la medida en que autoriza al consumidor a ejercitar deter-

minados derechos contra el prestamista en el supuesto de incumplimiento del proveedor, no hace sino trasladar parcial o totalmente al prestamista ese riesgo. En un sistema de irresponsabilidad del prestamista por el incumplimiento del proveedor, el riesgo de incumplimiento e insolvencia de éste lo soporta íntegramente el consumidor. Con el art. 29.3 LCCC se consigue que el financiador, además del riesgo de insolvencia del consumidor a quien le concede crédito, asuma un nuevo riesgo: el de incumplimiento e insolvencia del proveedor.

Sin embargo, adviértase que la responsabilidad que se atribuye al prestamista en la hipótesis de incumplimiento del vendedor no es desorbitada ni le coloca en una situación excesivamente gravosa. Es más, existen importantes argumentos a favor de atribuir al prestamista (y no al consumidor) el riesgo de incumplimiento e insolvencia del vendedor:

a) En primer lugar, esta es la solución más satisfactoria desde el punto de vista del análisis económico del derecho, pues el prestamista puede asegurar con un menor coste que el consumidor el riesgo de insolvencia del vendedor. Es él quien colabora habitualmente con ese vendedor, y por ello está en mejores condiciones que el consumidor para evaluar su seriedad y solvencia. Además, los costes de prevención o aseguramiento del riesgo que debe sufragar el prestamista son de una cuantía inferior al valor previsto del riesgo.

b) En segundo lugar, ello no implica una mayor carga económica para el prestamista, ya que los costes adicionales que implica la asunción de este nuevo riesgo, trasladados inicialmente al prestamista, retornan a los consumidores en forma de aumento del “precio” del crédito.

c) En tercer lugar, el riesgo de insolvencia del vendedor, y su correspondiente coste económico, no se atribuye en su totalidad al consumidor que ha tenido la desgracia de contratar con un vendedor incumplidor, sino que se distribuye entre todos los consumidores, por lo que podrá ser soportado más fácilmente por cada uno de ellos.

d) En cuarto lugar, se produce una mayor transparencia de la operación, y por derivación, del mercado de crédito al consumo, pues el consumidor podrá conocer mejor los costes y beneficios de la financiación.

e) Y en quinto lugar, la mayor posibilidad de vigilancia y control que la entidad de financiación tiene sobre el vendedor puede influir en el exacto cumplimiento de las obligaciones de este último. El prestamista puede “presionar” al vendedor para que actúe correctamente, cumpliendo con exactitud las obligaciones asumidas frente a los consumidores. Esto contribuirá a prevenir incumplimientos por parte del vendedor y, en última instancia, a expulsar del mercado a aquellos vendedores que no cumplan su obligación de entregar un bien conforme a lo pactado.

Lo que el art. 29.3 LCCC no especifica es en qué proporción va a ser responsable el prestamista del incumplimiento del proveedor, esto es, si él solo va a soportar toda esa responsabilidad, o si parte de ella también recaerá sobre el consumidor. La respuesta dependerá de cuál sea el fundamento de la responsabilidad del prestamista, lo que está estrechamente relacionado con la finalidad perseguida por el legislador al establecer una normativa específica para los negocios jurídicos financiados por un tercero. Teóricamente, existen distintas posibilidades de articular la responsabilidad del prestamista.

1. Conforme a una primera concepción, rige el principio de prohibición de desprotección jurídica del consumidor en comparación con el comprador a plazos. El consumidor va a ser tratado como un comprador a plazos, por lo que, ante el incumplimiento del vendedor, puede suspender el pago de los plazos de amortización del préstamo. Por eso soporta el riesgo de insolvencia del vendedor en la misma proporción que el normal comprador a plazos: en el peor de los casos perderá todas las cantidades que ha pagado (desembolso inicial y plazos de amortización del préstamo ya abonados). Esto significa que en ningún caso el consumidor está autorizado para dirigirse activamente contra el prestamista, exigiéndole la restitución de las cantidades que ha pagado; pues de admitirse esta reclamación, estaría injustificadamente mejor protegido que el normal comprador a plazos. En definitiva, conforme a esta interpretación, el art. 29.3 LCCC sería una norma de atribución de riesgo al prestamista, en relación con los plazos aún pendientes de pago por el consumidor, para el caso de insolvencia del vendedor.

2. Una segunda concepción es la que asume el principio de igualación con el comprador a plazos. Según esta tesis, no es cierto que el simple derecho a suspender el pago de los plazos coloque al comprador en la misma situación que el comprador en una venta a plazos. Pues éste puede suspender el pago sin más, tras el incumplimiento del vendedor, en tanto que el consumidor que celebra contratos vinculados sólo puede hacerlo cuando ha reclamado frente al vendedor incumplidor y esta reclamación deviene infructuosa. Si durante ese ínterin el vendedor deviene insolvente, el consumidor no podrá recuperar las cantidades que durante el mismo ha abonado. En consecuencia, una verdadera igualación con el comprador a plazos obliga a conceder al consumidor una acción contra el prestamista. En concreto, podrá obtener de éste la devolución de los plazos pagados desde el instante en que el consumidor reclamó al vendedor incumplidor. Según esta concepción, el art. 29.3 LCCC no sería sólo una norma de atribución al prestamista de una parte del riesgo de insolvencia del vendedor, sino también una norma de nivelación, que concede al consumidor (permitiéndole accionar contra el prestamista de un determinado modo) los mismos derechos que él tendría en una bilateral venta a plazos.

3. Existe una tercera posible concepción, según la cual al consumidor que celebra contratos vinculados se le otorga una tutela jurídica superior a la del normal comprador a plazos. Y ello porque puede, no sólo suspender el pago de los plazos al prestamista, sino ejercitar contra éste determinadas acciones, con el fin de recuperar las cantidades ya satisfechas. Esta postura implica un traslado al prestamista de todo el riesgo de insolvencia del vendedor; él habrá de soportarlo íntegramente, quedando el consumidor liberado por completo. Conforme a esta concepción, el art. 29.3 no sería una simple norma de equiparación del consumidor al normal comprador a plazos, sino una norma de aumento de protección jurídica.

Constituye una decisión de política legislativa el configurar la responsabilidad del prestamista con uno u otro alcance. El art. 29.3 LCCC, sin embargo, no asume expresamente una u otra concepción, no aclara si pretende simplemente igualar la situación del consumidor con la del comprador a plazos, o mejorarla, y en este último caso, qué tipo de mejora. En todo caso, del hecho de que conceda al consumidor el derecho a ejercitar contra el prestamista los “mismos derechos” que tiene frente al vendedor incumplidor, parece deducirse que ha pretendido deliberadamente mejorar la tutela jurídica del consumidor inmerso en relaciones trilaterales de consumo, en la línea de la tercera de las concepciones expuestas. La Directiva no puede servir para interpretar la norma española, pues en este punto no es una norma de máximos, de modo que cada Estado miembro puede atribuir libremente al prestamista el nivel de responsabilidad que considere oportuno (lo que es contrario a la finalidad perseguida por la Directiva de alcanzar un auténtico mercado único europeo de crédito al consumo)

## 5.2. Derechos ejercitables contra el prestamista

Conforme al art. 29.3 LCCC, en caso de incumplimiento del proveedor, el consumidor, además de poder ejercitar los derechos que le correspondan frente al proveedor de los bienes o servicios, podrá ejercitar esos mismos derechos frente al prestamista. La regulación de la Ley 16/2011 es, en este punto, idéntica a la de la Ley 7/1995.

El consumidor podrá ejercitar frente al prestamista, no los derechos que el ordenamiento jurídico le concede contra el vendedor, sino los derechos que tendría contra ese vendedor caso de haber celebrado una bilateral venta a plazos (situación jurídica hipotética). Por otra parte, el ejercicio de derechos contra el prestamista tiene carácter accesorio: sólo es posible en la medida en que sea jurídicamente admisible su utilización contra el propio vendedor.

No aclara la norma cuáles son esos derechos. Pero parece que no se trata simplemente del derecho a suspender el pago de las cuotas de amortización del crédito (la clásica excepción



de incumplimiento, que podría oponerse al prestamista por el incumplimiento del proveedor), sino que el consumidor también podrá ejercitar “activamente” esos derechos contra el financiador. El legislador español no ha sido muy diligente en el cumplimiento de la Directiva europea, que dispone (art. 15.2) que los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercitar el “derecho de recurso” del consumidor contra el prestamista.

Hay que entender que, además del derecho a suspender el pago al prestamista (excepción de incumplimiento del vendedor), el consumidor puede ejercitar los siguientes derechos: (i) Derecho a la reducción del importe del préstamo. Del mismo modo que en la venta a plazos la falta de conformidad del bien autoriza al comprador a obtener una rebaja del precio o a interponer la acción estimatoria, el consumidor podrá ex art. 29.3 LCCC ejercitar ese mismo derecho contra el financiador. (ii) La pretensión de cumplimiento. Ante el incumplimiento del vendedor, el consumidor puede solicitar al prestamista el cumplimiento, en sus variantes de entrega de la cosa, su reparación o su sustitución. (iii) Derecho a la devolución del precio de adquisición. El consumidor está también legitimado para ejercitar contra el prestamista el derecho a recibir de él el precio del bien que se pagó en la compraventa, que es la obligación liquidatoria que surge para el vendedor tras la resolución de la compraventa. En estos dos últimos casos el prestamista responde como fiador de la obligación del vendedor de cumplir el contrato y de devolver el precio del bien, tras su resolución.

Sin embargo, el consumidor no podrá reclamar al prestamista los daños y perjuicios causados por el vendedor incumplidor, pues la acción de daños no deriva del contrato, ni del incumplimiento del contrato, sino de la producción culpable de un daño. Esta es la solución acogida por varias sentencias, aunque con argumentos no siempre adecuados: SSAP Madrid, Secc. 20ª, de 22 junio 2005 (JUR 2005, 183742), Las Palmas, Secc. 4ª, de 17 abril 2006 (AC 2006, 1153), Madrid, Secc. 14ª, de 23 enero 2007 (JUR 2007, 157692).

Es necesario examinar por separado cómo se ejercita cada uno de los derechos contra el prestamista.

1. En cuanto al derecho del consumidor a suspender los pagos, podrá suspenderlos hasta que el vendedor cumpla correctamente su obligación. Si el vendedor cumple, el consumidor tiene que abonar todos los plazos cuyo pago suspendió, pero sin intereses de demora, y continúa obligado a satisfacer los plazos que venzan en el futuro. Además, el consumidor puede oponerse al pago tanto si es demandado en un juicio declarativo como si lo es en un juicio ejecutivo.

2. El consumidor puede exigir al prestamista el cumplimiento de la obligación del vendedor, esto es, la entrega, la reparación o la sustitución

del bien defectuoso. El consumidor formulará esta reclamación contra el prestamista extrajudicialmente, y si éste hace caso omiso, ejecutará esa obligación a su costa, sin necesidad de haber interpuesto una demanda contra él. La consideración del prestamista como garante del vendedor implica el sometimiento de la relación entre prestamista y consumidor a muchos de los preceptos del Código Civil que regulan la fianza. Así, el prestamista, antes de cumplir, tiene la carga de notificar al vendedor su intención de hacerlo, siendo de aplicación los arts. 1840 y 1842 CC. En cuanto a las excepciones, el prestamista puede oponer al consumidor todas las excepciones que competan al vendedor y sean inherentes a la deuda, pero no las puramente personales del vendedor (art. 1853 CC). Asimismo está legitimado para oponer al consumidor todas las excepciones que derivan de la obligación fideusoria, esto es, las excepciones propias del prestamista en cuanto garante (que el prestamista no es garante de esa obligación del vendedor, que tenía esa obligación de garantía pero ésta se ha extinguido: arts. 1849, 1851 y 1852 CC). Puede oponer también la excepción de compensación, pero no dispone de la excepción de beneficio de excusión. Por último, el prestamista dispone de la acción de relevación del art. 1843 CC.

3. Tras la resolución de la compraventa, el consumidor puede solicitar al prestamista la devolución del precio del bien, obligación liquidatoria a la que en principio está obligado el vendedor. En este caso el prestamista es legalmente considerado como garante (fiador sin beneficio de excusión) del vendedor. Para que el consumidor pueda demandar al prestamista no basta la simple reclamación extrajudicial infructuosa contra el vendedor, sino que es preciso que éste también sea demandado. De lo contrario el prestamista podrá oponer con éxito la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. El régimen jurídico del derecho que el consumidor ejercita contra el prestamista se regirá por las normas de la fianza, tal y como se ha expuesto al hilo del análisis de la acción de cumplimiento. El art. 29.3 LCCC autoriza al consumidor a solicitar al prestamista la devolución del precio del bien, tras la resolución de la compraventa. Lo normal es que el consumidor haga uso además de la posibilidad que le concede el art. 26.2 LCCC de obtener la ineficacia del contrato crediticio, en cuyo caso podrá reclamar al prestamista la restitución de los plazos de amortización abonados (v. infra epígrafe 6.B).

4. Tras detectar la presencia de defectos en el bien, el consumidor puede ejercitar contra el vendedor la acción estimatoria, con el fin de reducir el importe del préstamo. El consumidor dispone de dos mecanismos para trasladar al prestamista esta disminución del préstamo. En primer lugar, puede reclamar extrajudicialmente al vendedor la devolución de la diferencia del precio. Si esta petición es insatisfactoria, podrá dirigirse al prestamista, para que sea él quien le restituya esa cantidad. En este caso, el prestamista responde como garante del vendedor. Sin em-

bargo, y en segundo lugar, lo habitual será que el consumidor pretenda que la reducción del precio del bien de lugar a una rebaja del importe del crédito en esa misma cuantía. Para ello demandará a vendedor y prestamista, solicitando que se dicte sentencia en la que se declare reducido el precio del bien, y una disminución semejante del importe del préstamo. La rebaja de la cuantía del préstamo puede afectar al consumidor de dos modos, a su elección: reducción del número de plazos de amortización (manteniéndose su cuantía), o reducción de la cuantía de los plazos (sin afectar al número de plazos). Esta última posibilidad es la que más le beneficia.

Por último, adviértase que la responsabilidad del prestamista frente al consumidor tiene carácter provisional, puesto que después tiene derecho a reclamar al vendedor incumplidor. El concepto por el que el prestamista puede reclamar al vendedor varía de un derecho a otro. Así, si el prestamista responde ante el consumidor como garante, dispondrá de la acción de regreso contra el vendedor. En cambio, si el consumidor ejercita contra el prestamista el derecho a la reducción del importe del préstamo, éste podrá reclamar al vendedor (indemnización de daños y perjuicios) el importe de todos los gastos que le haya causado la aplicación del art. 29.3 LCCC. Por último, si el consumidor suspende el pago de los plazos de amortización, y después el vendedor cumple su obligación, el consumidor tendrá que abonar todos los plazos cuyo pago suspendió, pero sin intereses de demora. En este caso el prestamista podrá exigir al vendedor esos intereses (indemnización de daños y perjuicios).

### 5.3. Presupuestos

Para que el consumidor pueda dirigirse contra el prestamista, es preciso que se satisfagan dos presupuestos. El primero de ellos es que el vendedor haya incumplido su obligación [art. 29.3.a) LCCC]. Es decir, el vendedor no ha entregado el bien, o ha entregado un bien defectuoso. El incumplimiento del vendedor no opera sólo como presupuesto de aplicación del art. 29.3 LCCC, sino que funciona además como límite de los derechos del consumidor contra el prestamista. Eso significa que el consumidor sólo podrá utilizar frente al financiador los derechos que nacen, que tienen su origen en el incumplimiento del vendedor.

El segundo presupuesto es la existencia de una previa reclamación insatisfactoria del consumidor contra el vendedor incumplidor [art. 29.3.b) LCCC]. El consumidor sólo puede ejercitar derechos contra el prestamista cuando previamente ha reclamado frente al vendedor, y esta reclamación ha resultado insatisfecha. El entendimiento de esta fórmula sólo puede alcanzarse partiendo de la consideración del prestamista como garante. Se trata de un fiador subsidiario sin beneficio de excusión. Fiador subsidiario porque el deudor (vendedor) debe incumplir para que el fiador pueda ser requerido de pago, por lo que el consumidor debe requerir judicial o extrajudicialmente el pago al vendedor. Sin



beneficio de excusión porque basta el simple incumplimiento del vendedor para poder dirigirse contra el prestamista (fiador), sin que se exija una previa excusión de los bienes del vendedor. En consecuencia, el consumidor podrá reclamar extrajudicialmente contra el vendedor, y si esta reclamación resulta infructuosa, tiene vía libre para poder ejercitar ese derecho contra el prestamista.

El art. 29.3.c) LCCC tiene un alcance distinto según el derecho que ejercite el consumidor. Si pretende suspender el pago de los plazos al prestamista, tiene que haber exigido previamente al vendedor el cumplimiento, de modo que sólo podrá suspender el pago cuando esta reclamación sea insatisfactoria. Del mismo modo, podrá ejercitar la acción de cumplimiento contra el prestamista cuando haya reclamado infructuosamente el cumplimiento al vendedor. Y si quiere solicitar al prestamista la devolución del precio del bien, tiene que haberse dirigido antes al vendedor, declarando resuelto el contrato de compraventa a causa de su incumplimiento, y solicitando la restitución del precio del bien. Si el vendedor desatiende esta petición el consumidor puede exigir al prestamista la devolución del precio. Por último, si el consumidor desea una reducción del importe del préstamo, en la misma cuantía en que se reduce el precio del bien (acción estimatoria), no es necesaria una previa reclamación contra el vendedor, pues en realidad el consumidor no tiene nada que reclamarle. En este caso el consumidor puede demandar directamente a vendedor y prestamista, solicitando que se declare que procede una reducción del precio de la compraventa y que la cuantía del préstamo concedido disminuya en esa misma cantidad.

La reclamación previa contra el vendedor puede ser judicial o extrajudicial. Además, tiene que haber sido insatisfactoria para poder dirigirse contra el prestamista. La reclamación de entrega, reparación o sustitución del bien es insatisfactoria, o ha fracasado, cuando se ha realizado la reparación o sustitución y continúan los defectos en el bien; cuando la entrega, reparación o sustitución son imposibles; cuando el vendedor se niega injustificadamente a entregar, reparar o sustituir; y cuando se produce un retraso irrazonable en la realización de esa tarea.

## 6. Segunda medida de protección: posibilidad de resolver el contrato de préstamo tras la resolución del contrato de consumo

### 6.1. Supuesto de hecho: la ineficacia del contrato de consumo

Para que el consumidor que estipula contratos vinculados esté adecuadamente protegido, es necesario que se incluya una norma según la cual si el contrato de consumo deviene ineficaz por cualquier razón, el consumidor podrá conseguir también la ineficacia del contrato de crédito, y desvincularse del mismo. Desaparecido el contrato de consumo, no tiene ninguna razón

para el consumidor la existencia del crédito, pues éste sólo pretendía financiar el precio del contrato de consumo. Por eso es razonable que el consumidor pueda desvincularse del mismo.

La Ley contempla esta hipótesis en dos preceptos: (i) si el consumidor ha ejercitado su derecho de desistimiento respecto del contrato de adquisición de bienes o servicios financiado total o parcialmente por un contrato de crédito vinculado, dejará de estar obligado por este último contrato sin penalización alguna para el consumidor (art. 29.2 LCCC); (ii) la ineficacia del contrato de consumo determinará también la ineficacia del contrato de crédito destinado a su financiación, con los efectos previstos en el artículo 23 (art. 26.2 LCCC). La regla general está contenida en el art. 26.2, y el art. 29.2 no es sino una aplicación particular de aquella. La inclusión de las dos normas se explica por su distinto origen: el art. 26.2 proviene de la Ley 7/1995 (art. 14.2), mientras que el art. 29.2 incorpora el art. 15.1 de la Directiva.

A diferencia del art. 14.2 LCC, el art. 26.2 LCCC no exige para que opere la propagación de la ineficacia que los dos contratos estén vinculados. A pesar del silencio de la norma, hay que entender que el precepto sólo se aplica cuando los dos contratos estén vinculados, en los términos previstos en el art. 29.1 LCCC.

El supuesto de hecho del art. 26.2 LCCC es la “ineficacia del contrato de consumo”. El término “ineficacia” debe ser interpretado en sentido amplio, por lo que hay que considerar comprendido en el mismo cualquier forma de extinción de la relación obligatoria instaurada mediante el contrato de compraventa distinta al cumplimiento. Como indica la SAP Alicante, Secc. 4ª, de 13 marzo 2003 (JUR 2003, 203027), “esta norma no hace distinción entre los conceptos de resolución, nulidad, anulabilidad, etc. sino que emplea el término “ineficacia”, como categoría genérica que los comprende a todos”. Más explícita es la SAP La Coruña, Secc. 5ª, de 8 marzo 2007 (JUR 2007, 132248): “dentro del concepto amplio de ineficacia, que es el utilizado en el art. 14.2 de la LCC, al no hacer distinción alguna, se deben incluir, además de los casos de ineficacia en sentido estricto, comprensiva de todas aquellas situaciones sobrevenidas a la perfección del contrato que impiden a éste surtir efectos, como son la resolución o el desistimiento, los supuestos de ineficacia estructural, entre los que se encuentran la nulidad y la inexistencia” (FJ 1º).

### 6.2. Consecuencia jurídica: la posibilidad de resolver el contrato de crédito

El art. 26.2 LCCC establece que la ineficacia del contrato de consumo provocará la “ineficacia” del contrato de crédito, pero sin señalar de qué tipo de ineficacia se trata. La jurisprudencia, en relación con el art. 14.2 LCC, no ha dado una respuesta uniforme. Hay un primer grupo de sentencias que se mantienen en la misma indefinición que el art. 14.2 LCC, en el sentido de que decretan la ineficacia del presta-

mo con fundamento en el precepto citado, pero sin entrar a analizar el tipo de ineficacia que concurre en el contrato crediticio. Otras sentencias sí se pronuncian sobre el tipo de ineficacia del contrato de crédito, declarando que este contrato deviene nulo. Más acertada, sin duda, es aquella jurisprudencia que estima que la “ineficacia” que sufre el contrato de préstamo es la resolución. Y es que, en efecto, lo que sucede es que, una vez celebrados válidamente los dos contratos, uno de ellos –el de crédito– deja de tener una causa, al devenir ineficaz el contrato de consumo. Se produce de este modo una “falta sobrevenida de la causa”, cuestión que, a pesar de su lógico enlace con problemas causales, debe ser analizada en relación con la figura de la resolución contractual. Por tanto, la desaparición del contrato de adquisición de bienes o servicios da lugar a una pérdida sobrevenida de la base del contrato crediticio, a una supresión de la base del negocio, quedando en consecuencia el consumidor autorizado para resolver este contrato.

De la lectura de los arts. 26.2 y 29.2 LCCC (“determinará”) parece deducirse que la resolución del contrato crediticio se produce de forma automática. Lo cierto, sin embargo, es que la resolución del préstamo no es automática, sino que es un derecho que tiene el consumidor, y que él puede utilizar si lo desea.

### 6.3. El ejercicio del derecho vía acción y vía excepción

El derecho a resolver el contrato de crédito ex art. 26.2 LCCC puede ejercitarse por el consumidor vía acción judicial. El consumidor interviene activamente, como demandante, frente a las dos partes de los dos contratos que ha celebrado. Interpone una única demanda contra proveedor y prestamista, solicitando que se dicte sentencia en la que se declare la ineficacia del contrato de consumo (normalmente, su resolución) y la posterior resolución del contrato crediticio con fundamento en el art. 26.2 LCCC. Este procedimiento de actuación del consumidor (demanda conjunta a los dos empresarios) ha aumentado considerablemente en los últimos años, tras el cierre de varias academias de enseñanza. Como acertadamente afirma la SAP Madrid, Secc. 21ª, de 31 marzo 2009 (AC 2009, 937), esta es la forma de actuar más interesante para el consumidor, “lo aconsejable es que el consumidor demande, en el mismo juicio, tanto al proveedor como al financiador para que en la sentencia que recaiga en el juicio se pronuncie sobre la ineficacia del contrato cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, y, a continuación, sobre la ineficacia del contrato destinado a la financiación” (FJ 9º).

Pero el consumidor también puede demandar únicamente al prestamista, solicitando la resolución del préstamo. Para que esta petición prospere es preciso que en ese proceso quede acreditado que se ha producido la ineficacia del contrato de consumo. Pero no es precisa una previa declaración judicial de resolución o ineficacia del contrato de consumo. En consecuencia, la acción del consumidor será estimada

por el juez si acredita que se produjo un desistimiento del contrato de consumo conforme a derecho, que este contrato ha sido adecuadamente resuelto (judicial o extrajudicialmente) o declarado nulo (judicialmente). Hay varias sentencias que niegan la posibilidad de que el prestamista demandado alegue con éxito la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al estar ya acreditada la ineficacia del contrato de consumo: SSAP Madrid, Secc. 14ª, de 16 febrero 2005 (JUR 2005, 109547); Madrid, Secc. 12ª, de 7 junio 2005 (JUR 2005, 168754); Madrid, Secc. 19ª, de 24 junio 2005 (JUR 2005, 186394); Madrid, Secc. 12ª, de 23 febrero 2006 (JUR 2006, 155000); Cádiz, Secc. 7ª, de 24 abril 2006 (JUR 2007, 57284); Madrid, Secc. 12ª, de 7 junio 2006 (JUR 2007, 33334); Jaén, Secc. 2ª, de 7 diciembre 2007 (JUR 2008, 228773); Barcelona, Secc. 19ª, de 10 abril 2008 (JUR 2009, 84298).

En la praxis judicial es muy habitual que el consumidor utilice el derecho reconocido en el viejo art. 14.2 LCC (actual art. 26.2 LCCC) por vía de excepción. El supuesto típico es el siguiente: el prestamista demanda al consumidor, reclamándole el pago de los plazos vencidos, y el consumidor solicita la desestimación de la demanda, con el argumento de que no está obligado a abonar plazo alguno, al ser ineficaz el préstamo ex art. 14.2 LCC. Ante la reclamación de pago del prestamista, es claro que el consumidor podrá reconvenir, solicitando la resolución del contrato (lo que supone ejercitar el art. 14.2 LCC por vía de acción), y también es evidente que el consumidor tiene el derecho a suspender el pago de los plazos ex art. 29.2 LCCC si el consumidor ha incumplido. Pero estas situaciones son distintas a las que aquí nos ocupa.

En estrictos términos jurídicos, la alegación del art. 26.2 LCCC por vía de excepción remite a la complicada cuestión de si cabe ejercitar por vía de excepción la resolución del contrato de crédito. Hoy constituye una opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que la resolución extrajudicial es admisible en nuestro derecho: basta con que sea declarada por el acreedor frente al incumplimiento del deudor. Si después hay una contienda judicial sobre ello, la sentencia se limitará a declarar si la resolución extrajudicial se ajustó o no a derecho, pero sus efectos se producirán desde que el acreedor optó por ella.

Más dificultades plantea la cuestión de si cabe alegar la resolución del contrato por vía de excepción. Según la doctrina del Tribunal Supremo, la respuesta es negativa: el deudor no puede alegar la resolución por vía de excepción [SSTS 19 noviembre 1994 (RJ 1994, 8538), 24 octubre 1995 (RJ 1995, 7529), 17 febrero 1996 (RJ 1996, 1408), 20 junio 1996 (RJ 1996, 5105), 20 junio 1998 (RJ 1998, 4903), 15 noviembre 1999 (RJ 1999, 8216), 6 octubre 2000 (RJ 2000, 9902) y 1 diciembre 2005 (RJ 2005, 7744)]. Salvo que la resolución ya se hubiera producido, bien por haber sido declarada judicialmente, bien por haberse acordado entre las

partes [SSTS 6 octubre 2000 (RJ 2000, 9902), y 12 febrero 2002 (RJ 2002, 3110)]. Fuera de estos casos, si el demandado la quiere hacer valer, tendrá que reconvenir.

En mi opinión, esta tesis debe ser matizada, en el sentido de que también podrá alegarse la resolución por vía de excepción si la resolución ya haya sido realizada extrajudicialmente. En efecto, si el deudor demandado (en nuestro caso, el consumidor) ha declarado extrajudicialmente la resolución del contrato (en nuestro caso, del contrato de crédito) antes de ser judicialmente demandado, resulta que, como consecuencia de la resolución, el derecho del acreedor (el prestamista) a exigir el cumplimiento se ha extinguido. Por eso, a la posterior demanda de cumplimiento del acreedor podrá serle opuesta la excepción de (previa) resolución. Pero si el deudor (consumidor) no ha resuelto extrajudicialmente antes de ser demandado de cumplimiento por el otro contratante (prestamista), no podrá alegar la resolución vía excepción, sino que deberá reconvenir para que sea el juez quien con su decisión le libere de cumplir su obligación.

En el caso que nos ocupa, la alegación de la resolución ex art. 26.2 LCCC por vía de excepción plantea un problema adicional. Pues el juez que conoce de la demanda interpuesta por el prestamista contra el consumidor ha de entrar a analizar si el contrato de consumo es o no eficaz, ya que la “ineficacia” del contrato de consumo es un presupuesto cuya existencia el juez ha de valorar para poder aplicar el art. 26.2 LCCC. La cuestión es si ese juez puede analizar la ineficacia del contrato de adquisición de bienes o servicios sin que en ese proceso esté presente el proveedor, o sin que previamente haya sido declarada judicialmente la ineficacia del contrato de consumo.

Aunque la cuestión es ciertamente compleja, la viabilidad del ejercicio vía excepción del derecho reconocido en el art. 26.2 LCCC puede depender del tipo de “ineficacia” que afecte al contrato de consumo:

a) Así, si el consumidor ha desistido o revocado el contrato de consumo, y puede acreditar esta circunstancia, el juez tiene mayores posibilidades de “control” sobre la realidad de la ineficacia de ese contrato de consumo. De modo que, si él estima que el consumidor ha acreditado adecuadamente ese desistimiento o revocación, y lo considera realizado conforme a derecho, el contrato de consumo será considerado “ineficaz” a efectos de poder oponer la resolución del préstamo por vía de excepción.

b) La cuestión es más complicada cuando el consumidor pretende que se dicte sentencia desestimatoria alegando la resolución del contrato de consumo por incumplimiento del proveedor. Si el consumidor ha obtenido una sentencia que declara resuelto el contrato de consumo por incumplimiento del proveedor, sí podrá oponer esta circunstancia al financiador

ex art. 26.2 LCCC. Sin embargo, si como es habitual en la práctica, el contrato de consumo ha sido resuelto extrajudicialmente por declaración del consumidor, no podrá sin más alegar por vía de excepción la resolución del préstamo con el fin de que se desestime la demanda de pago del prestamista (pues ni siquiera podría en tal caso ejercitar la acción de resolución del préstamo, ya que el prestamista podría oponerle con éxito la excepción de litisconsorcio pasivo necesario). Con más razón, no podrá oponer la resolución ex art. 26.2 LCCC cuando ni siquiera ha resuelto extrajudicialmente el contrato de consumo (aunque sí podrá, en su caso, suspender el pago al plazo conforme al art. 29.3 LCCC). Todo ello salvo que el incumplimiento del proveedor sea público y notorio (por ejemplo, en el caso de cierre de las academias de inglés); pues en tal caso es indiscutible que ha habido incumplimiento, e incluso resolución unilateral –injustificada– del contrato por parte del proveedor.

c) La situación es parcialmente distinta si el consumidor considera que el contrato de consumo es nulo o anulable (por vicios del consentimiento, por no entrega del documento de revocación en caso de ventas celebradas fuera de establecimiento, por no informar el contrato en los términos legalmente previstos sobre la posibilidad que tiene el consumidor de revocar el contrato, etc.). La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria consideran, especialmente en los casos de anulabilidad, que la sentencia que declara la nulidad es constitutiva; esto es, que no hay nulidad contractual si no existe una sentencia judicial que así lo declara, y que, por tanto, no cabe la nulidad extrajudicial. Aceptando estas premisas, parece claro que el consumidor reclamado judicialmente de pago por el prestamista sólo podrá oponer la resolución del préstamo ex art. 26.2 LCCC si previamente se ha dictado sentencia que declara la nulidad del contrato de consumo vinculado.

El tratamiento que la jurisprudencia ha dado a esta materia difiere notablemente de las tesis que acaban de ser expuestas. Aunque hay sentencias que no admiten la alegación del art. 26.2 LCCC por vía de excepción, son mayoría las sentencias que sí lo permiten, desestimando de este modo la demanda de cumplimiento interpuesta por el prestamista. Así se ha declarado, con independencia de que en el contrato de consumo haya desistimiento [SSAP Barcelona, Secc. 1ª, de 10 abril 2003 (JUR 2003, 254022); Valencia, Secc. 7ª, de 31 julio 2008 (JUR 2009, 4557); Sevilla, Secc. 8ª, de 27 octubre 2008 (JUR 2009, 202946); Barcelona, Secc. 17ª, de 28 octubre 2008 (JUR 2009, 78368)], resolución [SSAP Murcia, Secc. 4ª, de 21 noviembre 2006 (JUR 2007, 14386); Madrid, Secc. 9ª, de 2 junio 2008 (JUR 2008, 243370); Sevilla, Secc. 8ª, de 9 julio 2008 (JUR 2009, 16029)] o nulidad [SSAP Girona, Secc. 2ª, de 2 abril 2003 (AC 2003, 1429); Barcelona, Secc. 1ª, de 28 marzo 2007 (JUR 2007, 132083); Madrid, Secc. 9ª, de 24 octubre 2006 (JUR 2007, 53738); Toledo, Secc. 2ª, de 27 abril 2009 (JUR 2009, 272112)].

## 7. Tercera medida de protección: la liquidación de los contratos de consumo y préstamo tras su ineficacia

### 7.1. Los mecanismos legales de liquidación de los contratos

Una vez devenido ineficaz el contrato de compraventa y declarado resuelto el contrato de préstamo ex art. 26.2 LCCC, la liquidación de cada contrato se va a producir entre las partes que lo celebraron. El art. 23 LCCC, al que se remite el art. 26.2 LCCC, en nada altera este mecanismo liquidatorio; más bien al contrario, pues obliga a las partes del contrato a restituirse entre sí las prestaciones ejecutadas. Sin embargo, este modo de llevar a cabo la liquidación de los contratos perjudica gravemente al consumidor, especialmente en el supuesto de insolvencia del vendedor. En la venta a plazos, si el consumidor resuelve el contrato, tendrá derecho a recuperar del vendedor lo que le haya entregado (desembolso inicial y los plazos ya pagados), por lo que soporta el riesgo de insolvencia del vendedor en la cuantía de las cantidades ya satisfechas. En los contratos vinculados, en cambio, la insolvencia del vendedor es más lesiva para el consumidor. Este no podrá recuperar del vendedor el importe del precio, pero, sin embargo, deberá restituir al prestamista el importe del préstamo, como obligación que le incumbe tras la resolución del contrato crediticio. Resulta, en consecuencia, que el consumidor va a soportar el riesgo de insolvencia del vendedor en la cuantía de todo el precio del bien.

El legislador de la LCCC, al igual que el de la LCC, no ha sido consciente del déficit de protección que tiene el consumidor en el ámbito de las relaciones liquidatorias, y por esta razón la LCCC no incluye ninguna norma que tienda a evitar esta gravísima situación.

A pesar de lo dicho, existen dos supuestos legales en los que el consumidor queda adecuadamente protegido:

a) En primer lugar, se trata de la resolución de la compraventa por incumplimiento del vendedor, seguida del ejercicio por el consumidor del derecho a resolver el contrato de crédito (ex art. 26.2 LCCC) y del derecho a obtener del prestamista la devolución del importe del precio tras la resolución de la compraventa (ex art. 29.3 LCCC). El consumidor interpondrá una demanda contra prestamista y vendedor, en la que solicita: a) que se declare resuelto el contrato de compraventa, y que se condene al prestamista a cumplir la obligación liquidatoria de devolver el precio, como garante que es de esta obligación, por aplicación del art. 29.3; y b) que se declare resuelto el contrato de préstamo ex art. 26.2, y que, por tanto, se condene al prestamista como parte de este contrato a restituir las prestaciones recibidas, esto es, los plazos de amortización ya pagados. En tal caso, la liquidación de los dos contratos se produce en la relación

prestamista-consumidor. Así, el consumidor tendrá que restituir al prestamista el importe del préstamo, en tanto que éste deberá devolver a aquél los plazos de amortización ya pagados y el precio de adquisición del bien. De ello resulta que será el prestamista, y no el consumidor, quien soporte íntegramente el riesgo de insolvencia del vendedor.

b) El segundo supuesto está previsto en art. 9.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (en adelante, LVPBM), según el cual tras el desistimiento de la compraventa y la resolución del contrato de financiación al vendedor, “el financiador sólo podrá reclamar el pago a éste”. Según esta norma, el prestamista sólo está legitimado para recuperar el importe del crédito concedido del vendedor. Por su parte, el consumidor sólo puede reclamar al vendedor la restitución del desembolso inicial, si lo hubo. Esta forma de liquidar el contrato significa que el consumidor va a poder solicitar al vendedor la devolución del desembolso inicial, y al prestamista la restitución de los plazos de amortización satisfechos. De manera que si el vendedor es insolvente, el consumidor sufrirá esa insolvencia en la cuantía del desembolso inicial, y el prestamista en la del importe del préstamo concedido para financiar la adquisición.

Ante la ausencia en la LCCC de un modelo liquidatorio de los contratos que proteja adecuadamente al consumidor que estipula contratos vinculados, hay que defender la aplicación analógica del esquema de liquidación diseñado en este precepto a cualquier otro tipo de ineficacia del contrato financiado imputable al consumidor seguida de la resolución del contrato de préstamo. En particular, al caso de resolución del contrato de consumo por incumplimiento del proveedor. Pues si en el supuesto de desistimiento de la compraventa el consumidor soporta el riesgo de insolvencia del vendedor en la cuantía del desembolso inicial, con más razón habrá de soportarlo en esa cantidad cuando la ineficacia del contrato de consumo se produce por una conducta del proveedor (su incumplimiento). Además, la misma necesidad de protección tiene el consumidor en este supuesto que en el caso de desistimiento. Pero la aplicación analógica no debe limitarse al caso de resolución del contrato por incumplimiento del proveedor. También debe aplicarse, a mi juicio, a los casos de nulidad del contrato de consumo, o en general de ineficacia, imputables al consumidor, seguida de la resolución del contrato de préstamo.

En todo caso, lo razonable es que una regla como la prevista en el art. 9.2 LVPBM se contuviera en la propia LCCC, y no en una ley distinta.

### 7.2. Los mecanismos utilizados por la jurisprudencia para proteger al consumidor en la fase de liquidación de los contratos

La mayoría de las sentencias que sancionan la doble ineficacia de los contratos no contienen ninguna especialidad en relación con el modo

de los contratos. En muchos casos, eso se debe a que la alegación del art. 14.2 LCC (actual art. 26.2 LCCC) se hace por el consumidor por vía de excepción, de modo que juez resuelve de manera congruente desestimando la demanda, sin tener que —ni deber— entrar a pronunciarse sobre cómo han de liquidarse los contratos. Pero también hay casos en los que, siendo el consumidor el demandante, quien solicita y obtiene del juez la ineficacia de los dos contratos, la sentencia no se pronuncia sobre la liquidación de los contratos, especialmente del contrato de crédito.

Son varios los mecanismos utilizados por la jurisprudencia para solventar el déficit de protección del consumidor en la fase de la liquidación de los contratos:

a) El derecho del consumidor a recuperar del prestamista todas las cantidades pagadas, tanto al prestamista como al proveedor. Hay algunas sentencias que admiten que, tras la ineficacia de los dos contratos, el consumidor puede pedir al prestamista la devolución de todas las cantidades que él haya abonado, ya sea al prestamista ya sea al proveedor de bienes y servicios.

b) El consumidor tiene derecho a recuperar del prestamista todos los plazos de amortización abonados. En algunas sentencias se establece que, tras la ineficacia de los dos contratos, el consumidor podrá obtener del prestamista la devolución de todos los plazos de amortización ya pagados. Se llega así a una solución similar a la que supondría la aplicación del procedimiento de liquidación previsto en el art. 9.2.II LVPBM.

c) El derecho del consumidor a recuperar del prestamista algunos plazos de amortización ya abonados. En algunas sentencias, tras la ineficacia de los dos contratos, se concede al consumidor el derecho a pedir al prestamista la devolución de algunos plazos de amortización. Así sucede, especialmente, cuando el contrato financiado es un contrato de enseñanza.

d) El derecho del prestamista a solicitar al proveedor la devolución del préstamo. En la jurisprudencia de las Audiencias se advierte que, en sede de liquidación de los contratos, las sentencias no condenan nunca al consumidor a restituir al prestamista el capital prestado. En efecto, las sentencias declaran la ineficacia del préstamo, y por esa razón permiten al consumidor obtener del prestamista, en la generalidad de los casos, la devolución de todas o algunas cuotas de amortización satisfechas. Pero no conceden al prestamista el derecho a recuperar del consumidor el capital prestado. Esta solución es correcta. Ejemplos de estas sentencias son las SSAP Bizkaia, Secc. 5ª, de 8 mayo 2006 (AC 2007, 640), La Coruña, Secc. 6ª, de 8 enero 2007 (JUR 2007, 66689), Vizcaya, de 14 de enero de 1999 (AC 1999, 4058), Alicante, Secc. 4ª, de 13 marzo 2003 (JUR 2003, 203027), Bizkaia, Secc. 5ª, de 8 mayo 2006 (AC 2007, 640), La Coruña, Secc. 6ª, de 8 enero 2007

(JUR 2007, 66689), y Madrid, Secc. 19ª, de 14 octubre 2004 (JUR 2004, 317287).

Del estudio de las cientos de sentencias analizadas de las Audiencias Provinciales<sup>1</sup>, cabe llegar a las siguientes conclusiones:

1. La mayoría de las sentencias analizadas estiman que la ineficacia del préstamo (resolución o nulidad) no tiene plenos efectos retroactivos, sino que el prestamista debe restituir al consumidor las cuotas por éste abonadas desde la fecha del incumplimiento del contrato de enseñanza, desde que la academia de enseñanza cierra sus puertas al público o desde que el consumidor no recibe el servicio contratado (las tres fechas coinciden). Así sucede, entre otras, en las SSAP Asturias, Secc. 7ª, de 30 septiembre 2004 (JUR 2005, 36499); Castellón, Secc. 2ª, de 6 octubre 2004 (JUR 2005, 897); Barcelona, Secc. 1ª, de 23 febrero 2006 (JUR 2006, 118940); Pontevedra, Secc. 1ª, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794); Castellón, Secc. 3ª, de 17 julio 2006 (JUR 2007, 56302); Bizkaia, Secc. 3ª, de 14 marzo 2007 (JUR 2007, 137177); Madrid, Secc. 18ª, de 14 julio 2004 (JUR 2004, 243856); SJPI nº 8 de Madrid, de 30 julio 2004 (inérita); SSAP Madrid, Secc. 14ª, de 16 febrero 2005 (JUR 2005, 109547); Madrid, Secc. 12ª, de 13 octubre 2005 (AC 2005, 2025). En otras ocasiones, sin embargo, se establece una fecha distinta: el consumidor puede recuperar las cuotas de amortización pagadas desde la resolución del contrato de enseñanza [SAP Cádiz, Secc. 5ª, de 11 septiembre 2004 (JUR 2005, 24806)] o desde la resolución extracontractual del con-

trato de préstamo [SAP Asturias, Secc. 6ª, de 20 septiembre 2004 (JUR 2004, 274205)].

2. En todos estos casos se produce, según la jurisprudencia, una suerte de propagación de la ineficacia del contrato de consumo al crédito. Pareciera que, como el contrato de consumo es un contrato de tracto sucesivo, el préstamo también ha de considerarse como tal. De modo que si la ineficacia (resolución) del contrato de enseñanza tiene efectos ex nunc, y no ex tunc (retroactivos), también la ineficacia del préstamo ha de tener efectos ex nunc, de manera que el prestamista no tiene que devolver todas las cuotas de amortización, sino sólo las que el consumidor ha abonado después del incumplimiento de la academia de enseñanza. Este modo de liquidar no me parece correcto, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque la forma en que se liquide el contrato de enseñanza (con o sin carácter retroactivo) no puede afectar a la forma de liquidación del contrato de préstamo (que siempre tiene efectos retroactivos, pues no es un contrato de tracto sucesivo). Y en segundo lugar, porque se hace depender la mayor o menor protección del consumidor de las cuotas de amortización que queden pendientes de pago en la fecha del incumplimiento de la academia, y no de la cantidad de servicios (curso) recibidos. Así, si el incumplimiento de la academia se produce a los cuatro meses de celebrados los dos contratos, está en mejor situación el consumidor que se obliga a restituir el préstamo en veinte plazos mensuales que aquél que se obliga a devolverlo en diez meses, aunque los dos hayan recibido las mismas mensualidades de curso.

3. Cuando el contrato financiado es un contrato de enseñanza cuyo incumplimiento y posterior resolución tiene efectos ex nunc (no retroactivos), la aplicación del modelo liquidario propuesto en el art. 9.2.II LVPBM da como resultado que tras la ineficacia de los dos contratos, el consumidor tiene derecho a obtener del prestamista la devolución de parte del precio satisfecho, en proporción a la prestación de servicios no recibida. Ese es el modelo de liquidación adecuado. Y esa es precisamente la solución que establece la SAP Lugo, Secc. 1ª, de 29 enero 2007 (JUR 2007, 138932), que declara la resolución de los dos contratos (préstamo y contrato de enseñanza), y que condena al prestamista a abonar al consumidor una cantidad equivalente al porcentaje del curso no impartido (1.111,54 €).

4. No es correcto afirmar que desde el cierre de la academia de enseñanza el consumidor no debe cantidad alguna al prestamista, por lo que las cuotas de amortización satisfechas desde esa fecha son pagos no debidos, cuya devolución puede solicitar el consumidor; como pagos no debidos los califican las SSAP Madrid, Secc. 18ª, de 14 julio 2004 (JUR 2004, 243856) y Madrid, Secc. 19ª, de 16 enero 2006 (JUR 2006, 54737). Pareciera que el cierre/incumplimiento de la academia, y la consiguiente resolución del contrato de enseñanza, provocan automáticamente la ineficacia del préstamo. Pero las cosas no suceden así. Hasta que se decrete la ineficacia del préstamo (o el consumidor lo resuelva extracontractualmente), el consumidor está pagando cuotas de amortización que tienen su origen en un contrato válido.



# Las administraciones de consumo no pueden sancionar como cláusulas abusivas precios “usurarios” en el negocio de compra/recompra de oro<sup>1</sup>

Ángel Carrasco Perera | Catedrático de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM |

**Resumen.** Una Comunidad Autónoma sanciona a un establecimiento “compro-oro” por considerar que el precio de recompra establecido en un contrato de compraventa de oro con pacto de recompra constituye una cláusula abusiva por usuraria, dada la diferencia en un 24% en el margen existente entre el precio que el establecimiento paga al usuario vendedor y el que le cobra si éste desea ejercitar su derecho de recompra en el tiempo determinado en el contrato. Este documento pone de manifiesto por qué, a pesar de su buena intención, no deben producirse este tipo de intervenciones administrativas.

**Palabras clave:** establecimientos compro oro, control de elementos esenciales del contrato, control de precios, cláusulas

abusivas, intereses abusivos, usura, potestad sancionadora de las Comunidades Autónomas.

**Abstract.** Usurious prices and rates are not “unfair” clauses in the sense drawn from the Directive 13/1993. Therefore, Regional authorities entrusted to the defense of consumers vis à vis unfair not negotiated clauses are incompetent to impose fines in application of Usury Law, at least where the concerned clause has been put before the consumer’s attention in a transparent way.

**Key words:** Pawn, gold sale and sale back, usury, unfair clauses, consumer.

1. Ha llegado a conocimiento de este Centro una resolución de la Agencia Catalana de Consumo por la que se sanciona, como infracción de consumo del art. 49.1 i) LGDCU (“la introducción de cláusulas abusivas en los contratos”), el precio de recompra establecido en un contrato de compraventa de oro con pacto de recompra, por considerar que a tenor de la Ley constituye una cláusula abusiva la diferencia en un 24% en el margen existente entre el precio que el establecimiento paga al usuario vendedor y el que le cobra si éste desea ejercitar su derecho de recompra en el tiempo determinado en el contrato. La actuación administrativa, si quiera bienintencionada, nos parece lo suficientemente grave como para merecer unas líneas que expliquen por qué no deben producirse intervenciones administrativas de este tenor.
2. Es sabido que en el debate sobre la licitud del control de los “elementos esenciales” del contrato por medio del Derecho de cláusulas abusivas, el TJUE ha resuelto de modo salomónico que los Estados miembros están habilitados para proceder a una protección suplementaria de los consumidores, de forma que puedan extender el control impuesto por la Directiva 13/1993 a los elementos esenciales del contrato de que se trate. Este Centro ha defendido siempre que no existe ninguna razón para excluir del control de contenido a los elementos esenciales del contrato. Con todo, es preciso hacer distinciones necesarias, a riesgo de en otro caso, acabar en un activismo judicial o administrativo contrario al sentido común y a las libertades de mercado. En la forma que sigue.
3. Para que un elemento esencial del contrato (precio, cosa, servicio, etc) pueda ser controlado conforme al procedimiento del art. 82 LGDCU es preciso que este elemento haya sido definido, determinado, concreta-

do, por medio de una cláusula contractual. Una cláusula es un enunciado normativo que contiene una regla de Derecho creada por el consentimiento de las partes. No es una cláusula en el sentido legal el texto del contrato por el que se establece que, por ejemplo, el precio de compra es X €, o el precio de recompra es Y €. De hecho, y más claro, “X euros” no es una regla de Derecho. Éstos no son enunciados normativos en el sentido legal. En cambio, se trata de una cláusula sobre un elemento esencial el enunciado normativo en que, por ejemplo, se determina que al precio inicial se le sumará x euro por impresión de tarjeta de embarque o que el precio se obtendrá mediante la suma de fracciones temporales no divisibles por el tiempo real de consumo o que el interés remuneratorio del contrato se incrementará en una cifra si desciende la razón matemática entre valor del activo y montante del riesgo.

4. El único caso en el que la LGDCU permite un control directo sobre el elemento esencial no determinado mediante una cláusula es el de las “garantías desproporcionadas” en el art. 88.1 Esto debería haber servido a la Administración de consumo para advertir que sus pretensiones iban erradas, no sólo por el valor indudable que tiene aquí la regla *inclusionis unius exclusionis alterius*, sino porque un examen más profundo del caso revela que el montante de una garantía puede ser controlado por medio de un control de reglas merced a que el valor de la garantía tiene que ser proporcional al valor del riesgo subyacente, y por eso, porque existe este “enganche” que permite realizar un juicio de razonabilidad sobre el “precio”, es por lo que la Ley habilita el control sobre el núcleo “duro” del contrato de garantía. En un contrato de compra con pacto de recompra no hay “anclaje” que permita realizar un juicio de razonabilidad, por lo que toda condena basada en estimaciones subjetivas es arbitraria, especialmente cuando se realiza por una Administración.

5. No obstante la importancia de lo anterior, los argumentos fundamentales para considerar injustificada la imposición de una sanción de esta clase son los que siguen.
6. La resolución de la Agencia catalana cita expresamente como fundamento de decisión la Ley de Usura de 1908, que de alguna manera- sin entrar en explicaciones- vincula en los “VISTOS” con los arts. 82 y sigts de la LGDCU. Es cierto que en numerosas ocasiones se producen sentencias relativas a contratos de crédito en que el juzgador aplica conjuntamente el estándar de “abusividad” de la LGDCU y el específico de “usurario” de la Ley de 1908. Yo no he visto nunca, empero, que ello se haga en un contrato de compraventa con facultad de recompra. Todos los ejemplos son de contratos de crédito, y el objeto del doble control son los intereses, y casi siempre los moratorios. Incluso si se despreciara esta distinción entre contratos de crédito y contratos de cambio, la práctica de aplicar conjuntamente el doble estándar no está disponible para las Administraciones de consumo.
7. Primero, la competencia sobre la Ley de Usura es una competencia retenida en el Poder Judicial del orden civil. Es evidente, no sólo por el conocido como principio de competencia en el ámbito administrativo (a saber, ninguna Administración pública ostenta competencias que no le hayan sido atribuidas por una norma de rango suficiente), sino porque el predicado normativo de la ley de usura es la “nulidad” del contrato individual tachado de usurario. No existe norma alguna atributiva de competencia sancionadora a una Administración de consumo – ni debería haberla, por bien de la seguridad jurídica- que defina como supuesto de hecho de una infracción administrativa “la introducción” de intereses usuarios en un contrato de crédito. Como la jurisdicción civil está investida de la competencia para

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

aplicar el doble estándar, en el fondo da lo mismo qué fundamento de decisión elijan. Y normalmente no eligen de modo directo, como *ratio decidendi*, la Ley de Usura, sino la LGDCU, y se ayudan de la Ley de Usura para concretar el estándar de abusividad.

**8.** La “introducción” de intereses usurarios en un contrato que no ha sido declarado nulo por el tribunal civil es un *non sequitur* del cual la Administración de consumo no puede derivar ninguna competencia. Y si el contrato ha sido anulado, tampoco, porque hasta el día de hoy la única sanción dispuesta es la restitución penalizada que impone la Ley de Usura. La competencia retenida del orden judicial civil se explica y se justifica, además, porque para la predicación del calificativo “usurario”, el aplicador del Derecho tiene que hacer diversas ponderaciones de intereses y concreciones de conceptos jurídicos indeterminados, que no están a disposición de la Administración pública. Así, la determinación de cuál es el “interés normal del dinero” en las situaciones similares a la examinada – la Agencia catalana debería haber hecho, que no ha hecho, un estudio intensivo sobre los “precios de recompra” en el mercado relevante de los establecimientos de compra y venta de oro-, o si el prestatario se encontraba en una situación de agobiante necesidad, o si el préstamo ha

simulado mayor cantidad que la realmente recibida. Ningún tribunal dicta una sentencia de nulidad por usura sin hacer todas éstas ponderaciones relevantes. Por ello, incluso de haber existido una competencia administrativa, la resolución de la Agencia sería nula por falta absoluta de motivación.

**9.** Los contratos de compraventa con pacto de recompra pueden ser usurarios, ha dicho el TS en alguna ocasión, pero no son contratos simulados directamente convertibles en préstamos disimulados. Esto es especialmente más notorio – y también ha sido dicho por el TS- en Cataluña, donde siempre ha estado vigente la “compraventa a carta de gracia”, que realiza por medio de un contrato de compraventa una finalidad que puede ser de garantía. La Agencia catalana habla de interés. Pero para ello hubiera sido preciso que el contrato de compraventa de oro fuera calificado de contrato disimulado de préstamo con prenda. Con independencia de si estos contratos pueden recalificarse de esta forma, la recalificación en cuestión no sería competencia de una Administración pública. En cualquier caso, hubiera sido al menos preciso que la Agencia hubiera desarrollado alguna argumentación en este sentido, para justificar la calificación simulatoria. No lo ha hecho – no podía hacerlo- y por ello vuelve a incurrir en ausencia de motivación.

**10.** Vayamos, finalmente, a un análisis consecuencialista. Casi nunca lo hacen las Administraciones de consumo cuando sancionan, de manera que acaban matando la gallina para salvar el huevo. Veamos por qué. Los que acuden a este emergente mercado de compra y venta de oro son consumidores ya marginalizados de los canales ordinarios de financiación. Ningún banco les prestará. Pero ellos necesitan dinero, y por eso venden las joyas de familia. Hay tres soluciones consecuenciales. O los “usureros” dejan este mercado, y nadie presta a los infelices. O el mercado se “negrea” absolutamente, dejando de existir establecimientos (que pagan impuestos), pero no usura, como ocurre con el mercado de la droga. O, finalmente, en la mejor de las hipótesis para el menesteroso, el mercado “oficial” reacciona mediante la oportuna estrategia contractual. La estrategia que se me ocurre es la siguiente. Existen carteles o tablones con el precio de recompra, pero no con el de reventa. Privadamente y sin escrito se le dice al cliente que si quiere recomprar tiene un mes y que antes de venir llame para enterarse de a cuánto está el precio por la venta de su joya. El negocio no habrá dejado rastro, salvo la compra y su precio. Y un negocio que, acaso no muy honorable, pero que todavía tiene trazas de una mínima formalidad contractual, acabará convertido en un negocio en el que el menesteroso no podrá dejar rastro.

# Usura y mentiras en los préstamos rápidos ¿Quién gobierna esta selva?<sup>1</sup>

Pascual Martínez Espín | Profesor Titular acreditado al cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM |

**Resumen:** Este artículo analiza el régimen jurídico de los préstamos rápidos.

**Palabras clave:** préstamos rápidos, usura, régimen jurídico.

**Title:** Usury and lies in the quick loans. Who governs this jungle?

**Abstract:** This article analyzes the legal framework for quick loans.

**Keywords:** Quick loans, usury, legal regime.

**SUMARIO.** 1. Tu dinero en un click. 2. ¿Qué es un mini préstamo? 3. ¿Quiénes pueden solicitar estos préstamos? 4. ¿Quiénes ofrecen estos préstamos? 5. ¿Qué regulación les es de aplicación? 6. ¿Cómo hacerlo? 7. ¿Cómo se formaliza el contrato? 8. Perfección del préstamo. 9. Puesta a disposición y condiciones del préstamo. 10. Costes del préstamo. 11. Duración del préstamo y pago del prestatario. 12. Penalización por impago y mora. 13. Derecho de desistimiento. 14. Responsabilidad del prestatario por incumplimiento. 15. Datos de carácter personal. 16. Otras disposiciones. 17. Notificaciones. 18. Ley aplicable y jurisdicción.

## 1. Tu dinero en un click

En los últimos meses asistimos a una proliferación de mini préstamos que ofrecen dinero en cantidades que oscilan entre 50 y 300 € a devolver en un plazo de 15 días a través de un procedimiento rápido, fácil, sin papeleos y sin explicaciones.

Un ejemplo de esta publicidad es:

“Un Mini préstamo en cuatro pasos

1. Solicite un préstamo a través de Internet o por SMS.
2. Confirme el crédito aceptando nuestras condiciones.
3. En 10 minutos tratamos su solicitud y hacemos la transferencia a su banco.
4. Devuelva el préstamo dentro de 15 o 30 días”.

Evidentemente hoy el acceso al crédito está muy cerrado a niveles de bancos, por lo que se recurre a estas financieras de crédito rápido que no ponen objeciones a la hora de otorgarlos.

Pero no es oro todo lo que reluce. Tras ello, y a poco que escarbemos, encontramos una sarta de mentiras y el reino de la usura. Sólo hay que navegar un poco por Internet para observar la manera de proceder de estas financieras y los problemas que causan a los usuarios que acceden a sus servicios. ¿Conoce el consumidor las condiciones generales del contrato de préstamo que celebra? ¿Cuánto paga por él y en qué plazos? ¿Qué normativa rige esta contratación? ¿Son válidos dichos contratos? El presente estudio tiene por objeto analizar estas cuestiones.

## 2. ¿Qué es un mini préstamo?

Un mini préstamo es un préstamo de una pequeña cantidad y de corta duración a devolver. Es un contrato de préstamo personal por el cual el prestamista concede un préstamo al consumidor utilizando técnicas a Distancia, y sujeto a Condiciones Generales que nadie lee agobiado por la situación económica. Para pagar deudas acudimos a ellos sin verdaderamente ser conscientes de lo que verdaderamente firmamos. No son préstamos hipotecarios. Son préstamos personales, con un interés muy alto, como se analizará más tarde.

## 3. ¿Quiénes pueden solicitar estos préstamos?

Solicitante del Préstamo o Prestatario es toda persona física que, en el momento de la Solicitud del Préstamo, tenga entre 21 y 65 años, tenga su domicilio permanente en España y cumpla las Condiciones Generales (vgr. que no tengan problemas de impagos registrados con otras entidades -ASNEF). Por tanto, se excluyen los préstamos a empresas (personas jurídicas).

Solicitud de Préstamo es la declaración de intención por parte del Prestatario a través del Servicio a Distancia de solicitar un préstamo de conformidad con las Condiciones Generales.

## 4. ¿Quiénes ofrecen estos préstamos?

No son entidades financieras y, por tanto, no gozan de la supervisión del Banco de España (vgr. sobre régimen de acceso a la actividad y condiciones de ejercicio, al objeto de minimizar los riesgos sistémicos y garantizar la solvencia de estas entidades) ni de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Son compañías de grupos financieros especialistas en préstamos personales, de corto plazo y para pequeñas necesidades de financiación, inscritas en el Registro Mercantil, pero sin las garantías necesarias para el consumidor en los términos señalados.

## 5. ¿Qué regulación les es de aplicación?

Estos contratos se rigen por lo establecido en la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE 12 de julio de 2007), sin perjuicio de la aplicación normativa general sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico que se contiene en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, y en su caso, en el capítulo II del Título III y disposición adicional primera de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de

ordenación del comercio minorista y demás normativa de aplicación general a los consumidores, así como la normativa especial que rige la prestación de los servicios financieros en cada caso. Además de las condiciones establecidas en cada contrato.

Ello supone:

Que el consumidor debe conocer y aceptar, con carácter previo a la celebración del contrato, las condiciones generales del contrato.

Que al consumidor le haya sido proporcionada, previamente y con suficiente antelación a la celebración de cualquier contrato, la información detallada en los artículos 7 y 8 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores. En particular, se exige la información sobre el derecho de desistimiento, así como de los plazos, forma e instrucciones precisas para su ejercicio. El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos a la comunicación de dicha información previa, que se establecen en el Capítulo II, en los artículos 7, 8 y 9 de la presente Ley, podrá dar lugar a la nulidad de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación española.

La información anterior y la totalidad de las condiciones contractuales que rige el préstamo habrán de proporcionarse por escrito en soporte papel u otro soporte duradero accesible (art. 8 Ley 22/2007). Todo ello antes de celebrar el préstamo y/o aceptar cualquier oferta que le haya sido dirigida por el Prestamista. En cualquier momento de la relación contractual, el consumidor tendrá derecho, si así lo solicita, a obtener las condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar la técnica o técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.

La renuncia a los derechos que reconoce la Ley es nula (art. 3 Ley 22/2007).

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación GESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

## 6. ¿Cómo hacerlo?

Es simple. El Solicitante de Préstamo realizará una Solicitud de Préstamo al Prestamista a través del Servicio a Distancia. Servicio a Distancia son las técnicas de comunicación de SMS a través de telefonía móvil y de Página Web facilitadas por el Prestamista para que el Prestatario pueda realizar la Solicitud de Préstamo y la Decisión de Préstamo.

El contrato se celebra a distancia, cuando se utiliza la técnica para realizar la negociación y la celebración del contrato entre las partes, con medios tales como fax, internet (correo electrónico) y mensajes a través de móviles u otros similares.

Quedará constancia de la oferta y de la celebración de los contratos en soporte duradero. Es decir, mediante instrumento que permita al consumidor almacenar la información dirigida personalmente a él, de modo que pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo adecuado a los fines para los que la información está destinada y que permita la reproducción sin cambios de la información almacenada. (Art. 6 Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

## 7. ¿Cómo se formaliza el contrato?

El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (Arts. 7, 8, 9, de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (BOE 12 de julio de 2007).

El contrato se formaliza entre el proveedor que hizo la oferta y el que la aceptó, el consumidor. Entre estos hay consentimiento desde que el proveedor conoce la aceptación o desde que, habiéndose remitido por el que solicita el préstamo, no puede ignorar el envío de la solicitud de aceptación sin faltar a la buena fe. En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Si el Servicio a Distancia empleado para la Solicitud de Préstamo es un SMS el Prestatario deberá enviar el SMS al número que se indique con un coste de 0,35 €, incluyendo la siguiente información, en el orden que se indica a continuación:

- a) Importe del Préstamo (50, 100, 200 ó 300 €)
- b) Género del solicitante (hombre o mujer)
- c) Nombre y apellidos

- d) DNI / NIE
- e) Fecha de Nacimiento
- f) Dirección
- g) Código postal
- h) Ciudad
- i) Cuenta bancaria
- j) Teléfono fijo
- k) Correo electrónico

Asimismo, la Solicitud de Préstamo implica que el Solicitante del Préstamo realiza las siguientes confirmaciones:

Que no tiene pagos pendientes o deudas frente a terceros que puedan impedir el pago del Préstamo, incluyendo pagos pendientes que estén anotados en cualquier registro de morosos.

Que no es parte en procedimientos legales o judiciales que puedan afectar a su nivel de solvencia.

El Prestamista informará al Solicitante del Préstamo a través del Servicio a Distancia elegido por este último (SMS o e-mail) que la Solicitud de Préstamo se ha recibido correctamente y que podrá acceder a las Condiciones Generales del Préstamo en la Página Web.

A ésta primera comunicación del Prestamista le seguirá otra, en el mismo Servicio a Distancia que la anterior, por la que se le comunicará al Prestatario si se acepta o se deniega la Solicitud de Préstamo.

En caso de que el Prestamista rechazase la Solicitud de Préstamo, el Prestamista no tendrá la obligación de informar al Solicitante del Préstamo acerca de los motivos de la denegación de la Solicitud de Préstamo y en ningún caso se considerará que ha existido el Préstamo.

## 8. Perfección del préstamo

El proceso de aprobación/denegación es de unos 10 minutos dependiendo del tipo de solicitud.

En el supuesto de que el Prestamista acepte la Solicitud de Préstamo, el Prestatario, para contratar el Préstamo, deberá formular la Decisión de Préstamo enviando al Prestamista, mediante el Servicio a Distancia en el que se esté realizando el proceso de contratación, la respuesta "Acepto". El plazo que tiene el Prestatario para formular la Decisión de Préstamo será de una hora desde que reciba el SMS o el correo electrónico del Prestamista confirmando que se ha aceptado su Solicitud de Préstamo.

En el supuesto de que la comunicación mediante el Servicio a Distancia referida en el

párrafo anterior no se envíe de acuerdo a las Condiciones Generales, se envíe fuera de plazo, o haya un rechazo previo por parte del Solicitante del Préstamo; se considerará que no ha habido Decisión de Préstamo y por tanto no se ha perfeccionado el Préstamo. En todo caso, el Préstamo se considerará perfeccionado en el momento en que el Prestamista reciba la Decisión de Préstamo.

El mensaje por el que el Prestatario acepta y formula la Decisión de Préstamo significa: (i) que éste ha revisado las Condiciones Generales colgadas en la Página Web del Prestamista; (ii) que está conforme y acepta todos los términos de las Condiciones Generales; y (iii) que el Solicitante de Préstamo desea que el Préstamo sea abonado de forma inmediata en su cuenta bancaria.

## 9. Puesta a disposición y condiciones del préstamo

Una vez recibida la Decisión de Préstamo, el Prestamista deberá realizar una transferencia bancaria por el importe aceptado a la cuenta bancaria que haya sido facilitada por el Prestatario en la Solicitud de Préstamo. Dependiendo del banco, puede ser instantáneo o máximo 24 horas.

El Prestamista otorgará el Préstamo en los importes y condiciones que se recogen a continuación:

- a. 50 ó 100 Euros, si el Solicitante de Préstamo lo solicita por primera vez;
- b. 200 ó 300 Euros, si el Solicitante de Préstamo ha recibido con anterioridad un préstamo por parte del Prestamista.

El Prestamista no concederá el Préstamo al Solicitante del Préstamo si hay otra Solicitud de Préstamo en curso o no se ha satisfecho el pago de otro préstamo anterior.

El Prestamista sólo concederá un préstamo por domicilio.

El Préstamo sólo podrá ser concedido y amortizado en Euros.

## 10. Costes del préstamo

Los costes del procesamiento y gestión de la Solicitud de Préstamo dependerán del importe del Préstamo, la duración y el número de veces que el Prestatario haya realizado la Solicitud de Préstamo, calculándose, a modo de ejemplo, de acuerdo a la siguiente tabla:



## Importes de los préstamos

Importe	Duración	Honorarios	Total
50 €	15 días	13 €	63 €
60 €	15 días	15 €	75 €
70 €	15 días	18 €	80 €
80 €	15 días	20 €	100 €
90 €	15 días	23 €	113 €
100 €	15 días	25 €	125 €
110 €	15 días	28 €	38 €
120 €	15 días	30 €	50 €
130 €	15 días	33 €	163 €
140 €	15 días	35 €	175 €
150 €	15 días	38 €	188 €
160 €	15 días	40 €	200 €
170 €	15 días	43 €	213 €
180 €	15 días	45 €	225 €
190 €	15 días	48 €	238 €
200 €	15 días	50 €	250 €
210 €	15 días	53 €	263 €
220 €	15 días	55 €	275 €
230 €	15 días	58 €	288 €
240 €	15 días	60 €	300 €
250 €	15 días	63 €	313 €
260 €	15 días	65 €	325 €
270 €	15 días	68 €	338 €
280 €	15 días	70 €	350 €
290 €	15 días	73 €	363 €
300 €	15 días	75 €	375 €

La duración de los préstamos es de 15 días o 30 días. No es posible pedir más de un préstamo a la vez.

Una vez pague su préstamo puede pedir otro de inmediato.

Solo es posible un préstamo por dirección.

Si la cantidad total de dinero a devolver no se devuelve en el plazo establecido, nos veremos obligados a cobrar gastos administrativos adicionales.

El Prestatario no estará obligado a pagar ninguna otra cantidad que no sea el importe del Préstamo y los costes de procesamiento del mismo establecidos en la tabla anterior, a excepción de la cantidad a pagar por una eventual penalización por mora y de los costes, en su caso, del envío de SMS(s).

Los costes de procesamiento serán pagados por el Solicitante de Préstamo junto con la devolución del Préstamo al vencimiento del Préstamo.

Otros costes, aparte de los costes de procesamiento: son aquellos causados por envíos de SMS(s) y posibles costes por transferencia bancaria al devolver el préstamo. El coste del SMS para el Solicitante del Préstamo será de 35 céntimos de Euro. Obsérvese que no se habla de “interés” del préstamo, sino solo de “honorarios” o “cuota de servicio”. Es claramente un caso de publicidad engañosa, pues son unos intereses remuneratorios

como contraprestación del capital prestado. Pero ¿qué incluye esa engañosa “cuota de servicio” u “honorarios”? Los intereses que cobran son del 26% (para 50 €) y del 25% para el resto de cantidades para un período de 15 días, lo que supone un interés del 624% anual para 50 € o de 600% anual para el resto de cantidades. Han leído bien un 624% de interés anual. ¿Son usurarios?

El Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Alicante ha aplicado por primera vez la Ley sobre la Usura contra una sociedad de préstamos rápidos. La Audiencia Provincial de Alicante ha ratificado una sentencia que anula la hipoteca, la escritura de reconocimiento de deuda y las letras de cambio suscritas por los propietarios de una vivienda con una empresa de refinanciación de deuda. La novedad del caso es que el juez ha recurrido a la Ley de Represión de la Usura, vigente desde el año 1908, al considerar abusivo el interés nominal que debían pagar los afectados, cifrado en un 511%. El fallo judicial ratifica la primera sentencia condenatoria, dictada por el juzgado de Primera Instancia número 7 de Alicante el 14 de noviembre de 2008, contra la empresa refinanciadora de deuda VG Productos Crediticios S.L. y contra el inversor privado que compró el crédito. Ambos demandados recurrieron la sentencia, que fue ratificada el pasado 19 de junio por la Audiencia de Alicante y ante la que ya no cabe

recurso, según la información facilitada por la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros (Adicae)ii.

El concepto de préstamo usurario ha de elaborarse a partir de lo expuesto en el art. 1 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 (LEG 1908, 57) (en adelante LRU), aplicable “a toda operación substancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido”. Dicho precepto declara la nulidad de todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos.

En un primer momento entendió el Tribunal Supremo (en base a lo manifestado en la Sentencia de 21 de octubre de 1911) que en el art. 1 de la citada Ley se contienen tres clases de préstamo usurarios:

a. aquellos en los que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso;

b. aquellos otros en los que el préstamo se concierta en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de una situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales;

c. los contratos en que suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera sean su entidad y circunstancias.

Posteriormente la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha mantenido el criterio en que los casos de nulidad no son tres sino dos, en este sentido se mencionaron las sentencias de 4 de enero de 1913, 27 de diciembre de 1916, 21 de octubre de 1927 y 20 de marzo de 1931, entre otras. Por un lado, el que comprende los préstamos en que se estipulan intereses con todas las circunstancias que se mencionan en el art.1, apart. 1º, y por otro lado, aquel en que se supone recibida mayor cantidad de la realmente prestada, art. 1, apart.2º. Exigiéndose, en consecuencia, para la nulidad de los contratos mencionados en segundo lugar la circunstancia de la simulación en cuanto a la cantidad entregada, menor que la que se hace constar; por el contrario, con relación a los contratos del primer grupo se requiere la concurrencia simultánea de los tres requisitos puestos en el párrafo anterior.

Mediante la Sentencia de 24 de marzo de 1942, nuestro más alto Tribunal reconsideró su postura manteniendo el criterio de renunciar a la interpretación conjunta y recoger la fraccionada. Siendo ésta la línea jurisprudencial seguida, hasta nuestros días, por el Tribunal Supremo.

El supuesto que estudiamos encaja ampliamente en el primer y segundo supuesto del artículo 1 de dicha ley pues, como declaró la STS de 18 de junio de 1945 (RJ 1945, 950) “no es necesario, para que un contrato deba ser declarado nulo como usurario que concurren todos los requisitos contenidos en dicho artículo, bastando que se aprecie la existencia de un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, para que proceda declarar la nulidad del contrato, sin que se requiera ninguna otra circunstancia”».

Analicemos las dos primeras, pues la tercera no concurre en el caso que nos ocupa.

1. Interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

El concepto “interés notablemente superior al normal del dinero”, no es definido por la Ley, por lo que fue labor de los Tribunales, y de los criterios y circunstancias que rodeasen a cada caso en concreto. Como circunstancias que se

consideran influyentes en este punto, podemos citar fundamentalmente el riesgo asumido por el prestamista, de modo que «es criterio comúnmente aceptado que los intereses tolerables en los préstamos garantizados con hipoteca deben ser inferiores a los permisibles en préstamos sin garantía, en relación a la seguridad que tiene el prestamista de recuperar (en aquéllos) el capital y los intereses, si bien esta consideración apenas ha tenido reflejo jurisprudencial reciente. En el caso que nos ocupa, no se pide garantía alguna al consumidor, lo cual permitiría un interés más elevado pero sin llegar sin duda a los intereses que se cobran en el presente caso.

Este hecho ha provocado que nos podamos encontrar diversas sentencias que aparentemente resultan contradictorias:

STS de 12 de junio de 1912, considera el interés del 11% pactado como cláusula penal.

SSTS de 8 de febrero de 1913, y 3 de julio de y 26 de noviembre de 1959, señala que es correcto, lícito y exigible el 12% del préstamo concertado para dar impulso y mayor desarrollo a la industria de los prestatarios.

Numerosas sentencias desde el 30 de enero de 1917 al 7 de marzo de 1959, apuntan como regla general el que sea algo superior al legal y concretamente el 8% anual.

STS de 19 de octubre de 1948, considera usurario, en determinadas circunstancias el 10% anual. SSTS de 13 de noviembre de 1916 y 18 de junio de 1945, señala como usurario el 12 % anual.

STS de 30 de enero de 1917, señala como usurario el 5% mensual.

STS de 25 de enero de 1984, fue de gran interés al tomar en cuenta el fenómeno inflacionario, pues declara que el interés convenido del 12,50 % (ó 14,639% según otro cálculo), entre una entidad bancaria y su cliente no es notablemente superior al normal pues, entre otras razones, “algunos años no llegó a cubrir ni siquiera la depreciación monetaria producida por la inflación”.

La STS de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9713) consideró usurario un préstamo hipotecario entre no empresarios, que fue aceptado por la situación angustiosa del prestatario en el que se estipulaba el 22,65 % como interés.

La STS de 7 de febrero de 1989 (RJ 1989, 754) a propósito de un préstamo garantizado con la venta a carta de gracia de una finca, declara que el interés pactado del 28 % es cifra exagerada cuando la garantía real, ajena a avatares mercantiles, asegura el cumplimiento de la operación sin riesgo para el prestamista».

SAP de Navarra, de 17 de septiembre de 1999, le basta un interés retributivo del 28,5%, moratorio del 33% y TAE 32,533% para calificarlo de usurario por “notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a la circunstancias del caso”.

STS de 7 de mayo de 2002, se considera usurario un interés pactado del 29% por notoriamente desproporcionado (“cuando el básico del Banco de España y el de obtención de créditos en el mercado hipotecario eran del 10% y entre el 14% y 16% anual, respectivamente”), y sin necesidad de que concurren ninguna otra circunstancias agravatoria de la conducta del prestamista.

Las sentencias más actuales, aunque siguen la línea jurisprudencial de antaño marcada por el Tribunal Supremo, se acercan en mayor grado a la realidad económica-social actual, siendo, en un mayor término, modificados los porcentajes considerados como usurarios, además de ciertos criterios que han sido impuestos por las nuevas leyes también aplicables a los intereses usurarios. Prueba de ello, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 25 enero 1994 que tildaba de usurario un interés del 31,24% TAE, así como una sentencia dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que, aplicando la Ley de Usura, declara nulo y usurario un préstamo al 35.14% TAE.

Esta situación sin embargo no es aislada. Existen en el mercado crediticio innumerables préstamos de los que resultan TAE's superiores al 30 por ciento, en una época en que el tipo legal era del 4,25 por ciento.

Por el contrario, se han considerado lícitos los siguientes tipos de interés: el 18 ó 19 %, en un contrato de descuento bancario a favor de una empresa constructora (STS de 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8370); el 24 % en un préstamo concedido a un farmacéutico por una Cooperativa de farmacia (STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5589); el 21 % en un préstamo bancario con intereses moratorios del 24,50 % y comisión del 0,50 (STS de 7 de febrero de 1990 ( RJ 1990, 666); el 21,55% en préstamo bancario (STS de 12 de julio de 1990 (RJ 1990, 5857) y del 19,50 al 26 % en sucesivos préstamos bancarios (STS de 18 de febrero de 1991 ( RJ 1991, 1449); el 19,50 % en préstamo bancario con intereses de demora del 2% y comisión del 0,50 % (STS de 7 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8531); el 12,50 % en un préstamo entre particulares no empresarios (STS de 27 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3838); el 22% en un préstamo bancario que los prestatarios impugnaron alegando que representaba el 100 % del capital en cuatro años (STS de 6 de noviembre de 1992 ( RJ 1992, 9228); el 20 % en un préstamo entre particulares destinado a financiar la instalación de un negocio (STS de 10 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10135).

2. Préstamo en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de una situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

En los contratos leoninos se aprecian dos elementos:

El elemento subjetivo viene constituido por la intención dolosa del contratante que se encuentra en una situación de preponderancia económica de

imponer al otro en el momento de la perfección del contrato de préstamo las gravosas condiciones.

El elemento objetivo lo integran, precisamente, esas mismas estipulaciones no autorizadas por el art. 1255 del C.C., como contrarias a las más elementales reglas éticas.

La STS de 24 de abril de 1929 define el contrato leonino como “aquel en que se pacta que toda la utilidad sea para una de las partes y la pérdida para la otra, o se convienen porciones notablemente desiguales en la distribución de la cuantía económica representada por la convención”.

La mayoría de los tribunales a la hora de calificar un préstamo como leonino, fundamentaban las sentencias en base al elemento subjetivo del contrato de préstamo, es decir, la situación de angustia, inexperiencia o disminución de las facultades mentales,...etc. (vgr. STS de 2 de enero de 1928). Por otro lado, nos encontramos con una jurisprudencia minoritaria, que tenía en cuenta a la hora de negar la calificación de un préstamo como leonino los elementos objetivos, tales como: interés del 7% anual pagadero por semestres anticipados, plazo de duración de cinco años, obligación de devolución del préstamo de una sola vez, contrato de retroventa con simultáneo arrendamiento con pérdida del derecho a retraer por impago de dos semestres de renta, valor de fincas vendidas inferior al capital del préstamo...

Respecto al supuesto de situación angustiosa de inexperiencia o de limitación de facultades mentales, la STS de 22 de enero de 1931 declaró que constituye, “un estado excepcional que reviste carácter de hecho, sujeto a la apreciación de los tribunales. En el mismo sentido, señala la STS de 6 de julio de 1942, “supone una agobiante necesidad, o cuando menos, un apremio grava de orden económico que fuerza a quien lo sufre aceptar el préstamo en condiciones manifiestamente perjudiciales”.

Los Tribunales han llegado a la conclusión de que el legislador lo que se propuso fue perseguir toda explotación de la necesidad por los que de ella se aprovechan para obtener un lucro injustificado, y la situación de angustia permanente, a la que se puede llegar por múltiples causas sin culpa alguna del necesitado, tiene derecho a ser amparada por la Ley (STS de 24 de marzo de 1942).

En el terreno de la casuística nos encontramos, por un lado, que los tribunales ha entendido que es angustiosa la situación de quien se halla en trámite de procedimiento de apremio por la vía ejecutiva por no haber pagado la contribución territorial de unas fincas de su propiedad, por lo que aceptó crédito al 55 mensual (STS 30 de enero 1917); es angustiosa la situación del que debe importantes sumas en la casa de huéspedes donde reside (STS de 6 de abril de 1918); y la del Alcalde que para solventar varios créditos hipotecarios en su contra, solicita nuevo crédito debido a su posición de ostentar un cargo público (STS de 24 de enero de

1929); y de quien solicita el crédito llorando (STS de 24 de enero de 1929); la suspensión de pagos configura una situación angustiosa (STS de 5 de julio de 1982), y en un época más contemporánea, nos encontramos con la SAP de Murcia de 6 de marzo de 1999, que declara usurario un interés ligeramente superior al 28 % concedido en circunstancias angustiosas para los prestatarios y “en una operación donde apenas existe riesgo para el acreedor”, por la existencia de garantías.

Por otro lado, no se acepta la concurrencia de estas circunstancias subjetivas cuando el prestatario tiene rendimientos de variada procedencia en cuantía tal que le permiten vivir con holgura (STS de 8 de junio de 1927); ni en el prestatario menor de edad que estuvo representado por personas aptas y capaces para contratar sin concurrir él personalmente al acto de otorgamiento de escritura (STS de 12 de julio de 1929); tampoco se considera angustiosa la situación de quien goza de sólida posición económica, aunque circunstancialmente pasara por situaciones de apuro, sin revelar si lo fueron en cuanto a su propia subsistencia o en el desarrollo de algún negocio, teniendo un crédito a su favor, respaldado por sentencia firme, por valor de 1.200.000 ptas., por un siniestro ocurrido en un inmueble de su propiedad, considerándose lógico que se hubiera obtenido de dicho crédito las cantidades que precisaba, en lugar de novar un préstamo o aceptar nuevas letras (STS de 29 de mayo de 1952).

Con relación a los efectos específicos de la nulidad derivada de la declaración de la usura, el artículo 3 LRU establece que «declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado», precepto que se ha de poner en relación con el artículo 6.3 del Código Civil en cuanto establece que «los actos contrarios a las 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», como es en este caso la fijación legal de la obligación del prestatario de devolver la suma realmente recibida. En consecuencia, la declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario produce como efecto fundamental el de que el prestatario está obligado a entregar tan solo lo recibido de tal modo que queda dispensado de pagar cualquier clase de intereses, usurarios o legítimos (STS 14 de julio de 2009: nulidad radical del préstamo usurario).

Quizás lo oportuno hubiera sido la nulidad parcial del contrato, esto es, la nulidad de la cláusula contractual leonina o usuraria, si bien entendemos que en la actualidad el Juzgador dispone de los mecanismos suficientes para llegar a una solución congruente con esta postura, aplicando conjuntamente a los supuestos de hecho que se le planteen la ley que nos ocupa y la normativa de consumo. Por ello hoy no cabe hablar propiamente de un contrato de préstamo nulo, en los

términos establecidos en la propia Ley, sino más bien de la nulidad de sus cláusulas, por cuanto tal y como se desprende de los efectos previstos en la propia Ley el contrato continúa desplegando sus efectos, pues subsiste la obligación de pago en el prestatario, si bien limitada a los términos establecidos en el artículo 3 de la propia Ley.

En tanto no constituya delito, se aplicará el plazo de prescripción de las acciones personales no sujetas a término propio señalado en el artículo 1964 del Código Civil, computándose el mismo desde la perfección del contrato de préstamo.

Ahora bien, dado que un interés usurario, en cuanto interés objetivamente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, puede considerarse a todas luces como una condición abusiva de crédito que rompe el equilibrio y buena fe entre los derechos y obligaciones de las partes, y sabido que las consecuencias jurídicas de la Ley de Usura y las del TRLGDCU son distintas (por cuanto la primera declara la nulidad de la totalidad del contrato de préstamo privando al prestamista del interés pactado, y declarando la segunda nula exclusivamente la cláusula abusiva dejando subsistente el clausulado restante y por tanto el contrato, facultando al Juez que declare la nulidad para moderar los derechos y obligaciones de las partes, a no ser que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa deviniendo así ineficaz la totalidad del contrato), podría apreciarse quizás una situación de colisión normativa que sin embargo no será tal, ya que el TRLGDCU constituye una legislación de mínimos que podrá ser desplazada por una legislación específica preexistente o sobrevenida que resulte más favorable para los intereses del consumidor afectado, quedando así el concurso de leyes a la elección del beneficiario. Resulta especialmente ilustrativo a este respecto el tenor literal del artículo 19 del TRLGDCU, según el cual “los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 7 de febrero de 2.005, establece los principios de compatibilidad entre la legislación protectora de los consumidores, y la aún vigente Ley de Represión de la Usura.

Podemos señalar como cláusulas abusivas corrientes en la contratación crediticia susceptibles de ser calificadas como cláusulas «abusivas» o «leoninas» con las consecuencias anteriormente señaladas:

- a) Cláusulas de intereses de descubierto en los contratos de cuenta corriente bancaria y de pago mediante tarjeta de crédito.
- b) Intereses moratorios.
- c) Falta de fijación del interés.
- d) Anticipación de intereses no vencidos, con carácter de indemnización de daños y perjuicios.
- e) Firma de pagaré en blanco como garantía de

una póliza de préstamo, para su posterior cumplimiento por la entidad crediticia.

f) Pactos de resolución o vencimiento anticipado de contrato de préstamo.

g) Manifestación de conformidad o disconformidad con el extracto de movimientos de cuenta en un plazo determinado.

### 11. Duración del préstamo y pago del prestatario

El Préstamo tendrá una duración de 15 días naturales, a contar desde la recepción por parte del Prestatario de la Decisión de Préstamo. Cuando la referida fecha de pago coincida con un día considerado como inhábil a los efectos de este contrato, el pago deberá efectuarse el Día Hábil inmediatamente posterior.

El Prestatario recibirá una factura en relación con la devolución del Préstamo y los costes de procesamiento en la dirección postal indicada en la Solicitud de Préstamo o en el e-mail que haya facilitado.

La devolución del Préstamo y el pago de los costes de procesamiento se realizarán mediante transferencia bancaria a la cuenta indicada en la factura que se le enviará al Prestatario. Dicha transferencia deberá ser realizada a favor del Prestamista especificándose la referencia del Préstamo que ha sido reembolsado.

Si el Prestamista recibe un ingreso que no pueda identificar, tal ingreso no será considerado como efectivo hasta que se identifique, por lo que, en caso de retraso en el pago por esta causa, el Prestamista estará obligado a pagar una penalización.

El pago se considerará realizado una vez que figure como recibido en la cuenta bancaria del Prestamista.

La falta de recepción de la factura por el Prestatario por cualquier motivo, no le exime de la obligación de pago en la fecha pactada. Si el Prestatario no ha recibido la factura dentro de los 5 días hábiles siguientes al abono del Préstamo, tendrá la obligación de informar al Prestamista de este hecho.

El Solicitante de Préstamo tiene el derecho de devolver el Préstamo antes de la fecha pactada sin costes adicionales. En este supuesto, los costes de procesamiento del Préstamo no serán objeto de reducción ni darán lugar a devolución de importe alguno al Prestatario.

### 12. Penalización por impago y mora

El impago a su vencimiento de cualquier cantidad dispuesta bajo el Préstamo facultará al Prestamista para exigir al Prestatario, además del pago del importe impagado una penalización por mora del 20% del importe impagado (esto es, un interés moratorio del 480% anual). Por tanto, los intereses moratorios también resultan excesivos.

Sin embargo, respecto a los intereses moratorios la jurisprudencia no entiende aplicable la

LRU pues consideran que el interés moratorio no es el “precio” o contraprestación recibida por el prestamista a cambio de adelantar el dinero -interés remuneratorio-, sino que se trata de una cláusula penal que sanciona el incumplimiento o retraso en el cumplimiento por parte del prestatario al devolver el capital prestado, compensando así los daños y perjuicios que ese incumplimiento pueda generar al prestamista y compeliendo al prestatario a la restitución, y sin que por tanto respecto a ellos sea de aplicación el principio de equilibrio entre las contraprestaciones de los contratantes, pues el interés moratorio parte de la existencia de un acto antijurídico del deudor: el incumplimiento.

La STS de 2 de octubre de 2001 señala, “según reiterada doctrina jurisprudencial, la pena pactada, para que sea viable, requiere que se derive del incumplimiento de una obligación principal con doble función reparadora y punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia y cuantía de unos perjuicios para los casos previstos de deficiente o total incumplimiento; y corresponde señalar que un importante sector de la doctrina científica sostiene que, debido a la distinta naturaleza de los intereses retributivos y los moratorios, a estos últimos no se les debe aplicar la Ley de Represión de la Usura, pues cuando se habla de intereses se hace referencia a los retributivos, ya que hay que contar con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones de los sujetos de una relación jurídica que es bilateral, onerosa y conmutativa, y cuando los intereses son moratorios no debe olvidarse que su devengo se produce por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable...”

Otro ejemplo es la SAP de Castellón de 20 de abril de 1999, que declara que un préstamo con interés retributivo del 27,99% y moratorio del 32,99% no merece la calificación de usurario, aunque el interés moratorio resulte digno de moderación ex art. 1154 C.C. En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 9.ª) 14 de febrero de 2005 (LA LEY JURIS 1963417/2005) en un caso en que el interés remuneratorio previsto en el contrato era del 8,25%, fijándose en la cláusula primera de las condiciones de liquidación que el interés de demora sería el superior en 10 puntos al establecido en las condiciones particulares, esto es, el 18,25%. Ciertamente considera la Audiencia que es un tipo de interés alto pero no cabe olvidar que es el interés indemnizatorio por razón del impago por el prestatario de las cuotas convenidas en el contrato.

En sentido contrario se manifiesta la SAP Madrid (Sección 14.ª) 28 junio 2003 (LA LEY JURIS 1974081/2005), que considera como inadecuada la cláusula de intereses moratorios del 29%. Igualmente la SAP Madrid (Sección 11.ª) 14 enero 2005 (LA LEY JURIS 1923494/2005) declara nula la cláusula que establece el tipo de interés de demora lo fija de manera clara en el 22,5% anual. Esta cláusula de intereses moratorios excesivos podría calificarse como abusiva a tenor de la regla 6ª del art. 85 del TRLGDCU, según la cual: “Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del

contrato a la voluntad del empresario” siempre que conlleve la “imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Para determinar si una cláusula de intereses moratorios excesivos es abusiva habrá que comparar ese montante predispuesto con los previsibles o efectivos daños y perjuicios producidos, directamente derivados del incumplimiento del consumidor. Esta comparación desvelará si los intereses moratorios estipulados suponen o no una indemnización desproporcionadamente alta.

En caso de mora, el Prestatario asumirá a su cargo los recordatorios de pago que le envíe el Prestamista. El envío del primer recordatorio tiene un valor de 7,50 Euros para el Prestatario y cada uno de los subsiguientes recordatorios tendrá un coste de 15 Euros.

Cualquier cantidad vencida que reciba el Prestamista se imputará, en primer lugar, a los costes de cobro de la deuda; en segundo lugar, al importe del Préstamo; y, en tercer lugar, en su caso, a la penalización por impago.

El Prestamista tiene el derecho de informar al registro de morosos que considere oportuno sobre el impago de la deuda del Prestatario si han transcurrido más de 45 días desde que la deuda sea exigible.

El Solicitante de Préstamo pagará los posibles costes adicionales derivados de la gestión de cobro y cualquier otro importe derivado del impago del Préstamo, incluyendo la compensación al Prestamista por los costes incurridos por éste al contratar un servicio de cobro.

### 13. Derecho de desistimiento

El Prestatario dispondrá de un plazo de 14 días naturales a contar desde la fecha de Decisión de Préstamo. Sin embargo, si el consumidor no hubiera recibido las condiciones contractuales y la información contractual indicada en el art. 7.1 de la Ley 22/2007, el plazo para desistir comenzará a contar el día en que se reciba efectivamente la citada información (art. 10.1). Se considerará que la notificación de desistimiento ha sido hecha en plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo. No podrá ejercerse el derecho de desistimiento si el Préstamo se ha ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del Prestatario.

La intención de ejercitar el derecho de desistimiento se comunicará por escrito. La fecha de dicha comunicación deberá ser anterior al transcurso del plazo recogido en el párrafo anterior. La comunicación deberá estar debidamente firmada, y en ella deberá indicarse el nombre completo, el número del Documento Nacional de Identidad (adjuntándose fotocopia del mismo), la fecha de celebración del contrato y la firma.

El Prestatario deberá devolver al Prestamista cualquier cantidad que haya recibido de éste con



anterioridad al ejercicio de su derecho de desistimiento, a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de 30 días naturales a contar desde la notificación del desistimiento.

Si el Prestatario ejerce el derecho de desistimiento, el Solicitante de Préstamo deberá pagar los costes financieros originados durante el periodo de tiempo en el que el Prestatario tuviese disponibilidad sobre el Préstamo. En concreto, el Solicitante de Préstamo deberá pagar al Prestamista un interés de 1,3 % por cada Día Hábil desde que el Prestatario pudiese disponer del Préstamo.

Esta cláusula es nula por vulnerar lo dispuesto en el art. 11 de la Ley 22/2007, según el cual “el consumidor que ejerza el derecho de desistimiento solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato, hasta el momento del desistimiento. El importe que el consumidor deba pagar no rebasará el importe proporcional de la parte ya prestada del servicio comparada con la cobertura total del contrato, ni será en ningún caso de tal magnitud que equivalga a una penalización. El proveedor no podrá exigir pago alguno al consumidor en cualquiera de las siguientes situaciones:

a. Si no demuestra que le ha facilitado la información exigida en el artículo 7.1.3.a.

b. Si inicia la ejecución del contrato, sin haberlo solicitado el consumidor, antes de que expire el periodo de desistimiento”.

El proveedor reembolsará al consumidor a la mayor brevedad, y dentro de un plazo máximo de treinta días naturales, cualquier cantidad que haya percibido de éste con arreglo a lo establecido en el contrato a distancia, salvo el importe mencionado. Dicho plazo se iniciará el día en que el proveedor reciba la notificación del desistimiento.

El consumidor devolverá al proveedor cualquier cantidad que haya recibido de éste, a la mayor brevedad, y, en todo caso, en el plazo máximo de treinta días naturales, a contar desde la notificación del desistimiento (art. 11 Ley 22/2007).

## 14. Responsabilidad del prestatario por incumplimiento

El Prestatario tiene la obligación de compensar al Prestamista por los costes incurridos por éste por suministro de información falsa o por incumplimiento de las Condiciones Generales.

El Prestamista podrá exigir al Prestatario una penalización de 50 Euros en cada supuesto de incumplimiento o de suministro de información falsa.

## 15. Datos de carácter personal

El Prestatario se declara informado, consiente y autoriza expresamente al Prestamista:

1. A recabar información relativa a sus antecedentes crediticios y posiciones de riesgo de Entidades prestadoras de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito (en particular, del Servicio de Crédito de Asnef-Equifax) para el análisis y, en su caso, concesión, seguimiento y control de la financiación solicitada, así como para cumplir las obligaciones legales. El Prestatario queda informado que, en caso de impago, sus datos podrán ser incluidos en el Servicio de Crédito de Asnef-Equifax.

2. A incluir los datos de carácter personal obtenidos por razón del Préstamo así como cualesquiera otros generados por la relación contractual (inclusive los obtenidos por medios telefónicos o electrónicos) en un fichero inscrito en el Registro General de la APD titularidad del Prestatario y a su utilización y tratamiento para el control, gestión, mantenimiento y ejecución de su contrato. El Prestatario podrá ejercer los derechos de acceso, rectificación, oposición y cancelación.

3. A tratar los datos para la realización de actividades y comunicaciones comerciales, publicitarias y promocionales mediante cualquier medio, ya sea tradicional, ya sea mediante el envío de correos electrónicos y de mensajes a través de cualquier sistema incluyendo SMS, MMS etc., por parte del Prestamista que incorporen información sobre productos y servicios comercializados por el Prestamista. En todo caso, el Prestatario podrá oponerse al envío de estas comunicaciones comerciales.

4. A ceder o comunicar los datos incluidos en dicho fichero, todo ello con la finalidad de que estas compañías puedan tratar tales datos para hacerle llegar información, ofertas y mensajes publicitarios por cualquier

medio de los indicados anteriormente, referidos a los productos, promociones especiales – incluyendo programas de fidelización de clientes – y servicios que cada una de estas compañías ofrecen en el sector en el que operan: ( i) servicios financieros; (ii) servicios generales de créditos; (iii) encuestas de mejoramiento del servicio. En todo caso, el Prestatario podrá oponerse a esta cesión y al envío de estas comunicaciones comerciales

## 16. Otras disposiciones

El Prestatario tiene el deber de informar al Prestamista de cualquier cambio en la información suministrada en la Solicitud de Préstamo.

El Prestamista tiene el derecho de ceder en su totalidad o en parte su posición contractual a un tercero que asuma los derechos del mismo. El Prestatario no podrá ceder su posición contractual.

Las Condiciones Generales sólo pueden ser modificadas por escrito entre las Partes.

## 17. Notificaciones

Las notificaciones entre las Partes que deban realizarse como consecuencia del presente contrato se realizarán por escrito y serán válidas si se efectúan por correo certificado con acuse de recibo, por fax o e-mail en los domicilios mencionados a continuación para cada una de las Partes:

- Prestatario: la indicada en la Solicitud de Préstamo

- Prestamista: la indicada por la empresa.

La primera notificación del Prestamista al Prestatario de incumplimiento de las obligaciones del Préstamo podrá ser enviada por, fax o e-mail; las siguientes notificaciones serán enviados por correo certificado con acuse de recibo.

## 18. Ley aplicable y jurisdicción

El Préstamo se interpretará y regirá de conformidad con la ley española. Serán competentes para resolver cualquier reclamación o controversia que pudiera plantearse en relación con la validez, interpretación o cumplimiento del Préstamo, los Juzgados y Tribunales del domicilio del Prestatario.



# NOVEDADES NORMATIVAS

# La paralización de desahucios hipotecarios<sup>1</sup>

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

Encarna Cordero Lobato | Catedrática de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

La última medida adoptada sobre el problema de los desahucios ha sido la de suspender los lanzamientos sobre viviendas habituales en los términos establecidos en los dos artículos del RDL 27/2012, de 15 de noviembre:

**1. El lanzamiento se suspende hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor del RDL** (el 17 de noviembre), con independencia de cuándo se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria.

**2. Sólo afecta a lanzamientos que se ordenen en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria y, por tanto, no a aquellos que se adopten en otra clase de procedimiento.** De este modo, no están afectados por la suspensión los lanzamientos que se ordenen para ejecutar la sentencia que ponga fin a un procedimiento declarativo, y hay que tener en cuenta que el acreedor hipotecario goza de libertad para elegir la clase de procedimiento (declarativo, ejecutivo ordinario o ejecutivo especial judicial o extrajudicial) en que prefiere hacer efectivo su crédito.

**3. No están afectados todos los procedimientos de ejecución hipotecaria, sino sólo aquellos en los que se hubiera aprobado una adjudicación «al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta».** Se trata de una limitación extraordinariamente importante, porque a diferencia de otras disposiciones relativas al sector bancario no se ha determinado sin más que estén afectadas las adjudicaciones al acreedor o a cualquier sociedad de su grupo (v., por ejemplo, el art. 5 del RDL 18/2012, sobre saneamiento y venta de activos del sector financiero). Adjudicarse la vivienda actuando por cuenta del acreedor es hacerlo en interés del acreedor y con obligación de comunicarle los efectos de la compra judicial (sería representación

indirecta, arts. 1709 y 1717 CC), lo que no tiene por qué suceder cuando una sociedad del grupo (incluso íntegramente participada por el ejecutante) se adjudica el inmueble sin obligación de transmitir los efectos de la venta judicial al acreedor. En definitiva, **no están afectadas por la suspensión de lanzamientos las adjudicaciones a terceros que no representen al acreedor, sean o no sociedades de su grupo**, ni siquiera aunque este tercero fuera elegido por el acreedor que se hubiera reservado la facultad de ceder el remate a un tercero, tal como permite la legislación procesal (art. 647.3 LEC). Siendo esto así, las dificultades que este RDL pueda ocasionar al ejecutante son fácilmente sorteables.

**4. Tampoco están afectados los procedimientos de ejecución hipotecaria cuando el crédito hipotecario no fue concedido para la adquisición de la vivienda sino para cualquier otra finalidad, ni tampoco cuando el propietario de la vivienda gravada no es el deudor de este crédito.**

**5. Es indiferente cuál ha sido el valor por el que el acreedor (o el tercero que actúa por su cuenta), se han adjudicado el inmueble.** De hecho, la medida de suspensión podría adoptarse incluso en el hipotético caso en que el valor de adjudicación coincidiera con el de tasación.

**6. No hay suspensión del lanzamiento cuando la vivienda hipotecada se realiza por un medio distinto a la subasta,** a través de las otras dos modalidades de realización, de uso poco frecuente (la enajenación a cargo de entidad especializada o el convenio de realización), en ambos casos, aunque el adquirente sea precisamente el ejecutante o un tercero que actúe por su cuenta.

**7. Estrategias del consumidor: ¿dación**

**en pago o suspensión del lanzamiento?** El propietario no lanzado no paga ninguna contraprestación por el uso del inmueble, ni siquiera cuando el valor de adjudicación no ha sido suficiente para extinguir totalmente la deuda, que, como veremos, sigue generando intereses. Se dispensa así un trato diferente y mucho más beneficioso que el que tienen los que han consentido una dación en pago conforme al RDL 6/2012, pues éstos -que pueden continuar en el uso del inmueble por dos años como arrendatarios- sí deben pagar una determinada renta. Si bien este coste adicional hace preferible la suspensión del lanzamiento a la dación, lo cierto es que, vistas las limitaciones en su ámbito de aplicación, será preferible pactar una dación en pago antes que esperar al lanzamiento pues sólo en el momento de la adjudicación podrá saberse si concurren o no los requisitos de la norma, momento éste en que sería demasiado tarde para solicitar una dación en pago, lo que, conforme al RDL 6/2012, sólo puede hacerse antes de que se anuncie la subasta.

**8. Es indiferente si el acreedor ha suscrito o no el Código de Buenas Prácticas regulado en el RDL 6/2012.**

9. La norma sólo es imperativa para la entidad, que deberá soportar el no lanzamiento que se ordene cuando el Juez lo acuerde porque concurren todos los requisitos legales. No cabe una renuncia anticipada del deudor a ejercitar esta facultad.

10. Más allá de lo que sea exigible conforme a la buena fe procesal, el deudor no está obligado a poner en conocimiento del acreedor su deseo de solicitar la suspensión ni a solicitarla en cuanto le sea posible.

11. La norma permite suspender al lanzamiento, pero no se suspenden los efectos

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

<sup>2</sup> Se trata de los siguientes:

a) Familias numerosas.

b) Unidad familiar monoparentales con dos hijos a cargo. Dado que la unidad familiar se define como la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar [art. 1.4 b)] y dada también la definición de familia monoparental en la regulación de Seguridad Social (la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia, art. 185 del RDL 1/1994), hay que concluir que la norma no comprende a los deudores separados o divorciados, incluso aunque sólo uno de ellos contribuya al sostenimiento de la familia.

c) Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.

d) Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33%, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral, en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo.

e) Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca (en rigor, el propietario de la vivienda hipotecada) o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral.

f) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género que viva en la vivienda hipotecada.

Además, en cualquiera de los casos anteriores, será necesario que se cumplan simultáneamente todas las circunstancias siguientes:

1. Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere 3 veces el Indicador Múltiplo de Renta a Efectos Múltiples (en la actualidad, serían 19.230€ anuales).



propios de la adjudicación, de modo que **el adjudicatario es propietario desde el auto de adjudicación a todos los efectos** (por ejemplo, fiscales).

12. Tampoco se suspenden los efectos propios del incumplimiento de la obligación en la parte de la deuda que no haya sido extinguida con la adjudicación, de modo que **seguirán devengándose intereses de demora** (dentro de los límites impuestos por la Ley 6/2012).

13. La medida de suspensión sólo puede beneficiar a los denominados “colectivos especialmente vulnerables”, tal como han sido

definidos por el Legislador en el art. 1.2<sup>2</sup>, situaciones que, de acuerdo con la norma, han de producirse en el momento en que se solicite la suspensión del lanzamiento.

14. Si desea que se suspenda el lanzamiento, el deudor debe acreditar las circunstancias anteriores en cualquier momento anterior a la ejecución del lanzamiento, presentando una serie de documentos que en ciertos casos habrá de solicitar a determinados organismos<sup>3</sup>. A pesar de esta determinación legal, creemos que el ejercicio de la facultad de solicitar la suspensión no está condicionado a la presentación simul-

tánea de la documentación referida, cuya entrega al solicitante por parte de los organismos afectados puede dilatarse en el tiempo. Estimamos que, de acuerdo con una práctica procesal extendida, **bastará con solicitar al Juez la suspensión, quien habrá de conceder un plazo razonable para la entrega de los documentos requeridos, sin que antes pueda tener lugar la ejecución del lanzamiento.**

**15. La norma no afecta los lanzamientos ya ejecutados**, aunque sí a los ya iniciados a su entrada en vigor siempre que no se hubiese ejecutado el lanzamiento (disposición transitoria única).

2. Que en los cuatro años anteriores a la solicitud de no lanzamiento la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, lo que tendrá lugar cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado al menos por 1,5.

3. Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar.

4. Que se trate de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

<sup>3</sup> Estos documentos están regulados en el art. 2. Se refieren a la percepción de ingresos (certificado de rentas y, en su caso, de patrimonio, relativo a los últimos cuatro ejercicios tributarios; tres últimas nóminas, certificado de gestores de prestaciones donde figure cuantía mensual de prestaciones o subsidios por desempleo; certificado acreditativo de salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas; en el caso de trabajadores por cuenta propia, certificado de la AEAT o, en su caso, del órgano gestor de la prestación por cese de actividad), al número de personas que habitan la vivienda (libro de familia o documento acreditativo de la inscripción como pareja de hecho, certificado de empadronamiento) y a la titularidad de los bienes (certificados registrales de titularidad en relación con cada miembro de la unidad familiar y escrituras de compraventa de la vivienda y de hipoteca, así como el resto de garantías reales o personales constituidas, si las hubiere). Además, el deudor solicitante habrá de entregar una declaración responsable relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situado en el ámbito de aplicación de la norma.



## NOTICIAS DE JURISPRUDENCIA

## El TJUE confirma la procedencia de la compensación a los pasajeros de vuelos que sufran un retraso de más de tres horas<sup>1</sup>

Karolina Lyczkowska | Investigadora del Departamento de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

### SAP La Rioja, de 2 de Noviembre de 2011 (JUR 2011\397812)

El Tribunal de Justicia en su reciente sentencia (STJUE de 23 octubre 2012, asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10) confirma la procedencia de la compensación por retraso superior a tres horas, resolviendo dos cuestiones prejudiciales.

Una de ellas deriva del litigio de un pasajero contra la compañía LUFTHANSA cuyo vuelo de Lagos (Nigeria) a Alemania había llegado a su punto de destino con más de 24 horas de retraso. El pasajero había solicitado a la compañía la compensación de 600 euros, a lo que LUFTHANSA se negó, alegando que se trataba de un mero retraso y no de una cancelación de vuelo para la que el Reglamento UE 261/2004 prevé expresamente un derecho de compensación. El demandante argumentó que el TJUE en su sentencia de 19 noviembre 2009 confirmó la procedencia de la compensación a los pasajeros cuyos vuelos hayan sufrido un gran retraso, consistente en la demora de más de tres horas con respecto a la hora prevista de llegada. LUFTHANSA por su parte respondió que tal indemnización es incompatible con los derechos reconocidos en el art. 29 del Convenio de Montreal a favor del pasajero.

El tribunal alemán remite la cuestión al TJUE que en su sentencia de 23 octubre 2012 termi-

na confirmando su doctrina en relación con la necesidad de otorgar un trato igual a los pasajeros que por sufrir un gran retraso padecen la pérdida de tiempo al igual que los pasajeros cuyos vuelos se cancelan. Por tanto, ambos grupos de pasajeros pueden invocar el derecho a compensación contenido en el art. 7 del Reglamento UE 261/2004. La sentencia señala que la pérdida de tiempo sufrida no constituye un daño ocasionado por retraso en el sentido del art. 19 del Convenio de Montreal, sino que es una mera molestia común que se puede compensar con una medida estandarizada, y por tanto, no está comprendida en la indemnización de daños individuales aludida en el art. 29 del Convenio. En conclusión, la obligación de compensar a los pasajeros que hayan sufrido un gran retraso es compatible con el art. 29 del Convenio de Montreal, y los pasajeros que sufran daños adicionales que requieran una compensación suplementaria más allá de la prevista por el Reglamento UE 261/2004 pueden ejercitar las acciones de indemnización individual.

En el segundo de los casos acumulados, el litigio deriva de la petición formulada por un grupo de empresas de ocio, TUI TRAVEL, que posee varias compañías aéreas, a la Civil Aviation Authority, organismo nacional de aviación del Reino Unido, por la cual la primera solicitaba a la segunda su intención de no interpretar el Reglamento 26/2004

de acuerdo con la STJUE de 19 noviembre 2009, en el sentido de que la norma impone a las compañías el deber de compensar a sus pasajeros por el retraso del vuelo. La Civil Aviation Authority se negó a confirmarlo y TUI TRAVEL impugnó su posición ante un tribunal inglés, alegando que la doctrina del TJUE infringe el principio de la seguridad jurídica. Tras recibir la petición de resolución de la cuestión prejudicial, el Tribunal confirma su doctrina y aclara que no se pone en entredicho la seguridad jurídica, ya que la sentencia fija un límite temporal claro como el momento a partir del cual los transportistas están obligados a compensar a los pasajeros que hayan sufrido un gran retraso de su vuelo. También confirma que aunque el reconocimiento de este derecho conlleve consecuencias económicas para los transportistas, no cabe entender que éstas sean desmesuradas respecto al objetivo de conseguir un elevado grado de protección de pasajeros aéreos. Además, se aplican las mismas causas de exoneración del transportista del pago de la compensación que en el caso de la cancelación de vuelos.

Finalmente, el Tribunal afirma que los efectos de la presente sentencia no se limitan a las situaciones surgidas después de la resolución, sino a todas que se hayan dado desde la entrada en vigor de la norma, dado que se trata simplemente de una aclaración sentido de la norma.

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

### Contratos bancarios

## La muestra o modelo como parámetro de conformidad del bien vendido<sup>1</sup>

Comentario a la SAP Vizcaya, de 13 de octubre de 2011

Manuel Jesús Marín López | Catedrático de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

La mercantil Muebles el Paraíso, S.A. interpone una demanda de reclamación de cantidad contra D. Eulogio, en la que solicita el pago del precio de la vitrina adquirida por el comprador e instalada por el vendedor en su domicilio. El demandado se opone a la reclamación, alegando que la vitrina tiene una falta de conformidad (defectos de holgura entre las puertas), por lo que el precio debe reducirse a la cifra de 1.034,20 euros. El JPI dicta sentencia en la que, atendiendo a las razones del demandado, condene a éste a abonar a la mercantil actora la cantidad de 1.034,20 euros. Frente a esta sentencia interpone la mercantil vendedora recurso de apelación, en el que niega la falta de conformidad en la vitrina y, en consecuencia, solicita que se le abona íntegramente el precio acordado al celebrarse el contrato.

Quedó acreditado en autos que el comprador visitó el establecimiento comercial de Muebles el Paraíso, que allí estaba expuesta la vitrina que finalmente adquirió, y que el comprador vio la vitrina, y que como la misma le gustaba, decidió comprarla. También está probado que la vitrina entregada al comprador es idéntica a que estaba exhibida en el propio establecimiento comercial.

La Audiencia Provincial de Vizcaya (Secc. 3ª), en su sentencia 444/2011, de 13 de octubre (JUR 2012, 170436), desestima el recurso de apelación. Entiende que existen defectos de holgura entre las puertas de la vitrina. Y que "de ser cierta la holgura, de forma irremediable el problema y/o advertencia debe ser

a cargo del vendedor; ninguna referencia se concreta en la hoja de pedido o encargo; por ello la falta de información sobre aspectos y características del mueble adquirido son imputables al vendedor".

A mi juicio, la Audiencia resuelve el problema de forma desacertada. Pues se trata de una venta sobre muestra o modelo, y el vendedor no responde si el objeto entregado al consumidor es idéntico a la muestra que se le enseñó, como es el caso.

El art. 116.1 TRLGDCU establece unos criterios legales de conformidad. Se trata de criterios legales de integración del contrato, que sólo entran en juego en defecto de pacto

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).



entre las partes. Se entiende que, en ausencia de pacto, las partes han querido que el bien vendido tenga determinadas características [las que se derivan de las letras a) a d) del art. 116.1]. Así entendida, se trata de una presunción que favorece al consumidor, pues no tendrá que demostrar que lo previsto en el art. 116.1 ha sido pactado expresamente. De este modo, el precepto cumple la función de integrar el contenido del contrato: se reconducen al contrato una serie de características y cualidades que, salvo expresa exclusión de las partes, el bien vendido debe presentar para ser considerado conforme al contrato. En definitiva, se trata de reglas legales de integración del contrato, que establecen qué características, prestaciones o nivel de cualidades debe tener el bien vendido.

Según el art. 116.1.a) TRLGDCU, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que “se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo”. Esta norma, que es copia literal de la Directiva, está inspirada en la Convención de Viena [art. 35.2.c)], salvo la alusión a la “descripción realizada por el vendedor”, que constituye una novedad de la Directiva<sup>2</sup>.

La venta sobre muestra es una compraventa que se caracteriza por la forma especial de determinación del género al que ha de pertenecer la cosa que se entregue. Cuando el vendedor, en el proceso negociador que ha de concluir con la perfección de la compraventa, presenta una cosa como muestra o modelo, lo que hace es garantizar que el bien vendido presenta las características que se aprecian en la muestra o modelo. El bien entregado es conforme al contrato cuando es idéntico al de la muestra. Sin embargo, es posible que la presentación de la muestra o modelo vayan acompañadas de descripciones hechas por el vendedor respecto a determinadas cualidades o características del bien mostrado. Esta descripción del vendedor contribuye a fijar el valor de la muestra como referente más o menos

exacto del bien que se entregará al comprador, y constituye un parámetro de referencia complementario para determinar el nivel de adecuación entre la muestra y el bien realmente entregado.

El supuesto de hecho del criterio legal de conformidad viene dado por la existencia de una venta sobre muestra, que puede ir acompañada (o no) de descripciones del vendedor<sup>3</sup>. Existe venta sobre muestra por el solo hecho de que el vendedor haya presentado un bien como muestra o modelo, sin necesidad de probar un pacto expreso o tácito sobre el alcance vinculante de la muestra<sup>4</sup>. Por lo tanto, la ausencia de descripciones sobre el bien realizadas por el vendedor no impide la aplicación de este criterio de conformidad, si ha presentado un bien como muestra o modelo. Se exige, además, que el vendedor haya presentado al comprador un bien en forma de muestra o modelo<sup>5</sup>.

Una cuestión que se debe resolver es si cuando el legislador dice que la cosa para ser conforme debe poseer las cualidades que tenga la muestra o modelo, se está refiriendo a que deben exigirse todas las cualidades que el comprador descubra en la muestra, o sólo aquellas cualidades con las que el comprador pueda contar. Es evidente que el comprador puede exigir las cualidades que posea el tipo genérico de cosa objeto de compraventa, y también las cualidades directamente perceptibles en la muestra. Ahora bien, no pueden exigirse las cualidades que el comprador ha descubierto unilateralmente en la muestra y que son desconocidas por el vendedor<sup>6</sup>.

En relación con la conformidad del bien, la muestra tiene una doble función, atributiva y excluyente. En su función atributiva, el consumidor tiene derecho a requerir que el bien que se le entregue presente idénticas características al que se le ofreció como referente, y en particular, que reúna todas las cualidades que los bienes pertenecientes al tipo de la muestra presentan normalmente en el tráfico<sup>7</sup> (con la única salvedad, ya expuesta,

de las cualidades que sean desconocidas por el vendedor). Pero la muestra tiene también una función excluyente. Esta sirve para que el comprador conozca el bien sobre el que adquiere, como si estuviera “a la vista” en el momento de la compra, de modo que no podrá invocar posteriormente la falta de conformidad del bien con el contrato basándose en características del bien que pudo conocer a través del examen de la muestra, ya sea por carencia de cualidades concretas o por la presencia en ellos (en el bien y su modelo) de ciertos vicios<sup>8</sup>. En este sentido, la venta sobre muestra supone ventajas para el vendedor en orden a la determinación de la conformidad, pues el vendedor no va a responder si existe identidad entre la muestra y el objeto específicamente entregado al consumidor.

Las descripciones del vendedor pueden modular la función atributiva de la muestra, en el sentido de que puede excluir del bien objeto de la venta alguna cualidad presente en la muestra, o incluir alguna cualidad que está ausente en la muestra<sup>9</sup>. Cabe, incluso, que el vendedor presente una muestra advirtiendo que es meramente indicativa (no vinculante); en tal caso no entrará en juego este criterio legal de conformidad, y habrá que acudir a los demás cuya aplicación sea procedente.

En el caso de autos, el comprador denuncia que la vitrina tiene una falta de conformidad, que se materializa en una holgura excesiva entre las puertas de la vitrina. Esa vitrina, sin embargo, estuvo expuesta en la tienda del vendedor, y fue precisamente allí donde el comprador la vio. Una de las características y cualidades de esa vitrina era, entre otras, la holgura existente entre sus dos puertas de cristal. La función excluyente de la muestra impide que el comprador pueda después reclamar por esa holgura, pues esta una característica del bien que el comprador pudo conocer a través del examen directo de la muestra.

En consecuencia, no existe en la vitrina ninguna falta de conformidad, por el que el comprador demandado debía haber sido condenado a abonar todo el precio fijado en el contrato.

<sup>2</sup> Se trata, además, de una norma que ya existía en la normativa de varios Estados miembros; por ejemplo, en Holanda (art. 7:17.4 Código Civil), Reino Unido (art. 13(1) Sale of Goods Act) y Suecia.

<sup>3</sup> La norma no contempla dos parámetros de referencia posibles (entrega de muestra y descripciones del vendedor), cada uno de los cuales puede funcionar aisladamente, sino un único criterio de determinación de carácter complejo.

<sup>4</sup> A. M. MORALES MORENO, en L. DíEZ-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Civitas, 1998, pg. 303; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Act. Civ.*, 2000, n° 32, pg. 1193.

<sup>5</sup> No opera, por tanto, cuando es el propio comprador el que presenta la muestra.

<sup>6</sup> A. M. MORALES MORENO, en L. DíEZ-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional...*, cit., pg. 304; M. I. DE LA IGLESIA MONJE, *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, pg. 136; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, cit., pg. 1193.

<sup>7</sup> A. M. MORALES MORENO, en L. DíEZ-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional...*, cit., pg. 303; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, cit., pg. 1193; M. CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Madrid, Dykinson, 2005, pg. 98.

<sup>8</sup> A. M. MORALES MORENO, en L. DíEZ-PICAZO (Dir.), *La compraventa internacional...*, cit., pg. 303; J. AVILÉS GARCÍA, “Problemas...”, cit., pg. 1193.

<sup>9</sup> M. CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen...*, cit., pg. 97.

# Vulneración de “derechos lingüísticos”, imposición de sanciones en el ámbito de consumo y principio de legalidad sancionadora<sup>1</sup>

A propósito de la STC de 1 de octubre de 2012

Miguel Fernández Benavides | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

## 1. Sanción a empresa por vulneración de “derechos” lingüísticos, posterior impugnación y cuestión de inconstitucionalidad

La resolución que procedemos a analizar, tiene su origen en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, respecto del artículo 30 de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5 de marzo, del Estatuto del Consumidor (en adelante LPC 3/1993). A su vez, los hechos que dieron lugar al procedimiento abreviado seguido ante el juzgado señalado, consistieron en la imposición a una empresa, por parte de la Agencia Catalana de Consumo, de dos sanciones, de 600 y 2000 euros respectivamente. La primera castigaba una infracción en materia de derechos lingüísticos -no ofrecer, al menos en catalán, la información relativa a los servicios ofertados-, mientras que la segunda había sido impuesta por la inclusión de cláusulas contractuales lesivas o abusivas para los consumidores.

Concretamente, el inciso del precepto cuya constitucionalidad se cuestiona, establece que “Las infracciones a la presente Ley se calificarán como leves, graves o muy graves en función del riesgo que supongan para la salud o seguridad de los consumidores, con especial atención a las de los que están especialmente protegidos por la presente Ley, en función de la cuantía del beneficio obtenido como consecuencia directa o indirecta de la infracción, en función de la situación de predominio del infractor en algún sector del mercado y en función de su reincidencia”. Según entiende el Juez que eleva la cuestión de inconstitucionalidad, la norma transcrita no concreta cuándo las infracciones reguladas son leves, graves o muy graves, relegando esta tarea a la fase de aplicación en sede administrativa. En consecuencia, la duda reside en si el artículo 30 de la LPC 3/1993 podría estar vulnerando la garantía de taxatividad inherente al principio de legalidad en materia sancionadora proclamado en el artículo 25.1 de la CE.

## 2. Estimación de la cuestión de inconstitucionalidad: declaración de nulidad del artículo 30 de la LPC 3/1993

Ciertamente, el análisis sobre el fondo del asunto no presenta una especial complejidad. El Tribunal Constitucional recuerda -en alusión a sentencias dictadas con anterioridad en esta materia- que no puede encomendarse por entero a la discrecionalidad de los órganos administrativos la labor de establecer la correspondencia entre infracciones y sanciones, pues ello “equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Adminis-

tración por norma legal vacía de contenido material propio” (STC 113/2002, de 9 de mayo, RTC 2002/113). Por otra parte, “la graduación de las sanciones o calificación ad hoc de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa” (STC 252/2006, de 25 de julio, RTC 2006/252).

En aplicación de la doctrina expuesta, El Tribunal Constitucional entiende que la norma cuestionada ha de ser declarada inconstitucional, en tanto que se difiere la calificación de la gravedad de la infracción (leve, grave y muy grave), al momento en el que el órgano administrativo sancionador deba aplicar la norma. De esta forma, se produciría una evidente vulneración del derecho a la legalidad sancionadora -en su vertiente material- recogido en el artículo 25.1 de la CE. En definitiva, el Tribunal Constitucional estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona, y declara inconstitucional y nulo el artículo 30 de la LPC 3/1993.

## 3. Conclusiones

Primera. No podemos dejar pasar desapercibido el hecho de que la disposición, cuya nulidad declara el Tribunal Constitucional, ya había sido derogada hace más de dos años por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. Más allá de lo anecdótico del dato, no deja de ser ciertamente revelador de la excesiva lentitud de que hoy adolecen los procesos constitucionales en nuestro país, que no es sino el reflejo de un problema que afecta al conjunto de la administración de justicia, y que repercute notablemente, en el derecho a la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución reconoce en su artículo 24.

Segunda. Como hemos podido observar, la resolución del Tribunal Constitucional versa exclusivamente sobre la incompatibilidad del 30 de la LPC 3/1993 con el principio de legalidad previsto en el artículo 25 de la CE. Sin embargo, no debemos olvidar que una de las multas impuestas por la Agencia Catalana de Consumo castigaba a una empresa por no ofrecer, al menos en catalán, la información relativa a los servicios ofertados. En efecto, el artículo 26 de la derogada LPC 3/1993, establecía el derecho de los consumidores “a recibir en catalán las informaciones pertinentes para el consumo y el uso de los bienes, productos y servicios”. Y, por su parte, el artículo 29.f de la misma norma consideraba infracción “vulnerar los derechos

lingüísticos reconocidos por la presente Ley a los consumidores o impedir su ejercicio”.

Desafortunadamente, no nos encontramos ante un supuesto aislado, pues la Administración catalana ha impuesto cientos de sanciones a empresas, durante los últimos años, con motivo de la vulneración de los denominados “derechos” lingüísticos -fundamentalmente, por no rotular o atender a los clientes en catalán en los establecimientos-. Frente a esta situación, cabe recordar varias cuestiones: En primer lugar, que han sido interpuestos dos recursos de inconstitucionalidad frente a la vigente Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña. En segundo lugar, que el Tribunal Constitucional ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en su célebre sentencia sobre el Estatuto de Cataluña, al establecer que “el deber de disponibilidad lingüística de las entidades privadas, empresas o establecimientos abiertos al público no puede significar la imposición a éstas, a su titular o a su personal de obligaciones individuales de uso de cualquiera de las dos lenguas oficiales de modo general, inmediato y directo en las relaciones privadas, toda vez que el derecho a ser atendido en cualquiera de dichas lenguas sólo puede ser exigible en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos” (STC núm. 31/2010 de 28 de junio, RTC 2010/31).

Tercera. Respecto del fondo de la cuestión de inconstitucionalidad -es decir, de la eventual nulidad del precepto cuestionado por vulnerar la garantía de taxatividad inherente al principio de legalidad en materia sancionadora- entendemos que el Tribunal Constitucional ha ofrecido una respuesta adecuada ante un supuesto ciertamente claro de violación del artículo 25.1 de la CE por parte de la norma autonómica. En efecto, según abundantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la legalidad sancionadora -desde su perspectiva material- “refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica (...) y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes”, así como del establecimiento previo de reglas de correspondencia entre las primeras y las segundas (entre otras, STC 42/1987 de 7 de abril, RTC 1987/42).

Una mera comparación de los artículos 29 y 30 de la Ley catalana con el régimen de infracciones y sanciones previsto en los arts. 49 y ss. del TRLGDCU, es suficientemente reveladora de la excesiva parquedad con que se expresa la norma autonómica a la hora de graduar la calificación de las conductas en cuanto a su gravedad. En este sentido, hemos de admitir que la aplicación de las normas sancio-

## NOTICIAS DE JURISPRUDENCIA

nadoras no puede gozar de un absoluto automatismo, es decir, con exclusión de cualquier poder de apreciación por parte de los órganos administrativos. Sin embargo, una práctica legislativa de esta naturaleza, resulta contraria al

principio de seguridad jurídica, y deja al ciudadano indefenso ante la absoluta discrecionalidad del órgano administrativo encargado de aplicar la norma sancionadora. En definitiva, como señala el Tribunal Constitucional, el pre-

cepto traslada la calificación de las infracciones a un momento aplicativo posterior, lo cual no puede resultar compatible con el principio de legalidad reconocido en el artículo 25 de nuestra Constitución.

Viajes: compensación por cancelación de vuelo

### La práctica comercial consistente en informar al consumidor de que ha ganado un premio y que le obliga a incurrir en un gasto para recibirlo es una práctica desleal de todos modos<sup>1</sup>

Iuliana Raluca Stroie | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

#### STJUE (Sala Sexta) de 18 de octubre de 2012, asunto C-428/11

La petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tiene por objeto la interpretación del punto 31 del anexo I de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Se trata concretamente de acciones publicitarias por parte de las cinco empresas partes en el pleito, que consistían en cartas enviadas individualmente, cupones y otros encartes publicitarios incluidos en periódicos y revistas mediante cuales se informa al consumidor que tiene derecho a obtener uno de los premios o recompensas especificados, que van desde premios de un valor considerable hasta premios con un valor insignificante, que fueron impugnadas por la Office of Fair Trading («OFT»). Para averiguar qué era lo que le había tocado y obtener un número de pedido, el consumidor tenía que llamar a un número de teléfono de tarificación incrementada, utilizar un servicio de SMS de teletexto inverso, o, por último, obtener información por vía postal ordinaria, figurando esta última vía en un lugar menos destacado que el que recurría al número de teléfono de tarificación incrementada, de modo que se alentaba al consumidor a utilizar un medio más oneroso que la vía postal. Los representantes de las empresas demandadas señalaron ante el Tribunal de Justicia, que lo importante para ellos son las bases de datos actualizadas de los participantes que responden a las acciones publicitarias en que se reparten premios, ya que tales datos pueden utilizarse para ofrecer a los consumidores otros productos pertinentes o cederse a otras sociedades que quieran ofrecer sus productos. La High Court estimó que las acciones publicitarias en cuestión implicaban prácticas comerciales desleales, pero, señaló que el punto 31 del anexo I de la citada Directiva “no es aplicable si el pago requerido es de una cantidad módica (correspondiente a la compra de un sello de correos o al coste de una llamada telefónica ordinaria), si el profesional de que se trate no se beneficia de ninguna parte del

pago y si éste es insignificante en relación con el valor del premio ganado”.

En la resolución de la High Court se determinaban los compromisos contraídos por los profesionales, concretamente, no «crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad, la realización de una acción recomendada por el demandado relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o de incurrir en un gasto:

a) que represente una parte sustancial del coste unitario soportado por el demandado para proporcionar al consumidor el objeto descrito como premio o cualquier otra ventaja equivalente, o bien

b) en caso de gastos estipulados por la entrega y el seguro, que el demandado utiliza para financiar total o parcialmente su adquisición, tratamiento o cualquier otro gasto relacionado con la puesta a disposición de tal objeto que no sea el coste real de entrega al consumidor y de seguro (en su caso) durante el transporte”.

Impugnada dicha resolución por las dos partes del proceso, La Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) considera necesaria la correcta interpretación del punto 31 del anexo I de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales por ser divergentes las normativas de los Estados miembros que proceden a la transposición de dicha disposición, y más concretamente la expresión «impresión falsa» y el segundo guión de ese punto, a fin de determinar si tal disposición prohíbe imponer un gasto, aunque sea insignificante, a un consumidor al que se ha comunicado que ha ganado un premio.

La controvertida norma es del tenor literal siguiente: «Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente, o, la realización de una acción rela-

cionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto.»

El Tribunal señala en primer lugar que el citado precepto se compone de dos partes, la primera describe tres tipos de impresión falsa que pueden producirse en el consumidor respecto a un premio o ventaja y la segunda parte describe dos supuestos de hecho distintos. En el primero no existe ni premio ni ventaja equivalente, mientras que en el segundo existe un premio o ventaja, aunque para obtener el premio el consumidor debe realizar una acción que está sujeta a la obligación de efectuar un pago o de incurrir en un gasto. El Tribunal entiende que la segunda parte explica a la primera, es decir, se creará una impresión falsa cuando existan los elementos de uno u otro de los supuestos descritos en la segunda parte.

Por lo contrario, los representantes de las empresas insisten en el hecho de que la «impresión falsa» es un elemento distinto de los supuestos descritos en esa segunda parte al ser esa expresión añadida por el Parlamento Europeo en la segunda lectura del proyecto de Directiva, por lo que se trataría de “un elemento constitutivo esencial de la práctica desleal, distinto de los supuestos descritos en los dos guiones del mencionado punto 31”.

El Tribunal rechaza estas alegaciones, en base a lo señalado anteriormente y además en el hecho reconocido por el Tribunal, que se refiere a que la modificación aludida no sólo incluye la expresión «impresión falsa», sino también los dos supuestos descritos en los dos guiones del referido punto 31, por lo que, las modificaciones introducidas por el Parlamento respaldan la interpretación expuesta. En definitiva, “la práctica prohibida es la acción de crear uno de los tipos de impresión previstos en la primera parte de ese punto, cuando, como se destaca en la segunda parte del mismo, tales tipos de impresión no se corresponden con la realidad”.

Además, se desprende del tenor literal del precepto controvertido, que constituye una práctica desleal el hecho de exigir al consumidor que efectúe un pago o incurra en un gas-

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).



to cuando realiza una acción relacionada con la obtención de aquello que se ha presentado como un premio o ventaja equivalente, toda vez que la expresión «incurrir en un gasto» “no permite imponer al consumidor el más mínimo gasto, ya se trate de un gasto insignificante en relación con el valor del premio o de un gasto que no confiere ninguna ventaja al profesional, como puede ser el gasto en un sello de correos”. Esta prohibición de imponer un gasto al consumidor tiene carácter absoluto y no se puede salvar la lealtad de la práctica empresarial en base a la expresión «si realiza un acto determinado» que en interpretación de la parte demandada ofrece al consumidor la posibilidad de elegir entre varias opciones para proceder a la obtención del premio, de las cuales una es poco costosa o no entraña gasto alguno.

La decisión del Tribunal es tajante al establecer que el citado punto 31 del Anexo a la

Directiva sobre las prácticas comerciales desleales debe interpretarse en el sentido de que prohíbe las prácticas agresivas mediante las que ciertos profesionales crean la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya un premio, cuando la realización de una acción relacionada con la obtención del premio, ya se trate de una solicitud de información sobre la clase de premio o de la recogida del mismo, está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o de incurrir en cualquier gasto. Es irrelevante que el gasto impuesto al consumidor, como puede ser el gasto en un sello de correos, sea insignificante en relación con el valor del premio o que no confiera ningún beneficio al profesional. Es irrelevante asimismo, que las acciones relacionadas con la obtención de un premio puedan realizarse según diversos métodos que el profesional propone al consumidor, de los que al menos uno de ellos es gratuito, cuando uno

o varios de los métodos propuestos dan lugar a que el consumidor incurra en un gasto para informarse sobre el premio o sus modalidades de obtención. Por último, declara el Tribunal que corresponde a los tribunales nacionales apreciar la información facilitada a los consumidores a la luz de los considerandos 18 y 19 de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, así como del artículo 5, apartado 2, letra b), de ésta, es decir, teniendo en cuenta la claridad de tal información y si es comprensible o no para el público al que se dirige la práctica realizada. Además, para calificar la práctica como agresiva se ha de tener en cuenta también que la propia perspectiva de recoger el premio influye en el consumidor y le puede llevar a tomar una decisión que de otro modo no hubiera adoptado, como puede ser elegir el método más rápido para conocer el premio que ha ganado, aunque este método sea el que acarree el gasto más elevado.

## Seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles. Responsabilidad civil del asegurado. Contribución de la víctima al daño. Limitación del derecho a indemnización<sup>1</sup>

Pilar Domínguez Martínez | Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

### Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de octubre de 2012, asunto C 300/10

**El Derecho comunitario no se opone a las disposiciones nacionales que, en caso de una colisión entre dos vehículos automóviles que haya causado daños corporales al pasajero de uno de ellos sin que pueda imputarse culpa a los conductores, permiten limitar o excluir la responsabilidad civil de los asegurados por la contribución de la víctima al daño con la consiguiente limitación del derecho a indemnización.**

En el asunto C-300/10, el Tribunal da Relação de Guimarães (Portugal) plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una petición de decisión prejudicial con el fin de determinar si los artículos 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE del Consejo, de 24 de abril de 1972, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como sobre el control de la obligación de asegurar esta responsabilidad del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 84/5/CEE del Consejo, de 30 de diciembre de 1983, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil que resulta de la circulación de los vehículos automóviles y de los artículos 1 y 1 bis

de la Directiva 90/232/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1990, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles deben interpretarse en el sentido de que se oponen a las disposiciones nacionales, concretamente, los artículos 503, apartado 1, 504, 505 y 570 del Código Civil portugués, según los cuales, en caso de una colisión entre dos vehículos automóviles que haya causado daños corporales al pasajero de uno de ellos sin que pueda imputarse culpa a los conductores, permiten limitar o excluir la responsabilidad civil de los asegurados y, en consecuencia, la indemnización de dicho pasajero con cargo al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos automóviles por el único motivo que ha contribuido a la producción de los daños, profundos cortes en la cabeza y en la cara, dado que viajaba en el asiento contiguo al del conductor sin llevar puesto el cinturón de seguridad, en contra de lo que exige la legislación nacional.

Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre, el Sr. Marques Almeida por los daños sufridos como consecuencia de un accidente de circulación, contra la aseguradora del otro vehículo implicado, contra el propietario del vehículo sin seguro, contra su conductor, y contra el Fondo de Garantía Automóvil, al no disponer uno de los vehículos implicados de ningún seguro válido y eficaz contratado con alguna aseguradora en la fecha en que se produjo el siniestro, la acción se dirige.

El Tribunal de Justicia declara, con carácter previo, que el artículo 1 bis de la Directiva 90/232/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2005/14, no es aplicable a los hechos del litigio principal pues esta disposición sólo se refiere al derecho a indemnización de los daños sufridos por los peatones, ciclistas y otros usuarios no motorizados de vías públicas y el momento de la colisión que le ocasionó los daños sufridos, el Sr. Marques Almeida era pasajero de un vehículo automóvil.

Del tenor de las Directivas señaladas, según el Tribunal, se obliga a los Estados miembros a garantizar la libre circulación tanto de los vehículos con estacionamiento habitual en el territorio de la Unión como de los ocupantes de dichos vehículos y, por otra parte, garantizar que las víctimas de accidentes causados por estos vehículos reciban un trato comparable, sea cual fuere el lugar de la Unión en que haya ocurrido el accidente, es decir, que la responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos con estacionamiento habitual en su territorio esté cubierta por un seguro y concreta, en particular, los tipos de daños y los terceros perjudicados que debe cubrir dicho seguro (véanse las sentencias, antes citadas, Mendes Ferreira y Delgado Correia Ferreira, apartado 27; Carvalho Ferreira Santos, apartado 27, y Ambrósio Lavrador y Olival Ferreira Bonifácio, apartado 24). Resulta significativa la distinción que hace el TJUE entre la obligación de cobertura por el seguro de responsabilidad civil de los daños causados a los terceros

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).



por la circulación de vehículos automóviles, garantizada y definida por la normativa de la Unión, y el alcance de la indemnización a estos últimos en virtud de la responsabilidad civil del asegurado, garantizada y regulada por el Derecho nacional. Precisa por ello el Tribunal que la finalidad de estas Directivas no es armonizar los regímenes de responsabilidad civil de los Estados miembros, pues en el estado actual del Derecho de la Unión, éstos tienen libertad para definir el régimen de responsabilidad civil aplicable a los siniestros derivados de la circulación de vehículos, no obstante la obligación de garantizar que esta responsabilidad civil esté cubierta por un seguro como ha sido dicho.

Como señala el Tribunal, las disposiciones nacionales que regulan la indemnización de los siniestros que resulten de la circulación de los vehículos no pueden privar a estas Directivas de su efecto útil, lo que tendría lugar, cuando, basándose en la participación de la víctima en la producción del daño, definida con arreglo a criterios generales y abstractos, denegara a la víctima el derecho a ser indemnizada con cargo al seguro obligatorio de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos

automóviles o limitara este derecho de manera desproporcionada, afectando a la misma cobertura (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Candolin y otros, apartado 35, y Farrell, apartado 35). Sin embargo, según el Tribunal, este derecho sólo puede limitarse en circunstancias excepcionales, sobre la base de una apreciación individual por el régimen nacional de responsabilidad civil en materia de accidentes de circulación, como ocurre en el caso enjuiciado. (En el mismo sentido, puede verse la sentencia Ambrósio Lavrador y Olival Ferreira Bonifácio, antes citada, apartado 29).

En efecto, los artículos 503 y 504 del Código Civil portugués establecen una responsabilidad objetiva en caso de accidente de circulación, pero que, con arreglo al artículo 505 de dicho Código, la responsabilidad por riesgo prevista por el artículo 503, apartado 1, del mismo Código se excluye únicamente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 570 de este Código, si el accidente es imputable a la víctima o a un tercero o si resulta de un caso de fuerza mayor. El artículo 570, apartado 1, del Código Civil portugués precisa que, cuando la culpa de la víctima haya contribuido a la irrogación o al agravamiento de los daños, ésta puede verse

privada de indemnización parcial o totalmente, en consonancia con la apreciación del órgano jurisdiccional competente sobre la gravedad de las culpas respectivas y las consecuencias que de ellas resultan. Dicha normativa nacional no tiene por efecto excluir de oficio ni limitar de manera desproporcionada el derecho a ser indemnizado por el seguro obligatorio de responsabilidad civil del conductor del vehículo implicado, por tanto, no afecta a la garantía, prevista por el Derecho de la Unión, de que la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles, determinada en virtud del Derecho nacional aplicable, quede cubierta por un seguro.

En estas circunstancias concluye el Tribunal de forma contundente que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 72/166/CEE, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 84/5/CEE y el artículo 1 de la Directiva 90/232/CEE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a las disposiciones nacionales que, en caso de una colisión entre dos vehículos automóviles que haya causado daños corporales al pasajero de uno de ellos sin que pueda imputarse culpa a los conductores, permiten limitar o excluir la responsabilidad civil de los asegurados.

Viajes: compensación por cancelación de vuelo

## Requisitos de constitucionalidad de la tasa aplicable al acceso a la Administración de Justicia prevista por la derogada ley 53/2002 y consecuencias en torno a la Constitucionalidad de la actualmente vigente (ley 10/2012 de 20 de noviembre)<sup>1</sup>

M<sup>ra</sup> del Carmen González Carrasco | Profesora Titular acreditada al cuerpo de Catedráticos de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

### Sentencia 190/2012, de 29 de octubre de 2012, del Tribunal Constitucional (Sala 2<sup>a</sup>)

La sentencia que se comenta en esta nota concede el amparo solicitado por los recurrentes en un supuesto en el que, por aplicación de la recientemente derogada normativa sobre tasas (Ley 53/2002, aplicable sólo a empresas de más de 8 millones de euros al año de facturación), se exigía el pago de la tasa judicial para apelar.

El TC considera que, si bien en STC 79/2012, de 17 de abril (FJ 5) estimó que la tasa perseguía un interés legítimo, consistente en «contribuir a financiar el servicio público de la administración de justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los contribuyentes», ello no empece a la necesidad de establecer dos importantes matizaciones a su exigencia:

a) De un lado, que si se mostrase que la cuantía de la tasa resulta tan elevada que impide «en la práctica el ejercicio del dere-

cho fundamental o lo obstaculiza en un caso concreto en términos irrazonables», sí cabría considerarla como incompatible con el art. 24.1 CE (SSTC 20/2012, de 16 de febrero, FJ 10; y 79/2012, de 17 de abril, FJ 5).

b) De otro lado, en concreto tratándose de la inadmisión o desestimación de recursos, que tal consecuencia jurídica no puede aplicarse de modo directo, sino que debe garantizarse previamente a la parte el otorgamiento de un plazo de subsanación, incluso de la falta de pago de la tasa —no sólo de la falta de acreditación documental de su cumplimiento— por diez días, según se desprende del tenor art. 35.7 2 de la (derogada) Ley 53/2002. Y sin que sea impeditivo de ese derecho de subsanación el que se haya podido superar la fase de interposición del recurso, «pues nada hay en el precepto legal que impida entender que el justiciable puede presentar dentro del plazo el justificante de haber abonado la tasa, antes de presentar el escrito del recurso o en cualquier momento posterior, siempre que sea antes de que hayan transcurrido los diez días del plazo que otorga expresamente el precepto» (STC 79/2012, de 17 de abril, FJ 6; y 85/2012, de 18 de abril, FJ 3).

La importancia de esta nueva sentencia en el actual estado de la cuestión en materia de tasas judiciales es doble. Por un lado, el TC recuerda muy oportunamente la exigencia de que se cumpla el requisito de la posibilidad de subsanación de la falta de pago de la tasa, lo que viene a cuestionar la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses. Dicha norma, si bien ordena al Secretario judicial requerir al sujeto pasivo para que subsane la omisión de la falta de aportación del justificante de abono de la tasa, imposibilita que se dé curso a los escritos que no se acompañen del mismo, y ello sin previsión de plazo de subsanación concreto alguno, añadiendo que la falta de presentación del justificante de autoliquidación no impedirá la aplicación de los plazos establecidos en la legislación procesal, de manera que la ausencia de subsanación de tal deficiencia, tras el requerimiento del Secretario judicial a que se refiere el precepto, dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, DER 2011-28562 (Resolución de 23 de diciembre de 2011).

No menos importante se presenta el oportuno recordatorio de inconstitucionalidad de la tasa si ésta, por su cuantía, obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en términos irrazonables. De llevar esta exigencia del Tribunal Constitucional a sus últimas consecuencias, ello obligaría a colapsar las secretarías de los juzgados mediante la necesidad de realizar un estudio de la capacidad contributiva de todo demandante cuya unidad familiar, con independencia de sus miembros, supere los 1.100 euros de ingresos mensuales (límite legal actual de la exención de tasas por acogimiento al beneficio de justicia gratuita) en relación con la tasa resultante de su acceso a la tutela judicial<sup>2</sup>. Ello teniendo en cuenta, además, que un demandante que no viera satisfecha su pretensión hasta la casación

y que ha soportado en recurso de apelación contra sentencia desfavorable una tasa fija 800€ y en recurso de casación una tasa fija de 1.200€ más en ambos casos el 0.5% de la cuantía procesal, sólo recuperaría en vía de costas las tasas abonadas en la primera instancia, habida cuenta de que el apelado y en general, el recurrido, no puede ser condenado a las costas del contrario (art. 398.2 en relación con el 394 LEC 1/2000). Por otra parte, la cuantía de la tasa obstaculiza de forma irrazonable el acceso a la administración de justicia cuando su cuantía coincide (o, teniendo en cuenta la anterior matización supera) la del litigio interpuesto, como ocurre con la cuota fija de 150 euros en la demanda de juicio verbal en los casos de reclamaciones de obligaciones de hacer distintas de la reclamación de cantidad (vgr. acción de

reparación o sustitución contra el vendedor) o ejecución de laudo arbitral de consumo de cuantía igual o inferior a 150 euros, habida cuenta de que la exención de la tasa en reclamaciones de cantidad inferiores a dos mil euros no alcanza a los procedimientos que no tengan por objeto una reclamación de cantidad ni a aquéllos en los que la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, según lo dispuesto en el art. 4.1<sup>ª</sup>) de la Ley de Tasas. Con esto último quiebra la gratuidad del sistema arbitral de consumo y la propia finalidad incentivar la resolución de los litigios por medios extrajudiciales con que se ha presentado la nueva Ley de Tasas.

<sup>2</sup>Un ejemplo tomado de los muchos que en las últimas semanas circulan en los blogs de abogados en ejercicio: 11.300€ tendrían que haber pagado al Estado de tasas unos padres que reclamaron 600.000€ de indemnización para su hija con gravísimos daños cerebrales en causados por una negligencia médica en un parto, y a los que solo les dieron la razón en el Tribunal Supremo (STS 23-12-2002). Primera instancia: 3.300€; apelación 3.800€; casación 4.200€.  
(Fuente:<http://veronicadelcarpio.wordpress.com/2012/10/11/ejemplos-concretos-de-aplicacion-delinconstitucional-proyecto-de-tasas-judiciales/>).



# ACTIVIDADES CESCO



## Acta de la jornada técnica “ALTERNATIVAS AL LANZAMIENTO EN LOS DESAHUCIOS HIPOTECARIOS” celebrada el día 12 de diciembre de 2012<sup>1</sup>

Karolina Lyczkowska | Investigadora del Departamento de Derecho Civil | Centro de Estudios de Consumo | UCLM

El día 12 de diciembre de 2012 se ha celebrado la Jornada Técnica Multicampus “Alternativas al lanzamiento en los desahucios hipotecarios”, organizada en Toledo por el Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (CESCO), que ha podido seguirse mediante videoconferencia en todos los campus de la UCLM. En ella, han participado jueces, abogados, y otros profesionales implicados, así como representantes de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca. La gran ausente ha sido la banca que declinó todas las invitaciones realizadas desde diversas instancias. El desarrollo de la Jornada se ha estructurado en tres paneles, constanding cada panel de tres intervenciones que abordaron el tema estudiado desde distintas perspectivas.

### Primer Panel. “El desahucio, un drama social y personal”

**¿Qué consecuencias psicológicas tiene la pérdida de la casa?**

José Ramón Ubieto

Psicólogo clínico y psicoanalista. Servicios Sociales Ayuntamiento de Barcelona. Profesor de la Universitat Oberta de Catalunya.

José Ramón Ubieto resaltó la triple significación que tiene la vivienda para el individuo, en tanto la casa proporciona un ámbito de refugio y protección, profundiza el sentimiento de identidad y pertenencia, y forma parte del ámbito de intimidad de cada persona. La pérdida de la vivienda produce un sentimiento de violación y mutilación, así como una profunda angustia por el futuro. Estas emociones pueden desembocar en violencia, tanto dirigida contra uno mismo (sentimiento de culpa, pérdida de autoconfianza, depresión, suicidio), como hacia los demás (ira, rabia, sentimiento de injusticia). El ponente subrayó la importancia del apoyo moral que brindan en esta situación las asociaciones de afectados y advirtió sobre las consecuencias de la desinserción social que puede provocar la pérdida de la casa en los individuos más vulnerables.

**¿Paro este desahucio? El papel del funcionario judicial: notificación y posibles causas de suspensión**

José Ignacio Fernández del Castillo

Secretario Judicial. Juzgado de Primera Instancia, núm. 1 de Torrijos (Toledo).

En la segunda ponencia de la Jornada, José Ignacio Fernández explicó el procedimiento

de la adjudicación del inmueble en la ejecución hipotecaria y sus consecuencias para los ocupantes del mismo. Ante la falta del desalojo voluntario en el plazo de un mes desde la recepción del requerimiento se procede a la diligencia del lanzamiento. El ponente indicó que existe una serie de causas que pueden provocar la suspensión del procedimiento, si bien subrayó que la paralización siempre será meramente temporal. Dichas causas pueden calificarse como ordinarias, en tanto sean las previstas por las leyes (por ejemplo, la suspensión del lanzamiento en el RDL 27/2012) o extraordinarias, cuando se trate de resistencia pasiva o desobediencia civil que pueden requerir asistencia de los cuerpos de seguridad.

El ponente puso de manifiesto que a pesar de las carencias y escaso ámbito de aplicación del nuevo Real Decreto-ley 27/2012, la norma surtirá el efecto buscado (paralización de los desahucios hipotecarios) no por su propio contenido sino por la sobrecarga de trabajo en los juzgados. Éstos se verán obligados a paralizar cualquier procedimiento de ejecución al recibir la solicitud de suspensión en tanto se estudia la extensa y pormenorizada documentación que debe acompañar a la solicitud. A estos efectos, defendió el tratamiento de la solicitud dentro del procedimiento judicial de una forma similar a la solicitud de justicia gratuita: el juzgado recibe la solicitud, pero es la Administración competente (ej. la Agencia Tributaria) quien resuelve sobre la concurrencia de los requisitos exigidos.

**Medidas “paralegales” para evitar el desahucio y las experiencias personales de los afectados**

Javier Rubio Gil

Abogado y asesor jurídico de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca de Madrid.

Ante la percepción subjetiva de la injusticia del procedimiento de ejecución hipotecaria, los asesores de los afectados recurren en ocasiones a unas medidas al filo de la legalidad tendentes a conseguir la suspensión del lanzamiento. En primer lugar, el ponente desmintió la eficacia de algunas de estas medidas, como la celebración de un contrato de alquiler con un familiar por un precio ínfimo o la distracción patrimonial de los bienes en los momentos inmediatamente previos al impago definitivo. A continuación, Javier Rubio Gil recomendó una serie de alternativas legales, como la presentación de querrelas por estafa o falsedad en el título que den lugar a la prejudicialidad

penal, o la iniciación de un juicio declarativo sobre la abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios. No obstante, el ponente resaltó la provisionalidad de estas medidas y recomendó siempre seguir negociando con la entidad acreedora hasta conseguir un acuerdo satisfactorio. Finalmente, se refirió a la desobediencia civil ante el lanzamiento como la medida última y a la repercusión mediática que puede suponer una medida de presión en la negociación.

Después de su intervención, tomó la palabra la Sra. María Esther Moran que contó su perspectiva personal del desahucio. Insistió en su desconocimiento de la legislación hipotecaria que la llevó a creer erróneamente que antes del desalojo iba a poder explicar su situación personal ante un juez. También expresó su sentimiento de haber sido estafada por las entidades de crédito que concedían los créditos indiscriminadamente y no informaban a los consumidores de las posibles oscilaciones del mercado en el transcurso de la vida del préstamo.

### Segundo panel. “Indefensión en el procedimiento español de ejecución hipotecaria y propuestas de modificación”

**Carencias del procedimiento de ejecución hipotecaria**

Jacob Jiménez Gentil

Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Illescas (Toledo)

La siguiente ponencia destacó que el procedimiento de ejecución hipotecaria dificulta la defensa efectiva del ejecutado. El juez ejecutor no puede entrar a valorar el contenido del préstamo hipotecario, que a menudo contiene cláusulas abusivas, y el número de motivos de oposición a la ejecución es muy limitado. El ponente también recaló que en la actual legislación procesal se permite el vencimiento anticipado del crédito, aunque exista una garantía, lo que a su juicio puede dar lugar a situaciones de enriquecimiento injustificado del acreedor. En consecuencia, según el ponente es altamente recomendable exigir el cumplimiento estricto de los requisitos formales del procedimiento al ejecutante, tales como la constancia de la hipoteca a nombre de la entidad sucesora de la entidad que otorgó el crédito inicialmente y que luego fue liquidada o fusionada, debido a la reestructuración bancaria.

<sup>1</sup> Jornada realizada en el marco del proyecto “Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo” DER2011-28562 concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

### **Paralización del procedimiento y cláusulas abusivas ¿Hay tantas como se dice?**

Manuel Ortiz Romání  
Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Catarroja (Valencia).

En esta ponencia el Magistrado compartió con los asistentes su reciente experiencia que le había llevado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con un proceso de ejecución del que estaba conociendo. El abogado del deudor hipotecario había planteado la cuestión de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato (la llamada “cláusula suelo”). De haber sido enjuiciada y declarada nula dicha cláusula, su desaparición hubiera desembocado en la necesidad de realizar nuevamente las operaciones de liquidación, dado que hubiera afectado al importe de la deuda por la que se ejecutaba el inmueble. El Magistrado entendió que el estado actual de la legislación procesal no le permitía estimar la oposición a la ejecución, si bien consideró fundada la duda planteada, por lo cual decidió elevar la cuestión prejudicial al TJUE para preguntar sobre la compatibilidad entre la Directiva 93/13/CEE y las reglas del procedimiento ejecutivo español, en relación con los motivos de oposición y la posibilidad de suspensión de la ejecución. Hasta que el TJUE resuelva la cuestión, el Magistrado ha suspendido las ejecuciones hipotecarias análogas a la afectada por la cuestión prejudicial, dado que opina que no se trata de una simple prejudicialidad de tipo civil, sino de un problema de rango similar al constitucional.

### **Eurohipoteca y aproximación hipotecaria comparada en la UE**

Ana Fernández-Tresguerres García  
Notaria Adscrita a la DGRN. Delegada del Ministerio de Justicia en el Congreso de la UE.

La última ponencia del segundo panel se dedicó al derecho hipotecario comparado en el ámbito de la Unión Europea, y en especial, al proyecto de la Directiva sobre los préstamos hipotecarios con consumidores con garantía sobre la vivienda. La ponente hizo hincapié en que la futura Directiva, que probablemente se promulgará en abril 2013, no entra en el campo de los derechos reales, sino que se limita a establecer normas concernientes a la relación contractual entre las partes, tales como las razones de solvencia para la concesión del crédito, la protección de datos del eventual moroso, la información precontractual o la elaboración de una ficha estadística. En opinión de la ponente, la legislación española es demasiado rígida, por lo cual hay que buscar medidas protectoras de los deudores hipotecarios anteriores a la ejecución. A este efecto, señaló la

mediación institucional previa y obligatoria como una posible medida protectora eficaz.

### **Tercer Panel. “Impacto de las medidas adoptadas para paliar los desahucios y sus consecuencias”**

#### **El Real Decreto-Ley 6/2012 y el Código de Buenas Prácticas**

Salvador Jiménez Ibáñez  
Abogado

En palabras del ponente, el Real Decreto-ley 6/2012 nace como “derecho civil de crisis” cuyo objetivo es proteger al deudor hipotecario de un préstamo concedido para la adquisición de su vivienda habitual y situado en el umbral de exclusión, definido por la norma en los correspondientes preceptos. Las medidas de protección de los deudores comprenden la reestructuración de la deuda, la quita del capital pendiente de amortización y finalmente, la dación en pago, que sólo procederá ante la inviabilidad de las dos opciones anteriores. El Código de Buenas Prácticas es de adhesión voluntaria para las entidades de crédito, si bien una vez adheridas, se convierte en norma de obligado cumplimiento. El ponente resaltó que pese a que las entidades que se hayan acogido al mismo tienen la obligación de difundir esta información, no suelen hacerlo, por lo cual la mayoría de los deudores hipotecarios ignora si su entidad de crédito ha suscrito el Código.

#### **La dación en pago, un mal menor. Tratamiento fiscal de la dación en pago.**

Dr. D. Luis María Romero Flor.  
Profesor de Derecho Financiero y Tributario (UCLM)

La última de las medidas comprendidas en el Código de Buenas Prácticas – la dación en pago – tiene implicaciones fiscales que no en pocas ocasiones son desconocidas por el deudor hipotecario. Algunas de ellas han sido previstas expresamente por el legislador que ha establecido ciertas medidas protectoras. Esta operación puede dar lugar a la exigibilidad del impuesto sobre el incremento del valor del terreno de naturaleza urbana por la obtención de una plusvalía, si bien el Real Decreto-Ley 6/2012 aclara que la entidad de crédito que recibe el bien tendrá la consideración de sujeto pasivo sustitutivo del contribuyente a estos efectos frente a la Hacienda Pública. Asimismo, la norma aclara que la ganancia patrimonial que pueda generar la dación en pago en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas está exenta del impuesto, siempre que se den los requisitos de la norma. Finalmente, existe una exención de la cuota gradual de documentos notariales en el impuesto de actos jurídicos documentados.

### **La suspensión del lanzamiento. El Real Decreto Ley 27/2012 de 15 de noviembre.**

Encarnación Cordero Lobato  
Catedrática de Derecho Civil (UCLM)

En la última ponencia de la Jornada se analizó el Real Decreto-ley 27/2012 que, como destacó la ponente, es una norma muy corta, pero que plantea muchos interrogantes jurídicos. Se subrayó que el ámbito de ejecuciones hipotecarias a las que resulta de aplicación es limitado y que en cualquier caso, es fácilmente eludible para el acreedor, dado que el ejecutante puede recurrir a otros procedimientos legales establecidos para satisfacer su crédito. La ponente indicó que las condiciones de aplicación no coinciden con las del Real Decreto-ley 6/2012 y afirmó que en su opinión es preferible instar la reestructuración de la deuda o la dación en pago y no esperar al momento de la adjudicación de la vivienda hipotecada, dado que no es difícil que el acreedor se escape del campo de aplicación de la norma y no tenga lugar la suspensión del lanzamiento.

En el coloquio posterior a su intervención, esta última opinión fue cuestionada por el profesor Ángel Carrasco Perera, quien defendió que, dadas las dificultades de aplicación del Real Decreto-ley 27/2012 y la previsible tendencia judicial a paralizar todas las solicitudes de suspensión hasta el estudio de la documentación aportada, resultaría más recomendable para el ejecutado no acogerse a la dación en pago y solicitar la suspensión del lanzamiento.

### **Clausura y conclusiones de la Jornada Técnica**

Ángel Carrasco Perera  
Catedrático de Derecho Civil y director de CESCO

La Jornada Técnica ha sido clausurada por el director del Centro de Estudios de Consumo, Ángel Carrasco Perera, quien agradeció a los ponentes y a los asistentes su presencia, así como sus intervenciones, expresando su profunda satisfacción por el éxito que ha tenido la Jornada. En sus reflexiones finales opinó que el problema contemplado debe abordarse en su origen, cortando el acceso al crédito a las personas cuya solvencia pueda fácilmente verse mermada en el futuro, en vez de tratar de introducir unas medidas ad hoc en el momento de la ejecución hipotecaria que no resuelven el problema y afectan al principio de la seguridad jurídica. A su juicio, en vez de imponer el coste de acceso a la vivienda a los bancos, debe articularse desde las instituciones públicas un régimen arrendaticio oportuno que permita acceder a la vivienda sin la necesidad de adquirirla en propiedad.

[www.revista.uclm.es/index.php/cesco/](http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/)

