

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 246 | Julio 2021

ISSN: 2697-1631

Los límites de la libertad de expresión

Matilde Vicente Díaz y Soraya Callejo Carrión

Discriminación legal del ejecutado no deudor en ejecución hipotecaria

M.^a José Achón Bruñén

El antitrust, parada final: el cártel de los camiones

Denis Feschuk

Tecnología *blockchain* y contratación electrónica

Eduardo Sánchez Álvarez y Adrián García Pacios

Tu currículum no dice que

DESPUÉS DEL TRABAJO SEGUÍAS TRABAJANDO EN TU FUTURO.

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA

Revista CEFLegal

Núm. 246 | Julio 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Coordinadores

Raúl Jiménez Zúñiga. Profesor del área jurídica del CEF

Alfonso Hernanz García. Licenciado en Derecho

Consejo asesor

Francisco Javier Arias Varona. Profesor titular de Derecho Mercantil. URJC

Javier Avilés García. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

Xabier Arzoz Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Catedrático de Derecho Civil. UAM y director de Bercovitz-Carvajal

María Isabel Candelario Macías. Profesora titular de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Íciar Cordero Cutillas. Profesora titular de Derecho Civil. Universidad Jaume I

Fernando Díez Estella. Profesor titular acreditado de Derecho Mercantil. Universidad Villanueva

Gabriel Domenech Pascual. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Valencia

Antonio Fernández de Buján y Fernández. Catedrático de Derecho Privado, Social y Económico. UAM

Paula Fernández Ramallo. Abogada en Eric & Fernández Abogados de La Coruña

Rafael Fernández Valverde. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo

Susana García Couso. Letrada del Tribunal Constitucional y profesora de Derecho Constitucional. URJC

Íñigo del Guayo Castiella. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Almería

Ximena Lazo Vitoria. Profesora titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Carlos Lema Devesa. Socio director de Estudio Jurídico Lema y catedrático de Derecho Mercantil. UCM

Blanca Lozano Cutanda. Catedrática de Derecho Administrativo en CUNEF y consejera de Gómez Acebo y Pombo

Luis Medina Alcoz. Profesor titular de Derecho Administrativo y letrado del Tribunal Constitucional

Eva María Menéndez Sebastián. Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo

Carlos Francisco Molina del Pozo. Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

Francisco Monterde Ferrer. Magistrado del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Vicente Moret Millás. Letrado de las Cortes Generales y Of counsel en Andersen Tax & Legal

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

Antonio Serrano Acitores. CEO de Spartanhack, abogado y doctor en Derecho

Camino Vidal Fueyo. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Burgos y letrada del TC

Edita

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es



Revista CEFLegal

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 MADRID

Tel. 914 444 920

Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (11 números) 165 € en papel / 90 € en digital

Solicitud de números sueltos (cada volumen) (en papel o en PDF)

Suscriptores 20 €

No suscriptores 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista CEFLegal*. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para los suscriptores.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL

Correo electrónico: revistacef@cef.es

Edición digital: www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm

Depósito legal: M-8500-2001

ISSN: 2697-1631

ISSN-e: 2697-2239



Imprime

Artes Gráficas Coyve

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La Editorial a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0

Revista CEFLegal

ISSN: 2697-1631
ISSN-e: 2697-2239

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

El avance industrial modela el derecho de la competencia. Las acciones *follow-on* y el cártel europeo de los fabricantes de camiones 5-36

Industrial development shapes competition law. Follow-on actions and the European trucks cartel

Denis Feschuk

La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria 37-70

The legal discrimination of the executed person who does not hold the status of debtor in the foreclosure process

M.^a José Achón Bruñén

Tecnología *blockchain* y contratación electrónica: puntos críticos de integración de los denominados *smart contracts* en nuestro sistema de derecho contractual 71-98

Blockchain technology and electronic contracting: critical points of integration of the so-called smart contracts in our contract law system

Eduardo Sánchez Álvarez y Adrián García Pacios

Constitucional-administrativo

Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho 99-130

Freedom of expression: the limits of a fundamental right called into question

Matilde Vicente Díaz y Soraya Callejo Carrión

Casos prácticos

Civil

Situación del inquilino tras adjudicación forzosa de la vivienda Adelaida Medrano Aranguren	131-137
Efectos de la caducidad de la anotación de embargo sobre la adjudicación José Ignacio Atienza López	138-144
La responsabilidad del tutor, después de la extinción de la tutela, por actos patrimoniales realizados durante el ejercicio de la misma Casto Páramo de Santiago	145-150
Posible nulidad contractual en contratos financieros complejos (<i>swap</i>) José Ignacio Esquivias Jaramillo	151-156

Administrativo

Actuación administrativa local en un contrato administrativo de obras Julio Galán Cáceres	157-174
--	---------

Normas de publicación	175-176
-----------------------	---------

Las opiniones vertidas por los autores son responsabilidad única y exclusiva de ellos. ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

Quincenalmente los suscriptores reciben por correo electrónico un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, selección de jurisprudencia y doctrina administrativa de la DGRN. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.civil-mercantil.com>



El avance industrial modela el derecho de la competencia. Las acciones *follow-on* y el cártel europeo de los fabricantes de camiones

Denis Feschuk

*Abogado especialista en derecho internacional privado
Doctorando en derecho de la competencia. Universidad de Murcia
denisfeschuk@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-1381-1868>*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier Avilés García, don Francisco Javier Arias Varona, doña María Isabel Candelario Macías, doña Icíar Cordero Cutillas, don Fernando Díez Estella, doña Paula Fernández Ramallo y don Antonio Serrano Acitores.

Extracto

El impacto del derecho de la competencia, o de cualquier otra ley, depende de su modo de ejecución. La elección de las medidas para hacer cumplir la ley es tan importante como la definición de lo que la ley permite o prohíbe. Al decidir si obedecer una ley de competencia, las partes afectadas normalmente se preguntan qué sucederá si transgreden dichas normas. Saber con qué probabilidad la ley les castigará a los malhechores es fundamental para responder a la pregunta.

El Reglamento 1/2003 proporciona a los ciudadanos y a la Comisión Europea un nuevo instrumento para hacer cumplir las normas de competencia de la Comunidad Europea. Y a continuación, tras muchos años de preparación, el 17 de abril de 2014 el Parlamento Europeo aprobó el texto de la propuesta de Directiva sobre acciones por daños y perjuicios en materia de defensa de la competencia. El objetivo político declarado de la directiva es mejorar el acceso a la indemnización de todas las víctimas de infracciones del derecho de la competencia de la UE; el objetivo puede obtenerse mediante diferentes tipos de aplicación.



Cómo citar: Feschuk, D. (2021). El avance industrial modela el derecho de la competencia. Las acciones *follow-on* y el cártel europeo de los fabricantes de camiones. *Revista CEFLegal*, 246, 5-36.



Es un principio fundamental, si bien genera derechos y obligaciones, de que el derecho de la Unión depende de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para aplicar estos derechos y obligaciones. De esta forma, se dice que los Estados miembros tienen autonomía en materia de tratamiento y procedimiento, con sujeción a las dos condiciones: una de equivalencia (lo que significa que las condiciones para una reclamación basada en una infracción del Derecho de la UE no pueden ser más estrictas que las de una reclamación basada en la legislación nacional similar) y una de eficacia mínima (lo que significa que las condiciones no pueden dificultar indebidamente la ejecución de los derechos concedidos por el tratado). Estas condiciones se derivan a su vez de la obligación general de los Estados miembros de garantizar la aplicación efectiva del derecho de la Unión y cumplir las obligaciones impuestas por el artículo 4, apartado 3, del TUE. Las normas de defensa de la competencia contenidas en el TFUE se aplican tanto mediante decisiones adoptadas por las autoridades de competencia y otras autoridades públicas como mediante litigios ante los tribunales, promovidos por los particulares en relación con una supuesta infracción de las normas de competencia por otra parte privada. Para concluir este trabajo, he recogido un breve análisis de uno de los casos más recientes, de alto perfil y de una de las multas más altas en la UE. Esto ilustra la interacción entre la aplicación pública y privada de la legislación en materia de competencia.

Palabras clave: Adam Smith; avance industrial; cártel; derecho de la competencia; Unión Europea; Tratado Constitutivo de la UE; Tratado de Funcionamiento de la UE; Comisión Europea; autoridades nacionales de competencia; multas; aplicación pública y privada; artículos 101 y 102 del TFUE; jurisprudencia del TJUE; camiones.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020



Industrial development shapes competition law. Follow-on actions and the European trucks cartel

Denis Feschuk

Abstract

The impact of a competition law, or any other rule, depends on how its commandments are implemented. The preferred measures to enforce the law is just as significant as the definition of what the law permits or forbids. In deciding whether to comply with competition law, interested parties ordinarily ask what exactly is going to happen if they misbehave. Knowing how the law is likely to punish wrongdoers is fundamental to answering the question.

The Regulation 1/2003 provided to our citizens and to the European Commission with a new instrument to enforce the competition rules of the European Community. Subsequently, after many years of preparation, on 17th April of 2014 the European Parliament approved the text of the proposed Directive on Antitrust Damages Actions. The declared policy objective of the Directive is to enhance access to compensation for all victims of infringements of EU competition law, that objective can be obtained through different type of enforcement.

It is a fundamental assumption that, while it creates proper rights and obligations, EU law counts on the Member States courts to give effect to those rights and obligations. Thus, Member States have the autonomy in the matter of remedies and procedures, subject to the dual conditions of equivalence (i.e., that the conditions for a claim based on an infringement of EU law may not be stricter than those for a claim based on similar national law) and minimum effectiveness (i.e., that the conditions may not render the enforcement of rights granted by the Treaty unduly difficult). These conditions are derived from the general obligation on Member States, in order to ensure the effective application of EU law and comply with the obligations-imposed Article 4(3) of the Treaty on European Union (TEU). The antitrust rules contained in the TFEU are enforced both by way of decisions taken by competition authorities and other public authorities, and litigation brought before the courts by private parties in relation to an alleged infringement of the competition rules by another private party. To conclude this paper, I provide a short discussion of one of the most recent, high-profile and one of the highest fines' cases in the EU. This illustrates the interplay between public and private enforcement of competition law.

Keywords: Adam Smith; industrial development; cartel; competition law; European Union; Treaty on EU; Treaty on the Functioning of the EU; European Commission; national competition authorities; Fines; public and private enforcement; articles 101 and 102 of TFEU; case law of the CJEU; truck manufacturers.

Citation: Feschuk, D. (2021). El avance industrial modela el derecho de la competencia. Las acciones *follow-on* y el cártel europeo de los fabricantes de camiones. *Revista CEFLegal*, 246, 5-36.



Sumario

1. Introducción
 2. La división del trabajo en las industrias, los pros y contras de dicha división
 3. La protección del régimen del derecho de la competencia
 4. Los principios y mecanismos que rigen la competencia en la Unión Europea: La aplicación pública y privada del derecho de la competencia
 5. Decisión de la Comisión Europea sobre el cártel de los fabricantes de camiones
 - 5.1. La decisión de la Comisión Europea al detalle
 6. El número de camiones afectados por el cártel en España
 7. «Daños paraguas» o *umbrella effect* en el cártel de fabricantes de camiones
 - 7.1. Los perjudicados
 - 7.2. El derecho a compensación de las víctimas de una infracción del derecho de la competencia de la Unión Europea y el principio de efectividad
 8. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

El orden económico mundial y un referente de envergadura y visibilidad, como lo es la Unión Europea (UE), se han cimentado en un sistema de economía de mercado, que requiere la estructuración de herramientas de política económica y de mecanismos que protejan la competencia, con la finalidad de fortalecer y orientar el camino hacia la consolidación de la eficiencia, mediante la política de competencia y el derecho de la competencia.

Uno de los objetivos primordiales es garantizar una actividad económica que se desarrolle en espacios de lealtad y libertad, evitando que el comportamiento de las empresas distorsione la competencia en el mercado, en detrimento de la libertad del consumidor. Forjando un sistema de garantías que asegure la oferta y la demanda, se involucra a los diversos agentes económicos y beneficia a los consumidores.

2. La división del trabajo en las industrias, los pros y contras de dicha división

Adam Smith ha dado respuestas a grandes dilemas en torno al capitalismo. Fue y es uno de los más grandes pensadores en la historia de la economía, en parte porque sus preocupaciones iban más allá de las nociones de la economía. Su afán de entender el sistema monetario le generaron una ambición subyacente que era hacer a las naciones y a las personas más felices. Smith sigue siendo un guía invaluable de la idea de especialización¹ y en la organización del trabajo tras el avance a la modernidad, donde sobresalen dos hechos:

Las economías modernas producen cantidades sin precedentes de bienes, de servicios y de riqueza. Smith observó que las fábricas modernas podían producir más y ser más sofisticadas en sus productos si las labores se dividían entre más personas y si estas tareas eran realizadas por múltiples personas de oficios especializados² y completos. A diferencia de lo que ocurría en la etapa gremial, originariamente las labores se completaban por una sola persona en un solo día. Smith aclamó su idea como un desarrollo transcendental: predijo que las economías nacionales se harían muchísimo más ricas cuanto más especializadas fueran sus

¹ Smith (1996, pp. 33 y 34). Obra original: *An inquiry into the Nature and causes of the wealth of Nations*, obra publicada originalmente en dos volúmenes en Londres en 1776.

Adam Smith planteó la división del trabajo, en el siglo XVIII, como un instrumento para alcanzar mayores niveles de productividad y eficiencia de la economía.

² *La gran enciclopedia de economía*. División del trabajo. Disponible en: <http://www.economia48.com/spa/d/division-del-trabajo/division-del-trabajo.htm>

fuerzas de trabajo (Smith, 1996, pp. 37 y 40). Una clara señal de que nuestro mundo se ha enriquecido en el momento de ahora –nos lo predijo Smith– es que cada vez que conocemos a un extraño, es muy probable que no comprendamos muy bien su profesión. El afán de los títulos de trabajo incomprensibles, como gerente de suministro de logística, coordinador de paquetería, oficial de comunicaciones y aprendizaje, comprueban la lógica económica de la visión de Smith. El mismo efecto se traslada en el proceso de fabricación de un bien concreto: los bienes cada vez son más sofisticados, contaminan menos, cuestan menos, son más *ecofriendly* y el consumidor está cada más satisfecho con los productos. Los efectos positivos en la industria chocan contra un muro muy importante en el momento en que un grupo de empresarios deciden crear un acuerdo entre ellos, pero es un tipo de acuerdo especial, que se hace en secreto, durante reuniones en grupos de *chats online*, reuniones en oficinas, reuniones informales, y que deciden aprobar este acuerdo que es perjudicial para la competencia. Esta situación en la ciencia económica se conoce como un cártel o una situación que es desfavorable para la competencia³, ya que la competencia perfecta es el alma de la economía, y debido a que las industrias cada vez son más sofisticadas e irreconocibles, los cárteles se volvieron más agudos y sofisticados con el paso del tiempo.

Un cártel⁴ es un grupo de compañías similares e independientes que se unen para fijar precios, limitar la producción o compartir mercados o clientes entre ellos. La acción contra los cárteles es un tipo específico de aplicación del derecho de la competencia⁵. En lugar de competir entre sí, los miembros del cártel confían en el curso de acción conjunta de los demás, lo que reduce sus incentivos para proporcionar productos y servicios nuevos o mejores precios y competitivos. Como consecuencia, sus clientes (consumidores u otras empresas) terminan pagando más por menos calidad. Esta es la razón por la cual los cárteles son ilegales según la ley de competencia de la UE y las normas de competencia de cada Estado miembro de la UE. Por estas razones la Comisión Europea impone fuertes multas a las compañías involucradas en un cártel, mediante la aplicación pública del derecho de la competencia. Y como consecuencia, los consumidores y otras empresas pueden reclamar daños y perjuicios, mediante la aplicación privada, ejercitando las acciones judiciales *follow-on*.

³ El concepto de competencia es objeto de estudio por varias doctrinas; durante las últimas décadas ha cobrado mayor importancia en la doctrina jurídica. Es un concepto que nace de la ciencia económica: Illescas Ortiz (2009); también la obra de Bork (1981, pp. 58 a 61). Se trata de un concepto que implica «mecanismo que permite que los precios reflejen las tensiones entre la oferta y la demanda y asigne los recursos» (Fernandez Navarrete, 2007, pp. 75).

⁴ Texto original en inglés: «A cartel is a group of similar, independent companies which join together to fix prices, to limit production or to share markets or customers between them. Action against cartels is a specific type of antitrust enforcement. Instead of competing with each other, cartel members rely on each others' agreed course of action, which reduces their incentives to provide new or better products and services at competitive prices. As a consequence, their clients (consumers or other businesses) end up paying more for less quality. This is why cartels are illegal under EU competition law and why the European Commission imposes heavy fines on companies involved in a cartel».

⁵ Información disponible en: https://ec.europa.eu/competition/consumers/agreements_es.html

La realidad pone de manifiesto que las industrias cada vez son más sofisticadas y las acciones judiciales que nacen de la vulneración de las normas de competencia tienen que estar asesoradas por los expertos especialistas, peritos en antitrust⁶, y aplicadas por un juez antitrust, que tienen relación con los litigios que nacen de la vulneración del derecho de la competencia. En uno de los estudios y análisis publicado en Estados Unidos⁷ (considerada la cuna del derecho antitrust), existen una serie de datos interesantes que se centran en determinar si los jueces ordinarios que han superado una preparación en la ciencia económica de nivel básico pueden atender con máxima habilidad las demandas de daños y perjuicios derivadas de la infracción del derecho de la competencia. Es una situación que se está dando en España en estos momentos; en la práctica hubo graves problemas a raíz de esta situación, en la que dada la complejidad de la materia los jueces que no están bien asesorados o no han superado la formación necesaria en competencia no consiguen dar respuestas satisfactorias para los litigantes en el ejercicio de las acciones privadas. Según la estadística de Estados Unidos, resulta que las sentencias de los jueces de primera instancia que han superado una preparación en el derecho antitrust son apeladas en menor cantidad. Y a continuación expongo el texto original y el texto traducido al castellano:

There are a number of plausible explanations for the increased reliance on expert economic analysis in antitrust litigation. One explanation is that advances in industrial organization (and economics more generally) have rendered antitrust a more mathematically rigorous and technically demanding field. A second, not mutually exclusive, explanation relies on changes in substantive antitrust doctrine. Fifty years ago, antitrust law consisted primarily of per se rules and bright-line prohibitions, and thus economic analysis was not required to determine whether business conduct violated the antitrust laws. The success of the law and economics movement over the past 50 years, however, has resulted in a shift toward a modern antitrust landscape favoring a case-by-case, rule-of-reason approach to evaluating business conduct. Under this modern, effects-based approach, judges and juries are frequently called upon to determine which business arrangements are anticompetitive and which are not.

Son múltiples los argumentos admisibles que justifican una mayor dependencia del análisis de un perito experto en litigios con infracción del derecho de la compe-

⁶ Un sector de la doctrina afirma que «en el contexto de la Unión Europea, la expresión "antitrust" abarca tanto las normas que regulan los acuerdos y prácticas anticompetitivas (cárteles y otras formas de colusión), como las normas que prohíben el abuso de posición dominante» (Mambrilla Rivera, 2005, p. 160). Ideas compartidas por los expertos en competencia europeos, señalando estas conductas en sus obras. Por ejemplo, Pace (2007), Whish (2008) y Bael y Bellis (2010).

⁷ Los objetivos que son perseguidos para proteger la competencia por el sistema europeo y americano son distintos, en Estados Unidos se persigue «el funcionamiento económico del mercado, evitar la adjudicación ineficiente de los recursos y minimizar la pérdida de bienestar de los consumidores», y en Europa se persigue la integración del mercado y la garantía de que no se establezcan barreras al comercio por medio de la cartelización (Mullerat Balmaña, 2011, p. 20).

tencia. Uno de estos argumentos es que los avances en la organización industrial (y la economía en general) han convertido al antitrust en un campo matemáticamente más riguroso y técnicamente más exigente. Una segunda explicación, que no excluye a la primera, se basa en cambios en la doctrina sustantiva del antitrust. Cincuenta años atrás, las normas de competencia consistían principalmente en reglas *per se*⁸ y prohibiciones prescriptivas, por lo que no se requería un análisis económico para determinar si la conducta comercial vulnera las normas de competencia. Sin embargo, el éxito del imperio de la ley y la economía en los últimos 50 años ha dado lugar a un cambio a un panorama antimonopolio moderno que favorece un enfoque caso por caso y regla de la razón⁹ para evaluar la conducta empresarial. Bajo este enfoque moderno basado en los efectos, los jueces y los jurados son llamados frecuentemente para determinar qué acuerdos comerciales son anticompetitivos y cuáles no¹⁰.

⁸ «Por ejemplo, en el caso enjuiciado ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *United States v. Container Corporation of America*, la Corte consideró que el hecho de compartir información sobre precios con los competidores no tenía un efecto anticompetitivo en mercados poco concentrados, pero en cambio, en aquellos mercados con una estructura oligopólica, se generaban efectos nefastos sobre la competencia, como consecuencia del conocimiento de los precios de las demás firmas participantes en el mercado. Aunque en ese caso la Corte no encontró pruebas de que los competidores estuvieran fijando precios, condenó como antimonopolística la práctica de compartir información, bajo la premisa de que, en un mercado altamente concentrado, dicha práctica necesariamente tenía que producir efectos anticompetitivos. De conformidad con el análisis estructuralista de la Corte, la ciencia económica no siempre puede predecir los efectos de aquellas conductas que se desvían de las líneas de comportamiento predeterminadas por la teoría económica. La respuesta de la Corte a este problema fue la creación de la Regla *Per Se*, en virtud de la cual el juzgador puede presumir la ilegalidad de ciertas prácticas, sin entrar a estudiar sus causas o efectos». Disponible en: https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n_2017.pdf, pp. 10 y 11

⁹ La «regla de la razón» se aplica a conductas cuyos efectos anticompetitivos solo pueden evaluarse mediante análisis de los hechos particulares de la práctica estudiada, su naturaleza, el mercado, entre otros.

¹⁰ Autores: Michael R. Baye, Indiana University, y Joshua D. Wright, George Mason University. *Is Antitrust Too Complicated for Generalist Judges? The Impact of Economic Complexity and Judicial Training on Appeals*, *Journal of Law and Economics*, 54 (2011), pp. 2 y 3.

La tradición principal del derecho antitrust con respecto a la fijación de precios y el reparto de mercado fue conformado en el periodo formativo de la ley principalmente por tres nombres: el Juez Peckham, quien escribió las primeras decisiones de la Corte Suprema que tratan de la fijación de precios y los repartos de mercado; el Juez Taft quien, como juez de la Corte de Apelaciones, sugirió una de las opiniones más influyentes; y el Juez White, quien inicialmente se opuso a las ideas planteadas por Peckham, pero que luego se rectificó al pronunciarse en 1911 sobre los casos *Standard Oil* y *American Tobacco*, los mismos que dieron el nombre de «regla de la razón» a una posición que fuera esencialmente planteada por Peckham.

Extracto del artículo que fue originalmente publicado bajo el título «The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division» en el *Yale Law Journal*, 75, p. 373. La traducción estuvo a cargo de Mario Arturo Valencia Vargas, economista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con la colaboración de Alejandro Manayalle, director de contenido de Themis, bajo el título «La regla de la razón y el concepto *per se*: la fijación de precios y el reparto de mercados», p 26.

El enfoque del legislador europeo es distinto al americano en ciertos puntos, y en otros es similar hasta ser idéntico. La protección de la competencia en Europa se ha desarrollado con sus propias notas distintivas, donde la historia ha demostrado la futilidad de la fuerza como medio para preservar la paz entre las naciones; sin embargo, en cada siglo esta idea ha sido aplicada en nombre de la libertad, la unidad y la paz, solo que bajo diferentes tipos de sistemas políticos. Y aunque el supuesto enemigo es conquistado y su territorio incorporado, la raíz de la desconfianza y el malestar social hacen imposible la consecución de la unidad y armonía política. La UE nació con el anhelo de acabar con los frecuentes y cruentos conflictos entre los vecinos, que habían culminado tantas veces en guerras. En los años 50 del siglo XX, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero es el primer paso de una unión económica y política de los países europeos para lograr una paz duradera. En 1957 se firma el Tratado de Roma, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea (CEE) o «mercado común».

Europa ha proporcionado a la humanidad su pleno florecimiento. A ella le corresponde mostrar un camino nuevo, opuesto al avasallamiento, con la aceptación de una pluralidad de civilizaciones, en la que cada una de estas practicará un mismo respeto hacia las demás. (Robert Schuman)¹¹.

La política de la competencia que desarrolla la UE es uno de los pilares fundamentales y una «mano invisible»¹² que empuja nuestra innovación, el desarrollo y la conexión entre empresarios y clientes, fabricantes y consumidores, agencias privadas y públicas. Gracias a este principio somos uno de los proyectos económicos más ambiciosos e innovadores de la historia de la humanidad. El principio de competencia permanece consolidado desde su creación en el Tratado de Roma. Dicho tratado creó «un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado común». El objetivo fue crear un bloque de normas de garantía para que el mercado europeo pueda correctamente funcionar y proporcionar a los consumidores¹³ los beneficios del libre mercado.

¹¹ Robert Schuman (29 de junio 1886 - 4 de septiembre de 1963) es considerado, junto con Jean Monnet, Konrad Adenauer y Alcide de Gasperi, uno de los padres de Europa. Este hombre de leyes, que ejerció la abogacía antes de descubrir su vocación política, pertenece a esa generación de dirigentes que nacieron en una Europa exaltada por los nacionalismos, sostenida por un equilibrio frágil e inestable, que más adelante padecerían en persona los horrores de las dos guerras mundiales.

¹² Metáfora del ya mencionado Adam Smith, que también se preguntaba por la riqueza de las naciones en su obra del mismo nombre. Smith estudió los mercados y propuso la teoría del libre mercado: la búsqueda del beneficio individual por medio de decisiones racionales y la existencia de competencia explican la prosperidad económica. La mayor importancia de la mano invisible aumenta en la medida en que la sociedad se va desarrollando y la división de trabajo crece.

¹³ La satisfacción del consumidor se conquista mediante la mejora en el proceso productivo, buena relación entre calidad y precio, y la innovación (Tirole, 2005, p. 1).

Esta política consigue armonizar y asegurar que las empresas compitan entre sí en igualdad. Por estas razones, la UE lucha continuamente contra los comportamientos anticompetitivos¹⁴, revisa las fusiones y las ayudas estatales y fomenta la liberalización.

La aplicación de las políticas mencionadas tiende a animar a los empresarios a ofrecer mejor calidad de los productos y de los servicios, porque las empresas quieren continuamente atraer más clientes y mejorar su posición en el mercado. El término «calidad» tiene diversos significados: productos que duran más o funcionan mejor, mejores servicios posventa y de asistencia técnica, o un mejor servicio¹⁵.

Otra forma y más sencilla para que una empresa pueda conseguir una cuota de mercado elevada es ofrecer mejores precios. En un mercado competitivo, los precios tienden a bajar (Martín Mateo, 2003, p. 29). Cuando hay más ciudadanos que pueden comprar, las empresas tienden a aumentar la producción, lo que permite un impulso a la economía. En un mercado competitivo los fabricantes y empresarios quieren diferenciar sus productos del resto. Para ello amplían la oferta y los consumidores deciden optar por el producto que ofrece mejor relación precio/calidad.

La competencia dentro de la UE también refuerza el papel de nuestros empresarios en el exterior, y ayuda a las empresas europeas a mantener sus posiciones frente a los competidores globales. Al igual que existen reglas y principios externos para la macroeconomía (la demanda ha de ser superior a la oferta), existen también principios de éxito internos para la macroeconomía (en este caso, si la competitividad entre los empresarios europeos crece, serán competitivos también en el mercado exterior).

«Para cambiar el mundo es necesario comenzar por uno mismo». (Alejandro Jodorowsky).

3. La protección del régimen del derecho de la competencia

Para ejercer dicha protección y para evitar acuerdos que falseen la libre competencia¹⁶, el Tratado Constitutivo ha erigido la política de competencia como un bastión para el progreso económico, y para cumplir con los objetivos económicos.

¹⁴ La consecución del beneficio propio o de una colectividad representada: el actor que consigue superar la barrera de entrada del mercado tiene la capacidad de manipular la competencia (Pastor, 2005, p. 264).

¹⁵ Comprender las políticas de la Unión Europea. Un mayor funcionamiento de los mercados. Disponible en: https://europa.eu/european-union/topics/competition_es

¹⁶ Al respecto, «las empresas desarrollen comportamientos estratégicos con la finalidad de disponer de alguna capacidad o de toda, de influir sobre el precio de venta», subrayando así esta tendencia natural de la economía de mercado (Pastor, 2005, pp. 264). En este sentido, también Díez Moreno (2005, pp. 501).

La política de competencia comunitaria en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea lo convierte en un bloque legal especial que tiene carácter constitucional¹⁷. La característica más práctica y más efectiva es, por su naturaleza instrumental, que es la consecución de los objetivos económicos y políticos. Son diversos los sectores económicos afectados por la política de competencia; es un tipo de política horizontal. Salvo los momentos en que se restringe expresamente su influencia a una de las cadenas productivas, lo habitual es que se extiende hasta impactar distintos sectores económicos, como, destacando los más importantes, el agrícola (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2000, p. 207 y ss.), el regional, el comercial, el industrial, el medio ambiente o el sector servicios, entre otros.

4. Los principios y mecanismos que rigen la competencia en la Unión Europea: La aplicación pública y privada del derecho de la competencia

En ocasiones las vulneraciones de las normas que protegen la competencia abordan un solo mercado, por lo cual una autoridad nacional de competencia (ANC) es la que actúa, aplicando las sanciones pertinentes. Debido al crecimiento del mercado interior y la globalización, los efectos de estos comportamientos ilícitos, como la organización y mantenimiento de un cártel, pueden crear efectos en todos los Estados de la UE y terceros países. La Comisión Europea mantiene una posición ideal para vigilar estas situaciones y observar bajo su lupa los supuestos casos de vulneración de las normas de la competencia. Para ello tiene la facultad de emitir decisiones vinculantes a los Estados y tribunales de todos los Estados miembros y la imposición de las multas por la infracción conforme al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En el año 1962, la Comisión fue habilitada para investigar cualquier comportamiento anticompetitivo, y en el año 1990 se ampliaron sus competencias sobre las grandes operaciones de concentración. La Comisión vigila la aplicación de las normas de competencia de la UE, junto con las ANC de los Estados miembros.

La creación de un mercado común con la nota de la ausencia de fronteras en la Unión Europea, unido a la libertad de circulación de personas, de bienes, de capital y de servicios en la comunidad¹⁸, son fundamentos principales para la intención de los agentes económi-

¹⁷ Las normas fundamentales son el artículo 101 del TFUE, en materia de acuerdos colusorios y prácticas concertadas; el artículo 102 del mismo cuerpo jurídico, en materia de abuso de posición dominante; los artículos 106, 107, 108 y 109, en materia de ayudas públicas, y el Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones empresariales (publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea L 24 de 29 de enero de 2004). El derecho español regula la materia de competencia en la Ley de defensa de la competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio) y reglamentos de desarrollo.

¹⁸ Sustentados en el articulado inicial del TFUE y en su instrumento predecesor, así como en el artículo 34; tal y como lo han remarcado pronunciamientos jurisprudenciales de largo recorrido, como la Sentencia del

cos de que se consolide una competencia en capacidad de generar máximos beneficios con base en las necesidades reales de los consumidores (Craig y Búrca, 2008, pp. 637 y ss.).

Para vigilar las actividades económicas que se desenvuelven en el interior de los Estados miembros las ANC mantienen un contacto directo con la Comisión Europea, para la aplicación de la normativa europea de competencia mediante la Red Europea de Competencia. Dicha red trata de garantizar la aplicación eficaz y coherente de las normas de competencia. A través de ella, las autoridades intercambian información sobre qué decisiones hay que seguir en un caso y qué decisiones adoptar de acuerdo a la información obrante, teniendo en cuenta los comentarios que elevan a los grupos de trabajo. Las autoridades nacionales son una garantía fundamental para que los gobiernos y las empresas se ciñan a las normas de la UE sobre competencia leal y el fomento de los principios que unen a las economías comunitarias, siendo sus decisiones vinculantes para los tribunales.

Según las normas de la UE, las empresas:

- No pueden fijar precios ni repartirse el mercado conforme al artículo 101 del TFUE.

Artículo 101 (antiguo art. 81 TCE).

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos¹⁹.

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc y otros Vs. SARL «Au blé vert»*, asunto 229/83, apartado 9. La sentencia del mismo tribunal, de 19 de marzo de 1991, *República Francesa vs. la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-202/88, apartado 41; y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 28 de marzo de 2001, *Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes vs. la Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-144/99, apartado 66.

¹⁹ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea 2012/C 326/01. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

- No pueden abusar de su posición dominante en un mercado determinado para expulsar a sus competidores (art. 102 del TFUE). Por ejemplo, el caso de Google:

La Comisión Europea (CE) impuso este miércoles una multa de 1.490 millones de euros a Google por abusar de su posición de dominio en el mercado de la publicidad en línea a través de su servicio AdSense for Search, la tercera sanción en menos de dos años por actitud contraria a la libre competencia. La investigación de la CE mostró que, desde 2006, Google incluyó cláusulas de exclusividad en sus contratos, de manera que se prohibía a las webs situar ningún anuncio de búsqueda de competidores en sus páginas de resultados de búsquedas.

También que, desde marzo de 2009, Google empezó gradualmente a reemplazar esas cláusulas de exclusividad por otras, llamadas de emplazamiento «premium», que requerían a las páginas web reservar los espacios más rentables en sus resultados de búsquedas para los anuncios de Google y exigían un mínimo de estos.

Como resultado, los competidores no podían acceder a esos puestos preferentes para situar sus propios anuncios²⁰.

Para que la Comisión pueda actuar, la conducta necesariamente tiene que ser contraria a las normas mencionadas y deberá afectar el comercio entre los Estados comunitarios. La Comisión está provista de importantes mecanismos y funciones coercitivas para la aplicación del derecho de la competencia, que confieren los Estados miembros con base en los tratados. Las decisiones que la CE emite vinculan tanto a las empresas que vulneran dichas normas como a las ANC, sin embargo, las decisiones pueden ser recurridas ante el Tribunal General de la UE y en siguiente instancia, para hacer apreciaciones sobre cuestiones de Derecho, ante el Tribunal de Justicia de la UE. Los empresarios y los gobiernos recurren continuamente las decisiones, incluso a veces con éxito. El ejercicio de esta potestad por la Comisión y las ANC se denomina *public enforcement of competition law*, la aplicación pública del derecho de la competencia. La Comisión, junto a las ANC, es el órgano que aplica directamente el bloque legal de la competencia de la UE, concretamente vigila a las empresas para actuar contra aquellos que acuerden repartirse el mercado o que actúen con la intención de excluir del mercado a otros competidores. En estos casos la Comisión puede adoptar decisiones vinculantes de imponer multas hasta un total del 10 % del volumen de negocios del infractor.

²⁰ Esta sanción, la tercera y menos cuantiosa que inflige Bruselas al gigante tecnológico en menos de dos años por incumplir normas comunitarias antimonopolio, se debe a que impuso «cláusulas restrictivas» en contratos con páginas web de terceros que impidieron a sus rivales emplazar en ellas sus propios anuncios relacionados con búsquedas. (<https://www.efe.com/efe/espana/portada/la-comision-europea-multa-a-google-con-1-490-millones-de-euros-por-abusar-su-posicion-dominio-en-publicidad/10010-3930091>).

Por ejemplo, en el año 2012, la Comisión multó a los productores de tubos para pantallas de TV y de ordenador con 1.470 millones de euros por haber desarrollado un cártel a lo largo de dos décadas. Entre los años 2001 y 2006, los principales fabricantes asiáticos de pantallas LCD crearon un cártel, se pusieron de acuerdo con los precios e intercambiaron información sensible respecto de las pantallas de grandes dimensiones para televisores y aplicaciones informáticas.

En nuestras vidas cotidianas podemos observar prácticas empresariales que son contrarias a la competencia. Por ejemplo, existen empresas que en ocasiones se han negado a aceptar pedidos de consumidores de otros Estados de la UE. Esta negativa puede ser un indicio de prácticas ilegales y restrictivas²¹.

La defensa de la libre competencia se ha considerado siempre una prioridad pública, y el medio de asegurar el correcto funcionamiento del mercado; era razonable que su aplicación no se atribuyera a los jueces y tribunales civiles, que tutelan más bien intereses jurídico-privados. Este sistema no tenía previsto ningún mecanismo que asegurara el resarcimiento patrimonial de las empresas o particulares que se habían visto perjudicadas por dichas prácticas anticompetitivas. En nuestro concreto ordenamiento jurídico –y lo mismo en el resto de Estados miembros de la UE– existían cauces procesales demasiado costosos, sí, para reclamar una indemnización por el daño sufrido, pero su efectividad real era prácticamente nula. Sin embargo, ya desde la histórica sentencia en el asunto *Courage & Crehan*²² del año 2001, se había reconocido por parte del entonces TJCE (Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, hoy rebautizado como TJUE) como un derecho esencial de los perjudicados, por un ilícito anticompetitivo, la obtención de un resarcimiento patrimonial por los daños sufridos. Este principio de la «plena compensación», en consonancia con la resolución de 26 de marzo de 2009 del Parlamento Europeo²³ y los primeros pronunciamientos²⁴ que ha dictado a este respecto el TJUE, se consagra ahora como uno de los pilares de la Directiva de daños (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de

²¹ Se puede informar al respecto a una autoridad de competencia. Se puede plantear el caso a la Comisión Europea enviando un correo electrónico a: comp-market-information@ec.europa.eu. También se puede remitir una carta a la siguiente dirección: Comisión Europea Dirección General de Competencia Registro Antitrust B-1049 Bruselas. Bélgica.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, As. C-453/99, *Courage Ltd. contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd. y otros*, rec. 2001, p. I-6297.

²³ Resolución del Parlamento Europeo de 26 de marzo de 2009 sobre el Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (2008/2154(INI)), DOUE núm. C 117/E, de 6 de mayo de 2010, p. 161: «Las acciones de indemnización con arreglo al Derecho privado deben estar enfocadas al pleno resarcimiento económico del daño sufrido por el perjudicado».

²⁴ *Vid.*, entre otros, asunto 68/79 *Hans Just v Danish Ministry for Fiscal Affairs* [1980] ECR 501; asunto 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v San Giorgio* [1983] ECR 3595; asuntos C-192/95 *Comateb and others v Directeur général des douanes et droits indirects* [1997] ECR I-165 y C-295/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, ECR [2006] I-06619.

2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE L 349/1, de 5 de diciembre de 2014). Esto dio lugar a que el día 27 de mayo en el BOE se publicara el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transpone, entre otras, la directiva 2014/104/UE de la Unión Europea en materia de ejercicio de acciones de daños por infracciones del derecho de la competencia (Directiva). De acuerdo con su disposición final quinta, el decreto-ley entró en vigor el día de su publicación.

Este cuerpo jurídico incorpora las normas de carácter sustantivo de la Directiva dentro de la Ley de defensa de la competencia 15/2007 (BOE núm. 159, de 4 de julio). En segundo lugar, añade las referentes a cuestiones procesales en la Ley de enjuiciamiento civil.

Las principales modificaciones incorporadas en nuestro ordenamiento se encuentran en esta ley, que pasa a tener un nuevo título relativo a la compensación de los daños causados por las conductas contrarias a la competencia, y recoge los siguientes puntos:

- Derecho al pleno resarcimiento de los daños causados, que recoge el derecho a la indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, además del pago de los intereses.
- Responsabilidad de las sociedades matrices, salvo que no determinen el comportamiento económico de la empresa controlada.
- Responsabilidad solidaria entre los participantes de la infracción, con reglas especiales para las pymes. Se establece una responsabilidad individual de los infractores.
- Se establece un plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de las acciones por daños, fijación del momento en que comienza el cómputo del plazo y supuestos de la interrupción del plazo.
- Valor de las resoluciones de las autoridades de la competencia, tanto nacionales como de otros Estados miembros. A destacar, se introduce una presunción rebatible de existencia del daño en las infracciones calificadas como cártel.
- Efectos de los acuerdos sobre el derecho al resarcimiento del daño y sobre el cálculo de la multa administrativa.
- Cuantificación de los daños y perjuicios, la carga de la prueba tanto en lo relativo al daño como a la defensa de repercusión de los sobrecostes (*passing-on*).
- Regulación de las acciones de daños ejercitadas por demandantes situados en distintos niveles de la cadena de suministro. También regula los elementos que el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta para evitar que las acciones de demandantes en otros niveles de la cadena den lugar a una responsabilidad múltiple o a la ausencia de responsabilidad del infractor.

Estos son los objetivos que sirven de engranaje a cada una de las vías de aplicación, toda vez que el objetivo principal de la aplicación pública es la protección del interés general²⁵, y de la aplicación privada es la protección de los derechos vulnerados a un particular mediante la infracción de las normas de la competencia²⁶.

5. Decisión de la Comisión Europea sobre el cártel de los fabricantes de camiones

El 19 de julio de 2016 la Comisión Europea publicó la Decisión AT. 39824²⁷ - Trucks, en la que concluye que cinco empresas fabricantes de camiones (MAN, Daimler, Iveco, Volvo/Renault y DAF) establecieron acuerdos colusorios para fijar los precios de fábrica de sus camiones de mediano y gran tonelaje en el Espacio Económico Europeo (EEE) y los aumentos de estos precios. Pactaron retrasar la introducción de las nuevas tecnologías de reducción de emisiones hasta la fecha en la que esta devenía obligatoria, y pactaron la horquilla de incrementos que se aplicarían sobre el precio de los camiones que contasen con la nueva tecnología.

El acuerdo colusorio abarcó todo el EEE y tuvo una duración muy prolongada en el tiempo de al menos 14 años, desde 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011.

Las cinco empresas citadas anteriormente han aceptado la existencia de estos acuerdos en el curso del procedimiento y han sido sancionadas por un importe conjunto de casi 3.000

²⁵ Realizando todo un catálogo de diversas actuaciones en búsqueda de prevenir la distorsión del mercado, y por consiguiente el detrimento y vulneración de los derechos de los particulares. Prohibiendo actuaciones, retrotrayendo a su estado original circunstancias del mercado que se han visto distorsionadas por medio de una infracción, investigando dichas conductas de oficio, aplicando sanciones, e, incluso, aprobando la puesta en marcha de un acuerdo, gestionando los programas de clemencia de existir, y moldeando sus actuaciones a las nuevas circunstancias que el mercado y el libre desarrollo de los derechos fruto de las disposiciones que lo sustentan le otorgan. Al respecto, los comentarios generales que pueden sustraerse de Woolf (1986, p. 221).

²⁶ Aunque no de forma excluyente, puesto que la resolución que dicta el juez en el proceso que vincula a las partes, en ningún caso debe desconocer el interés general, y debe motivar su resolución en la vía de preservar la competencia del mercado por medio de la correcta aplicación de la normativa de competencia, favoreciendo la eficiencia económica. Según Alonso Soto (2005, p. 41). Un poco más allá, aunque en la misma línea de interpretación, va el concepto de otro sector doctrinal que entiende que siempre que un juez aplica la normativa de competencia, está realizando una efectiva protección al interés público, tanto cuando declara la nulidad de una actuación, como cuando tutela un interés privado, pues así se infiere de la naturaleza jurídico-pública del proceso (Colomer Hernández, 2008, p. 474). Las acciones de daños son una representación inequívoca para algunos autores de la función de salvaguardar los intereses privados e igualmente públicos, ya que no son una figura independiente, sino un complemento de la intervención pública que se ve descubierta e incompleta (Prosperetti, 6 de abril de 2015).

²⁷ Versión provisional no confidencial disponible aquí, la versión en inglés es la única auténtica: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39824/39824_6567_14.pdf

millones de euros. En la determinación de las multas, la Comisión tuvo en cuenta, además de la gravedad de la infracción, la alta cuota de mercado combinada de las empresas del cártel, su alcance geográfico y la prolongada duración del cártel.

Los beneficios para el consumidor a raíz de las decisiones de la Comisión entre 1990-2019 que prohíben los cárteles son de 29.869.664.824 euros.

El dinero recibido por las multas no incrementa el presupuesto general de la UE, pero sí que reduce la cantidad de dinero que sus países miembros deben aportar al importe presupuestario previamente acordado. Las decisiones de la Comisión benefician a los consumidores europeos de diferentes formas a lo largo de estos años.

La resolución sancionadora de la Comisión Europea no estima el perjuicio económico sufrido por los transportistas compradores de los vehículos afectados y, por tanto, es preciso un informe pericial en el seno de las acciones judiciales de daños y perjuicios para identificar los posibles daños sufridos por los transportistas y proceder a su cuantificación.

En el cártel de los camiones se identifican dos tipos de daños: los sobrepuestos derivados del acuerdo para la fijación de precios en fábrica y los costes adicionales resultantes del retraso en la implantación de los sistemas de reducción de gases contaminantes.

El punto de partida para la cuantificación del sobrepuesto es determinar qué precios hubiera sido probable que tuvieran los camiones de no haberse producido el comportamiento ilícito. Como esta situación hipotética no puede observarse directamente, normalmente en los informes periciales se construyen escenarios, «escenarios hipotéticos sin infracción» o «escenarios contrafactuales». La comparación de los precios estimados con los precios realmente pagados por los transportistas permite estimar el perjuicio causado por el comportamiento anticompetitivo.

5.1. La decisión de la Comisión Europea al detalle

El 8 de abril de 2017, la Comisión Europea publicó la versión no confidencial de su Decisión AT. 39824-Trucks (ahora en adelante, la Decisión), en la que concluye que cinco empresas fabricantes de camiones (MAN, Daimler, Iveco, Volvo/Renault y DAF) incurrieron en una infracción única y continuada del artículo 101 del TFUE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE.

Tal como indica la Decisión, esta infracción consistió en el establecimiento de acuerdos colusorios entre las empresas para fijar los precios de fábrica de sus camiones de mediano tonelaje (entre 6 y 16 t) y gran tonelaje (más de 16 t) en el EEE y los incrementos de estos precios. Los miembros del cártel pactaron el calendario de introducción y el traspaso de los costes adicionales asociados a la incorporación de nuevas tecnologías de emisión en

dichos camiones. Estas nuevas tecnologías están asociadas a la adopción de estándares de emisión cada vez más exigentes, denominados EURO (en el periodo considerado, EURO III a EURO VI).

En la Decisión se detalla el funcionamiento interno del cártel y se explica que las empresas participantes debatían sobre los precios de fábrica actuales y futuros de sus camiones y se intercambiaban tanto listados de precios de fábrica como otra información comercialmente sensible, todo ello con la finalidad de alinear los precios de fábrica a nivel europeo. El conocimiento de tales informaciones podía permitir a cada una de las empresas implicadas aplicar en todo el EEE un listado de precios de fábrica armonizados y calcular el precio neto aproximado de sus competidores (otras marcas y miembros del cártel).

Por lo que respecta a la introducción de las nuevas tecnologías de emisiones, la Decisión confirma que los fabricantes acordaron retrasar la introducción de los estándares EURO III hasta la fecha en la que esta devenía obligatoria, y pactaron la horquilla de incrementos que se aplicarían sobre el precio de los camiones que contasen con la nueva tecnología. Acuerdos similares se adoptaron también en relación con la introducción de la tecnología EURO IV, V y VI.

Dichos acuerdos alcanzaban tanto los camiones rígidos como las cabezas tractoras.

Las cinco empresas citadas anteriormente han aceptado la existencia de estos acuerdos en el curso del procedimiento y han sido sancionadas por un importe conjunto de 2.926 millones de euros por su participación en el cártel. Otra sociedad, Scania, a pesar de no haber reconocido su participación, ha sido también declarada miembro integrante del cártel en una decisión posterior de la Comisión de 27 de septiembre de 2017. La Comisión Europea ha sancionado a Scania con 880 millones de euros. En el resto del informe se incluirá a Scania como parte del grupo de cartelistas sujeto a análisis.

6. El número de camiones afectados por el cártel en España

«Se espera que la reclamación contra el cártel de los camiones será una de las reclamaciones más grandes en la historia contra un cártel». (Kirstein Ridley [14 de noviembre de 2016]. Los principales fabricantes de camiones podrían enfrentarse a una reclamación de 100 mil millones de euros. Reuters).

El número total de camiones cartelizados que se comercializaron en España durante la vigencia del cártel se puede calcular a partir de los datos de registro y matriculación de estos vehículos en la Dirección General de Tráfico, aunque el Registro de Vehículos tiene un carácter puramente administrativo y no tiene efectos civiles o mercantiles (sin prejuzgar «las cuestiones de propiedad, cumplimientos de contratos y, en general, cuantas de natu-

raleza civil o mercantil puedan suscitarse respecto a los vehículos», del artículo 2 del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de vehículos). En este sentido se permite identificar la titularidad de los vehículos; las inscripciones tienen cierto valor jurídico, informativo e indiciario que se reconoce expresamente con su «función coadyuvante con los registros civiles y mercantiles con los que se relaciona» (vid. FD 3.º de Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de octubre de 2013 y FD 4.º *in fine* de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de enero de 2012)²⁸.

Existe una vinculación legal de registrar los vehículos con carácter previo a su puesta en circulación. La matriculación es un procedimiento administrativo reglado, mediante el cual se le asigna un número de matrícula, se inscribe en el registro de vehículos y se expide el permiso de circulación.

El objetivo del procedimiento se inspira en la protección de la seguridad vial y la necesidad de garantizar la seguridad jurídica, afianzar que el vehículo cumple las condiciones técnicas para su circulación y la identificación del titular. A partir de estos datos se puede calcular que el número de camiones afectados por el cártel que se matricularon en España durante el cártel alcanzaría los 156.220 camiones. Calculamos de media por camión un perjuicio entre 15.000 y 18.000 euros. Si multiplicamos esta cifra por el número total de camiones, obtenemos la cifra astronómica de 2.343.300.000 euros en perjuicios.

7. «Daños paraguas» o *umbrella effect* en el cártel de fabricantes de camiones

Entre enero de 1997 y diciembre 2010 en España se comercializaron más de 5.000 camiones de más de 6 toneladas de una veintena de fabricantes que no son destinatarios de la Decisión de la Comisión Europea y, por lo tanto, se presupone que no participaron en el establecimiento del cártel. En concreto estos fabricantes son: Aro, Astra, Bremach, Dodge, Daihatsu, Datsun, Demag, IPV, Nissan, Mitsubishi, Peugeot, Opel, Pegaso, Range Rover, Tata, Toyota, Volkswagen, Vauxhall, Unic, Unimog, Terberg, Steyr, Suzuki, Uro. Algunos de estos fabricantes son filiales controladas por los miembros del cártel (Astra, Pegaso y UNIC son propiedad de Iveco). Siguiendo las ideas del profesor Francisco Marcos, *prima facie*, podría pensarse que los transportistas que han adquirido los camiones de estas marcas no pueden reclamar ninguna compensación por los daños y que por tanto no tienen ningún derecho a su favor. Esta posibilidad podría darse si se detecta lo que se conoce en la doctrina económica antitrust y en concreto la que estudia los efectos del cártel, como el «efecto para-

²⁸ Según el profesor Francisco Marcos, disponible en: <https://www.ccsabogados.com/cuantas-victimas-cartel-fabricantes-camiones-espana/>

guas». Se traduce en que existen efectos anticompetitivos más allá de los bienes inicialmente cartelizados (en esencia, «protegiendo de la lluvia de la competencia incluso a empresas no partícipes en la infracción»). En este caso, hay que probar que el cártel de los fabricantes ha creado el siguiente efecto:

Mantener un precio de mercado tan elevado que competidores no miembros de dicho cártel pudieron aprovechar ese precio de mercado superior al que habría existido en ausencia del cártel, ya fuera en términos de margen de beneficios o simplemente de supervivencia, si su estructura de costes era tal que unas condiciones normales de competencia habrían conducido a su eliminación del mercado. (Párrafo 27 de la STJUE [Sala 5.ª] de 5 de junio de 2014 [C-557/12, Kone et al., MP A Rosas, ECLI:EU:C:2014:1317]).

No cabe excluir que la empresa competidora, ajena a este, elija fijar el precio de su oferta en un importe superior al que habría elegido en condiciones normales de competencia, es decir, si no existiera dicho cartel. En estas circunstancias, aunque la determinación de un precio de oferta se considere una decisión meramente autónoma, adoptada por una empresa no participante en un cártel, procede estimar que esta decisión se ha podido adoptar tomando como referencia un precio de mercado falseado por el cártel y, por consiguiente, contrario a las normas sobre competencia (Párrafo 29 de STJUE de 5 de junio de 2014, C-557/12, Kone).

El asunto Kone trae causa en el cártel de los ascensores y escaleras mecánicas. Puede parecer que ni la instalación ni el mantenimiento de los ascensores y escaleras mecánicas puedan posicionarse como operaciones susceptibles de colusión, en comparación con los camiones, que son bienes heterogéneos. La Comisión Europea ha constatado la existencia del cártel en esos mercados, que implicó la participación de los cuatro principales fabricantes, como son Otis, Kone, Schindler y Thyssenkrupp, entre los años 1995 y 2004 en Bélgica, Alemania, Luxemburgo y Países Bajos. (Decisión de 21 de febrero de 2007, 38823 *Elevators and escalators*).

La jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para el asunto de los ascensores, y en concreto la parte que se refiere a las ayudas públicas concedidas por el Estado austriaco para la financiación de la instalación de los ascensores (con el sobreprecio aplicado) en las construcciones de viviendas sociales y financiadas por el Estado, ha creado gran revuelo en los medios de comunicación.

En el supuesto de que los adquirentes de los camiones no afectados por el cártel se hubieran visto perjudicados en la adquisición por el efecto paraguas, el TJUE reconoce el derecho a la indemnización del daño sufrido. (§33 de STJUE de 5 de junio de 2014, C-557/12, Kone). En efecto, a pesar de que no hubieran tenido conexión alguna con las cartelistas,

la víctima de un efecto paraguas sobre los precios («umbrella pricing») puede obtener de los miembros de un cártel la reparación del daño sufrido, aun cuando no haya tenido vínculos contractuales con ellos, en la medida en que se acredite que, según las circunstancias del caso y, en particular, conforme a las especificidades del mercado en cuestión, dicho cártel podía tener como consecuencia que terceras partes, actuando de manera autónoma, aplicaran precios aprovechando la concertación, y que tales circunstancias y especificidades no podían ser ignoradas por los miembros del cártel. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se satisfacen estas condiciones (§34 de STJUE de 5 de junio de 2014, C-557/12, Kone).

Esta posibilidad se reconoce dentro del derecho al pleno resarcimiento de las víctimas de conductas anticompetitivas (art. 3) consagrado por la Directiva UE/2014/104 (que introduce una referencia adicional para modular la responsabilidad del beneficiario de clemencia en el art. 11.6).

7.1. Los perjudicados

Los sujetos perjudicados por el cártel de los fabricantes de camiones sancionado por la Comisión están planteando acciones judiciales por daños y perjuicios sufridos, ante los foros de varias jurisdicciones de toda la Unión Europea. En el tiempo que transcurrió entre el momento en que la Comisión Europea impuso la sanción, los fondos de financiación de litigios se han puesto en contacto con la mayor parte de los transportistas y empresas del transporte existentes en España para firmar un acuerdo de cesión de crédito a su favor (durante los últimos cuatro años los *hedge funds* o «fondos buitres» continuamente buscan empresas de transporte ya liquidadas, que conservan la documentación de la adquisición de los camiones y adquieren el derecho de crédito frente a los cartelistas por cantidades ínfimas; ¿qué obligación tiene el administrador concursal?, ¿puede ceder el derecho de crédito que tiene la sociedad liquidada?) La prensa económica se hizo eco de este hecho y de que los fondos de financiación como Rockmond (España) y Transatlantis (EE. UU.) acumularon las acciones judiciales de víctimas españolas (adquieren el derecho de crédito), con vistas a la futura interposición de demandas tanto en España como en las jurisdicciones de otros Estados. Seguimos con las ideas del profesor Francisco Marcos.

A lo largo de los últimos tres años diversos medios por toda Europa han publicado noticias acerca de las demandas interpuestas ante los tribunales de Alemania, Austria, Reino Unido, España, Irlanda, Italia, Países Bajos y Noruega. En Alemania ya se han dictado varias decenas de sentencias, igual que en España. De forma paralela, en el Competition Appeal Tribunal británico se tramitaron ocho demandas (RoyalMail, BT, Ryder, Suez, Veolia, Wolseley, Dawsongroup y Arla Foods) y dos acciones colectivas (Road Haulage Association Limited y UK Trucks Claim Limited). Las acciones colectivas en el ejercicio de las acciones

*follow-on*²⁹ están previstas en el régimen jurídico del Reino Unido, al igual que en el derecho procesal de los Países Bajos, donde una de las mayores firmas en facturación y clientela en este ejercicio de acciones acumula *cartel damages claims* («reclamaciones de los daños a los cárteles»). Los jueces españoles, que conocen muy bien el derecho de la competencia, ponen de manifiesto la necesidad de legislar y el ejercicio de las acciones colectivas en el ejercicio de las acciones *follow-on* en las reclamaciones de daños y perjuicios contra un cártel, un sistema *opt-in* y *opt-out*. Porque lo que ocurre en estos momentos ante las salas de nuestros tribunales es que las acciones judiciales que nacen de una misma conducta y sanción administrativa vinculante generan sentencias diferentes. Sobre los mismos hechos el juez dicta una sentencia reconociendo un 10 % de daños y en otra un 15 %. Y la principal diferencia radica en que unos otorgan daños y otros no.

A resultas de que el cártel tiene efectos en toda la UE, el principal despacho de abogados especialista en estos asuntos, Hausfeld, ha interpuesto sus demandas principalmente ante los tribunales del Reino Unido y Alemania. En cambio, Cartel Damages Claims ha acumulado todas sus reclamaciones en el tribunal de distrito de Ámsterdam.

Entre las víctimas que se conoce que han interpuesto ya sus demandas se encuentran empresas de correos y reparto postal, transportistas y otros adquirentes de camiones. La compañía ferroviaria alemana Deutsche Bahn ha acumulado las reclamaciones de otras víctimas (por un importe de 2.000 millones de euros, correspondientes a 35.000 camiones, entre los que se incluyen las fuerzas armadas alemanas y otras 40 compañías más) y ha interpuesto una demanda en los tribunales de Múnich. A finales de 2017, la plataforma de transporte alemana Elvis AG demandó a Daimler en el tribunal regional de Stuttgart, reclamando una compensación de 176 millones de euros y, según información más reciente, lo habría hecho de nuevo a principios de 2019 respecto de camiones adquiridos con posterioridad a enero de 2011 (cuyo precio también se habría visto afectado por el cártel y que figuran bajo el efecto del *poscártel*).

La interposición de demandas en varias jurisdicciones suscita la duda sobre los criterios de competencia judicial internacional que conducen a la existencia de fueros alternativos y, en particular, sobre el derecho de las víctimas españolas del cártel de los fabricantes camiones a interponer sus demandas ante la jurisdicción española. Para ello, debe aclararse, en primer lugar, la regla de competencia judicial internacional, que reconoce la jurisdicción de los tribunales españoles, para después determinar los órganos jurisdiccionales españoles con competencia objetiva/funcional y competencia territorial para decidir estas demandas. Sin embargo, antes conviene clarificar unas ideas básicas sobre el derecho a compensación de las víctimas del cártel y las implicaciones que el principio de efectividad del derecho de la UE pueda tener a estos efectos³⁰.

²⁹ Por Francisco Marcos, disponible en: <https://almacenederecho.org/jurisdicion-y-competencia-en-las-demandas-de-danos-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones/>

³⁰ Como lo describe Francisco Marcos, disponible en: <https://almacenederecho.org/jurisdicion-y-competencia-en-las-demandas-de-danos-por-el-cartel-de-los-fabricantes-de-camiones/>

7.2. El derecho a compensación de las víctimas de una infracción del derecho de la competencia de la Unión Europea y el principio de efectividad

Son múltiples los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que afirman el derecho de las víctimas de una infracción del artículo 101 del TFUE a reclamar la compensación de los daños sufridos (párrafos 26 y 27 de la sentencia de la Gran Sala de 20 de septiembre de 2001, C-453/99, *Courage v. Crehan*, MP M Wathelet ECLI:EU:C:2001:465; párrafos 60 y 61 de la sentencia de la Sala 3.^a de 13 de julio de 2006, C-295 a 298/04, *Manfredi et al.*, MP S von Bahr, ECLI:EU:C:2006:461, y párrafos 41- 43 de la sentencia de la Gran Sala de 6 de noviembre de 2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap v. Otis et al.*, MP A Arabadjiev ECLI:EU:C:2012:684).

De la jurisprudencia puede extraerse que las disposiciones nacionales que rigen las demandas de indemnización de daños y perjuicios causados por conductas anticompetitivas han de respetar los principios de efectividad y equivalencia (párrafos 29 y 31 de STJUE C-453/99 *Courage* ECLI:EU:C:2001:465, apartados 29 y 31; 62, 71 y 77 de la STJUE C-295 a 298/04 *Manfredi* ECLI:EU:C:2006:461; 27 de la sentencia de la Sala 2.^a del TJUE de 14 de marzo de 2019, C-724/17 *Skanska*, MP A Arabadjiev ECLI:EU:C:2019:204; 43 de la sentencia de la Sala 2.^a del TJUE de 28 de marzo de 2019, C-637/17 *Cogeco*, MP A Arabadjiev ECLI:EU:C:2019:263).

La Directiva 2014/104/UE codifica esa doctrina jurisprudencial en su artículo 4:

De acuerdo con el principio de efectividad, los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciben y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho de la Unión al pleno resarcimiento por los daños y perjuicios, ocasionados por una infracción del Derecho de la competencia.

En idénticos términos se expresa la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transpone la Directiva en España.

El principio de efectividad nutre las reglas de procedimiento que los Estados miembros deciden regular con las leyes, que establecen un régimen para dichas reclamaciones y, en particular, las normas procesales en materia de jurisdicción y competencia sobre las reclamaciones de daños por infracciones del derecho de la competencia (Sanjuán y Muñoz, 2018). Con el principio de la autonomía institucional y de la regulación del procedimiento, los Estados miembros no pueden regular las cuestiones de competencia y jurisdicción en estos casos de manera que se dificulte en exceso y se hagan prácticamente imposibles las demandas judiciales («Una interpretación de las normas de competencia que obligue a los demandados a

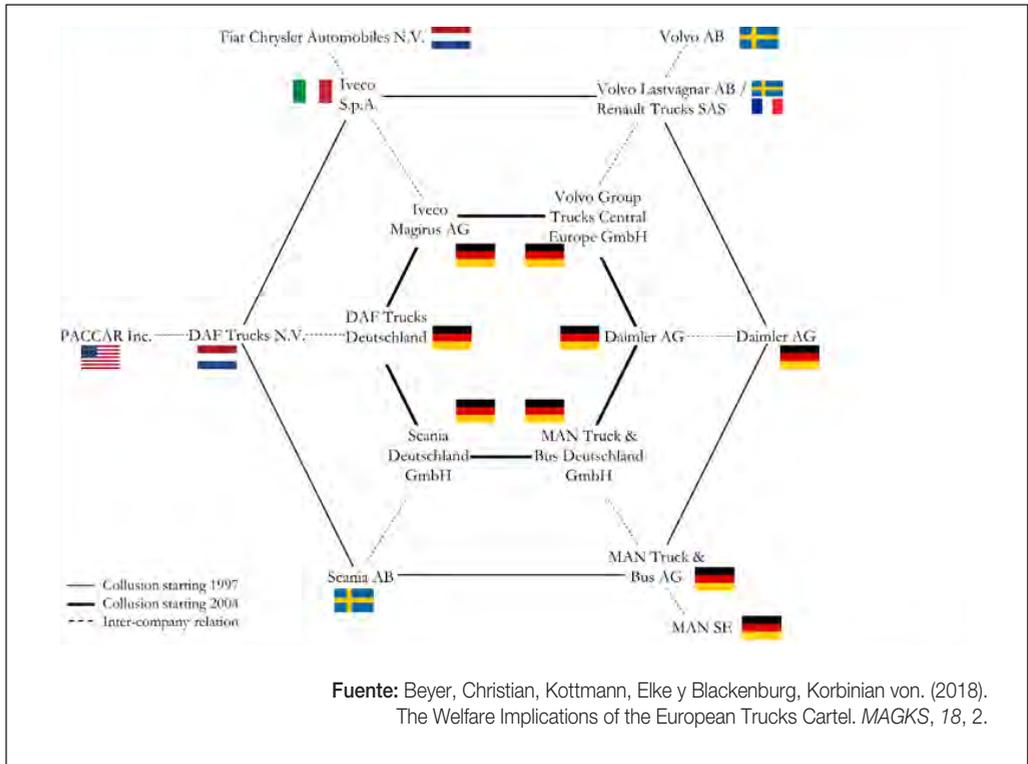
tener que realizar desplazamientos a lugares alejados de aquel en que pivota la relación jurídica en que se base la acción, llegando incluso a disuadirles de presentar la demanda, sería contrario al principio de efectividad», Blanco García-Lomas [3 de enero de 2019]).

Las reglas sobre jurisdicción y competencia combinan con el principio de efectividad, y es que las reglas que se sigan para la determinación de la jurisdicción nacional competente y las reglas de atribución y reparto de estas demandas no deben interpretarse de manera que restrinjan el reconocimiento del derecho de las víctimas, sin limitar la flexibilidad que estas puedan otorgarles para interponer la demanda en distintas jurisdicciones o tribunales.

Para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles sobre estas reclamaciones hay que tener en cuenta los siguientes datos.

Ninguna de las empresas declaradas infractoras por la Comisión en la decisión de 19 de julio de 2016 (AT.39824-Camiones) está domiciliada en España:

- MAN SE, Ungererstraße 69, 80805 Múnich (Alemania).
- MAN Truck & Bus AG, Dachauer Str. 667, 80995 Múnich (Alemania).
- MAN Truck & Bus Deutschland GmbH, Oskar-Schlemmer-Straße 19-21, 80807 Múnich (Alemania).
- Paccar Inc., Paccar Building, 777-106th Avenue N.E, Bellevue, Washington 98004 (Estados Unidos).
- DAF Trucks N.V., Hugo van der Goeslaan 1, 5643 TW Eindhoven (Países Bajos).
- DAF Trucks Deutschland GmbH, DAF-Allee 1, 50226 Frechen (Alemania).
- Daimler AG, Mercedesstrasse 137, 70327 Stuttgart (Alemania).
- CNH Industrial N.V., 25 St James's Street, Londres SW1A 1HA (Reino Unido).
- Fiat Chrysler Automobiles N.V., Fiat House, 25 St James's Street, Londres, SW1A 1HA (Reino Unido).
- Iveco S.p.A., Via Puglia 35, 10156 Turín (Italia).
- Iveco Magirus AG, Nicolaus-Otto-Straße 27, 89079 Ulm (Alemania).
- AB Volvo (publ), 405 08 Gotemburgo (Suecia).
- Volvo Lastvagnar AB, 405 08 Gotemburgo (Suecia).
- Renault Trucks SAS, 99, Route de Lyon, 69806 Saint-Priest Cedex (Francia).
- Volvo Group Trucks Central Europe GmbH, Oskar-Messter-Str. 20, 85737 Ismaning (Alemania).



Los demandados están domiciliados en Alemania, Países Bajos, Estados Unidos, Francia, Italia, Reino Unido y en Suecia, 7 Estados de los cuales 5 pertenecen al G-7. Según las normas de conflicto internacional, los infractores pueden ser demandados ante los tribunales españoles y nuestros tribunales se pronunciarán sobre el asunto. De acuerdo con el artículo 21.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 del julio, Ley orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los tribunales españoles «conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas». La extensión de la jurisdicción vendrá determinada por la propia normativa de la Unión Europea, convenios internacionales y la LOPJ.

Salvo las posibles cláusulas de sumisión expresa a un fuero concreto, cláusulas contractuales que prevén el supuesto de la vulneración de las normas de la competencia (que comprenden expresamente las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del derecho de la competencia; si el fabricante A incurre en infracción de competencia, tendrá que resarcir un 12 % del valor del bien al comprador B. Por ejemplo, el caso del Ayuntamiento de Dortmund), existe una pluralidad de fueros alternativos para la reclamación de daños. Salvo estos supuestos, se aplicará el artículo 7 del Regla-

mento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; resulta que (al margen del domicilio del demandado como fuero general): «Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro: 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso».

El TJUE ha interpretado el artículo 7 del Reglamento Bruselas I-bis 1215/2012 (debe advertirse que esta norma es igual que la contenida en el artículo 5.3. del Reglamento [CE] núm. 44/2001 de 22 de diciembre, derogado por el Reglamento 1215/2012], de la siguiente manera y en el contexto de distintas reclamaciones de daños por prácticas anticompetitivas en varias sentencias, declarando que «se refiere al mismo tiempo al lugar donde se ha producido el daño y al lugar del hecho causal que originó ese daño, de modo que la acción contra el demandado puede ejercitarse a elección del demandante ante los tribunales de cualquiera de esos dos lugares» (párrafos 38 de STJUE, Sala 4.ª, de 21 de mayo de 2015, C-352/13 CDC *Hydrogen Peroxide*, MP M Safjan, ECLI:EU:C:2015:335; 28, 45 y 46 de la STJUE, Sala 2.ª, de 5 de julio de 2018, C-27/17 AB *flyLAL-Lithuanian Airlines*, MP C Toader, ECLI:EU:C:2018:533, y 22 de la STJUE, Sala 1.ª, de 12 de septiembre de 2018, C-304/07, *Helga Löber v. Barclays Bank PLC*, MP R Silva Lapuerta ECLI:EU:C:2018:701).

La diferente tipología de las infracciones de las normas de defensa de la competencia y la forma en que se verifiquen sus efectos perniciosos harán que, dependiendo del caso concreto, conjugando esos dos puntos de conexión (lugar de surgimiento del hecho causal dañoso y lugar de materialización del perjuicio) puedan existir distintos fueros disponibles con competencia para conocer de las reclamaciones judiciales de daños por las víctimas (Gascón, 2017, Rodríguez, 2019, Suderow, 2016 y Oró Martínez, 2015).

En cuanto al lugar del hecho causal dañoso (el génesis), la forma y el momento de la verificación de la conducta típica será determinante para la determinación de la causa última del daño que se origina (párrafo 48 de la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17 AB *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533). En el caso de la mayoría de los cárteles industriales transnacionales, el lugar donde estas conductas ocurrieron puede conducir a diversas jurisdicciones si existieron diversos acuerdos, arreglos o reuniones en varias de ellas, pudiendo individualizarse en alguno de ellos la causa del perjuicio sufrido por la víctima (párrafos 43-50 de la STJUE de 21 de mayo de 2015, CDC *Hydrogen Peroxide*, C-352/13, ECLI:EU:C:2015:335). En su caso, con la dificultad que entrañe «una concatenación de acontecimientos que podrían constituir cada uno por sí solo el "hecho causal que originó el daño" alegado, quedando asimismo abierta no obstante la hipótesis de que el daño resultara de la interacción de estos» (párrafo 47 de la STJUE de 5 de julio de 2018, C-27/17 AB *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533).

Hasta la fecha, los tribunales españoles han rechazado las declinatorias de jurisdicción que, de manera reiterada y continua, se han interpuesto por las demandadas en las recla-

maciones por los daños y perjuicios contra el cártel, al entender que el daño del cártel se habría producido en España (domicilio y lugar de actividad de las víctimas del cártel).

Se han pronunciado los autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid de 23 de mayo de 2018, 5 y 12 de septiembre de 2018 (MP J Montul, respectivamente, ECLI:ES:JMM:2018:65A; ECLI:ES:JMM:2018:101A y ECLI:ES:JMM:2018:152A); el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia de 31 de mayo de 2018 (MP J Talens, P.O. 298/2018), y los autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Pontevedra de 3 de septiembre y 12 de diciembre de 2018 (MP N Fachal, P.O. 112/2018).

8. Conclusiones

Primera. La defensa de la competencia se enriquece con la coexistencia de un sistema dual de aplicación de la normativa que la fundamenta, en los momentos en que la protección de los mercados y los agentes participantes en ellos será mejor por medio de la participación de las ANC y de los tribunales nacionales, ya que se alcanza un nivel mayor y contundente de disuasión que afecta a aquellos con expectativas de contravenir las normas de competencia, y se erigen mecanismos idóneos para tutelar los derechos involucrados.

Segunda. Los sistemas de aplicación privada y pública de las normas de libre competencia tienen una evolución dependiente que les relaciona de una forma estrecha e ineludible.

Tercera. Si bien es claro que los objetivos más «íntimos» de la aplicación pública y la aplicación privada son parcialmente divergentes en razón de la protección que cada una de ellas ampara, de corte general en la primera y particular en la segunda, la realidad es que el éxito de la defensa de la competencia debe basarse en generar equivalencias entre ambas vías, acercando sus posturas. Añadiendo un elemento de contundencia a las sanciones impuestas por las autoridades administrativas, pues se ha popularizado la benevolencia de estas frente a la capacidad de los jueces de imponer sanciones más cuantiosas, e incluyendo, en el análisis de los tribunales, una obligación de tomar muy en cuenta los objetivos especialmente públicos de la defensa de la competencia, pues a pesar de que el asunto llegue a conocimiento de los jueces en razón de una pretensión privada, no pueden ser obviados los efectos de carácter general que puede conllevar la decisión.

Cuarta. La implementación de una Red Europea de Autoridades de Competencia debe significar, entre muchas otras cosas, que la información debe fluir de forma eficiente y espontánea al interior de la misma, pero sin desconocer, bajo ninguna circunstancia, los parámetros del artículo 12 del Reglamento 1/2003, los cuales son propensos a ser obviados, en razón de la disposición de instrumentos informáticos que «transportan» y transfieren la información en tiempo real y de una forma, para muchos, distendida.

Quinta. La aplicación pública de la normativa de libre competencia, más allá de ser teóricamente viable, carece de contundencia para efectivamente llevar las infracciones de mayor gravedad a su fin, por lo que incluir un elemento anexo como el penal, que puede seducir a las víctimas por sentir que esa vía de aplicación le otorga una real revancha del daño soportado, o simplemente plantear un catálogo de beneficios que puede obtener el denunciante por acudir a una autoridad administrativa, puede facilitar que la autoridad se haga cargo del asunto, así como que el procedimiento y la consecuencia sean vistas desde una óptica de suficiencia.

Sexta. El golpe de la sanción impuesta por la Comisión Europea contra el cártel de los fabricantes de camiones revela la existencia de una serie de secuelas, tanto en el sector privado como en el sector público, de los Estados miembros de la UE. En el sector privado, porque los perjudicados se han visto involucrados en un proceso judicial costoso, largo y arduo. En ocasiones el sobrecoste indebidamente soportado por el transportista no puede ser devuelto sin disponer de toda la documentación necesaria (facturas, contratos *leasing*, extractos de cuotas satisfechas de contratos *leasings* que pertenecen a entidades bancarias fusionadas, y por esta razón la entidad principal no dispone de esta documentación, robo de la documentación, etc.). Por ejemplo, 8 camiones que son adquiridos en el año 1998 por una sociedad tipo pyme familiar, que se dedica al transporte de mercancía por carretera, y en el año 2020 interpone una demanda de daños y perjuicios por los 80.000 euros (más los intereses) de sobreprecio. En los 22 años que transcurren desde la adquisición, es muy probable que modificaran su sede, o esté liquidada la sociedad; el gestor no ha conservado la documentación y por lo tanto no existe la documentación que justifica la adquisición, y la práctica ante los tribunales demuestra que para recuperar el sobreprecio hay que disponer de toda la documentación, para crear convicción suficiente en su señoría de que hubo un movimiento de capital. El efecto demoledor del cártel y sus efectos se extiende al sector público, no en menor medida. Una situación interesante, pero que todavía no cuenta de la repercusión debida y suficiente, es concerniente a las subvenciones y reducciones que los ayuntamientos aplicaron durante la vigencia del cártel para el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica³¹, para los camiones que cuentan con los últimos sistemas de reducción de gases contaminantes. A resultas de ello, los ayuntamientos destinaron fondos públicos a promocionar y promover la adquisición de estos vehículos, siendo la reducción media de un 75 % en la base imponible. Es decir, las marcas dicen que los camiones contaminan menos porque disponen del sistema innovador, los ayuntamientos aplican ayudas, como reducción de impuestos, pero estos sistemas no están realmente implementados.

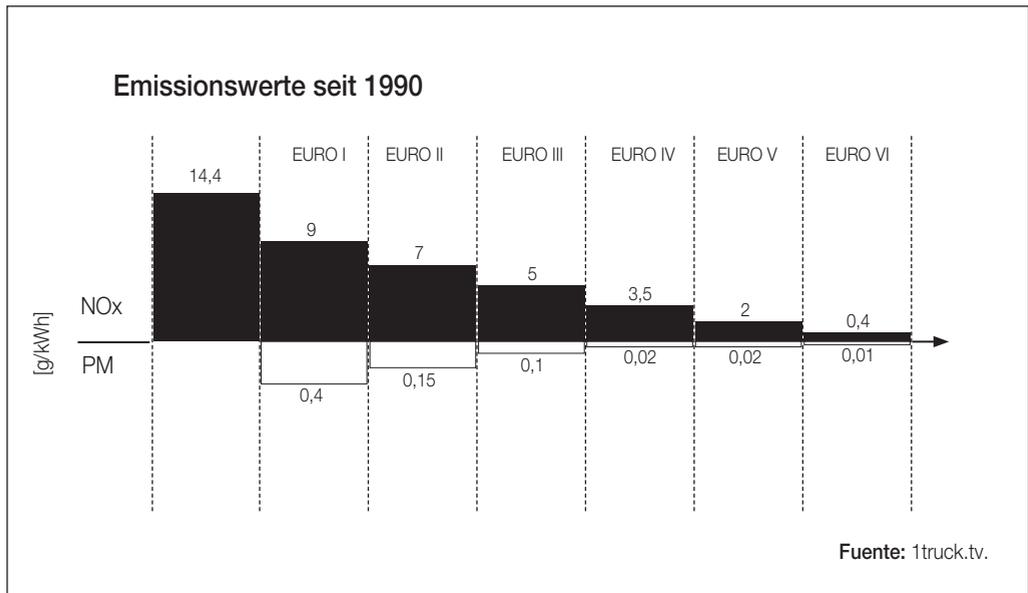
Séptima. Es necesario efectuar una estimación del perjuicio causado por el retraso en la introducción de las sucesivas mejoras tecnológicas que afectan a los sistemas de retención

³¹ El impuesto sobre vehículos de tracción mecánica es un impuesto real, directo y objetivo, de titularidad municipal y de exacción obligatoria que se encuentra en los artículos 92 a 99 del TRLRHL. La gestión de este impuesto también fue modificada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, que estableció una serie de salvaguardias a efectos de justificación de pago del mismo.

de gases contaminantes. Estas mejoras, de forma directa y tal como aseguraron en su día los mismos fabricantes (por ejemplo, campaña de Mercedes en 1truck.tv²), deberían suponer un ahorro importante en los costes de combustible. Como consecuencia del cártel, los transportistas no se pudieron beneficiar de esos ahorros durante el tiempo en que se retrasó ilícitamente su introducción. Conviene valorar en qué medida tales sobreprecios y sobrecostes de combustible pudieran haber sido repercutidos total o parcialmente por los transportistas perjudicados a sus propios clientes, mitigándose de este modo el daño ocasionado por el cártel.

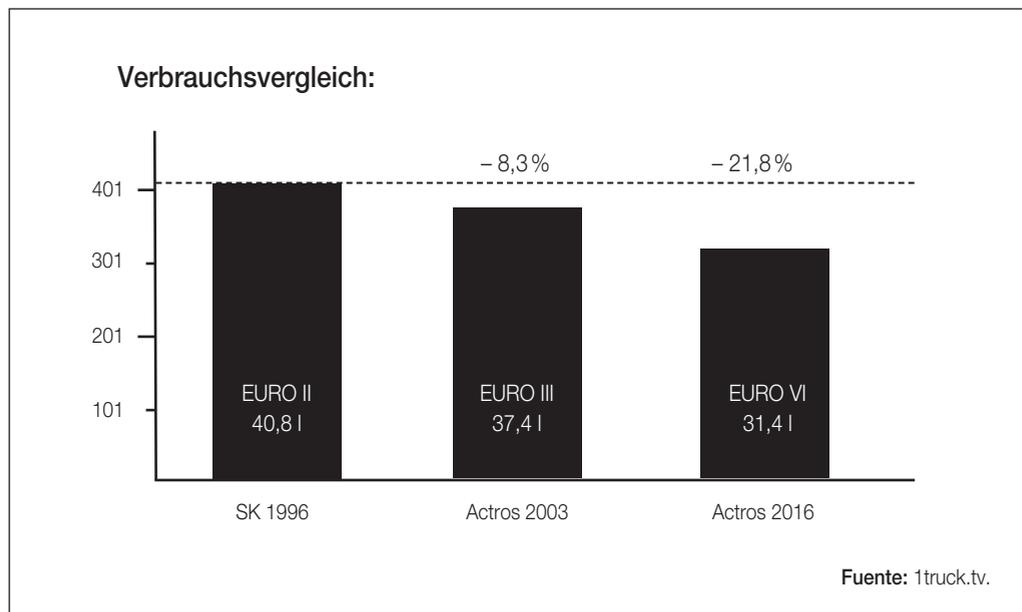
Octava. Por último, teniendo en cuenta la larga duración del cártel, es preciso hacer una estimación de los intereses desde el día en el que el daño se produjo. Como ha destacado el Tribunal de Justicia y recoge la Comisión Europea en su Guía práctica (20)³², la reparación íntegra del perjuicio causado por el cártel debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el perjuicio derivado de la infracción. Estos efectos son la depreciación monetaria y la oportunidad perdida para la parte perjudicada por no haber podido disponer de ese capital adicional.

Gráfico 1. Evolución de emisiones del NO₂ (dióxido de nitrógeno), según Mercedes (Daimler AG)



³² Se citan el asunto C-271/91, Marshall, rec. 1993, p. I-4367, apartado 31, y los asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, Manfredi, rec. 2006, p. I-6619, apartado 97. También véase Comisión Europea, Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia (COM([2008] 165), sección 2.5 y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que lo acompaña (SEC[2008] 404), apartado 187).

Gráfico 2. Evolución del consumo de combustible para cada modelo de los camiones marca Mercedes



En uno de los vídeos el equipo de Mercedes (Daimler AG)³³ señala que el consumo y la emisión de los gases contaminantes se reducen con cada nueva implementación del sistema EURO. A raíz de la decisión y las investigaciones de la Comisión Europea resulta que estos sistemas no se implementaron en debida forma.

Tampoco podemos olvidarnos de que los Estados miembros en su ordenamiento interno establecen subvenciones para financiar la adquisición de flotas de camiones, y por lo tanto el sobreprecio en cierta medida también es repercutido a la Administración pública, por ejemplo, mediante el Instituto de Crédito Oficial, que ofrece financiación de la adquisición de los nuevos camiones a los empresarios que reúnan una serie de requisitos. Por estas razones creo que la Administración pública debe reforzar la protección de la competencia mediante la creación de comisiones especiales de contratación, que estudiarán las operaciones que está llevando a cabo la Administración con otras entidades privadas, y aplicará medidas prácticas como, por ejemplo, cláusulas en los contratos por las que se establece un porcentaje de indemnización a la Administración pública en el caso en que una autoridad de competencia nacional o europea reconozca que dicha entidad privada con la que está contratando un bien o servicio es responsable por la vulneración de las normas de compe-

³³ Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=S-j2LXUdXUY>

tencia. Un supuesto similar sería el siguiente: la Administración está renovando la flota de camiones de los bomberos, y en el contrato de adquisición de 10 camiones que firma con Mercedes, establecen una cláusula por la que Mercedes será responsable de indemnizar un 15 % del coste de los camiones en el caso de que Mercedes se declarara responsable de participar en un cártel.

Novena. La cooperación a que se refiere a la resolución de cuestiones vinculadas con la defensa de la competencia debe extenderse, lo más pronto posible, al terreno internacional, aprovechando no solo el avance que implica la Red Europea de Autoridades de Competencia, sino también la estructura ya planteada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la red internacional de competencia y cualquier otra «agrupación» que pretenda facilitar la labor conjunta de dos o más organismos que aplican el derecho de la competencia, de naturaleza administrativa, jurisdiccional o dual.

Referencias bibliográficas

- Alonso Soto, Ricardo. (2005). El interés público en la Defensa de la Competencia. En Santiago Martínez Lage y Juan Petitbo (Dirs.), *La Modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*. Marcial Pons.
- Bael, Ivo van y Bellis, Jean-François. (2010). *Competition Law of the European Community*. Kluwer Law International.
- Blanco García-Lomas, Leandro. (3 de enero de 2019). Problemas procesales derivados de las acciones «follow-on» relacionadas con el cártel de los camiones. *El Derecho Com.*
- Bork, Robert H. (1966). The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division. *Yale Law Journal*, 75. https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4159&context=fss_papers
- Bork, Robert H. (1981). *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Basic Books.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier. (2000). El Derecho Europeo de la Competencia: Objeto, Fuentes y Sistemática. En *Derecho Europeo de la Competencia*. Colex.
- Colomer Hernández, Ignacio. (2008). La tutela judicial de la Defensa de la Competencia. En Derecho de la Competencia. En Luciano Parejo Alfonso y Alberto Palomar Olmeda (Dirs.). *Estudios sobre la Ley 15 de 2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. La Ley.
- Craig, Paul y Búrca, Gráinne de. (2008). *EU Law. Text, cases and materials* (4.ª ed.). Oxford University Press.
- Fernández Navarrete, Donato. (2007). *Fundamentos Económicos de la Unión Europea*. Thomson.
- Gascón, Fernando. (2017). Aspectos procesales de las acciones de daños derivados de

- infracciones de las normas sobre defensa de la competencia: Apuntes a la luz de la Directiva 2014/104 y de la propuesta de Ley de transposición. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 9(1), párrafo 12.
- Gutiérrez, Inmaculada y Padilla Jorge. (2005). Economía de la Competencia. En José María Beneyto Pérez-Cerdá (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España* (t. 1). Bosch.
- Illescas Ortiz, Rafael. (2009). Derecho de la Competencia: La libre competencia. En Guillermo Jiménez Sánchez (Coord.), *Derecho Mercantil II*. Ariel.
- Mambrilla Rivera, Vicente. (2005). Derecho europeo de la competencia. En director Luis Antonio Velasco San Pedro, *Derecho Europeo de la Competencia: Antitrust e intervenciones públicas*. Lex Nova.
- Martín Mateo, Ramón. (2003). *El Marco Público de la Economía de Mercado* (2.ª ed.). Thomson Aranzadi.
- Mullerat Balmaña, Ramón. (2011). El Arbitraje y el Derecho de la Competencia. *Derecho de los Negocios*, 248.
- Pace, Lorenzo Federico. (2007). *European Antitrust Law. Prohibitions, Merger Control and Procedures*. Edward Elgar Publishing.
- Pastor, Jaime Vicente. (2005). La Política Comunitaria de la Competencia. En Josep María Jordan Galduf (Dir.), *Economía de la Unión Europea*. Thomson Civitas.
- Prosperetti, Luigi. (6 de abril de 2015). Antitrust Damages in Europe: An Economic Perspective. Conferencia Antitrust between EC Law and national law, Treviso, 18 y 19 de mayo de 2006. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2590642
- Oró Martínez, Cristian. (2015). Reglamento Bruselas I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional. *La Ley. Unión Europea*, 30.
- Rodríguez, J. (2019). La responsabilidad extracontractual por ilícitos antitrust en Europa. Comentario del auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, de 23 mayo 2018. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(1), 889-903.
- Sanjuán y Muñoz, Enrique. (2018). La naturaleza de la acción privada de daños derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 67.
- Suderow, Julia. (2016). Acciones derivadas de ilícitos antitrust: El foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 8(2), 306-329.
- Smith, Adam. (1996). *La riqueza de las naciones*. Alianza Editorial.
- Tirole, Jean. (1990). *Teoría de la Organización Industrial*. Ariel.
- Whish, Richard. (2008). *Competition Law*. Oxford University Press.
- Wolf, Harry. (1986). Public Law - Private Law: Why the Divide? A Personal View. *Public Law*, 220.



La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

<https://orcid.org/0000-0001-9380-9236>

Extracto

En el presente artículo se analiza, desde un punto de vista crítico, la discriminación que en el procedimiento de ejecución hipotecaria sufre el ejecutado que no ostenta la condición de deudor, al que no se conceden algunos de los derechos que la ley otorga a este.

Palabras clave: hipotecante no deudor; tercer poseedor; subasta; concurso; ejecución hipotecaria; cláusulas abusivas.

Fecha de entrada: 13-04-2021 / Fecha de aceptación: 15-05-2021

Cómo citar: Achón Bruñén, M.^a J. (2021). La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria. *Revista CEFLegal*, 246, 37-70.



The legal discrimination of the executed person who does not hold the status of debtor in the foreclosure process

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

This article analyzes, from a critical point of view, the discrimination suffered by the foreclosed person in the foreclosure procedure who does not hold the status of debtor, who is not granted some of the rights that the law grants him.

Keywords: non-debtor mortgagee; third party holder; auction; bankruptcy; foreclosure; abusive clauses.

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2021). La discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor en el proceso de ejecución hipotecaria. *Revista CEFLegal*, 246, 37-70.



Sumario

1. Problemas de legitimación pasiva cuando no coinciden el deudor y el titular del bien hipotecado
 - 1.1. Problemática acerca de si hay que demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando el bien hipotecado no es de su propiedad
 - 1.2. Casos en que resulta necesario demandar al tercer poseedor y supuestos en que basta con notificarle la demanda
2. Despacho de ejecución si el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor están declarados en concurso
 - 2.1. Deudor, no propietario del bien hipotecado, declarado en concurso
 - 2.2. Tercer poseedor declarado en concurso
 - 2.3. Concurso del hipotecante no deudor
3. Discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor
 - 3.1. Porcentajes superiores para que el ejecutante se adjudique la vivienda habitual hipotecada cuando es propiedad del deudor, pero no de otro ejecutado
 - 3.2. Limitación de las costas al 5 % de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva solo en caso de ejecución de la vivienda habitual del deudor
 - 3.3. Inclusión en las costas de la tasa abonada por el ejecutante solo si el préstamo se ha utilizado para adquirir la vivienda habitual
 - 3.4. Derecho concedido solo al deudor de liberar su vivienda habitual hipotecada sin el consentimiento del ejecutante, en caso de vencimiento anticipado por impago de cuotas
 - 3.5. Mayores limitaciones del hipotecante no deudor y del tercer poseedor para alegar cláusulas abusivas y para conseguir la restitución de sus efectos
4. Derechos del hipotecante no deudor y del tercer poseedor que no ostenta el deudor
 - 4.1. Derecho del hipotecante no deudor a que se le aplique la Ley 5/2019 si es persona física aun cuando el deudor no lo sea
 - 4.2. Derecho a recibir el sobrante aun cuando quede deuda pendiente de pago que exceda de la cobertura hipotecaria
 - 4.3. Derecho a no ser demandados en una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria si con lo obtenido en esta no se ha satisfecho por completo la deuda del acreedor
 - 4.4. Derecho del hipotecante no deudor a subrogarse en la posición del acreedor frente al deudor o fiador si paga o se subasta el bien hipotecado
 - 4.5. Derecho del tercer poseedor a que la hipoteca no se extienda a nuevas construcciones sobre la finca hipotecada
 - 4.6. Derecho del hipotecante no deudor (no del tercer poseedor) a que ni el fiador ni el deudor puedan reclamarle parte de las cantidades abonadas por ellos

Referencias bibliográficas



1. Problemas de legitimación pasiva cuando no coinciden el deudor y el titular del bien hipotecado

El artículo 685.1 de la LEC, en sede de procedimiento hipotecario, dispone que la demanda ejecutiva deberá dirigirse contra el deudor y, en su caso, contra el hipotecante no deudor o contra el tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes¹.

Este precepto plantea numerosos problemas prácticos que analizamos en las siguientes líneas.

1.1. Problemática acerca de si hay que demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando el bien hipotecado no es de su propiedad

En el procedimiento hipotecario se ejercita una acción real, es decir, solo se procede contra el bien dado en garantía, por lo que surge el problema de si habrá que demandar al deudor cuando este no es propietario del bien hipotecado, dado que el apremio no le afecta, ni en ese proceso se puede proceder contra ningún otro bien de su patrimonio.

A favor de demandarle se puede alegar que el artículo 685.1 de la LEC exige dirigir la demanda ejecutiva contra el deudor y el artículo 686.1 requerirle de pago, salvo que con la demanda se presente acta notarial que acredite que se le ha requerido de pago con al menos 10 días de antelación. Asimismo, el artículo 132.1.º de la LH establece que, a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que den lugar a los procedimientos de ejecución directa sobre bienes hipotecados, la calificación del registrador se extenderá a que se ha demandado y requerido de pago, en el domicilio designado, al deudor. El contenido de

¹ De los términos legales pudiere parecer que nunca pueden ser demandados conjuntamente el tercer poseedor y el hipotecante no deudor. No obstante, si el tercer poseedor tan solo hubiere adquirido el usufructo o la nuda propiedad, conservando el hipotecante no deudor el correlativo derecho sobre el bien, la demanda ejecutiva habrá de dirigirse, además de contra el deudor, contra el tercer poseedor y contra el hipotecante no deudor.

Si hubiere más de un tercer poseedor por pertenecer a una persona, la propiedad o el dominio directo y a otra el usufructo o el dominio útil, se entenderá con ambas el requerimiento (art. 127.4 LH).

estas normas es claro, siendo especialmente significativo el uso de la palabra «deberá» que utiliza el artículo 685 de la LEC, dado que no se trata de una opción sino de un imperativo.

Tales preceptos, interpretados literalmente (art. 3.1 CC), llevan a concluir que si no se demanda al deudor, se incurre en una infracción de un trámite esencial del procedimiento que puede dar lugar a su nulidad, habida cuenta de que la deuda nunca puede desligarse de la hipoteca, pues esta constituye un derecho real de garantía que no puede operar en abstracto, desvinculada de la obligación que garantiza. A lo que se une que es el deudor el que se encuentra en las mejores condiciones para oponerse a la ejecución, por conocer si el saldo que se ejecuta como principal es debido o si lo es la cantidad reclamada por intereses, pudiendo también pagar la deuda, como obligado, extinguiendo la obligación. La finalidad de demandar al deudor no hipotecante es garantizar sus derechos, como principal responsable frente al acreedor, especialmente en caso de que la ejecución del bien hipotecado fuera insuficiente para satisfacer el crédito del ejecutante, al poder seguirse contra él una ejecución ordinaria. A favor de esta tesis se pronuncian numerosas resoluciones², y a nuestro juicio con la vigente regulación es la interpretación más acertada.

De todos modos, en contra se alega que en el procedimiento hipotecario se está ejercitando una acción real, de forma que lo que se pretende con la demanda es la realización de los bienes afectos, por lo que lo lógico es que la demanda solo se dirija contra el propietario de dichos bienes, independientemente de que este sea o no deudor de la obligación insatisfecha. El Tribunal Supremo secunda esta tesis en la Sentencia, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015, rec. núm. 2820/2001, res. núm. 770/2014, en que, en relación con el antiguo procedimiento del artículo 131 de la LH, afirma que el deudor debe ser requerido de pago, pero no es necesario que sea demandado³. En similares términos se pronuncia alguna resolución de la jurisprudencia menor⁴.

La DGRN (actual DGSJFP) considera que la falta de demanda al deudor en el procedimiento hipotecario y el requerimiento de pago al mismo suponen la infracción de un trámite esencial del procedimiento causante de nulidad, pues aunque el requisito, de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, existen importantes conexiones entre la obligación

² AAP de Madrid, Sec. 19.ª, 171/2009, de 26 de junio, rec. núm. 325/2009, y Sec. 12.ª, 768/2012, de 12 de diciembre, rec. núm. 254/2012; Valencia, Sec. 6.ª, 45/2015, de 3 de marzo, rec. núm. 573/2014; Vizcaya, Sec. 5.ª, 77/2019, de 26 de junio, rec. núm. 470/2018.

³ STS, Sala de lo Civil, de 12 de enero de 2015, rec. núm. 2820/2001, res. núm. 770/2014: «Ello no empece para que el obligado principal al pago de la deuda sea requerido de pago necesariamente en este procedimiento, a fin de que evite con el cumplimiento de aquel la realización de los bienes afectos. Pero la demanda que persigue la realización de estos no tiene por qué dirigirse contra el mismo y sí solo contra el propietario registral, por ser el sujeto pasivo de la obligación garantizada por este especial derecho real».

⁴ AAP de Sevilla, Sec. 5.ª, de 16 de octubre de 2012, rollo 5932/2012.

del deudor y la garantía real hipotecaria, que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. No obstante, el centro directivo ha matizado esta doctrina, declarando que en el caso de que una resolución judicial firme haya fallado sobre la improcedencia de demandarle, no le compete al registrador cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del RH⁵.

De todos modos, con independencia de la tesis que se secunde, en todo caso será necesario requerir de pago al deudor no hipotecante, pues si la enajenación de la finca no fuera suficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar, lo que implica que, aun cuando no se dirija contra él la demanda, sea necesario que se le requiera de pago⁶.

1.2. Casos en que resulta necesario demandar al tercer poseedor y supuestos en que basta con notificarle la demanda

El mal llamado tercer poseedor de los bienes hipotecados no debe equivocarse con un tercer ocupante, dado que es un adquirente del pleno dominio u otro derecho real, como el usufructo o nuda propiedad del bien hipotecado, que no se ha subrogado en la deuda. El heredero del deudor hipotecario que adquiere la propiedad de la finca hipotecada no es tercer poseedor, pues le sucede en la deuda.

El artículo 685.1 de la LEC tan solo exige demandar al tercer poseedor si este hubiere acreditado al acreedor la adquisición del bien hipotecado; no obstante, este precepto ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte del Tribunal Constitucional⁷ y de la

⁵ Resolución de la DGRN de 2 de agosto de 2016: «Por lo que no nos encontramos ante una omisión en la formulación de la demanda que podría dar lugar a la nulidad del procedimiento, sino ante una serie de decisiones judiciales sobre la condición de demandado del deudor y por ende sobre los efectos de la omisión puesta de manifiesto, esto es, sobre la propia existencia de la nulidad, que proceden de la valoración e interpretación de la normativa aplicable por el juez competente, en cuya fundamentación no puede entrar el registrador. Porque si bien el registrador debe velar por la intervención del deudor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, una vez una resolución judicial firme decide sobre su improcedencia, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario».

⁶ Resolución de la DGRN de 7 de julio de 2017.

⁷ STC 79/2013, Sala 1.ª de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011: «En este sentido, el art. 685 LEC establece que la demanda debe dirigirse frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados "siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes", precepto este que entendido según el art. 24 CE nos lleva a la conclusión de que la situación de litisconsorcio necesario se produce en todo caso respecto de quien tiene inscrito su título adquisitivo, pues el procedimiento de ejecución hipotecaria no puede desarrollarse a espaldas del titular registral, como aquí ha sucedido, al serlo con anterioridad al inicio del proceso de ejecución hipotecaria».

DGSJFP (antigua DGRN)⁸, que entienden que en todo caso debe ser demandado cuando su derecho conste inscrito en el registro en el momento de presentar la demanda, dado que la inscripción atribuye una eficacia *erga omnes* a lo inscrito (arts. 13, 32 y 34 de la LH).

De todos modos, esta tesis ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina⁹ y no todos los tribunales la secundan; así, la SAP de Madrid, Sec. 20.^a, 199/2018, de 4 de junio, rec. núm. 129/2018, considera que si el tercer poseedor no ha acreditado su adquisición ante el acreedor, este no tiene que demandarle aun cuando el derecho de aquel conste en el momento de interponer la demanda inscrito en el registro, dado que sus derechos se salvaguardan al notificarle la existencia de la ejecución cuando es conocida su existencia por la certificación de cargas, toda vez que el acreedor hipotecario no tiene ninguna obligación de consultar el registro, porque la inscripción de la hipoteca le exonera de cualquier otra obligación posterior. Esta doctrina viene a reproducir lo declarado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2004, rec. núm. 2175/1998, res. núm. 462/2004, en la que afirma que la acreditación por parte del tercer poseedor de su adquisición implica una conducta positiva, no siendo suficiente para entender cumplida aquella condición con su inscripción en el Registro de la Propiedad¹⁰. Asimismo, en la STS de 28 de septiembre de 2009, rec. núm. 1388/2005, res. núm. 627/2009, afirma que:

No es esta la interpretación correcta de las normas en cuestión, ya que de las mismas se desprende que el acreedor hipotecario no está obligado inicialmente a examinar el contenido del Registro para requerir de pago a cualquier adquirente posterior de la finca hipotecada, sino que únicamente ha de hacerlo a aquel que le «acreditó» la adquisición, exigiéndole la ley simplemente la aportación de su título de ejecución debidamente inscrito.

No obstante, la DGSJFP/DGRN¹¹ considera que la citada doctrina jurisprudencial no puede mantenerse tras la STC 79/2013, de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011, en la que el Alto Tribunal declara que:

⁸ Resoluciones de la DGRN de 20 de marzo de 2014, 10 de julio de 2017 (BOE de 27 de julio de 2017) y 29 de marzo de 2019 (BOE de 16 de abril de 2019).

⁹ Cfr. García Vila (2014).

¹⁰ STS de 3 de junio de 2004, rec. núm. 2175/1998, res. núm. 462/2004: «Ante todo debe señalarse que en los alegatos de ambos motivos el recurrente no se atiene a la literalidad de algunas de las reglas del art. 131 LH que considera infringidas, pues el apartado tercero de la regla 3.^a no imponía al acreedor requerir de pago al tercer poseedor a todo trance, sino sólo «en el caso de que este hubiese acreditado al acreedor la adquisición del inmueble», conducta positiva a cargo del hoy recurrente de la que, sin embargo, no hay la menor constancia; y la regla 5.^a tampoco imponía en rigor un último requerimiento de pago, sino la notificación de la existencia del procedimiento al último adquirente para que pudiera, si le convenía, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y costas en la parte que estuviera asegurada con la hipoteca de su finca».

¹¹ Resoluciones de la DGRN 15 de febrero de 2018 y de 26 de julio de 2019.

La inscripción en el Registro produce la protección del titular derivada de la publicidad registral, con efectos *erga omnes*, por lo que debe entenderse acreditada ante el acreedor la adquisición desde el momento en que este conoce el contenido de la titularidad publicada, que está amparada por la presunción de exactitud registral.

La ejecución hipotecaria en modo alguno permite excepciones al derecho de defensa de los interesados, no siendo admisibles lecturas restrictivas de la intervención de quienes son titulares de derechos e intereses legítimos, entre el que figura el denominado legalmente como tercer poseedor, el cual debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito, ya que de este modo se ha de considerar suficientemente acreditada su adquisición frente al acreedor.

Asimismo, la DGSJFP/DGRN entiende necesario demandar al tercer poseedor cuando en el momento de interponer la demanda exista un mero asiento de presentación a su favor, dado que el artículo 24 de la LH considera como fecha de la inscripción a todos los efectos la fecha del asiento de presentación, retrotrayendo la eficacia de la inscripción posterior a la fecha de dicho asiento¹².

De todos modos, si el conocimiento o la propia existencia del tercer poseedor fuere posterior a la demanda ejecutiva por haber inscrito su derecho después en el registro, no será causa de nulidad no haberle demandado. No obstante, si al recibir la certificación registral se conociera su existencia, el juzgado le ha de notificar la existencia del procedimiento, en el domicilio que conste en el registro, para que pueda, si le conviene, intervenir en la ejecución o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su finca (arts. 689 de la LEC y 132.2.º LH).

Ahora bien, en el caso de que el tercer poseedor haya inscrito su derecho en el registro con posterioridad a la certificación de cargas, no será necesario tan siquiera notificarle la existencia del procedimiento, puesto que ya habrá conocido el mismo por la nota marginal que extiende el registrador cuando expide la citada certificación (art. 132.2.º LH).

La comunicación efectuada por el registrador al amparo del artículo 659 de la LEC no puede suplir la demanda frente al tercer poseedor ni el requerimiento de pago al mismo, y tiene solo el efecto de permitir a los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hi-

¹² En este sentido, la Resolución de la DGRN de 7 de marzo de 2014 contempla un supuesto en que en la certificación solicitada antes de iniciarse el procedimiento para acompañar a la demanda se reseñó que existía presentado, pendiente de despacho, el título de compraventa de la finca hipotecada a favor de unos terceros. En esta resolución se declara que, en tanto el artículo 24 de la LH considera como fecha de la inscripción a todos los efectos la fecha del asiento de presentación, y dado que se retrotrae la eficacia de la inscripción posterior a la fecha de dicho asiento, deben ser demandados y requeridos de pago los terceros adquirentes, en su condición de terceros poseedores, cuando presentaron su título antes de interponer la demanda de ejecución, aun cuando obtuvieron su inscripción después.

poteca pagar y subrogarse en el lugar del acreedor, sin que a estos efectos pueda resultar de aplicación el artículo 660.2 de la LEC, según el cual «la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que estas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiriera el inmueble en la ejecución»¹³.

En el supuesto de que, siendo preceptivo demandar al tercer poseedor o notificarle la existencia del proceso se haya obviado este requisito, ello determinará la nulidad del procedimiento.

También podrá ser motivo para la interposición de un recurso de amparo cuando, constando en la certificación de cargas que el titular del inmueble es distinto al deudor hipotecario, ni se le requiera de pago ni se le notifique la existencia del procedimiento¹⁴.

Asimismo, no se podrá inscribir el decreto de adjudicación si no consta que los titulares de derechos inscritos que se pudieran ver afectados han tenido la intervención establecida por las leyes para su defensa, evitando así que sufran las consecuencias de su indefensión procesal (art. 132 de la LH)¹⁵.

En la Resolución de la DGRN de 5 de septiembre de 2016 se llega a otorgar la condición de tercer poseedor al titular del derecho de uso que consta en el registro con posterioridad a la hipoteca, considerando que si no se le ha demandado, o en su caso notificado la existencia del procedimiento hipotecario, no se podrá inscribir el testimonio del decreto de adjudicación. No obstante, esta resolución ha sido revocada por la Audiencia Provincial de Granada, Sec. 4.ª, en Sentencia 10/2019, de 11 de enero, rec. núm. 405/2018, que considera que no existe parangón entre el derecho de uso y el usufructo: el primero no es un derecho real, mientras que el segundo sí lo es, por lo que la intervención del titular del derecho de uso en el proceso de ejecución hipotecaria –justificada y amparada en su condición de ocupante de la finca hipotecada– queda reducida, única y exclusivamente, a hacer valer su derecho a permanecer en la ocupación del inmueble, conforme se desprende de lo establecido por los artículos 661, 675 y 704 de la LEC¹⁶.

¹³ Resoluciones de la DGRN de 18 de septiembre de 2013 y de 21 de marzo de 2014.

¹⁴ El TC, en la Sentencia, Sala 1.ª, 79/2013, de 8 de abril, rec. núm. 6996/2011, estima el amparo en un supuesto en que, constando en la certificación de cargas que el titular del inmueble era distinto al deudor hipotecario, ni se le requirió de pago ni se le notificó la existencia del procedimiento, considerando que su falta de llamada al proceso de ejecución hipotecaria vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la CE.

¹⁵ RDGRN de 20 de noviembre de 2014.

¹⁶ La regla general es que si el derecho de uso no consta en el registro o figura inscrito con posterioridad a la hipoteca, se extinguirá tras la subasta, al no ser oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del registro, todo ello sin perjuicio de que, dentro del ámbito matrimonial, pueda el perjudicado instar una modificación de medidas a los efectos del incremento de las prestaciones económicas a fin de ser compensado por la pérdida de ese derecho de uso (SSTS 584/2010, de 8 de octubre y 118/2015,

2. Despacho de ejecución si el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor están declarados en concurso

2.1. Deudor, no propietario del bien hipotecado, declarado en concurso

El hecho de que el deudor haya sido declarado en concurso no presenta relevancia alguna a los efectos de iniciar el procedimiento hipotecario cuando el bien hipotecado no le pertenece, toda vez que la ejecución se dirige contra un bien que no es propiedad del mismo, siendo inocua la posición del deudor en situación de concurso para las resultas del procedimiento hipotecario seguido contra los bienes del hipotecante no deudor¹⁷, puesto que si la propia Ley concursal admite la prosecución del procedimiento cuando se trata de bienes no vinculados a la actividad del concursado (art. 146 de la LC), cuanto más habrá de reconocerse la oportunidad de la misma cuando tales bienes sean de todo ajenos a la masa por ser de titularidad ajena, quedando preservada la posición del deudor por la relegación del ejercicio de las ulteriores acciones ejecutivas personales conforme predica el artículo 142 de la LC que, como regla general, no permite la iniciación de ejecuciones singulares contra el mismo¹⁸.

De todos modos, cuando el deudor estuviere declarado en concurso, y no el hipotecante no deudor, el crédito del acreedor real no se puede calificar como privilegiado¹⁹.

El problema en estos casos es si hay que demandar al deudor en la ejecución hipotecaria.

Algunas resoluciones²⁰ entienden que el hecho de que el deudor esté en concurso no presenta relevancia alguna y que habrá que demandarlo en el procedimiento hipotecario,

de 6 de marzo. AAP de Guadalajara, Sec. 1.^a, 12/2009, de 20 de enero, rec. núm. 261/2008. SAP de Valencia, Sec. 7.^a, 245/2009, de 8 de mayo, rec. núm. 878/2008. Resoluciones de la DGRN de 8 de abril de 2015 y 8 de marzo de 2018).

¹⁷ STS, Sala 1.^a, de 18 de junio de 2014: «Por consiguiente, el acreedor que ha recibido del fiador una garantía real (prenda), en caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor aun hallándose este en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía».

¹⁸ AP de Granada, Sec. 5.^a, auto núm. 245/2015, de 28 diciembre.

¹⁹ Resolución de la DGSJFP de 19 de octubre de 2020. Cfr. Sánchez Pérez (2014) y Cano (2017).

²⁰ AAP de La Rioja, Sec. 1.^a, 40/2018, de 19 de marzo, rec. núm. 102/2017: «Como es de ver, la demanda de ejecución hipotecaria se ha dirigido exclusivamente contra el hipotecante no deudor, Obanos Elguea Gestión SL, no habiéndose dirigido la misma contra el deudor prestatario Alba Rubio SA, que fue declarada en concurso voluntario de acreedores por auto de fecha 18 de octubre de 2012 del juzgado de lo mercantil n.º 6 de Logroño, en procedimiento de concurso voluntario 801/2012 [...]. En este caso, no debió admitirse a trámite la demanda de ejecución hipotecaria en los términos en los que estaba planteada, por no ajustarse a lo dispuesto en el art. 685.1 de la LEC, norma procesal de orden público de obligada observancia, lo que determina la nulidad de lo actuado, pues conforme a lo establecido en el apartado

pues la ejecución se dirige contra un bien que no es de su propiedad, ya que aunque ciertamente no podrá pagar al margen del concurso, sí puede ejercitar su derecho de defensa. Bien es cierto que el deudor no podría hacer frente a la deuda, pero el artículo 685 de la LEC no distingue entre deudor solvente o deudor insolvente y exige imperativamente que sea demandado en la ejecución hipotecaria.

De todos modos, como hemos reseñado *supra*, el propio Tribunal Supremo (sentencia de 12 de enero de 2015, rec. núm. 2820/2001, res. núm. 770/2014) ha puesto en tela de juicio la necesidad de demandar al deudor en el procedimiento hipotecario cuando no sea el propietario del bien. Asimismo, algunas resoluciones consideran que el hecho de que el deudor esté declarado en concurso, convierte su presencia en el proceso hipotecario prácticamente en una formalidad vacía, puesto que la reclamación del banco acreedor contra él se está ya ejecutando en el seno del proceso universal, por lo que un eventual requerimiento de pago en el proceso hipotecario no solo sería irrelevante, sino también incoherente e inatendible, y lo mismo cabe decir de una eventual continuidad del proceso por la diferencia no satisfecha con la garantía la ejecución hipotecaria (autos de la AP de Barcelona, Sec. 16.ª, de 15 octubre de 2013, núm. 236/2013 y de la AP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 17 de junio de 2015, núm. 308/2015)²¹.

tercero del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 225 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son nulos de pleno derecho los actos judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas por la ley, o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido efectiva indefensión, como ocurre en el presente caso, en el que la deudora Alba Rubio SA no pudo articular oposición alguna a la demanda presentada por Bankia SA, por lo que procede declarar la nulidad del procedimiento desde el momento inmediatamente anterior al dictado del auto de 22 de marzo de 2016, a fin de que por el juzgado se requiera a la parte demandante para que en el plazo que al efecto se señale, amplíe la demanda frente a Alba Gestión SA, y de no hacerlo así se proceda al sobreseimiento y archivo de la ejecución».

En parecidos términos, AAP Vizcaya, Sec. 5.ª, 77/2019, de 26 de junio, rec. núm. 470/2018. García-Rostán Calvín (2014). Según esta autora es cierto que la condición de parte del deudor concursado en el proceso de ejecución hipotecaria va a conllevar su condena en costas si la ejecución sigue su curso, pero no por ello se produce una diferencia relevante en el número e importe de créditos a los que ha de hacer frente su patrimonio en comparación con la situación que se produciría de ser el hipotecante no deudor el único demandado y condenado en costas, pues este podría repercutir en el deudor tal condena.

²¹ AAP de Córdoba, Sec. 1.ª, núm. 308/2015, de 17 junio (JUR 2015\193257: «Sin embargo, encontrándose a la fecha de presentación de la demanda dicha compañía mercantil deudora en concurso de acreedores, no era posible dirigir la ejecución contra ella, conforme al artículo 55.1 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748), por lo que la única legitimada posible era la mencionada hipotecante no deudora. Sin que se plantee propiamente situación de litisconsorcio pasivo necesario, como se afirma en el recurso de apelación, puesto que los títulos de responsabilidad frente a la entidad acreedora son diferentes, ya que Cocipesca, S.L. responde a título personal o contractual, como prestataria; mientras que la obligación de la apelante es de carácter real, como garante hipotecaria. E incluso aunque se considerase que existía tal situación litisconsorcial estricta, el litisconsorcio queda roto *ex lege* por la previsión del mencionado artículo 55.1 de la Ley Concursal, como se desprende claramente del artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) (al que se remite, en lo que se refiere a la ejecución

Asimismo, la DGSJFP/DGRN²² considera que si el deudor se encuentra declarado en concurso, hay argumentos para considerar que el no haber dirigido la demanda del procedimiento hipotecario contra él es un defecto subsanable y no impide la inscripción de la del decreto de adjudicación cuando este pertenece a un hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y su firmeza.

2.2. Tercer poseedor declarado en concurso

La declaración de concurso del tercer poseedor no afecta a la ejecución de la garantía real (art. 151 LC), por lo que podrá iniciarse y tramitarse el procedimiento hipotecario aunque el bien sea necesario para su actividad profesional y empresarial.

El hecho de que la ley autorice a iniciar un procedimiento hipotecario y a no suspenderlo, cuando el concursado tiene la condición de tercer poseedor, tiene como finalidad evitar que cualquier deudor pretenda perjudicar a su acreedor transmitiendo los bienes gravados a un concursado o a una persona cercana al estado de insolvencia²³.

2.3. Concurso del hipotecante no deudor

La Ley concursal no establece ninguna previsión normativa para el caso de que fuere declarado en concurso el hipotecante no deudor (es decir, quien hipotecó un bien propio por una deuda ajena), por lo que procede preguntarse si resulta oportuno otorgarle el mismo tratamiento que al tercer poseedor, aun cuando la ley no lo disponga expresamente, habida cuenta de que la situación es muy similar, dado que ambos son titulares de bienes hipotecados sin ser deudores.

A favor de otorgarle el mismo tratamiento se considera que su declaración de concurso no tiene por qué afectar a la ejecución de la garantía real, dado que el acreedor hipotecario

hipotecaria, el artículo 681 de la misma Ley), al permitir en caso de pluralidad de ejecutados y cuando alguno de ellos está en concurso, la ejecución contra los ejecutados no concursados».

²² En la Resolución de la DGRN de 7 de junio de 2012 se resuelve un recurso en que la entidad deudora no fue demandada, aunque se le notificó y requirió de pago, si bien, en un domicilio no designado en la escritura de constitución de la hipoteca; sin embargo, el centro directivo considera que el hecho de no dirigir la demanda contra el deudor, aunque podría dar lugar a que no fuera factible para el acreedor embargar otros bienes del mismo, ex art. 579 de la LEC, pues faltaría un presupuesto para ello, que es la reclamación contra el deudor dentro del procedimiento de ejecución, no impide la inscripción de la adjudicación del bien cuando este pertenece al hipotecante no deudor que ha consentido el decreto de adjudicación y la firmeza del mismo. En parecidos términos se pronuncian las Resoluciones de la DGRN de 22 de julio de 2014 y de 15 de octubre de 2014.

²³ RDGRN 1 de abril de 2014.

no ostenta un derecho de crédito contra el concursado, aunque la garantía se haga efectiva contra un bien hipotecado que forma parte de su patrimonio²⁴.

No obstante, en contra se pronuncia, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, en la sentencia de 18 de junio de 2014, rec. núm. 711/2012, res. núm. 313/2014, que en un caso de concurso del hipotecante no deudor considera posible paralizar la ejecución de la garantía real²⁵.

Asimismo, la DGSJFP/DGRN entiende que no se puede otorgar el mismo tratamiento al hipotecante no deudor que al tercer poseedor, puesto que mientras que aquel es parte en el negocio jurídico de constitución de la garantía y, normalmente, parte en la obligación garantizada; sin embargo, el tercer poseedor resulta ajeno a la obligación garantizada. El bien inmueble hipotecado se encuentra integrado en el inventario de bienes de la masa activa del concurso del hipotecante no deudor, de acuerdo con el principio de universalidad de la masa activa, por lo que, a efectos de ejecución, debería someterse a las reglas generales y no aplicar por analogía la regulación del tercer poseedor (RDGSJFP, de 19 de octubre de 2020).

En todo caso, lo que está claro es que en el concurso del hipotecante no deudor no podrá ser incluida dicha deuda en la masa pasiva, aun cuando en el inventario deba incluirse el bien con la minoración que conlleva el gravamen de la hipoteca²⁶. No obstante, si la obligación fuera satisfecha por el deudor extraconcursalmente, se extinguirá la garantía real mediante la cancelación del correspondiente asiento registral, recuperando los bienes sobre los que se hubiera constituido la garantía de la integridad del avalúo que les correspondiera por su valor de mercado, sin la merma de la carga ya desaparecida²⁷. El crédito del acreedor hipotecante no puede ser objeto de calificación en el concurso del hipotecante no deudor, como si de un mero fiador se tratara, pues ningún crédito concursal le debe ser reconocido, dado que el concursado no es su deudor²⁸.

²⁴ SAP de Orense, Sec. 1.ª, 214/2018, de 27 de julio, rec. núm. 19/2018: «El tercero hipotecante no deudor responde de la deuda con el límite del bien hipotecado, que puede ejecutarse separadamente al devenir del concurso, pudiendo el beneficiario de la garantía iniciar la ejecución con anterioridad al concurso y continuarla durante el mismo o promoverla tras la declaración de concurso».

²⁵ STS, Sala 1.ª, de 18 de junio de 2014, rec. núm. 711/2012, res. núm. 313/2014: «[...] consecuencia de cuanto precede, no es de aplicación el apartado 3 del art. 61 al ser el préstamo un contrato unilateral, y no estar el fiador real en concurso, en cuyo supuesto, podría invocarse, en su caso, la paralización de la ejecución de la garantía que prevé el art. 56 LC».

²⁶ SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 28 de septiembre de 2011, rec. núm. 402/2011; Córdoba, Sec. 3ª, de 23 de septiembre de 2013, rec. núm. 213/2013; SAP de Granada, Sec. 3.ª, de 7 de abril de 2016, rec. núm. 96/2016, res. núm. 87/2016.

²⁷ SAP de Córdoba, Sec. 3.ª, de 23 de septiembre de 2013, rec. núm. 213/2013, res. núm. 146/2013.

²⁸ SAP de Granada, Sec. 3.ª, 87/2016, de 7 de abril, rec. núm. 96/2016 (SP/SENT/866801).

3. Discriminación legal del ejecutado que no ostenta la condición de deudor

3.1. Porcentajes superiores para que el ejecutante se adjudique la vivienda habitual hipotecada cuando es propiedad del deudor, pero no de otro ejecutado

En caso de subasta desierta no es justo que el artículo 671 de la LEC solo exija al ejecutante ofrecer una cantidad de al menos el 70 % del valor de salida, o si lo debido es inferior, del 60 %, si se trata de la vivienda habitual «del deudor» (y no de otro ejecutado).

En parecidos términos, el artículo 670.4 establece que si ningún postor ofrece al menos el 70 % del valor por el que el inmueble ha salido a subasta ni el ejecutado presenta en 10 días un tercero que adquiera el bien por cantidad superior a dicho importe o al menos que cubra todo lo debido, el ejecutante, en el plazo de 5 días, se podrá adjudicar el mismo por el 70 % o por lo que se le debe por todos los conceptos, siempre que sea superior a la mejor postura y al 60 % del valor de tasación. La disposición adicional sexta de la LEC (introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre) matiza que la exigencia de ser superior al 60 % solo opera para el caso de vivienda habitual «del deudor».²⁹

Estas discriminaciones legales de unos ejecutados respecto de otros no resultan justas, pues aunque bien es cierto que parte de la jurisprudencia menor³⁰ se muestra a favor de una interpretación extensiva del término «deudor», entendiendo como tal a «todo ejecutado», otras resoluciones defienden una interpretación literal³¹.

²⁹ La técnica legislativa resulta pésima, ya que una lectura literal del artículo 670.4 no permite ni tan siquiera sospechar que solo respecto de la *vivienda habitual del deudor* opera dicha exigencia. Para conocer dicho extremo debemos consultar la disposición adicional sexta, segundo párrafo, de la LEC, resultando reprobable que una modificación que afecta directamente al artículo 670.4 no esté incluida en el propio precepto y que se discrimine, sin razón alguna, a quien siendo ejecutado no reuna la condición de deudor.

³⁰ AAP de Madrid, Sec. 14.^a, de 28 de julio de 2016, rec. núm. 148/2016, res. núm. 315/2016: «En esas condiciones se impone la revocación del auto apelado, ya que aunque la vivienda hipotecada no sea la habitual del deudor, sí lo es del hipotecante no deudor, y debe gozar de la misma protección por obvias razones de analogía, y de defensa de ese bien, que goza de especial protección. Por tanto ha de revocarse el decreto de adjudicación, de modo que el acreedor pueda adjudicarse los bienes ejecutados en los términos y con las consecuencias del art 671 LEC».

El AAP de La Coruña, Sec. 6.^a, 62/2018, de 29 junio, rec. núm. 433/2017, considera que «no es pues descartable en absoluto una interpretación que asimile al deudor otras figuras análogas (fiador o hipotecante no deudor) en las que se produzca la misma situación de pérdida de una vivienda que sirva de morada, superando así analógicamente la dicción legal –cuya estricta precisión terminológica puede ser discutida– al ser extensible a aquellas la misma finalidad tuitiva del precepto». En igual sentido, Sánchez Gálvez (2014).

³¹ En contra: AAP de Barcelona, Sec. 1.^a, 13 de julio de 2015, rec. núm. 16/2015, res. núm. 252/2015: «Por otra parte, la exigencia de que la cantidad "mínima" por la cual pueda adjudicarse el ejecutante la finca

Por nuestra parte, nos mostramos a favor de una interpretación extensiva del término «deudor», entendiendo como tal a todo el que ostenta la condición de «ejecutado», dado que es igualmente digno de protección el padre que para sufragar un préstamo de su hijo ha hipotecado su propia vivienda (hipotecante no deudor), que quien para pagar una deuda propia hubiese hipotecado su vivienda (deudor hipotecante).

Consideramos reprochable que la Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (actualmente en anteproyecto) siga incurriendo en el mismo defecto. En esta norma el legislador se hace eco de la doctrina de la DGSJFP/DGRN³² y la nueva redacción

haya de ser mayor cuando se trate de vivienda habitual del deudor que cuando no lo sea, está en directa relación con la importancia que tiene el inmueble para el deudor, precisamente por ser su "vivienda habitual". Es decir, el deudor que pierde su vivienda habitual como consecuencia de la ejecución, la pierde al menos por un porcentaje incrementado de adjudicación del bien. La deuda, de ese modo, se le reducirá en mayor proporción. Si quien pierde la vivienda habitual es el hipotecante no deudor, ningún beneficio obtendrá porque se adjudique por un porcentaje mayor. El beneficio lo obtendrá el deudor, que verá reducida su deuda en una cantidad mayor, pero no él».

³² La redacción actualmente vigente del artículo 671 de la LEC obedece a la reforma de la LEC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, y conforme a la misma en caso de subasta desierta de la vivienda habitual del deudor, el ejecutante podrá adjudicarse el bien por un importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiese salido a subasta, o si la cantidad que se le debe por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%.

Aun cuando la ratio de este precepto pretende beneficiar al ejecutado, por el contrario, puede ocasionarle graves perjuicios, lo que ha suscitado que la DGSJFP (antigua DGRN) haya efectuado una interpretación correctora entendiendo que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la LEC había de ser que, si la cantidad que se debe por todos los conceptos es inferior al 70% del valor por el que el bien salió a subasta, no se puede permitir al ejecutante pedir la adjudicación por el 60%, porque en ese caso podrían quedar cantidades pendientes de pago, por lo que lo justo es que se lo adjudique por todo lo debido si supera ese 60%, en aras de evitar un resultado contrario al espíritu y finalidad de la ley (resoluciones de la DGRN/DGSJFP de 12 de mayo de 2016, 21 de septiembre de 2016 [BOE de 14 de octubre], 21 de octubre de 2016 [BOE de 18 de noviembre], 5 de julio de 2017 [BOE de 1 de agosto], 5 de septiembre de 2018, 20 de julio de 2020 y 10 de agosto de 2020).

En similar sentido se han pronunciado algunas resoluciones judiciales (AAP de Toledo, Sec. 2.ª, 150/2017, de 7 de marzo; Valencia, Sec. 9.ª, de 8 de mayo de 2017, rec. núm. 37/2017, res. núm. 574/2017; Valencia, Sec. 9.ª, 824/2017, de 26 de junio, rec. núm. 542/2017, res. núm. 824/2017; Castellón de la Plana, Sec. 3.ª, de 11 de diciembre de 2017, rec. núm. 477/2017, res. núm. 302/2017; Valencia, Sec. 9.ª, de 20 de mayo de 2019, rec. núm. 2158/2018, res. núm. 202/2019, y SAP de Castellón de la Plana, Sec. 3.ª, de 11 de octubre de 2018, rec. núm. 1016/2017, res. núm. 381/2018).

No obstante, otros tribunales se pronuncian en contra aplicando literalmente el artículo 671 de la LEC (AAP de Guadalajara, Sec. 1.ª, de 5 de diciembre de 2016, rec. núm. 322/2016, res. núm. 209/2016; Huelva, Sec. 2.ª, de 16 de abril de 2018, rec. núm. 125/2018, res. núm. 146/2018; Toledo, Sec. 2.ª, de 28 de diciembre, rec. núm. 91/2018, res. núm. 308/2018).

Por lo demás, la Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 2016 ha sido revocada por la AP de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, en Sentencia de 30 de octubre de 2018, rec. núm. 635/2017, res. núm. 753/2018, pero la DGSJFP sigue manteniendo esta misma doctrina en otras resoluciones posteriores, como la de 20 de julio de 2020 o la de 10 de agosto de 2020, en que declara que una interpretación

del artículo 671 de la LEC prevé que el ejecutante no podrá adjudicarse la vivienda habitual «del deudor», ni aun cuando actúe como postor rematante, por cantidad inferior al 70 % de su valor de subasta, salvo que lo haga por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, en cuyo caso no se la podrá adjudicar por menos del 60 % del valor de subasta, y este mismo porcentaje se exige en la subasta con postores para aprobar el remate. La nueva regulación mejora la actual, pues evita que cuando lo debido sea inferior al 70 %, el ejecutante pueda adjudicarse la vivienda habitual del deudor por el 60 % del valor de subasta y seguir reclamando el resto en otra ejecución, posibilidad que ampara la todavía vigente redacción del artículo 671 de la LEC; sin embargo, dicha prerrogativa solo se contempla si se trata de la vivienda habitual del «deudor» y no de todo ejecutado, lo que no se alcanza a comprender.

3.2. Limitación de las costas al 5 % de la cantidad reclamada en la demanda ejecutiva solo en caso de ejecución de la vivienda habitual del deudor

Conforme al artículo 575.1 bis, «en todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

Este precepto no opera al inicio del procedimiento en aras de presupuestar en el auto una cantidad para intereses y costas, sino cuando definitivamente se tasan las costas³³, en cuyo caso el deudor que haya perdido su vivienda habitual embargada o hipotecada no deberá abonar de costas más del 5 % de la cantidad inicialmente reclamada³⁴.

Para hallar esta cantidad se ha de tener en cuenta lo reclamado en la demanda ejecutiva de principal, sin adicionar lo presupuestado para intereses y costas³⁵. Además, en dicho porcentaje se incluye el IVA, tal y como ha declarado la DGRN en la Resolución de 19 de septiembre de 2018, al no haberlo excluido expresamente el legislador, a diferencia de en el segundo inciso del párrafo cuarto del artículo 243.2 de la LEC³⁶.

puramente literal del artículo 671 de la LEC llevaría a que el esfuerzo del ejecutado por pagar parte de su deuda se traduciría en un perjuicio y pérdida patrimonial para él mucho mayor, pues una pequeña reducción del crédito del actor permitiría a este adjudicarse la finca con una gran reducción de su valor, en concreto tan solo por el 60 % del valor de subasta, quedando además deuda pendiente de pago.

³³ AAP de Valencia, Sec. 6.^a, 45/2015, de 3 de marzo, rec. núm. 573/2014.

³⁴ El AAP de Valencia, Sec. 6.^a, 130/2014, de 8 de julio, rec. núm. 294/2014, considera que habiendo condenado en todas las costas de la ejecución al deudor ejecutado en el auto resolviendo la oposición a la ejecución, sin atender a la limitación que impone el artículo 575 de la LEC, ese pronunciamiento, que resulta perjudicial para los intereses de los deudores, es susceptible de apelación.

³⁵ Véase base de datos de Sepín (septiembre 2015) (SP/CONS/87013).

³⁶ El párrafo cuarto del artículo 243.2 dispone que no se computará el importe de dicho impuesto a los efectos del apartado 3.º del artículo 394, por lo que no se tendrá en cuenta para hallar la tercera parte de la

El problema es que el artículo 575.1 bis de la LEC tan solo limita las costas, en caso de ejecución de vivienda habitual, a un máximo del 5% de la cantidad que se reclama en la demanda ejecutiva respecto del «deudor» y no respecto de todo ejecutado, aunque compartimos las opiniones que consideran que lo más correcto es realizar una interpretación extensiva³⁷.

3.3. Inclusión en las costas de la tasa abonada por el ejecutante solo si el préstamo se ha utilizado para adquirir la vivienda habitual

El artículo 241.1.7.º de la LEC establece que no se incluirá en las costas del proceso el importe de la tasa de 200 euros abonada por el ejecutante (persona jurídica) en los procesos de ejecución de las hipotecas constituidas para la adquisición de vivienda habitual ni en los demás procesos de ejecución derivados de dichos préstamos o créditos hipotecarios cuando se dirijan contra el propio ejecutado o contra los avalistas.

El problema es que para que opere esta exención se exige que la hipoteca se haya constituido para la *adquisición* de la vivienda habitual, por lo que no se exime de la tasa al ejecutado que haya hipotecado su vivienda habitual para garantizar un préstamo destinado a otra finalidad o para garantizar una deuda ajena.

Esta previsión legal no resulta justa, pues no se entiende por qué al hipotecante no deudor, el cual garantiza con un bien propio (como puede ser su vivienda habitual) una deuda

cuantía del proceso, que es el límite que se puede incluir en las costas, salvo temeridad del condenado, respecto de los profesionales no sujetos a arancel (abogados y peritos) por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento. Esta exclusión fue introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, y cuando esta norma se aprobó ya se había incluido en la LEC el artículo 575.1 bis en su redacción actual, con lo que el legislador, si bien pudo haber contemplado en el inciso segundo del párrafo cuarto del art. 243.2 una segunda excepción relativa al artículo 575.1 bis, no lo hizo, de lo que se infiere que hay que entender que prefirió que se mantuviera la regla general, y que se incluyera el importe del IVA de los honorarios de abogado y procurador para calcular el límite del 5% a que alude el artículo 575.1 bis. Además, los intereses del deudor ejecutado se encuentran mejor protegidos si se entiende que dentro del límite del 5% que el artículo 575.1 bis fija para las costas exigibles en caso de ejecución sobre la vivienda habitual del deudor, se incluye también el importe del impuesto sobre el valor añadido, pues no hay que olvidar que fue la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la que introdujo en la ley civil rituaría este precepto y la *voluntas legislatoris* no fue otra que garantizar que la ejecución hipotecaria se realizara de manera que los derechos e intereses del deudor hipotecario fueran protegidos de forma adecuada, siendo por tanto este criterio finalista el que ha de presidir cualquier interpretación de las normas de dicha ley. Si el tenor del artículo 575.1 bis, así interpretado, no se respeta, no puede sostenerse que se haya seguido un procedimiento adecuado, por lo que el registrador no inscribirá el testimonio del decreto adjudicación (Resolución de la DGRN de 19 de septiembre de 2018).

³⁷ Cfr. Sánchez Gálvez (2014).

ajena, se le haya de repercutir en las costas la tasa abonada por el ejecutante por el mero hecho de que el préstamo no se haya utilizado para adquirir la misma, sino como medio de garantía de una deuda ajena destinada a cualquier otra finalidad.

3.4. Derecho concedido solo al deudor de liberar su vivienda habitual hipotecada sin el consentimiento del ejecutante, en caso de vencimiento anticipado por impago de cuotas

El artículo 693.3 de la LEC (relativo al vencimiento anticipado por impago de cuotas de la hipoteca) establece que:

En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior [...].

Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

El artículo 693.3 de la LEC solo se refiere al «deudor» y no a todo ejecutado, lo que no resulta acertado. No se entiende que el legislador modificara el artículo 670.7 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, permitiendo al ejecutado (y no solo al deudor, como se decía con anterioridad) liberar el bien pagando todo lo debido al ejecutante por principal, costas e intereses, y que no realizara idéntica modificación en el artículo 693.

Bien es cierto que dicho precepto también permite a un tercero realizar el pago con el consentimiento del acreedor, pero hay que tener en cuenta que el hipotecante no deudor y el tercer poseedor ni son deudores ni son tampoco terceros, puesto que son ejecutados. El problema es que cuando libera el bien un tercero se exige en todo caso el consentimiento del ejecutante.

El tenor literal de la norma debe ser objeto de una interpretación extensiva debiendo entenderse, para evitar una discriminación injustificada, que el ejecutado que no ostenta la condición de deudor también puede liberar su vivienda habitual sin el consentimiento del acreedor.

3.5. Mayores limitaciones del hipotecante no deudor y del tercer poseedor para alegar cláusulas abusivas y para conseguir la restitución de sus efectos

Resulta posible que el garante ostente la consideración de consumidor aun cuando el deudor no lo sea en el caso de que aquel no haya actuado en el marco de su actividad profesional y entre el garante y el prestatario no existan vínculos funcionales, por ejemplo, una sociedad y su administrador³⁸.

De todos modos, la normativa de consumo solo se aplicará en lo que afecte al garante consumidor³⁹. El control de abusividad se circunscribe a sus concretas cláusulas, sin extenderse a las específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a las que será aplicable la normativa que corresponda en atención a la condición de sus partes contratantes⁴⁰.

En este sentido, la SAP de Jaén, Sec. 1.ª, 45/2019, de 16 de enero, rec. núm. 186/2018, versa sobre un supuesto en que el hipotecante no deudor interesa la nulidad de varias cláusulas: «comisiones por reclamación de posiciones deudoras, intereses moratorios superiores en diez puntos el interés remuneratorio, y la que impone al prestatario la totalidad de los gastos de la operación». Se considera que dicho hipotecante, al no ser deudor, carece de legitimación activa para instar la acción de nulidad por abusivas de estas cláusulas, por no ser parte del contrato de préstamo, ni tratarse de un supuesto de nulidad radical por falta de causa o de objeto.

³⁸ AATJUE de 19 de noviembre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:772) y 14 de septiembre de 2016 (ECLI:EU:C:2016:700); AAP de Lugo, Sec. 1.ª, 3/2017, de 11 de enero, rec. núm. 497/2016; Pontevedra, Sec. 1.ª, 83/2016, de 6 de abril, rec. núm. 128/2016; Asturias, Oviedo, Sec. 6.ª de 18 de noviembre, rec. núm. 432/2016, res. núm. 331/2016; La Coruña, Santiago de Compostela, Sec. 6.ª, 115/2017, de 7 de noviembre, rec. núm. 241/2017; Zaragoza, Sec. 5.ª, 32/2017, de 13 de enero, rec. núm. 334/2016; Toledo, Sec. 2.ª, 48/2018, de 15 de febrero, rec. núm. 95/2017; Gerona, Sec. 1.ª, 87/2018, de 25 de abril, rec. núm. 177/2018. Resoluciones de la DGRN/DSJFP de 14 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2017.

³⁹ AP de Huelva, Sec. 2.ª, 38/2018, de 31 enero; SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 6 de abril de 2016, rec. núm. 128/2016, res. núm. 83/2016; Asturias, Oviedo, Sec. 6.ª, de 18 de noviembre de 2016, rec. núm. 432/2016, res. núm. 331/2016; Pontevedra, Sec. 1.ª, 3/2018, de 8 de enero, rec. núm. 753/2017; Barcelona, Sec. 15.ª, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017; Barcelona, Sec. 15.ª, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018.

⁴⁰ RDGRN de 27 de junio de 2019: «Por tanto, independientemente de que el interés moratorio pactado del 9% nominal anual sea válido respecto del prestatario no consumidor, e inscribible a esos efectos obligacionales y para posibilitar la fijación de la deuda remanente (artículos 130 de la Ley Hipotecaria y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); dado que no podrá afectar al hipotecante consumidor ni ser objeto de pago directo al acreedor con la resultas del remate (artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil *in fine*), no podrá ser objeto de cobertura hipotecaria, la cual debe limitarse a aquel tipo máximo de interés moratorio que es susceptible de afectar al hipotecante consumidor, que en este caso es del 5,95%».

Por lo demás, en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, 3/2018, de 8 de enero, rec. núm. 753/2017, se entiende que aun cuando se declare, a instancia del garante, la abusividad de la cláusula suelo (por ostentar el mismo la condición de consumidor pero no el deudor), la pretensión de restitución de las cantidades indebidamente abonadas no se puede reconocer al no haber sido el garante, sino el propio deudor, el que ha procedido al pago⁴¹.

Lo propio ocurre respecto de los terceros poseedores a los que se restringe la oposición por cláusulas abusivas. En este sentido, en el AAP de Málaga, Melilla, Sec. 7.^a, 38/2019, de 11 de noviembre, rec. núm. 64/2019, se considera que los terceros poseedores no pueden reputarse tributarios de la protección dispensada por nuestro ordenamiento jurídico a los consumidores y usuarios frente a la existencia de cláusulas abusivas insertas en un contra-

⁴¹ En la SAP Pontevedra, Sec. 1.^a, 3/2018, de 8 de enero, rec. núm. 753/2017, se declara la abusividad por falta de transparencia de una cláusula suelo inserta en un contrato mercantil respecto a los fiadores-consumidores, entendiéndose que la misma debe ser expulsada del contrato únicamente respecto de aquellos, no afectando a las obligaciones del deudor principal (no consumidor), lo que determina que la pretensión de restitución, no constando el pago por los fiadores de las cuotas de amortización del préstamo, no pueda prosperar. Esta doctrina resulta perfectamente aplicable al hipotecante no deudor, en su condición de garante.

En similares términos, en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^o, de 6 de abril de 2016, rec. núm. 128/2016, res. núm. 83/2016, se declara abusiva la cláusula de intereses de demora con efectos limitados al fiador (consumidor), declarando que dicha cláusula desplegará todos sus efectos respecto de los demás ejecutados, que no ostentan dicha consideración

Asimismo, el AAP de Huelva, Sec. 2.^a, 38/2018, de 31 enero (JUR\2018\93415) declara nula por abusiva la cláusula de intereses de demora del 25 % anual del préstamo únicamente respecto de los fiadores, dada su condición de consumidores, al no estar vinculados a la entidad prestataria, y se ordena que por la parte ejecutante se recalcule la cantidad resultante de la liquidación, excluyendo la aplicación de la citada cláusula respecto de los citados fiadores, que es sustituida por el interés ordinario pactado.

La SAP de Álava, Sec. 1.^a, 284/2019, de 27 marzo de 2019, rec. núm. 601/2018, ni siquiera considera que los fiadores ostenten legitimación para solicitar la nulidad de la cláusula suelo, al entender que ningún perjuicio les ha causado, dado que los prestatarios no habían dejado ninguna cuota impagada, pues se entiende ilógico que se devuelva a los fiadores unas cantidades que no han desembolsado. En parecidos términos, la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 577/2018, de 18 de septiembre, rec. núm. 639/2017, declara que la fiadora carece de legitimación activa para solicitar la nulidad de las cláusulas suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios y redondeo del tipo de interés, por no ostentar la condición de prestataria, ya que el préstamo fue suscrito por una sociedad; no obstante, se le reconoce legitimación para solicitar su inaplicación, en lo que le pudieran afectar como fiadora.

No obstante, la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, 925/2019, de 17 de mayo, rec. núm. 763/2018, considera que el fiador solidario con renuncia al beneficio de excusión, orden y división deviene, para el caso de impago del prestatario o acreditado, deudor solidario juntamente con aquel, por lo que no hay duda de que ello le inviste de un interés legítimo y, por tanto, ostenta legitimación activa para impugnar determinadas cláusulas del contrato principal que le pueden ser aplicables, como la cláusula suelo, el interés de demora, el vencimiento anticipado y las comisiones por impago; sin embargo, no le reconoce interés, ni por tanto legitimación, para impugnar otras cláusulas que no le afectarán, como el pago de los gastos y costas judiciales que se imponen a la parte deudora ni la de renuncia a la cesión del préstamo sin notificación al deudor.

to en que no se han subrogado, y en el mismo sentido se pronuncia el AAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3^a, de 27 de febrero de 2019, rec. núm. 307/2018, res. núm. 40/2019.

4. Derechos del hipotecante no deudor y del tercer poseedor que no ostenta el deudor

Aun cuando los ejecutados que no ostentan la condición de deudor están discriminados legalmente, dado que no se les otorgan todos los derechos que posee el deudor en el proceso de ejecución, también es cierto que disponen de derechos propios que vamos a analizar a continuación.

4.1. Derecho del hipotecante no deudor a que se le aplique la Ley 5/2019 si es persona física aun cuando el deudor no lo sea

La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), publicada en el BOE el 16 de marzo, y que entró en vigor el 16 de junio de 2019, resulta aplicable a la concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía cuando recaigan sobre un inmueble de uso residencial (incluidos trasteros, garajes y cualesquiera otros con una función doméstica) aunque el prestatario, fiador o garante no reúna la condición de consumidor, siempre que sea persona física (art. 2.1 a).

Esta ley también se aplica a la concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, sin que en este caso la ley exija que el bien al que se destina el préstamo sea de uso residencial⁴²; no obstante, en este supuesto se exige que el prestatario, el fiador o garante sea no solo persona física, sino también consumidor (art. 2.1 b)⁴³.

⁴² En el *iter* parlamentario de la LCCI se rechazó la enmienda número 210, presentada por el Partido Popular, que proponía modificar el artículo 2.2, dejándolo con la siguiente redacción: «A los efectos de esta Ley, se entenderá por prestatario a toda persona física que sea deudor de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, para uso residencial», con la justificación de que esa matización de que ha de tratarse de terrenos o inmuebles para uso residencial era más fiel con la redacción de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Sin embargo, dicha propuesta no fue aceptada, lo que indica que no estuvo en la intención del legislador restringir la protección ofrecida por la Ley 5/2019 a los préstamos sobre inmuebles residenciales.

⁴³ De todos modos, esta ley no se aplica cuando el préstamo personal, concedido a una persona física consumidora, tenga por finalidad realizar obras de conservación o mejora de la Vivienda, puesto que la

De todos modos, aunque la LCCI resulta aplicable a préstamos y créditos tanto con garantía real como personal, en los términos antedichos, algunos de sus preceptos, como el artículo 15.2 (relativo a la preceptividad de extender acta notarial previa verificando el cumplimiento de los requisitos legales) o el artículo 25 (referente a que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales), solo se aplican cuando existe garantía hipotecaria.

Esta ley no se aplica cuando los prestamistas no actúen de manera profesional en la concesión del préstamo aun cuando el deudor o garante sea persona física, y también excluye a deudores o garantes personas jurídicas aunque pudieran ostentar la consideración de consumidores.

La promulgación de esta norma ha suscitado numerosas dudas hermenéuticas que han motivado la publicación de la Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019 (vigente desde 19 de enero de 2020), con base en la cual podemos realizar las siguientes afirmaciones en relación con los garantes:

En primer lugar, aunque la LCCI no es aplicable al prestatario persona jurídica (ni siquiera a una sociedad unipersonal o cooperativa)⁴⁴, sí que se aplica a la persona física que sea fiadora o garante del préstamo, lo cual provocará que en un mismo negocio jurídico la ley resulte aplicable a unos contratantes y a otros no. Conforme al artículo 15.4 las normas de protección al prestatario previstas en dicha ley se extienden a toda persona física que sea fiadora o garante del préstamo.

En segundo lugar, en el caso de que la parte prestataria sea una persona jurídica y el garante una persona física, la información a este debe alcanzar la totalidad del clausulado del préstamo o crédito y no únicamente a su posición como garante, toda vez que queda afectado por las condiciones financieras del préstamo en cuanto determinantes de su obligación, aunque la misma sea subsidiaria de la del prestatario⁴⁵.

DGSJFP/DGRN considera que adquirir o conservar «derechos de propiedad» es distinto de conservar «la cosa» objeto de la propiedad. No obstante, cuando se obtenga un préstamo personal para adquirir y rehabilitar una vivienda, en tanto que la finalidad económica de la operación sea adquirir la misma en estado que la haga habitable, todo el préstamo, tanto en la parte del mismo destinada a la adquisición como a la rehabilitación, debe recibir una consideración unitaria, sujetándose a la Ley 5/2019 (Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019).

⁴⁴ Cuando el prestatario es una cooperativa no se aplica la LCCI, aunque se aplicará cuando se produzca la subrogación de los socios en el préstamo al liquidar la cooperativa (Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019).

⁴⁵ El artículo 15 de la LCCI impone al notario el deber de comprobar la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 14.1 respecto de toda persona física, tanto sea deudora como garante y, en caso de que quede acreditado su cumplimiento, levantará un acta notarial previa a la formalización del préstamo hipotecario en que conste que se han cumplido los plazos legal-

En tercer lugar, el cónyuge que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1320 del CC, deba prestar su consentimiento a la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual propiedad del otro, debe considerarse equiparado a estos efectos al hipotecante no deudor y, por tanto, queda protegido por la LCCL, debiendo ser informado de forma análoga a un garante.

En cuarto lugar, aunque el artículo 2.4 a) excluye la aplicación de la ley a los contratos de préstamo concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya tasa anual equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general, dicha exclusión no resulta operante para el cónyuge o pareja que sea fiador o garante cuando el préstamo solo se entregue al empleado, destinándose el mismo a fines o atenciones exclusivos de él, pues en tal supuesto el cónyuge o pareja de hecho únicamente adquiere responsabilidades, pero no los beneficios derivados de las condiciones especiales del préstamo. Distinto sería el caso de que la concesión del préstamo se realice al empleado juntamente con su cónyuge o pareja de hecho, pues recibido el préstamo y firmado el contrato por ambos, con responsabilidad solidaria, debe considerarse aplicable la excepción a los dos.

En quinto lugar, dado que el garante puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (art. 1826 del CC), puede pactarse un régimen jurídico para el contrato con la persona jurídica y otro más benigno para las garantías constituidas, aunque a este respecto procede realizar las siguientes matizaciones:

- Respecto de la prohibición de cláusula suelo (art. 21) y la fijación de los intereses de demora en tres puntos sobre el interés remuneratorio (art. 25), es perfectamente posible que se acuerde en el contrato de préstamo un tipo que no se sujete a esas limitaciones para el deudor pero sí para el garante.
- En cuanto a los gastos del préstamo hipotecario concedido a una persona jurídica y con garantías reales o personales constituidas por personas físicas, a estas últimas no se les puede imponer el coste del arancel notarial o registral correspondiente a la garantía, pero no existe óbice para un pacto sobre los gastos del préstamo entre la entidad financiera y el prestatario (persona jurídica y no consumidor), y en tal caso, este, como interesado en la obtención de la financiación, puede llegar a asumir los costes notariales y registrales correspondientes, tanto

mente previstos de puesta a disposición del prestatario o garante de los documentos exigidos legalmente, las cuestiones planteadas por el mismo y el asesoramiento prestado por el notario, debiendo informar que ha asesorado respecto a las cláusulas específicas recogidas en la ficha europea de información normalizada (FEIN) y en la ficha de advertencias estandarizadas (FIAE), de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica. A estos efectos, el prestatario, fiador o garante (persona física) o quien les represente, deberán comparecer ante el notario, para que este pueda extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

a la constitución del préstamo como a las garantías personales o reales constituidas a su favor.

- En relación con lo que dispone el artículo 24 respecto del vencimiento anticipado del préstamo⁴⁶, aunque lo más práctico será pactar unas condiciones por impago que se ajusten a los límites del precepto tanto para la prestataria (persona jurídica) como para la fiadora (persona física), también es posible un pacto en condiciones diferentes con la sociedad prestataria, en cuyo supuesto la persona física garante podrá oponer la sujeción de la ejecutabilidad de la garantía a los plazos y límites establecidos en dicha norma.
- Asimismo, en materia de cancelación anticipada, podrán pactarse con el deudor (persona jurídica) unas condiciones diferentes de las previstas con carácter imperativo en el artículo 23 de la LCCI, dado que esa regulación contractual realmente no afectará al garante (persona física), puesto que no es él, sino el prestatario, quien pagará y cancelará el préstamo anticipadamente. No obstante, ante una situación de incumplimiento del prestatario que provoque la reclamación al garante, pagando este las cuotas que vayan venciendo para evitar una ejecución, lo más beneficioso para el garante puede ser cancelar anticipadamente el préstamo, en lo que sería un pago de la deuda por un tercero, en cuyo caso a él no le serán oponibles las excepciones o cargas que en la cláusula se hayan pactado con el prestatario.

⁴⁶ En el artículo 24 de la LCCI se dispone que, sin que quepa pacto en contrario, en los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial, el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

- a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.
- b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:
 - Al 3 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 12 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 12 meses.
 - Al 7 % de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de 15 plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a 15 meses.
- c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

Como esta norma es de carácter imperativo, resulta indiferente que se contenga o no en la escritura de hipoteca.

4.2. Derecho a recibir el sobrante aun cuando quede deuda pendiente de pago que exceda de la cobertura hipotecaria

Conforme a lo previsto en el artículo 692 de la LEC, en las ejecuciones hipotecarias el precio del remate se ha de destinar, sin dilación, a pagar al ejecutante el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, sin que lo entregado al acreedor por cada uno de estos conceptos pueda exceder del límite de la respectiva cobertura hipotecaria (*principal por el que se constituye la garantía, los intereses, y las costas*); el exceso, si lo hubiere, se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado y, en último término, se entregará el remanente al propietario del bien hipotecado, a menos que este fuera el propio deudor, en que el precio del remate, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso⁴⁷.

De dicho precepto se infiere que cuando el bien pertenciere en el momento de la enajenación forzosa a persona distinta al deudor, es decir, a un tercer poseedor o hipotecante no deudor, en modo alguno la cantidad percibida por el ejecutante por la enajenación forzosa del mismo podrá exceder de la cobertura hipotecaria⁴⁸, por lo que, si pagados los acreedores posteriores, todavía hubiere sobrante, este se devolverá al titular del bien en el momento de la subasta, lo que no siempre se puede considerar acertado, pues si se devuelve el sobrante a un tercer poseedor que hubiere adquirido el bien del propio ejecutado después de que en el procedimiento hipotecario se hubiera expedido la certificación de cargas, se puede franquear una puerta al fraude, dado que el deudor podría transmitir la finca a otra persona con el único objeto de poder recibir el sobrante a través de la persona interpuesta⁴⁹.

En todo caso, la parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria podrá reclamarla del obligado ejercitando una acción personal, siendo considera-

⁴⁷ En modo alguno es posible que el exceso de la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos (principal, intereses y costas) se utilice para garantizar la deuda correspondiente a otro, ya que el registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues el sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores, ya que así se deduce de los artículos 132.3 y 4 de la LH y 692.1 de la LEC (resoluciones de la DGRN de 24 de octubre de 2002, 11 de marzo de 2014, de 24 de junio de 2014 y 9 de marzo de 2017).

⁴⁸ A diferencia de en la ejecución ordinaria, en la ejecución hipotecaria puede haber sobrante sin estar reintegrado el ejecutante por completo de lo que se le adeuda, ya que con lo obtenido en la realización forzosa en principio solo puede percibir hasta el límite de la cobertura hipotecaria. Si el deudor hipotecario está declarado en concurso, el destino del sobrante no será para los acreedores posteriores, sino que debe ponerse a disposición del juez del concurso (Resoluciones de la DGRN de 28 de noviembre de 2007 y de 8 de noviembre de 2012).

⁴⁹ Cfr. Sastre Papiol (2000, p. 449).

do respecto de ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario (art. 147 LH), a menos que se haya pactado en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados (art. 140 LH)⁵⁰.

Por el contrario, si el propietario del bien hipotecado fuera el propio deudor, una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados posteriores a la hipoteca, así como los embargantes del sobrante, y siempre que el deudor no se encuentre en situación de concurso, lo obtenido en la enajenación forzosa se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución. Bien es cierto que podría ponerse en tela de juicio que, siendo el deudor el dueño del bien en el momento de la subasta, deba responder de lo que exceda de la cobertura hipotecaria, habida cuenta de que esta cantidad no se le ha reclamado en la demanda ejecutiva; no obstante, compartimos las opiniones doctrinales⁵¹ que consideran acertadas las previsiones legales en aras de evitar que el acreedor deba acudir para cobrar dicho importe a otro proceso⁵².

4.3. Derecho a no ser demandados en una ejecución ordinaria posterior a la hipotecaria si con lo obtenido en esta no se ha satisfecho por completo la deuda del acreedor

El artículo 579 de la LEC prevé que se puede iniciar una ejecución ordinaria después de una hipotecaria si la garantía hipotecaria ha sido insuficiente para cubrir el importe de la deuda.

Dicha ejecución se puede dirigir contra el deudor y también contra el fiador si se le hubiera notificado la demanda del procedimiento hipotecario (art. 685.5 LEC). Pero no se puede demandar al tercer poseedor ni al hipotecante no deudor, ya que estos solo responden con el bien hipotecado, no con el resto de su patrimonio.

⁵⁰ La DGSJFP/DGRN no permite que si el ejecutante solicita la adjudicación del bien «por la cantidad que se le deba por todos los conceptos», en el decreto de adjudicación se haga constar que quedan pendientes de pago cantidades por encima de la cobertura hipotecaria. En la Resolución de la DGRN de 11 de octubre de 2018 (BOE de 5 de noviembre) se plantea la cuestión de si la expresión «la cantidad que se le deba por todos los conceptos» comprende la totalidad de lo adeudado al acreedor o solo lo garantizado por la hipoteca. La DGRN considera que se refiere al total adeudado al ejecutante, de manera que si el mismo se adjudica el bien por este importe, el ejecutado perderá la propiedad de la finca, pero su deuda quedará totalmente extinguida; no obstante, si existen acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca, habrá que analizar si lo adeudado al acreedor por los diferentes conceptos de deuda excede o no de los respectivos límites de responsabilidad hipotecaria. Si sobrepasa la cobertura hipotecaria, el acreedor deberá depositar el exceso a disposición de los acreedores con derechos inscritos o anotados con posterioridad a la hipoteca para el pago de sus créditos (692 de la LEC). (En similares términos: RDGRN, de 31 de mayo de 2016).

⁵¹ Cfr. Adán Domènech (2009, pp. 134 y ss.).

⁵² AAP de Mallorca, Sec. 4.^a, de 14 de febrero de 2019.

La legitimación pasiva del hipotecante no deudor y del tercer poseedor en el procedimiento de ejecución hipotecaria obedece a su condición de titulares de la finca hipotecada, único bien con el que responden frente al acreedor. Su responsabilidad no puede extenderse a la deuda personal eventualmente subsistente tras la adjudicación del inmueble, de la que solo puede responder el deudor y, en su caso, el fiador personal⁵³.

El hipotecante no deudor es aquel que hipoteca un bien propio en garantía de una deuda ajena⁵⁴. Conforme al artículo 1857 *in fine* del CC las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando o hipotecando sus propios bienes. A diferencia del fiador personal, no responde con todos sus bienes presentes y futuros del impago de la deuda, sino que su responsabilidad se limita al bien ofrecido en garantía⁵⁵.

El tercer poseedor de los bienes hipotecados es el adquirente del pleno dominio u otro derecho real como el usufructo o la nuda propiedad, que no asume la deuda personal (arts. 662 LEC y 38, 126 y 127 LH). Cuando el adquirente del bien hipotecado no se subroga en la deuda, se convierte en un tercer poseedor que deberá soportar, llegado el caso, la ejecución de la hipoteca, aunque nunca podrá dirigirse contra él la acción personal. Si el adquirente del bien no se ha subrogado en la deuda, se considera un tercer poseedor, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia. Únicamente en el supuesto en que se haya pactado la subrogación del adquirente del inmueble en la obligación principal (para lo que se necesita el consentimiento del acreedor, conforme a lo previsto en los arts. 1.205 CC y 118.1 LH)⁵⁶, este pasará a ostentar la posición

⁵³ SAP de Barcelona, Sec. 16.ª, 29/2018, de 1 de febrero, rec. núm. 286/2017.

⁵⁴ Normalmente el hipotecante no deudor ostenta un derecho de propiedad aunque también puede ser un usufructuario anterior a la constitución de la hipoteca (AAP de Barcelona, Sec. 19.ª, 215/2015, de 3 junio).

⁵⁵ STS, Sala 1.ª, Sec. 1.ª, de 15 de diciembre de 2014, rec. núm. 680/2013, res. núm. 710/2014: «No corresponde examinar aquí los detalles de la posición jurídica del hipotecante en garantía de una deuda ajena, pero es evidente que, salvo que se alteren los conceptos usuales de deuda y responsabilidad, el mismo no debe, ni siquiera como fiador».

⁵⁶ El artículo 118 de la LH establece: «En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito».

No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que, para que la asunción de deuda (art. 1.205 CC) sea válida, es necesario que el consentimiento del acreedor conste siempre de modo claro, preciso, inequívoco y contundente, habida cuenta de que supone la sustitución del primitivo deudor por otro nuevo y ajeno a la convención originaria, por lo que, del hecho de dirigir el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el adquirente de la finca, no cabe inferir la aprobación por parte del acreedor de la novación subjetiva. Los actos de los que se deduce la prestación del consentimiento en forma tácita deben ser concluyentes e inequívocos, ya que, de lo contrario, se disminuirían las garantías en perjuicio del acreedor que no quiso o no consintió el cambio de deudor (STS, Sala 1.ª de lo Civil, de 21 de marzo de 2002, rec. núm. 187/1997).

La novación nunca se presume, ni tampoco puede inferirse de meras deducciones o conjeturas, sino que la voluntad de novar debe constar siempre de modo inequívoco, bien por manifestarse con claridad

de deudor⁵⁷, el cual responderá no solo con el inmueble hipotecado, sino con todos sus bienes presentes y futuros, mientras que el primitivo deudor quedará desvinculado de la obligación⁵⁸.

El crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde con todos sus bienes presentes y futuros (arts. 105 LH y 1.911 CC), pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Si se transmite el bien después de la constitución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian, de modo que la real afecta al adquirente (tercer poseedor), dado el carácter oponible *erga omnes* del derecho real, cualquiera que sea su titular, sin que tal afectación pueda ir más allá de la cantidad garantizada por la hipoteca⁵⁹.

En consecuencia, el tercer poseedor solo responde de la carga real en que consiste la hipoteca, y no de otras cargas personales del deudor no garantizadas, ya que, según el indicado artículo 114 de la LH, sus obligaciones se limitan, además de a responder por el principal adeudado, al pago de los intereses de los dos últimos años y de la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto, en cuyo caso no se pueden asegurar por la hipoteca pagos de intereses por plazo superior a cinco años; mandato que es reiterado en el artículo 146 de la LH⁶⁰. El derecho del acreedor a exigir la ampliación de hipoteca por intereses no es aplicable cuando exista un tercer poseedor (art. 115 de la LH).

Asimismo, cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada una de ellas, no se podrá repetir con-

de forma expresa, bien por inducirse de actos de significación concluyente, sin que de ningún modo sea suficiente el simple conocimiento de la sustitución (SSTS 162/2007, de 8 de febrero, y 15/2021, de 19 de enero, rec. núm. 3949/2017).

⁵⁷ La subrogación del préstamo hipotecario debe realizarse en documento público: en este sentido, la RDGRN de 31 de julio de 2014 desestima el recurso interpuesto en un caso en que la misma se había practicado en documento privado, pronunciándose dicha resolución en los siguientes términos: «Por ello debe tenerse en cuenta que el artículo 3 de la LH recoge uno de los principios básicos de nuestro sistema registral, el denominado principio de legalidad, que supone que, por la especial trascendencia de los efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, *erga omnes*, de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia judicial –artículos 1 y 38 de la LH–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador. Así, establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales, y esta norma se reitera en otros preceptos de la Ley Hipotecaria, así como de su Reglamento, salvo contadas excepciones que son ajenas al caso ahora debatido. Y, como consecuencia del mismo principio de legalidad, el artículo 420.1 del RH ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral».

⁵⁸ SSAP de Cádiz, Algeciras, Sec. 7.ª, 166/2012, de 26 de abril, rec. núm. 378/2011, y Las Palmas, Sec. 5.ª, 468/2013, de 3 de diciembre, rec. núm. 1287/2012.

⁵⁹ STS 1332/2007, de 13 de diciembre, rec. núm. 4994/2000.

⁶⁰ STS, Sala 1.ª, de 11 de mayo de 2006, rec. núm. 2901/1999.

tra ellas con perjuicio del tercer poseedor, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses (art.120 de la LH). Asimismo, el artículo 221 del RH dispone que, distribuido el crédito hipotecario entre varias fincas, si alguna de ellas pasare a un tercer poseedor, este podrá pagar al acreedor el importe de la responsabilidad especial de la misma y, en su caso, el de los intereses correspondientes, y exigir la cancelación de la hipoteca en cuanto a la finca o fincas liberadas. No obstante, si bien el artículo 221 del RH permite exigir la cancelación de la hipoteca sobre la parte de la finca correspondiente al tercer poseedor que lo sea posterior a la distribución, parece indiscutible que si antes de la distribución existen terceros poseedores, estos habrán de prestar su conformidad a la distribución (STS, Sala 1.ª de lo Civil, 1083/2008, de 25 de noviembre, rec. núm. 2246/2002).

4.4. Derecho del hipotecante no deudor a subrogarse en la posición del acreedor frente al deudor o fiador si paga o se subasta el bien hipotecado

El hipotecante no deudor que pague al acreedor se subroga *ex lege* en la posición del mismo y, por tanto, está legitimado frente al deudor y los fiadores del deudor principal para solicitar el pago⁶¹.

El hipotecante por deuda ajena que paga lo debido al acreedor tiene el derecho de subrogación establecido en el artículo 1.210.3.º del CC, según el cual se presumirá que hay subrogación cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que corresponda⁶². Bien es cierto que el hipotecante por deuda ajena no es un obligado al pago, pero a estos efectos poco importa, pues lo relevante es que tiene interés en el cumplimiento, que es la exigencia expresada en el citado precepto.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 18/2009, de 3 de febrero, rec. núm. 3128/2002, considera que el artículo 1.210.3.º del CC recoge un caso de subrogación legal y, consiguientemente, automática de pleno derecho, sin necesidad del consentimiento del acreedor ni del deudor, a los que tampoco es necesario advertirles ni notificarles la subrogación, bastando tan solo con su ejercicio.

Tanto en el caso de la fianza como en el de la hipoteca a favor de tercero, el garante que paga la deuda (voluntariamente o mediante la realización de sus bienes) se convierte en

⁶¹ SSTS, Sala 1.ª de lo Civil, 18/2009, de 3 de febrero, rec. núm. 3128/2002, y 710/2014, de 15 de diciembre, rec. núm. 680/2013.

⁶² SSAP de Madrid, Sec. 12.ª, de 25 de septiembre de 2009; Gerona, Sec. 1.ª, de 10 de mayo de 2013; Zaragoza, Sec. 5.ª, 151/2014, de 12 de mayo, rec. núm. 141/2014, y Tarragona, Sec. 1.ª, 492/2015, de 22 de diciembre, rec. núm. 2/2015.

acreedor del deudor principal, y el ordenamiento jurídico establece mecanismos para que pueda cobrar esa deuda y resarcirse en lo posible del quebranto patrimonial que le supuso tener que hacer frente con sus bienes del pago de la deuda garantizada.

El fiador, una vez ha realizado el pago de la obligación de fianza (denominada «fideiuseria»), por lo general con el mismo contenido que la obligación afianzada, ostenta frente al deudor principal el derecho de reembolso o regreso (art. 1838 CC), y la facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC). El fiador dispone de ambas acciones, respecto de las que el Tribunal Supremo ha declarado que son acciones de ejercicio alternativo, no cumulativo, a elección del mismo. Sin embargo, en el caso de la hipoteca constituida a favor de tercero, el Código Civil no contiene una previsión específica sobre cómo puede restituirse al hipotecante no deudor del quebranto patrimonial que sufre cuando debe hacer frente a la obligación garantizada o cuando el bien hipotecado del que es propietario fuere objeto de realización forzosa por el acreedor hipotecario. La solución ha sido encontrada en el artículo 1210.3 del CC, que prevé la subrogación cuando quien tiene interés en el cumplimiento de la obligación satisface al acreedor⁶³.

En el ámbito del artículo 1210 del CC es procedente subsumir tanto el caso del pago voluntario como el que se produce en virtud de la realización forzosa, porque, aun cuando en este último caso ha desaparecido el interés de liberación de la finca, resultaría carente de sentido e injusto establecer una solución diferente, agravando de forma desproporcionada el sacrificio sufrido con la pérdida de aquella⁶⁴.

El Tribunal Supremo, Sala 1.^a de lo Civil, en su Sentencia 761/2015, de 30 de diciembre, rec. núm. 2246/2013, admite la pretensión del hipotecante no deudor, aun cuando en la demanda no acertó en la invocación del artículo 1210 del CC, considerando que no existe indefensión ni se produce una alteración de los términos del debate por la aplicación de este precepto que regula la acción subrogatoria, siendo que el demandante (hipotecante no deudor) había ejercitado una acción de reembolso del artículo 1838 del CC, considerando que pueden modificarse las calificaciones jurídicas realizadas por el demandante sin que se infrinja el principio de congruencia, al no alterarse la causa de pedir.

En cuanto a la posibilidad de que se produzca la subrogación como consecuencia de un pago parcial, la misma se encuentra admitida en el artículo 1.213 del CC, que resuelve el problema de la concurrencia del derecho del acreedor pagado en parte y del subrogado por un pago parcial, al disponer que «el acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

⁶³ STS, Sala 1.^a de lo Civil, 761/2015, de 30 de diciembre, rec. núm. 2246/2013.

⁶⁴ SSTS 18/2009, de 3 de febrero, rec. núm. 3128/2002, y 761/2015, de 30 de diciembre, rec. núm. 2246/2013.

Si el deudor fuera declarado en concurso y el hipotecante no deudor hubiera abonado lo debido por aquel antes de la declaración del mismo, deberá comunicar su crédito para que le sea reconocido dentro del concurso, al haberse subrogado en la posición del acreedor.

Si el hipotecante no deudor paga al acreedor después la declaración de concurso del deudor, sustituirá a aquel en dicho proceso de ejecución universal.

4.5. Derecho del tercer poseedor a que la hipoteca no se extienda a nuevas construcciones sobre la finca hipotecada

Con base en el artículo 110 de la LH⁶⁵ se considera válida la cláusula que prevé la ampliación de la hipoteca a construcciones futuras, dado que el artículo 110 de la LH es de carácter dispositivo, y, por tanto, las partes pueden regular la extensión de la hipoteca de acuerdo con sus conveniencias. La propia expresión del artículo «se entenderán hipotecados» sugiere que la norma opera a falta de concreción por vía convencional o por determinación legal⁶⁶.

De todos modos, las cláusulas de extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones solo pueden reputarse válidas si se refieren a las realizadas por el propio deudor o por quien se subrogue en su lugar, pero nunca a las que realice un tercer poseedor, por lo que no será inscribible una cláusula que disponga, sin distinción alguna, que «la hipoteca se ampliará a edificaciones futuras sobre la finca cualquiera que sea su titular», ya que contravendría lo dispuesto con carácter imperativo en el artículo 112 de la LH⁶⁷.

Conforme al artículo 112 de la LH, cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que se hayan costado por el nuevo dueño. Ello no será óbice para que se pueda subastar la finca, incluyendo estas cuando no sean separables sin menoscabo de la misma, pero el precio de remate se destinará en primer lugar a abonar su importe al dueño, aun cuando la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario (art. 113 LH).

⁶⁵ El artículo 110 de la LH establece que «conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: 1.º Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere».

⁶⁶ STS, Sala 1.ª, 559/2008, de 19 de junio.

⁶⁷ Resoluciones de la DGRN de 10 de enero de 1996 y de 21 de diciembre de 2010; SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 3 de diciembre de 2012, rec. núm. 430/2012.

4.6. Derecho del hipotecante no deudor (no del tercer poseedor) a que ni el fiador ni el deudor puedan reclamarle parte de las cantidades abonadas por ellos

El hipotecante no deudor, aun cuando garantiza una deuda ajena con un bien propio que hipoteca, no responde del préstamo, a diferencia del fiador, aunque el bien hipotecado puede ser realizado, a instancia del acreedor, para satisfacer su derecho⁶⁸. Cuando el hipotecante no deudor fallezca, sus herederos le sustituirán como garantes en su condición de propietarios de un bien que garantiza una deuda ajena.

Cuando el deudor es titular del bien hipotecado responde, además de con el bien hipotecado, con todos sus bienes presentes y futuros, en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 105 de la LH, salvo que al constituirse la garantía real accesoria, en que consiste la hipoteca, se haya hecho expresa limitación de la responsabilidad mediante el pacto permitido en el artículo 140 de la LH. Sin embargo, cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal, no se convierte en modo alguno en deudor ni en fiador, pues el artículo 1827 del CC prevé que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella⁶⁹.

La figura de hipotecante no deudor comparte la fianza y la pignoración hecha a favor de tercero, que son garantías prestadas para asegurar el pago de deudas ajenas, y cuando el garante paga la deuda, se convierte, por este hecho, en acreedor del deudor principal.

Sin embargo, al hipotecante no deudor no se le pueden repercutir por el deudor, ni tampoco por el fiador, parte de las cantidades por ellos abonadas. La SAP de Madrid, Sec. 14.^a, 346/2017, de 11 de diciembre, rec. núm. 545/2017, declara que a ello no es óbice que, en el caso enjuiciado en dicha resolución, el préstamo se otorgara para una compra de vivienda perteneciente proindiviso tanto al hipotecante no deudor como al hipotecante prestatario, y que el hipotecante no deudor no abonara cantidad alguna para su adquisición, con base en los pactos que entre ellos hubiera.

⁶⁸ SSTS, Sala 1.^a, de 30 de marzo de 2006, rec. núm. 2888/1999, y de 15 de diciembre de 2014, rec. núm. 680/2013, res. núm. 710/2014.

⁶⁹ AAP de Madrid, Sec. 8.^a, 82/2017, de 6 de marzo, rec. núm. 1146/2016: «Pues bien, hay que partir del artículo 1827 CC según el cual la fianza no se presume: debe ser expresa y no puede extenderse a más de lo contenido en ella. En este caso de los términos trascritos no puede deducirse sin embargo que la ahora demandada haya aceptado expresamente que afianza personalmente la obligación de pago de la deudora, pues sus términos no son concluyentes e inequívocos, ni consta de forma evidenciada la voluntad del obligado de constituir la fianza (STS 3-7-99). Efectivamente no se formula en ningún caso que se constituya la demandada como garante personal de una obligación de pago que no le alcanza –más allá de la garantía real– en cuanto no es prestataria y por ende deudora y en la propia estipulación se refiere a la reiteración y ratificación de lo establecido en la escritura de préstamo, siendo que en dicha escritura no se constituyó fianza personal, sino garantía hipotecaria».

Por el contrario, este derecho no lo ostenta el tercer poseedor, pues cuando el comprador hubiese descontado del precio el importe de deuda pendiente o lo hubiera retenido, si al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, este quedará subrogado en el lugar del acreedor hasta que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado (art. 118.2 LH).

Lo propio ocurre cuando el tercer poseedor haya adquirido el bien en pública subasta por una anotación preventiva de embargo posterior a la hipoteca y del precio se le ha rebajado la cantidad pendiente de pago del crédito con garantía hipotecaria (art. 231 del RH). En este sentido, el Tribunal Supremo, Sala 1.^a de lo Civil, en la Sentencia 366/2016, de 3 junio, rec. núm. 1304/2014, conoce de un supuesto en que un tercero se adjudicó una finca en subasta por 6 euros, ya que en la determinación del precio de venta en pública subasta del bien embargado se tuvo en cuenta la carga hipotecaria previa que gravaba la finca. El Alto Tribunal considera que aunque el adjudicatario no se convierte en deudor, sino que pasa a ser un tercer poseedor, respondiendo únicamente con el bien adquirido de las cargas anteriores que pesan sobre el mismo (dado que la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura), cuando del precio de remate se le hubiera rebajado el importe de la deuda garantizada con una carga anterior y esta hubiere sido abonada posteriormente por el fiador, concurren los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injustificado⁷⁰. La teoría del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o acción culpable de ningún género, ni conducta ilícita por parte del enriquecido, sino simplemente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, es decir, sin causa y sin derecho, lo cual es compatible con la buena fe.

⁷⁰ STS, Sala 1.^a de lo Civil, 366/2016, de 3 junio, rec. núm. 1304/2014: «Hay que precisar que la limitación del efecto de la subrogación legalmente prevista tiene su lógico entendimiento o fundamento, tanto en la legislación anterior, como en la actual, en que el importe de las cargas y gravámenes anteriores se hayan deducido del valor de tasación el inmueble (artículo 666 LEC), pues en caso contrario, si el deudor en la obligación que estaba garantizada con la carga real que no fue deducida para fijar el tipo de la subasta, o un fiador satisface dicha obligación, caso que nos ocupa, no es que la subrogación legalmente prevista modifique el alcance que ha quedado expuesto, sino más bien que la adjudicación así realizada supone una atribución económica injustificada para el adjudicatario. De forma que, en contra del criterio sostenido por la Audiencia, sí que concurren los presupuestos para que resulte de aplicación el instituto del enriquecimiento injustificado».



Referencias bibliográficas

- Adán Domènech, F. (2009). La satisfacción completa del acreedor hipotecario en la ejecución hipotecaria. *Justicia*, 3-4.
- Cano, V. (2017). La figura del hipotecante no deudor en el procedimiento concursal (parte I). Chavarri Abogados. <http://chabogados.es/wp-content/uploads/2017/03/ART-3-CONCURSALNEWSCHAVARRI-01.pdf>.
- García Vila, J. A. (2014). La posición procesal del tercer poseedor de finca hipotecada. www.notariosyregistradores.com.
- García-Rostán Calvín, G. (2014). Ejecución hipotecaria frente a deudor en situación de concurso e hipotecante no deudor. *Anuario de Derecho Concursal*, 32. Civitas. BIB 2014\690.
- Sánchez Gálvez, F. J. (2014). Guía práctica procesal para la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. www.notariosyregistradores.com.
- Sánchez Pérez, L. (2014). El hipotecante no deudor en concurso: un falso amigo para el acreedor garantizado. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10. BIB 2014\482.
- Sastre Papiol, S. (2000). Ejecución de bienes hipotecados. En J. Alonso-Cuevillas Sayrol (Coord.), *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000* (vol. III). Difusa.



Tecnología *blockchain* y contratación electrónica: puntos críticos de integración de los denominados *smart contracts* en nuestro sistema de derecho contractual

Eduardo Sánchez Álvarez

*Doctor en Derecho, profesor asociado de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo*

sanchezaeduardo@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0003-0794-4875>

Adrián García Pacios

*Graduado en Derecho.
Universidad de Oviedo*

adri.garpac@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0003-4829-897X>

Extracto

En este trabajo se propone el análisis de dos realidades que están condenadas a entenderse, además forzosamente de manera absolutamente armónica: las pujantes nuevas tecnologías, personificadas a los efectos buscados en la *blockchain* y los denominados *smart contracts*, de un lado, y el sistema de derecho contractual, que se inserta con tanta solera histórica en nuestro ordenamiento jurídico y que tantos cambios ha venido experimentando para adaptarse fehacientemente a la realidad social contemporánea y las problemáticas que gesta en su ámbito material, de otro. Se trata de exponer, rápidamente, la primera de esas vertientes para comprobar, posteriormente, si cuenta con un engarce pacífico con la segunda y su imperativa fuerza normativa. En su caso, se reflexionará sobre la necesidad de adaptar ese complejo normativo a las innovaciones tecnológicas, habida cuenta de que en las mismas va a producirse el fenómeno de la contratación, sirviéndose de ellas y sus ventajas, procurando que no faciliten abusos o desafueros.

Palabras clave: contrato; *blockchain*; *smart*; derecho; tecnología.

Fecha de entrada: 04-02-2021 / Fecha de aceptación: 16-03-2021

Cómo citar: Sánchez Álvarez, E. y García Pacios, A. (2021). Tecnología *blockchain* y contratación electrónica: puntos críticos de integración de los denominados *smart contracts* en nuestro sistema de derecho contractual. *Revista CEFLegal*, 246, 71-98.



Blockchain technology and electronic contracting: critical points of integration of the so-called smart contracts in our contract law system

Eduardo Sánchez Álvarez

Adrián García Pacios

Abstract

This paper proposes the analysis of two realities that are bound to be understood in an absolutely harmonious way: the powerful new technologies, personified for the purposes sought in the blockchain and the so-called smart contracts; and the system of contract law, that is inserted in our legal system that so many changes have been experimenting to adapt reliably to the contemporary social reality and the problems that develops in its scope material. It is a question of exposing, quickly, the first of these aspects in order to check, later, if it has a peaceful connection with the second and its imperative normative force. Also, a consideration will be given to the need to adapt this complex set of rules to technological innovations, given that they will lead to the phenomenon of recruitment by making use of them and their advantages, ensuring that they do not facilitate abuse or dereliction.

Keywords: law; blockchain; smart; contract; technology.

Citation: Sánchez Álvarez, E. y García Pacios, A. (2021). Tecnología *blockchain* y contratación electrónica: puntos críticos de integración de los denominados *smart contracts* en nuestro sistema de derecho contractual. *Revista CEFLegal*, 246, 71-98.



Sumario

1. Introducción
 2. Contratación electrónica
 3. Novedades tecnológicas y subsiguientes retos jurídicos actuales
 - 3.1. Tecnología *blockchain*
 - 3.2. Contratos inteligentes
 - 3.3. Repercusiones jurídicas de estas tecnologías
 4. El papel de nuestro sistema de derecho contractual
 5. Apunte final
- Referencias bibliográficas

1. Introducción

Internet se ha convertido en «vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información», como ya expresa la propia exposición de motivos de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –LSSICE, en adelante–. El legislador del año 2002 fue plenamente consciente del gran peso que las nuevas tecnologías iban a tener en los años posteriores.

Es indudable el gran avance que ha supuesto el uso de las nuevas tecnologías. La denominada «sociedad de la información» está en pleno auge y ello ha incidido en muchos ámbitos, entre ellos el derecho, como no puede ser de otra forma. A mayor abundamiento, su avance en los últimos tiempos ha resultado imparable y veloz, lo que nos coloca ante la tesitura de valorar si el armazón jurídico con el que contamos es suficientemente robusto como para abrigar y apuntalar que su desarrollo, con evidentes trazos y consecuencias jurídicas, se pliegue armónicamente a la previa prevención y sujeción a derecho. De no poder darse respuesta adecuada a esta realidad, habremos de instar *de lege ferenda* de nuestro legislador que proceda a subsanar tal carencia con máxima premura. La desgraciadamente conocida pandemia ocasionada en el aciago año 2020 por el coronavirus SARS-CoV-2 nos ha demostrado, si no lo teníamos suficientemente claro, el empuje que la sociedad de la información y las tecnologías de las que se sirve y la perentoriedad de su utilización cotidiana, tan salvífica en tantas ocasiones (*v. gr.* compras a distancia de múltiples productos), lo que correlativamente subraya esa innegable necesidad del marco jurídico rector adecuado y suficiente.

Otro factor coadyuvante para reforzar semejante proclamación radica en observar en qué ámbito este fenómeno se proyecta en innumerables ocasiones: la contratación de adhesión presidida por las condiciones generales de la contratación y los contratos celebrados con consumidores y usuarios. Ese terreno goza, por evidentes razones de reequilibrio de situaciones de material desigualdad entre los contratantes, de un marco jurídico rector especialmente tuitivo con quien, entonces, el fenómeno de la contratación electrónica y su régimen normativo habrá de convivir y acoplarse correctamente.

La irrupción de una concreta modalidad técnica, la denominada tecnología *blockchain*, a engarzarse, vistas sus potencialidades y aptitudes, en el tronco de la contratación elec-

trónica, hace preciso reflexionar con su añadidura sobre todos esos factores en colusión. Habrá que testar que la integridad de estos aspectos casa entre sí pacíficamente o, en su caso, si nos topamos con inconvenientes o incluso déficits normativos que convenga zanjar. Sobre estos extremos confeccionamos las páginas siguientes, buscando también extraer como corolario alguna conclusión al respecto.

2. Contratación electrónica

Como es sabido, un contrato es, en palabras de Díaz-Ambrona Bardají (2018, p. 181) un «negocio jurídico bilateral, dirigido a crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o a constituir relaciones de otra índole (reales o familiares)». Con esa idea presente, se comprende que bajo tal concepto podemos albergar, a su vez, modalidades o formas dispares en que se vertebre o canalice semejante negocio jurídico. En pacífica conexión con esta conceptualización, cabe la realización de contratos sirviéndonos de vías electrónicas, dado que el grado de desarrollo tecnológico con el que contamos actualmente, con un acceso sencillo y virtualmente universal, lo permite e, incluso, lo facilita resueltamente. Cierto es, esta manera de contratar habrá de activar controles, garantías, previsiones y cautelas esperablemente legales.

La contratación electrónica, todo ha de decirse, apenas ha sido tratada por el legislador español con la dedicación y amplitud que sería anhelable. Con todo, contamos con un sistema de fuentes que rige esta materia, aun atomizado o no integralmente sistemático.

El grueso de la regulación en materia de contratación electrónica en nuestro país se la debemos principalmente al derecho de la Unión Europea –UE–, reforzando en este sentido la existencia de un creciente derecho Civil europeo¹. Tiene un carácter bastante fragmentado y a nuestro entender no ha sido objeto de modificación significativa y global desde mayo de 2014 (Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; TRLGDCU, a partir de ahora). Como salvedad reseñable, a modo de excepción confirmatoria de lo que se expresa, podemos dejar anotadas modificaciones sectoriales como, por ejemplo, en materia de viajes combinados, en tanto especie del género contrato de servicios, donde se incardinan, curiosamente también a rebufo de la normativa comunitaria europea².

La principal norma en esta materia la erige la ya citada LSSICE, que supone la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios

¹ En este sentido, cfr. Sánchez Álvarez (2019, pp. 237 y ss.)

² En detalle, cfr. Feliú Álvarez de Sotomayor (2019). Asimismo, Sánchez Álvarez (2020).

de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico)³, y, parcialmente, también de la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

Junto a esta normativa específica, como regulación supletoria, no podemos olvidar la vigencia de las normas generales consagradas en el Código Civil (CC) y en el Código de Comercio (CCom). Obviamente, los contratos celebrados en vía electrónica van a tener que reunir los elementos esenciales mencionados en el artículo 1261 del CC (a saber, consentimiento, objeto, causa y forma, si bien este último elemento solo se va a exigir en determinados supuestos, dado el principio de libertad que inspira nuestro sistema, art. 1278 CC).

Asimismo, resultará crucial estimar la pujanza de principios generales rectores que moldearán definitivamente la interpretación de este ramillete de normas. Así sucede con la protección de consumidores y usuarios (debida, en grande parte de nuevo, a la labor del legislador comunitario y la jurisprudencia del TJUE, aunque ya nuestra Constitución –CE– lo recogía como principio rector de la política social y económica en su art. 51). De hecho, la terrible pandemia que estamos atravesando ha activado más si cabe la necesidad de protección legislativa de este colectivo, de lo que el legislador es perfectamente consciente⁴.

³ El objetivo de esta directiva era garantizar, por un lado, el correcto funcionamiento del mercado interior, y, por otro, proteger la libre circulación de servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros (art. 1 DCE).

⁴ Por ejemplo, se promulga el Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica. Leemos en su extensísimo preámbulo que

la tutela eficaz de los derechos de las personas consumidoras se ha vuelto más acuciante tras el impacto social y económico que la pandemia de la COVID-19 ha tenido sobre las prácticas de consumo. La Comisión Europea alerta en su Comunicación sobre el aumento de prácticas comerciales desleales, lo que motiva la necesidad de implantar medidas coordinadas con los Estados miembros para garantizar la protección de los derechos de los consumidores en un entorno cada vez más digital. En esta línea, la Nueva Agenda del Consumidor subraya la necesidad de abordar las necesidades específicas de consumidores que, por sus características o circunstancias, requieran una mayor protección para garantizar la toma de decisiones en las relaciones concretas de consumo acorde con sus intereses.

Para cubrir el objetivo que se proclama, en esa norma

se realizan las modificaciones precisas en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, así como en el real decreto-legislativo aprobatorio de dicho texto.

Significativamente, se introduce una modificación en la conceptualización legal de consumidor. Pasa a disponer el artículo 3 del TRLGDCU que

a efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta

Es muy habitual que en los contratos electrónicos una de las partes sea un consumidor o usuario⁵, por lo que en estos supuestos aplicar únicamente las disposiciones de la LSSICE resulta insuficiente para respaldar suficientemente esa consideración jurídica y su correlativo estatuto. *Ratione personae*, han de completarse las disposiciones de dicha ley con los preceptos del TRLGDCU y de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) cuando resulten de aplicación.

En definitiva, la legislación en materia de consumo completa e integra en una enorme multitud de casos la legislación sobre contratación electrónica⁶. Es más, el legislador ha previsto incluso la posibilidad de que ambas entren en conflicto, disponiendo en el artículo 94 del TRLGDCU que las previsiones de la LSSICE tienen carácter preferente, salvo lo dispuesto en el artículo 97.7.II del TRLGDCU.

Demos un paso más en esta somera profundización en el mencionado conjunto de normas jurídicas en interacción que hemos considerado y procedamos a destacar un concepto concreto que nos brinda la LSSICE. Nos referimos al término «servicios de la sociedad de la información»⁷.

norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Realcemos que la norma acuña el concepto de persona consumidora vulnerable, que además puede cualificarse aún más respecto al tipo básico que se nos aporta, considerando que se efectúa un reenvío –norma especial, luego preferente y excluyente– a lo que pudiera disponer la normativa sectorial o temporal. Concluiremos en esta apreciación tan esquemática que lo que el legislador busca, valorando las circunstancias presentes, es justamente extender el radio de acción jurídico-tuitivo de la normativa en materia de consumo.

⁵ A cuyo tenor, «son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». También son consumidores o usuarios a efectos del texto refundido «las personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad profesional o empresarial» (art. 3 TRLGDCU). Por otro lado, se considera empresario a «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 4 TRLGDCU).

⁶ Ya indicaba significativamente el considerando 55 de la DCE que «la presente Directiva no afecta a la legislación aplicable a las obligaciones contractuales relativas a los contratos celebrados con consumidores».

⁷ «Todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad econó-

En enfoque objetivo, la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica constituye el objeto de la LSSICE (art. 1). Con carácter general, se predica el principio de libre prestación de servicios, sin que sea necesaria autorización previa (art. 6). Ahora bien, este principio no tiene carácter absoluto, sino que se le apegan una serie de restricciones en el artículo 8 de la LSSICE, a saber: la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional; la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores; el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; la protección de la juventud y la infancia; y, por último, la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

Cabe destacar asimismo que cuando sea necesario adoptar medidas de restricción de la libre prestación de servicios se protegerán los derechos a la intimidad personal y familiar, así como la protección de datos personales, la libertad de expresión o la libertad de información cuando pudieran resultar afectados.

Por su parte, en óptica subjetiva, entendemos imprescindible hacer mención al artículo 2 de la LSSICE, cuando dispone que se aplicará a los «prestadores de servicios de la sociedad de la información establecidos en España y a los servicios prestados por ellos»⁸. El ámbito subjetivo, por tanto, se determina en virtud de la residencia o domicilio social en territorio español, siempre y cuando coincidan con «el lugar en que esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios». En caso de no ser así, se tendrá en cuenta el lugar donde radique dicha gestión o dirección.

También se aplicará la LSSICE a los prestadores que tengan su residencia o domicilio en otro Estado, pero que ofrezcan sus servicios de la sociedad de la información a través de un establecimiento permanente situado en España⁹ (art. 2.2). El artículo 2.3 de la LSSICE implanta así una presunción *iuris tantum*, consistente en que cuando el prestador del servicio o alguna de sus sucursales se haya inscrito en el Registro Mercantil o en otro registro público español en el que fuera necesaria la inscripción para adquirir personalidad jurídica, se presumirá que dicho prestador está establecido en España.

mica para el prestador de servicios». –Apartado a) del Anexo de la LSSICE–. Dicho apartado también menciona de manera concreta algunos servicios de la sociedad de la información, si bien constituyen un *numerus clausus*.

⁸ «Persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información». –Apartado c) del anexo de la LSSICE–.

⁹ Un prestador opera a través de «establecimiento permanente situado en España» cuando «disponga en el mismo, de forma continuada o habitual, de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realice toda o parte de su actividad» –art. 2.2.II LSSICE–.

Señalaremos un par de apuntes más sobre los prestadores de servicios establecidos en España. Por un lado, el uso de medios tecnológicos situados en nuestro país no será un criterio *per se* para determinar el establecimiento del prestador en él y, por otro, estos prestadores estarán sujetos al resto de normas integrantes del ordenamiento jurídico español que les sean aplicables en función de su actividad.

Por fin, subrayaremos que la LSSICE se aplicará también a los prestadores establecidos en otro Estado miembro de la UE o del Espacio Único Europeo –EEE– cuando el destinatario de los servicios¹⁰ radique en España y los servicios afecten a una serie de materias enumeradas en el artículo 3, y también a prestadores establecidos en un Estado no pertenecientes ni a la UE ni al EEE en los términos prevenidos por su artículo 4. Se excluyen expresamente del ámbito material de aplicación de la LSSICE los servicios prestados por notarios, registradores de la propiedad y mercantiles, abogados y procuradores (art. 5).

La LSSICE define normativamente a este fenómeno o modalidad de contratar en el apartado h) de su anexo como «un contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones». De esta definición cabe extraer dos requisitos cumulativos: oferta y aceptación deben transmitirse por medios electrónicos, y el consentimiento ha de expresarse en medios electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de comunicaciones.

Más minuciosamente, los contratos electrónicos se encuentran regulados en el título IV de la LSSICE. Como se desprende de su artículo 23, para que sean válidos será necesario que concurren consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC), así como reunir el requisito, de forma que se predetermine cuando tenga carácter *ad solemnitatem* (cfr. arts. 1278 CC y 51 CCom, aun *a contrario sensu, supra*).

Nótese que no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos para que el contrato sea válido. Cuando alguna norma especial exija que el contrato celebrado por vía electrónica conste por escrito, se entenderá cumplido este requisito si el contrato se contiene en soporte electrónico (el cual, además, será admisible como prueba documental en el potencial proceso ulterior que pueda llegar a suscitarse, tal como preceptúa el art. 24 LSSICE), lo cual doctrinalmente se ha bautizado como «criterio de equivalencia funcional».

Cuando la ley requiera la forma de documento público o la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad o mercantiles, u otras autoridades

¹⁰ «Persona física o jurídica que utiliza, sea o no por motivos profesionales, un servicio de la sociedad de la información». –Apartado d) del anexo de la LSSICE–.

públicas, debemos acudir a la legislación específica que rija a cada uno de los operadores jurídicos, produciéndose un fenómeno de reenvío normativo.

Destaquemos individualizadamente algún aspecto reseñable a los fines que perseguimos con estas líneas.

a) Obligaciones de información del prestador

Tomando como referencia un criterio organizativo cronológico, podemos hacer mención inicialmente a las obligaciones previas a la celebración del contrato (art. 27) y las posteriores a ella (art. 28).

Como se ha indicado *supra*, las reglas de la LSSICE resultan insuficientes por sí solas cuando estamos ante un supuesto de contratación con consumidores y usuarios. En estos casos, debemos prestar especial atención a la regulación contenida en el TRLGDCU sobre los contratos a distancia (arts. 92 a 113) y también a las normas de la LCGC (en particular, los requisitos de los arts. 5 y 7), *infra*. Estas normas complementarán en sinergia la regulación contractual en presencia *ratione personae*.

Con anterioridad a la celebración del contrato, el artículo 27 de la LSSICE impone al prestador del servicio el deber de poner a disposición del destinatario del servicio, «de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca»¹¹ sobre una serie de cuestiones, a saber: a) los trámites que deben seguirse para celebrar el contrato, b) si el prestador va a archivar el documento electrónico en que se formalice el contrato y si va a ser accesible, c) los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de datos, d) la lengua o lenguas en que se podrá formalizar el contrato.

Será suficiente con que el prestador del servicio incluya toda la información apuntada en dicho precepto en su página o sitio web a efectos de entender cumplida tal obligación.

Una vez celebrado el contrato en cuestión, el oferente está obligado a confirmar que ha recibido la aceptación al que la hizo, haciendo mención el artículo 28.1 de la LSSICE a dos medios posibles: por un lado, el envío de un acuse de recibo por correo electrónico o medio equivalente a la dirección señalada por el aceptante en las 24 horas siguientes a la recepción de dicha aceptación y, por otro, la confirmación de la aceptación por medio equivalente al utilizado en el procedimiento de contratación, tan pronto como el aceptante complete el procedimiento.

Estas obligaciones, que se exigen con carácter general, no son necesarias en todos los supuestos. En particular, los artículos 27.3 y 28.3 LSSICE las excluyen en dos circunstancias: a)

¹¹ Supone realmente la transposición casi literal al Derecho español del artículo 10 de la DCE.

cuando las partes así lo acuerden y ninguno de ellos sea consumidor –nótese, *a contrario sensu, infra-*, o b) cuando el contrato se haya celebrado mediante intercambio de correo electrónico.

b) Contratación en vía electrónica con consumidores y usuarios

Nuestra legislación tiene un marcado carácter proteccionista con los consumidores y usuarios. Aunque la regulación española en esta cuestión se nutra principalmente del derecho de la UE, el llamado *principio pro consummatore* no es extraño al ordenamiento jurídico español (cfr. art. 51 CE, *supra*).

La contratación electrónica tiene su máxima expansión cuantitativa en materia de consumidores y usuarios. Como ya se ha apuntado, las obligaciones generales de información de los artículos 27 y 28 de la LSSICE resultan eventualmente insuficientes cuando un empresario o profesional contrate con estos sujetos. En este punto, debemos acudir a las reglas específicas que nos proporcionan el TRLGDCU y la LCGC, en tanto normas materialmente preferentes y, en tantos aspectos, de *ius cogens*.

La regulación sobre los contratos a distancia (arts. 92 a 113 TRLGDCU) está estrechamente vinculada con los contratos electrónicos. La propia definición que nos proporciona el artículo 92 del TRLGDCU señala que son aquellos que se prestan en «un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor o usuario, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo». Es más, internet aparece mencionado expresamente como una técnica de comunicación a distancia en el propio precepto.

El contrato celebrado a distancia debe reunir una serie de requisitos formales prolijamente regulados en el artículo 98 del TRLGDCU.

El empresario, *antes* de celebrar un contrato a distancia con un consumidor o usuario, deberá proporcionarle de forma clara y comprensible una serie de datos que aparecen mencionados en el artículo 97.1 del TRLGDCU. La carga de la prueba sobre el cumplimiento de tal obligación le corresponderá a aquel (art. 97.8 TRLGDCU).

Resulta imprescindible dejar anotado que, una vez celebrado el contrato a distancia, el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del mismo, tanto en un soporte duradero como en un plazo razonable (a más tardar en el momento de la entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio). Esta confirmación debe incluir toda la información contenida en el artículo 97.1 (salvo que se le haya facilitado en soporte duradero al consumidor antes de la celebración) y la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario, así como del conocimiento de la pérdida del derecho de desistimiento, cuando ello proceda. Corresponderá al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de tal deber (apartados 7 y 9 del art. 98 TRLGDCU, respectivamente).

En síntesis, al empresario se le atribuyen una serie de obligaciones previas y posteriores a la celebración del contrato a distancia con el consumidor y usuario y, además, deberá probar que las ha cumplido en sus justos términos. Todo ello, y en virtud del artículo 98.10 del TRLGDCU, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la LSSICE. Ambos conjuntos normativos en colusión habrán de maridar adecuadamente.

El empresario, cuando haya celebrado un contrato con un consumidor o usuario, estará obligado a entregarle un recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales aceptadas y firmadas por el consumidor cuando estas sean utilizadas en la contratación, tal y como dispone el artículo 63 del TRLGDCU.

Efectivamente, también juegan un papel muy importante en la contratación con consumidores y usuarios las denominadas condiciones generales de la contratación¹². Como es sabido, en estos supuestos una de las partes (predisponente)¹³ redacta y elabora las cláusulas del contrato y la otra parte (adherente)¹⁴ se limita a aceptarlas, a adherirse al contrato (de ahí que los contratos con condiciones generales reciban el nombre de «contratos de adhesión»). Deberán ajustarse a criterios de claridad, transparencia, concreción y sencillez, so pena de nulidad de pleno derecho de dicha cláusula (art. 5.5 LCGC, debiendo destacar que este último inciso ha sido introducido por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario)¹⁵.

La propia LSSICE las menciona, particularmente en su artículo 27.4, imponiendo al prestador del servicio la obligación de poner tales condiciones a disposición del destinatario *con anterioridad* al procedimiento de contratación, para que pueda almacenarlas y reproducirlas.

Para que sean incorporadas al contrato han de ser aceptadas por el adherente, debiendo ser firmado el mismo por todos y cada uno de los contratantes (art. 5 LCGC). Este precepto impone al predisponente el deber de informar expresamente al adherente de la existencia de tales condiciones y de facilitarle un ejemplar de ellas (en la misma línea que apuntan los

¹² Recordemos que el artículo 1.1 de la LCGC las define como aquellas «cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

¹³ Ha de ser un profesional, que a los efectos de la LCGC será «toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada» –art. 2, apartados 1 y 2–.

¹⁴ El adherente será cualquier persona física o jurídica, pero puede ser también «un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad» –arts. 2.1 y 3 LCGC–.

¹⁵ Invoquemos la archiconocida STS 1916/2013, de 9 de mayo, cuando analiza el artículo 1.1 de la LCGC, quien señala como requisitos de las condiciones generales de la contratación su contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. También subraya que resulta indiferente la autoría material, la apariencia externa, la extensión y que el adherente sea profesional o consumidor (apartados 137 y 138, FJ 7.º).

arts. 63 TRLGDCU y 27.4 LSSICE). En caso contrario, no serán incorporadas al contrato ex art. 7.1.a) LCGC. Lo mismo ocurre cuando las condiciones generales sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo que sean expresamente aceptadas por escrito por el adherente y respeten las normas sobre su imperativa transparencia –art. 7.1.b) LCGC–.

c) Celebración y perfección del contrato

Una cuestión que reviste especial interés acerca de los contratos electrónicos es el lugar de celebración de los mismos. Al efecto, hay que acudir al artículo 29 de la LSSICE. Este precepto establece dos fueros distintos.

En primer lugar, si una de las partes tiene la condición de consumidor se presumirá (presunción *iuris tantum*) celebrado en el lugar donde tenga su residencia habitual. En otras palabras, si el consumidor, que es la parte débil en el contrato¹⁶, es demandado, solo podrá serlo en su propio domicilio. Esta es una muestra más del carácter proteccionista hacia el consumidor de la LSSICE.

El artículo 29.2 establece un segundo fuero: si ambos contratantes son empresarios o profesionales, se presumirá celebrado en el lugar pactado por las partes, y subsidiariamente en el lugar donde se encuentre establecido el prestador del servicio.

Merece especial consideración el fuero especial previsto en el artículo 52.1.14.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), que dispone que en los procesos donde se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación «será competente el tribunal del domicilio del demandante».

Por otro lado, cuando se ejerciten acciones colectivas (esto es, las acciones declarativas, de cesación o de retractación) será competente «el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento, y a falta de este, el de su domicilio». Si el demandado carece de domicilio en España, será competente el tribunal del lugar donde tuvo lugar la adhesión.

Las demandas relativas al ejercicio de acciones en materia de condiciones generales seguirán los cauces del juicio ordinario ex artículo 249.1.5.ª de la LEC, a excepción de las acciones colectivas de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, que se sustanciarán por los trámites del juicio verbal (art. 250.1.12.º LEC). No se atiende en estos casos a las cuantías de las pretensiones, sino preferente y excluyentemente al objeto o materia de las mismas.

¹⁶ El TJUE ha subrayado que el consumidor se encuentra en una posición de inferioridad en relación con el empresario o profesional, en lo relativo «tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información» (STJUE de 27 de junio de 2000, C-240/98, apartado 25).

Otro aspecto destacado y novedoso de la LSSICE radicó en su disposición adicional cuarta. Supuso la modificación y la armonización de los artículos 1262 del CC y 54 del CCom, que hasta aquel momento mantenían criterios dispares en cuanto a cuándo estimar prestado el consentimiento contractual en contratos celebrados a distancia. En resumidas cuentas, conviene dejar anotado que, con anterioridad a tal modificación, el artículo 1262 del CC seguía la «teoría del conocimiento», mientras que el artículo 54 CCom seguía la «teoría de la expedición»¹⁷.

El consentimiento, que es uno de los elementos esenciales del contrato ex artículo 1261 del CC, se manifiesta, según el aludido precepto, por «el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato». Tras la entrada en vigor de la LSSICE, ambos preceptos disponen que en el supuesto de que oferente y aceptante se encuentren en lugares distintos, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndola remitido el aceptante, no pueda ignorarla aquel sin faltar a la buena fe. Se presume (*juris tantum*) celebrado el contrato en el lugar en que se hizo la oferta.

Pero lo realmente interesante a efectos de los contratos electrónicos es el tercer apartado de esos preceptos del CC y el CCom, que señala que en los «contratos celebrados mediante dispositivos automáticos» (expresión a resaltar, puesto que no es mencionada en ningún otro momento a lo largo del articulado de la LSSICE) hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación.

Podemos concluir que cuando los artículos 1262 CC y 54 CCom aluden a contratos celebrados por dispositivos automáticos no se están refiriendo solo y exclusivamente a los contratos electrónicos, sino también a los contratos celebrados por otros medios (*v. gr.* fax).

3. Novedades tecnológicas y subsiguientes retos jurídicos actuales

En este apartado, desgranaremos un par de aspectos individualizables.

3.1. Tecnología *blockchain*

Aunque vayamos a analizar esta figura desde un punto de vista jurídico, resulta imprescindible subrayar algunos aspectos técnicos.

¹⁷ El artículo 1262 del CC, en su redacción anterior, disponía que «la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». Por otro lado, el artículo 54 del CCom preveía que «los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada».

Tal tecnología fue ideada en el año 2009 por Satoshi Nakamoto. Este autor publicó un artículo sugiriendo la creación de una especie de moneda digital (*bitcoin*)¹⁸ para evitar tener que acudir a una autoridad central, como una forma de ahorrar costes y tiempo. En el momento actual, hay un gran vacío legal en la materia en España¹⁹.

En cuanto al concepto de la cadena de bloques, los autores que han estudiado esta materia ofrecen definiciones bastante similares. Podemos destacar la brindada por Legerén-Molina (2019), que entiende que el blockchain es «una base de datos online de carácter descentralizado, única y que puede contener cualquier tipo de registro» (p. 181). En la misma línea, Cervera Martínez (2019), la considera «una base de datos descentralizada, inalterable, transparente, que permite el seguimiento de las transacciones» (p. 2). Respecto a su funcionamiento, podemos adelantar que cada transacción u operación realizada genera un bloque. Ese bloque se incorpora a otros bloques correspondientes a operaciones anteriores y van formando una cadena. Esto es lo que entendemos, muy a grandes rasgos, por tecnología blockchain.

Apuntado sucintamente el concepto de esta tecnología, es necesario que destaquemos una serie de caracteres. He aquí donde hay una mayor discrepancia entre la doctrina que ha analizado esta cuestión. Las características más destacadas de la cadena de bloques, sobre las que se detecta un consenso más o menos generalizado, vendrían a ser las siguientes: (1) carácter pseudónimo, (2) carácter descentralizado, (3) carácter secuenciado, (4) inalterabilidad, (5) transparencia y (6) seguridad. Detallémoslos con mayor minuciosidad.

- a) En primer lugar, el eje central de esta tecnología es que nadie se identifica en ella con su nombre ni sus apellidos. Todos los usuarios que intervienen en la cadena de bloques tienen un pseudónimo, un número de referencia que permite identificarlos. Esto plantea muchos interrogantes desde una perspectiva jurídica, sobre todo en lo relativo a la capacidad de las partes.
- b) Como se ha mencionado, el objetivo principal del blockchain cuando se ideó fue reducir costes y tiempo. Ello solo era posible mediante la inexistencia de una au-

¹⁸ En este punto, cabe destacar la STS (Sala 2.ª) de 20 de junio de 2019. Aunque ciertamente se dicte por el orden jurisdiccional penal, hace importantes consideraciones acerca de la criptomoneda bitcoin. En su FJ 3.º subraya que «el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica [...] cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading bitcoin». El bitcoin «en modo alguno es dinero, o puede tener tal consideración legal –aspecto a destacar–, dado que la Ley 21/2011, de 26 de julio, de dinero electrónico indica en su art. 1.2 que por dinero electrónico se entiende solo el valor monetario almacenado por medios electrónicos o magnéticos que represente un crédito sobre el emisor, que se emita al recibo de fondos con el propósito de efectuar operaciones de pago [...] y que sean aceptados por una persona física o jurídica distinta del emisor de dinero electrónico».

¹⁹ En Estados Unidos, el estado de Arizona ha sido pionero con la Blockchain Bill, que reconoce el uso de esta tecnología como una especie de firma legal.

toridad central, esto es, un tercer sujeto de confianza *supra partes* que valide las transacciones plasmadas en su seno. También tiene consecuencias: la cadena de bloques no es propiedad ni gestión de nadie, no hay ningún sujeto responsable a quien se pueda reclamar algo o que pueda responder en caso de provocar un daño.

- c) La cadena de bloques se va construyendo de una forma ordenada en el tiempo, es decir, de manera cronológica. Todo bloque va a estar vinculado con el precedente por una razón muy sencilla: cada uno tiene un *hash*. Este término hace referencia a un algoritmo, a una secuencia alfanumérica. Este hash se va a incorporar al bloque siguiente, de forma que todos están encadenados. La modificación del hash implicaría que el contenido del bloque ha sido alterado, por lo que no se incorporaba a la cadena. En realidad, pues, su utilidad se limita en comprobar si ha habido una manipulación.
- d) Otra de sus características esenciales es la inalterabilidad. Una vez que la transacción se ha producido y el bloque se ha incorporado a la cadena, el contenido de la misma deviene inmutable, no se puede modificar.
- e) En cuanto a la transparencia, debemos destacar que todos los usuarios que participan en la cadena van a tener una copia exacta y actualizada de todas las transacciones desde el momento inicial.
- f) Finalmente, su último rasgo es la seguridad. La cadena de bloques está estructurada de tal manera que resulta muy difícil que sufra ataques informáticos. La única forma de que la cadena se vea afectada por estas circunstancias es que el *hackeo* afecte al menos al 51 % de los ordenadores que están interrelacionados en ella.

Bien, ¿cómo funciona prácticamente esta tecnología? En la blockchain hay una gran base de datos descentralizada en la que opera una red de ordenadores interconectados. Estos ordenadores, llamados nodos o mineros, tienen que averiguar un algoritmo matemático.

El primero de los nodos que obtiene la respuesta la transmite a los demás para que verifiquen que efectivamente esa es la respuesta correcta. En otras palabras, los restantes mineros van a comprobar la realidad de la transacción y que el algoritmo se ha resuelto correctamente. Si es así, ese bloque²⁰ se incorpora a la cadena desplazando al anterior. En caso contrario, el bloque no se incorpora²¹. El nodo que ha resuelto ese problema matemático y cuya respuesta ha sido verificada por el resto recibe una recompensa. La prueba de trabajo (*proof of work*) es lo que verifica que ese problema matemático surgido ha sido superado.

²⁰ Cada bloque está formado por tres capas: las transacciones que lo componen (tercera capa), el *hash* del bloque anterior junto con el *nonce* (segunda capa) y el *hash* del mismo (primera capa). El *nonce* vendría a ser una cifra que acredita la superación de ese problema matemático.

²¹ Aunque hablemos de «añadir bloques», lo que se añade técnicamente a la cadena no es el bloque en sí, sino el *hash*. *Stricto sensu*, el blockchain sería una cadena de *hashes*.

Por cada transacción que se produzca se incorpora un nuevo bloque. De esta manera se forma una cadena (de ahí el nombre de esta tecnología). Todos los nuevos bloques que se vayan añadiendo se van a ubicar en un bloque digital original.

Es importante mencionar y realzar que en la cadena de bloques no se incorporan documentos, sino que se generan unos sellos electrónicos cronológicamente ordenados. Se podrían incorporar, pero ello implicaría que los bloques tuvieran un tamaño mayor y daría lugar a un aumento de los costes, lo que choca frontalmente con el objetivo perseguido por blockchain.

3.2. Contratos inteligentes

Los autores que han estudiado esta materia han dado definiciones bastante similares sobre esta figura. La primera persona en hablar de ella fue el ingeniero y abogado Nick Zsabo, concretamente en 1994. Esta inicial premisa se fue desarrollando con el paso del tiempo, y hay autores que han dado un concepto de *smart contract* muy completo. Por ejemplo, Cervera Martínez (2019) lo define como «aquel contrato que, a través de un código informático, articula, verifica y autoejecuta el acuerdo entre las partes» (p. 2). Díaz (2019) considera que estos instrumentos son «programas informáticos que ejecutan acuerdos establecidos entre dos o más partes de modo que ciertas acciones se efectúan por el cumplimiento de condiciones específicas» (p. 4). Las cláusulas de estos contratos también son códigos informáticos.

Esta figura carece de regulación específica en España. No obstante, atendiendo a las definiciones anteriores, podría tener cabida como una modalidad de contrato electrónico, por lo que debemos tener en cuenta todo lo apuntado previamente acerca de los mismos y su regulación (disposiciones generales del CC y del CCom, LSSICE y, en su caso, TRLGDCU y LCGC).

Los contratos inteligentes se asientan principalmente en la tecnología blockchain. Prueba de ello es que comparten muchas características con ella, tales como la inalterabilidad, la transparencia, la seguridad o el carácter pseudónimo. Por esta razón solo se van a analizar ahora los caracteres específicos de los contratos inteligentes, a fin de evitar reiteraciones superfluas.

Principalmente podemos apuntar que los *smart contracts* son autónomos, lo que quiere decir que no necesitan de la intervención de las partes para que las prestaciones que los integran lleguen a ejecutarse. Utilizan un lenguaje informático que debe ser traducido al lenguaje común, de forma que cualquier ciudadano medio pueda comprender su contenido. De lo contrario, el contrato podría ser anulado, al haber un consentimiento viciado (art. 1265 CC).

En estrecha relación con el apunte anterior, son también autoejecutables, esto es, una vez que se produce su activación se ejecutan *per se*, automáticamente.

Podemos mencionar dos tipos de contratos inteligentes. Tenemos los denominados *smart code contracts*, por un lado, y los *smart legal contracts*, por otro. Ambas clases son códigos informáticos. La principal diferencia entre ellos es que los primeros son almacenados en la cadena de bloques, mientras que los segundos no. Nosotros nos centramos aquí en el análisis de los *smart code contracts*.

Es imprescindible que hagamos una mención al proceso de formación de esta figura, bajo un criterio expositivo cronológico.

En primer lugar, podemos hablar de una fase de generación o formación (precontractual). En este momento inicial es donde desempeñan un papel importante las obligaciones de información de los prestadores del servicio que se han apuntado *supra*.

En segundo lugar, se encuentra la llamada fase de perfección, artículo 1254 del CC. Es en ese momento cuando se produce el concurso entre la oferta y la aceptación en los términos del artículo 1262 del CC. Al tratarse de una categoría de contrato electrónico, el prestador debe enviar acuse de recibo al aceptante en las 24 horas siguientes a la recepción de la aceptación *ex* artículo 28 del LSSICE.

Por último, tenemos como fase final la ejecución del contrato. El concurso de voluntades ya ha tenido lugar en la fase de perfección. Aquí simplemente se produce la condición que las partes han previsto previamente como mecanismo de activación y el contrato se ejecuta automáticamente, sin necesidad de intervención humana.

Anteriormente ya habíamos mencionado el vocablo «condición». Se trata de un elemento esencial en relación con el funcionamiento de los contratos inteligentes, con un sentido que no es exactamente el que usualmente aparejamos jurídicamente a ese concepto, nótese. Este término hace referencia a las circunstancias externas de las que se hace depender el *smart contract* y cuyo advenimiento produce su autoejecución. Si esta condición no se cumple, no se ejecuta el contrato. Como se puede apreciar, no es necesaria la intervención de las partes en el mismo, si bien esta circunstancia es pactada por ellas antes de la perfección del contrato.

Quienes han estudiado en profundidad esta figura subrayan que utiliza la llamada fórmula *if-then-else*. Básicamente se puede resumir de la siguiente manera: si ocurre la condición pactada por las partes (*if*), se ejecuta en sus justos términos (*then*). En cambio, si se produce una circunstancia distinta a la prevista (*if not*), entonces ocurre otra cosa diferente (*else*). Los nodos, una vez que comprueban que la condición se ha producido, ejecutan el contrato directamente.

Bien, así las cosas, ¿cómo detectan los nodos que esa circunstancia realmente se ha cumplido? En este punto interviene una herramienta informática imprescindible, el oráculo. Los oráculos son fuentes o herramientas informáticas que comprueban datos del mundo real de los que se hace depender la ejecución del contrato inteligente. Al igual que ocurría

con la condición, son elegidos por las partes. Pongamos un ejemplo: imaginemos que esta fórmula de los contratos inteligentes se utiliza en el ámbito de las apuestas de pago en partidos de fútbol. La ejecución de ese contrato se está haciendo depender de un elemento externo que no conocemos en el momento de perfección de aquel, el resultado del partido. Una vez que el partido ha finalizado, para conocer el resultado del mismo, los nodos le preguntan al oráculo (por ejemplo, la página web de la Federación Española de Fútbol). Si el apostante acierta (es decir, si se cumple la condición), el contrato se autoejecuta y recibe la cantidad de dinero que le corresponda.

No se pueden incluir condiciones que no sean objetivables ni condiciones que deban ser objeto de interpretación (así, no cabría acudir en materia de contratos inteligentes a principios como la diligencia de un buen padre de familia, criterio por antonomasia expuesto en el art. 1104 CC). Debe pues evitarse la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por estos lares.

Un aspecto conflictivo es la admisión o no en los *smart contracts* de la firma electrónica. Este último instrumento debe reunir una serie de requisitos previstos en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, a saber: a) que permita identificar al firmante y detectar cualquier cambio posterior de los datos firmados, b) que esté basada en un certificado reconocido y c) que esté generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma.

El principal problema lo genera aquí el primero de esos requisitos. Como hemos visto, una de las características de la tecnología *blockchain* (y, por tanto, compartida por los contratos inteligentes que la utilizan como base y cauce por el cual discurrir) es que los usuarios se identifican con un número de referencia, lo que implica en relación de causalidad directa que no conocemos su veraz identidad. Podemos pensar, por tanto, que la exigencia de identificación del firmante puede chocar con uno de los caracteres principales de la cadena de bloques.

En caso de que nos inclinemos por admitir la firma electrónica en los *smart contracts*, obviamente, tendrá el mismo valor que una firma manuscrita.

3.3. Repercusiones jurídicas de estas tecnologías

Consideramos preferible analizar los aspectos positivos y negativos de ambos instrumentos de manera conjunta por una sencilla razón: los *smart contracts* se sustentan principalmente en la cadena de bloques, con lo cual abortamos reiteraciones innecesarias habida cuenta de que muchos de sus pros y contras van a ser comunes.

Como se ha reiterado, *blockchain* es una figura que puede dar lugar a muchas controversias. Quienes defienden su utilización en nuestro día a día destacan su seguridad, ya que para que su estructura se vea alterada tienen que verse lesivamente afectados más de

la mitad de los nodos participantes. También se subrayan como aspectos positivos el ahorro de costes y de tiempo, al no tener que recurrir a un tercer sujeto que dé el visto bueno a las operaciones conformantes de los negocios jurídicos en liza.

Además, en el caso de los contratos inteligentes, se viene proclamando por sus defensores que la autoejecución excluye el incumplimiento de la prestación, luego no hay posibilidad alguna de que se vea frustrada al no intervenir las partes en aquella. También subrayan que la autoejecución excluye la posibilidad de demora en el cumplimiento. En el mismo momento en que se produce la condición, los elementos tal y como están configurados ya no se pueden modificar y el contrato se va a ejecutar en sus justos términos, sin que admita diferentes puntos de vista ni interpretaciones.

No obstante, a efectos jurídicos, el uso de estos instrumentos puede resultar bastante conflictivo. Se ha destacado más arriba su carácter pseudónimo. En caso de que solo podamos conocer a un usuario por su identificador informático, ¿cómo saber quién es la persona que se encuentra al otro lado de la pantalla y su capacidad? Pongamos un ejemplo: el sujeto A formaliza un contrato de compraventa de un bien inmueble a través de la tecnología blockchain con el sujeto B. Haciendo uso de este instrumento, no sabemos nada acerca de la capacidad de ambos sujetos. ¿Qué ocurre si el sujeto A está casado en régimen de gananciales y el inmueble que está enajenando es la vivienda familiar? ¿Cómo sabemos si hay o no consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial subsidiaria? Bien parece que no podría garantizarse el cumplimiento del artículo 1320 del CC en este supuesto. O, pensemos en otra situación, ¿qué sucede si el sujeto A, vendedor del inmueble, es un menor emancipado? Este contrato sería anulable porque el artículo 323 del CC prohíbe expresamente que dicho sujeto pueda enajenar bienes inmuebles hasta que llegue a la mayoría de edad, sin el complemento correspondiente de su aún no plena capacidad de obrar. Tampoco podríamos acreditar apriorísticamente si una de las partes tiene o no la consideración de consumidor o usuario, lo que nos generaría problemas a la hora de decidir si son aplicables o no las disposiciones de *ius cogens* del TRLGDCU...

Es más, si los llamados contratos inteligentes son autoejecutables y no intervienen las partes en su ejecución, corremos el riesgo de que lleguen a ejecutarse contratos que adolecen de vicios o deficiencias jurídicas, algo que haría tambalear los principios más básicos de nuestro sistema contractual. Una solución que podríamos dar a este problema es que haya algún tipo de control por parte de una autoridad u operador jurídico al efecto predefinido para evitar que contratos nulos lleguen a ejecutarse, pero ello choca frontalmente con uno de los caracteres más destacados de la cadena de bloques: la ausencia de una autoridad externa que verifique la corrección técnico-jurídica de las transacciones en liza.

Una de las principales características que hemos mencionado de esta tecnología era la inalterabilidad. Si el contrato, una vez perfecto, es inmutable, ¿qué ocurre en los casos en que se produzca un daño como consecuencia de un error informático? La cadena de bloques no tiene ningún propietario, simplemente participan una serie de usuarios en su estruc-

tura. La única solución posible sería exigir responsabilidad al programador de ese código informático y que sea él quien tenga que reparar el daño causado conforme a las reglas generales de la responsabilidad contractual (arts. 1101 y ss. CC), si es que se le identifica suficientemente con antelación. Estos contratos no dejan de ser códigos informáticos que, lógicamente, son creados por un perito en la materia. Si una persona sin conocimientos informáticos hace uso de este instrumento como una forma de contratación, tiene que acudir a lo preprogramado por estos profesionales para después poder celebrar ese contrato con otro sujeto. Con base en este *prius*, consideramos que se trataría de un supuesto de responsabilidad civil contractual si existiera una relación jurídica con el programador informático, que es quien idea y diseña ese código.

Por otra parte, tal y como está definida esta tecnología y teniendo en cuenta que un *smart contract* debe ejecutarse en sus propios términos, podemos considerar que formas especiales de pago no serían tampoco admisibles –v. gr. la dación en pago, no regulada expresamente en nuestro CC aunque sí la aluda en algunos preceptos, cfr. art. 1849 CC–. En otras palabras, no sería posible que el deudor se liberara de la obligación cumpliendo una prestación distinta a la inicialmente pactada.

Todavía más, estos contratos y esta tecnología pueden llegar a incluir más que previsiblemente datos personales de quienes intervienen en ellos, protegidos rígidamente en nuestro ordenamiento jurídico a tenor del artículo 18.4 de la CE y su legislación de desarrollo. Con todo, los participantes tienen una copia actualizada de todas las transacciones desde el momento inicial, con lo cual cada usuario puede tener acceso a información de las sucesivas personas que transan. Aunque ninguno de los intervinientes se identifica, pueden utilizarse, por ejemplo, las direcciones IP utilizadas para rastrear al sujeto que ha realizado la operación.

Otro aspecto negativo reseñable es la aportación de este soporte como medio de prueba en un eventual proceso judicial. Los contratos inteligentes y la cadena de bloques utilizan un lenguaje informático, no un lenguaje usual o natural. La referencia que hace el artículo 24 de la LSSICE al soporte electrónico como prueba documental no es suficiente en esta materia, sino que sería necesaria la intervención de un perito que tradujese ese código informático al lenguaje humano. Así, realizada esa operación, el juez podría valorar este medio de prueba desde los correspondientes criterios procesales.

4. El papel de nuestro sistema de derecho contractual

Recapitemos, en este instante expositivo, para reformular y unir estas modalidades tecnológicas de contratación con nuestro sistema de derecho contractual.

Si convenimos que un *smart contract* «es la expresión informática codificada de un contrato, donde los términos pactados se expresan en un código», correlativamente «puede devenir imposible o irrelevante analizar el programa aplicándole categorías y nociones jurídi-

cas como las de oferta y aceptación, determinación de objeto y causa, entre otras» (Ibáñez Jiménez, 2018, pp. 92-94). De otro modo, esa creación estrictamente informática no lleva adjuntos los requisitos imperativamente exigidos por el artículo 1261 del CC, de ahí que postulemos que no quepa denominarlos en sentido técnico-jurídico contratos. Son simplemente «códigos o lenguajes de programación anudados a diversos dispositivos o mecanismos informáticos que facilitan el cumplimiento de órdenes materiales [...] y, en su caso, el cumplimiento de un contrato» (Ibáñez Jiménez, 2018, p. 96).

Sin perjuicio de no perder de vista tal axioma, no es menos cierto que a través de la tecnología cabe vehicular en códigos informáticos *acuerdos de voluntades* entre partes tendentes a producir efectos jurídicos. Serían entonces, más exactamente, un cauce en que se vierte la autonomía de las partes que origina la obligación contractual (art. 1255 CC), de tal modo que los programas o instrucciones que se les anejen ejecuten automáticamente el cumplimiento de obligaciones debidamente especificadas y predeterminadas, constituyendo una de sus fuentes (art. 1089 CC). Entendemos que únicamente desde este prisma es factible enlazar con la recta concepción técnico-jurídica del contrato. De ahí que por *smart contracts* se entienda «tanto los códigos o programas que sirven de soporte a una determinada operación como el resultado técnico derivado de la ejecución de este software, en el que concurren consentimiento de los contratantes, objeto cierto y causa de la obligación» (Cervera Martínez, 2019)²², esto es, los elementos esenciales que el artículo 1261 del CC exige para que podamos entender que nos hallamos ante un contrato rectamente conformado en sentido jurídico *–supra–*. Semejante contrato tendría por característica principal, junto a la inmutabilidad de lo que se acuerda, la verificación y ejecución autónoma plasmada en una cadena de bloques inalterables del acuerdo alcanzado entre las partes (art. 1254 CC).

A estos referidos preceptos se engazaría pacíficamente la contratación llevada a cabo mediante esta tecnología, pues como prevé el artículo 23 de la LSSICE,

los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el Ordenamiento jurídico cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez *–reenvío perentorio, pues–*. Los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en este Título, por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios *–reténgase–* y de ordenación de la actividad comercial.

²² Como apunta Espar (3 de julio de 2019),

son la traslación a un código informático de las distintas partes de un contrato desde su misma sintaxis, de manera que el contrato prevea todas las posibles acciones que deben ejecutarse ante cualquier evento que active una cláusula de aquel, haciéndolo autoejecutable sin intervención humana [...]. Estas instrucciones pueden requerir el recurso a un tercero para ejecutar una acción *–que–* se lleva a cabo mediante los llamados oráculos [...] con las que se ejecutará una instrucción [...] o, incluso, se resolverá una discrepancia relativa a la interpretación del contrato.

En todo caso, su celebración y perfeccionamiento se produce electrónicamente. Son contratos electrónicos, una especie más a hilvanar en la legislación especial al efecto promulgada.

En los *smart contracts*, perfeccionado el contrato, el código informático en que se traduce se incorpora en un registro distribuido –*supra*, nuevamente–, alojado en una dirección del mismo en tanto en cuanto es por fin ejecutado. Tal incorporación es quien brinda plena fehaciencia de la inalterabilidad de lo acordado, de que nada lo perturbará ulteriormente y de que se ejecutará autónomamente, sin precisar de la intervención de ningún agente externo: existirá «una constancia irreversible y permanente del resultado de esta ejecución» (Anguiano, 2 de enero de 2019). Este rasgo definitorio conlleva un riesgo notable que aboca a formular regulaciones rigurosas y exhaustivas. Semejante automatismo ajeno, tal parece, a cualquier incidencia o supervisión humana ha de apoyarse en un reconocimiento normativo previo, formulado además desde altos estándares de exigencia y control, si es que se quiere que las obligaciones vehiculadas en un *smart contract* puedan surtir plenos efectos *inter privatos* o, más aún, provocar efectos *erga omnes* (un contrato es título sobre el que edificar un proceso de transmisión, creación... de un derecho real, cfr. art. 609 CC).

Lo que se innova es la *forma* de contratar, mas no el fondo, que ha de mantenerse idéntico al tradicional, respetando la normativa rectora y, consiguientemente, pudiéndose apreciar las fases típicas en todo proceso contractual: tratos preliminares (informaciones, publicidad, negociación entre las partes, confección/ofrecimiento unilateral del clausulado rector, etc.)²³; perfección (consentimiento a partir de lo sucedido en la primera fase apuntada); y consumación (ejecución –o inejecución, total o parcial– de lo acordado). En la primera de esas etapas, nos hallaremos con toda la problemática adyacente a la contratación en masa, que a buen seguro el cauce tecnológico de la *blockchain* no extirpará *per se*, si no la acrecienta, de hecho. En la segunda, el aspecto más reseñable a considerar será la necesidad de la prestación del consentimiento mediante firma electrónica, ya sólidamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico –cfr. *supra*–. Las novedades más intensas apegadas a esta tecnología empiezan a partir de este hito cronológico en el proceso contractual.

Pero un aspecto clave que debemos dejar meridianamente expuesto consiste en que, si se quiere que esas nuevas formas contractuales surtan plenos efectos jurídicos, forzosamente han de aquietarse al sistema de derecho contractual que existe en nuestro ordenamiento, que en este punto actúa como sustrato o *prius* de validez de esa vertiente jurídica, al suponer normativa de *ius cogens*. Desde el propio tenor del artículo 1255 del CC se con-

²³ O, más detalladamente, en el proceso de formación de un *smart contract* pueden apreciarse estos hitos: «(a) muestra de la voluntad de alcanzar un acuerdo entre las partes (b) determinación de las condiciones del contrato (c) redacción del código que permite la ejecución (d) encriptación de las transacciones [...] prosiguiendo con la ejecución» y «procesamiento» del mismo (Espar, 3 de julio de 2019).

trasta esa realidad indeclinable: los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente (autonomía de la voluntad), pero siempre que no sea contraria a determinados factores, que actúan pues como límite o frontera a partir del cual esa autonomía no puede ser operativa. Y el primero de ellos es la ley, la norma jurídica positiva. Ese concepto, como se comprenderá, es amplio, con potencial efecto expansivo en absoluto desdeñable. Ley es el Código Civil, que pide la concurrencia de determinados requisitos en un contrato con las correspondientes sanciones en caso de no presencia de los mismos. Ley es la normativa especial en materia de consumidores, que por la especial debilidad de su posición en la gestación del vínculo contractual restringe el campo de acción a la autonomía de la voluntad y amplía terreno de actuación directa y obligatoria a las normas jurídicas... El contrato, por inteligente que se intente que sea, no puede apartarse de ese cimiento legal, forzosamente vigente, imperativo en los términos que se prevean. Si lo hace, no es contrato en sentido técnico-jurídico y no despliega los efectos jurídicos predeterminados, por la voluntad de los contratantes y, lo que es más importante, por el ordenamiento jurídico (sin más, por ejemplo, la garantía judicial de su cumplimiento respaldada en las diversas acciones que asimismo el derecho prefigura).

Desde luego, acudir a esta nueva forma de exteriorizar un vínculo contractual no extirpa los problemas que últimamente se han traducido en una enorme carga de litigiosidad civil (derecho bancario, cláusulas suelo en contratos de préstamo con garantía real hipotecaria, cláusulas abusivas en el crédito al consumo, etc.). Los puntos críticos a los que ha de enfrentarse este sistema presentan, *a priori*, las mismas debilidades que ya se vienen observando y que justifican el pujante vigor y aplicación de esa normativa protectora y correctora de tantos excesos, considerando que, como defendemos, las radicales modificaciones que se pregonan a los cuatro vientos únicamente son formales, pero se mantienen los mismos riesgos y correlativos controles legales precisos, empezando por la verificación del consentimiento que prestan los consumidores y los dispares aspectos previos sobre el cual ese elemento esencial del contrato reposa (cognoscibilidad, claridad, información precontractual precisa y adecuada, etc.). No se trata de resaltar extremos meramente instrumentales (una firma electrónica en vez de manual, que evidentemente tendrán la misma validez jurídica *ope legis*), sino el fondo del asunto que enlaza con el respeto adecuado a disposiciones de *ius cogens*, a las que una modificación tecnológica no puede subvertir –*supra*–. Y si se siguen produciendo los mismos fenómenos a los que nos referimos, la litigiosidad adyacente se va a mantener (pensemos, por ejemplo, en que se haya insertado en un *smart contract* una cláusula contractual predispuesta sobre la que se observe abusividad).

Si esta nueva forma de contratar quiere maridar con el sistema jurídico y desplegar los efectos jurídicos propios de la institución, es obvio que habrá de enlazar con nuestro derecho contractual imperativo. De no hacerlo, esas novedosas formas quedarán en nada, ayunas de correlato jurídico. Seguramente deban efectuarse cambios normativos y previsiones que fomenten el amparo jurídico de estas realidades tecnológicas; pero desde luego no debe operarse a la inversa y voltear las reglas de juego: las formas deben adaptarse al fondo jurídico, no al revés.

Otro tanto sucede respecto a la pretendida autoplenitud del *smart contract*, carente tal parece de la necesidad de cualquier atisbo de interpretación. ¿De veras es defendible esta hipótesis con carácter general? ¿Todos esos programas informáticos serán tan perfectos que en su desarrollo no surgirá ninguna duda, oscuridad, inconcreción... que precise ser subsanada, interpretación mediante? Sabemos de la existencia positivada de reglas jurídicas, por tanto de normas en sentido estricto, que prevén criterios que seguir para llevar a cabo estas operaciones hermenéuticas. Pero la clave del asunto se encuentra, a nuestro entender, en que esas normas tienen por teleología el hallazgo de la intención común de los contratantes, de ese punto de equilibrio y mixtión en que convergen las voluntades de ambas y, consecuentemente, su contenido, léase, «sus estipulaciones y efectos. Aquí es donde se presenta en la práctica la dificultad de precisar esa intención, y se han de examinar los medios para lograrlo» (Díez Picazo y Gullón Ballesteros, 1989, p. 84). La interpretación del contrato, sea cual sea la forma en que se exteriorice, habrá de ser practicada en buen número de casos, especialmente cuanto más sofisticado o complejo sea su contenido. Si se da en el ámbito de consumo, *mutatis mutandis*, tendrá que ser aún más precisa y, nótese, imperativa *ratione materiae –supra–*.

A mayor abundamiento, en esa interpretación han de entrar forzosamente –aparte de las reglas específicas del CC (arts. 1281-1289) o las prioritarias especiales y preferentes que pudieran contenerse en normas especiales– principios, criterios jurídicos que, a su vez, no tienen un contenido directo, sino que requiere de concreción y ponderación previo análisis casuístico: la buena fe, la diligencia de un buen padre de familia... Y básicamente ello ha de ser así habida cuenta de que, a pesar de su contenido adornado de concreción o dotación jurisprudencial, son normas jurídicas imperativas integrantes del sistema de derecho contractual a quien venimos haciendo referencia (cfr. arts. 1104 o 1258 CC). Así pues, las modalidades formales tecnologizadas de contratación no pueden quedar exentas de la sujeción a estos criterios, normativos e interpretativos.

No cabe otra alternativa, entendemos, valorando qué es actualmente nuestro ordenamiento jurídico. Si se trata de un sistema pretendidamente completo, debe estar sustentado en una red de valores, líneas generales de evaluación, actuación... que entreteja y cobije lo que, por otro lado, es lo más llamativo de nuestro derecho presente: una inmensidad de normas jurídicas de la más variada índole y procedente de muy distintos centros normativos creadores. Precisamente para dar los perentorios rasgos de coherencia y unidad interna al sistema es por lo que debe acudir a ese tipo de principios.

La mera adición casi *ad infinitum* de normas jurídicas no crea *per se* la coherencia, la plenitud y la unidad que deben ser predicables de un sistema que se rubrique como un ordenamiento jurídico, que exceda y esté por encima de los simples individuos normativos que lo integran, y que permita su supervivencia y pacífico mantenimiento más allá de los avatares que dentro del mismo se produzcan (innovaciones, modificaciones, derogaciones, etc.). Y se considera que tiene que ser exactamente en ese punto donde este tipo de principios o criterios generales han de desempeñar esa función querida expresamente por las propias normas positivas.

De ahí que esos criterios no sean pura retórica o elementos residuales y marginales que han de ceder ante la arrolladora irrupción de la tecnología, gozando de una rotundidad mayor de la que primitivamente se puede aprehender, de una prioridad lógica, de un valor axiológico de fondo proyectado en cada uno de los sujetos normativos que forman parte del ordenamiento.

Estas operaciones, y la consideración de los criterios y principios normativizados por nuestro sistema de derecho contractual, son impreteribles en un contrato que quiera tener efectos jurídicos, por disruptiva que sea la forma en que se celebre.

5. Apunte final

Las nuevas tecnologías están muy presentes en nuestro día a día. Su generalización y expansión es inevitable e imparable, y posiblemente nos vamos a encontrar en un periodo de tiempo no muy lejano con unos medios tecnológicos mucho más avanzados y complejos que los que tenemos actualmente a nuestra disposición.

La legislación puede estar quedando obsoleta en algunos puntos relacionados con esta realidad. Nuestro derecho tal vez no está reaccionando ágilmente ante esta situación y quizás sea incapaz de ofrecer *de lege data* una respuesta detallada a varios interrogantes surgidos como los que hemos bosquejado en estas páginas. Son muchos los problemas que debemos afrontar de cara a una actualización o regulación normativa ajustada y perfeccionada, que cubra materialmente la totalidad de estos terrenos.

- En primer lugar, nuestra LSSICE requiere actualización. En estos años la informática se ha desarrollado mucho, hasta el punto de amparar realidades como la tecnología blockchain, que presenta unos cuantos caracteres que se escapan de toda regulación positiva (por ejemplo, la perfección de contratos a través de una cadena pseudónima e inmodificable). Estimamos urgente que el legislador (nacional y comunitario) brinde una respuesta a este fenómeno, ya sea una solución permisiva (regulando esta tecnología y fomentándola, como ha hecho algún estado de los Estados Unidos), ya sea previendo, con las cautelas y garantías precisas, su utilización correcta en interacción con otros bloques normativos ya existentes (pensemos en el derecho de consumo).
- En segundo lugar, entendemos que la tecnología blockchain no tiene cabida pacífica, tal y como está configurada hoy por hoy, en nuestro ordenamiento jurídico contractual; no empasta milimétricamente con él para poder contar con ella plenamente en el desarrollo del tráfico jurídico y económico que se condensa en la institución del contrato. No encaja adecuadamente con los vigentes cimientos más básicos de nuestro derecho de contratos. A la hora de celebrar un contrato, las partes han de estar plenamente identificadas, ante todo para contrastar su capacidad para la celebración del negocio jurídico en cuestión (art. 1263 CC).

Una cadena pseudónima que entre en el juego del sistema contractual desborda ese requisito legal.

- En tercer lugar, debemos señalar que los «contratos inteligentes» probablemente no merecen tal consideración estrictamente jurídica. Son códigos informáticos. Inicialmente son programados en un lenguaje informático, no en un lenguaje natural que pueda entender un ciudadano medio. Si a estos códigos les damos la consideración de «contratos», podemos estar desnaturalizando la específica concepción normativa de lo que es un contrato. La cuestión del lugar y el momento de perfección de estos contratos seguramente la podemos solucionar acudiendo a la LSSICE, pero el mayor problema es su autoejecución. Si admitimos incondicionalmente esta figura, asumimos el riesgo de que contratos nulos de pleno derecho o que adolezcan de vicios de distinto alcance se ejecuten, algo que no es deseable por los ulteriores problemas que pueden gestarse, ya sabidos desde esa teórica perfección. Y, a mayor abundamiento, una vez se cumpla la condición establecida por las partes, no se va a poder ni modificar el contrato ni paralizar la ejecución. La única forma de evitar todas estas dificultades sería establecer una especie de control *ex ante*, si bien eso no es compatible con los caracteres definitorios de estos contratos y de la tecnología en que se fundamentan. No existe ningún supervisor, no hay ninguna autoridad *supra partes*. Esta nota es uno de los aspectos positivos que destacan los partidarios de la cadena de bloques y de los *smart contracts*, pero desde una perspectiva jurídica puede conllevar severos inconvenientes. Nada arguyen sus defensores sobre quién va a responder en casos de error u omisión a la hora de programar ese código informático. Teniendo en cuenta que no hay ningún responsable ni propietario en la cadena de bloques, la única posibilidad hipotética que sugerimos es que el programador, si es que se le conoce, responda por los daños que haya podido causar, acudiendo por tanto a los artículos 1101 y concordantes del CC como si de un supuesto de responsabilidad contractual se tratara.

Sin perjuicio de que estas modalidades formales de contratación hayan de acoplarse con máxima finura a las previsiones de derecho contractual imperativas vigentes y rectoras de hecho de todo ese marco, sean comunes o especiales, también es cierto que han de realizarse cambios que ajusten mejor estas realidades, que amparen en esa normativa con quirúrgica precisión a estas novedades, máxime si, como es previsible, se generaliza su uso y su subsiguiente esperable conflictividad ulterior. Por eso, si nuestro legislador no acomete con prontitud la normación minuciosa de la integridad de este asunto, puede darse pábulo a que se empiecen a utilizar estos medios con la finalidad de eludir controles normativos y aprovechar torticeramente los vacíos legales que hay en esta materia. Aunque algunos aspectos puedan salvarse acudiendo a la LSSICE y otros cuerpos normativos, resulta preferible una regulación específica al respecto que nos dé una repuesta a esta cuestión cuanto antes, a fin de evitar la apertura de espacios por donde puedan propagarse abusos y disfuncionalidades contractuales. Con todo, en ningún caso estas nuevas formas pueden colocarse radicalmente *extramuros* del derecho imperativo, ni gozar de aptitud jurídica para voltearlo.

Referencias bibliográficas

- Anguiano, J. M.^a (2 de enero de 2019). Smart contracts: Introducción al contractware. *Diario La Ley*.
- Cervera Martínez, M. (2019). Aproximación a la protección del consumidor en los nuevos contratos inteligentes o smart contracts. *Actualidad Civil La Ley*, 6.
- Díaz, E. (2019). Una aplicación jurídica del Blockchain: los smart contracts. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 50.
- Díaz-Ambrona Bardají, M. et al. (2018). *Derecho Civil de la Unión Europea*, (vol. II). Tirant lo Blanch.
- Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (1989). *Sistema de Derecho Civil*. Tecnos.
- Espar, O. (3 de julio de 2019). Blockchain y smart contracts. Su impacto en los contratos de financiación de empresas y los obstáculos a su implementación. *Diario La Ley*, 9448.
- Feliú Álvarez de Sotomayor, S. (2019). La imperatividad de la nueva normativa de viajes combinados y servicios de viaje vinculados. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- Ibáñez Jiménez, J. W. (2018). *Derecho de Blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Legerén-Molina, A. (2019). Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques. Aspectos legales del Blockchain. *Revista de Derecho Civil*, VI(1).
- Sánchez Álvarez, E. (2019). Unión Europea y Derecho Civil: la cuestión prejudicial y su repercusión en el actual paradigma de juez civil. En *Una contribución a la europeización de la Ciencia jurídica: Estudios sobre la Unión Europea (Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias)*. Thomson-Reuters Civitas.
- Sánchez Álvarez, E. (2020). Estado de alarma y consumidores: desproteger a quien se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo). *Revista CEFLegal*, 235-236.



Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho

Matilde Vicente Díaz

Magistrada

<https://orcid.org/0000-0001-9033-0860>

Soraya Callejo Carrión

Magistrada

Doctora en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-9581-559X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

¿Está el derecho a la libertad de expresión en peligro? El presente trabajo trata de ofrecer una respuesta a tal interrogante desde la perspectiva judicial a través del análisis de casos relevantes, bien por su repercusión mediática, bien por la enjundia de sus fundamentos de derecho. No es una cuestión fácil habida cuenta del auge de las redes sociales a las que incluso recurren habitualmente medios oficiales para transmitir informaciones y opiniones en relación con los asuntos más variados, y ello por su facilidad expansiva y el acceso de todos los públicos en general. En este contexto, cabe preguntarse si estamos asistiendo a una reformulación de lo que pueda entenderse por libertad de expresión. En el empeño se parte de los contornos constitucionales del derecho tal y como ha tenido ocasión de fijarlos el Tribunal Constitucional, sus diferencias con el derecho a la información y el eterno conflicto con el honor, la intimidad y la propia imagen. En todo caso, como la opinión es libre, faltaría más, cada cual puede valorar la respuesta judicial; sin embargo, una cosa parece clara *a priori*: la intervención de los tribunales es cada vez más intensa y aunque hay voces que ensalzan lo exacerbado de la respuesta judicial, lo cierto es que, ante la colisión o posible colisión de derechos, la intervención de los tribunales sirve para arbitrar las diferencias.

Palabras clave: libertad de expresión; derecho a la información; jurisprudencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Vicente Díaz, M. y Callejo Carrión, S. (2021). Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho. *Revista CEFLegal*, 246, 99-130.



Freedom of expression: the limits of a fundamental right called into question

Matilde Vicente Díaz

Soraya Callejo Carrión

Abstract

Is the right to free speech endangered? This paper aims at answering that question from a judiciary perspective through the analysis of relevant cases, because of their media impact or because of the strength of the opinions within the judgment. It is no light chore, given the social media boom, often a go-to source for information and opinion on the most varied items, even for state media, owed to their effortless spread and worldwide access. In this context, one might ask if are we witnessing a reformulation of what freedom of expression means. The task begins with the constitutional outline of the fundamental right as set forth by the Constitutional Court, the dissimilarity between freedom of expression and the right to receive and impart information and the eternal conflict with honor, privacy and own image. Anyway, as there is –no doubt– freedom of opinion, everyone may make their own judgement on those judgments; nevertheless, one thing is clear *a priori*, courts' labour is becoming more and more intense and, although some voices praise the harshness in the judiciary response, the fact is that, when rights collide, court action is still a means to arbitrate differences.

Keywords: freedom of expresión; right to receive and impart information; case law.

Citation: Vicente Díaz , M. y Callejo Carrión, S. (2021). Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho. *Revista CEFLegal*, 246, 99-130.





Sumario

1. Introducción
 2. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho al honor: del juicio de ponderación
 3. Hacia la determinación de lo que se considera injurioso o vejatorio
 - 3.1. *Persona non grata*
 - 3.2. Los «ataques» en las redes sociales
 - 3.3. Expresiones de letrados en el ejercicio del derecho de defensa
 - 3.4. Ataques contra el prestigio profesional
 - 3.5. Cargos públicos: con la política hemos topado
 - 3.6. El sentimiento nacionalista
 - 3.7. El conflicto con los sentimientos religiosos
 - 3.8. Las publicaciones satíricas
 - 3.9. Los ficheros de morosos
 - 3.10. Las noticias sobre detenciones y procesos judiciales
 - 3.11. Las expresiones de odio
 4. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho a la intimidad
 - 4.1. Las fotos «robadas»
 - 4.2. El uso de cámara oculta
 5. Libertad de expresión y derecho a la información versus el derecho a la propia imagen
 6. La extralimitación del derecho penal como límite a la libertad de expresión
 7. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Como es bien sabido, la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales que recoge el texto constitucional de 1978 y, como tal, digno de percibir la protección más intensa en la Carta Magna, al situarse entre los que reconoce el título I, capítulo II, sección 1.^a, de nuestra norma fundamental. Con base en el mandato constitucional, la tutela que los tribunales ordinarios dispensan a los derechos fundamentales en el ámbito civil, penal, social y contencioso-administrativo es igualmente intensa y tiene como telón de fondo la doctrina sentada a lo largo de años por el Tribunal Constitucional, último garante de la Constitución. La libertad de expresión se fundamenta en la libertad ideológica y nuestra Constitución la recoge en el artículo 20, que se refiere a distintas formas de expresión: expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y añade dos especificaciones al mencionar el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y la libertad de cátedra. Son todos derechos autónomos, aunque en muchas ocasiones es difícil deslindar la libertad de expresión y el derecho a la información. Hasta ahí, nada que objetar y nada nuevo.

Sin embargo, podría decirse que el derecho a la libertad de expresión no pasa, en opinión de algunos, por su mejor momento; el tremendo desarrollo de los medios de comunicación y el uso de las redes sociales en los últimos años ha propiciado que se pueda *expresar una opinión* sobre cualquier asunto al socaire de la propia voluntad (faltaría más), pero plasmada de forma un tanto abrupta con una gran repercusión mediática o al menos pública; ante ello, surge la respuesta jurídica, incluso judicial, en la medida que el ejercicio de este derecho choque (o pueda parecer que lo hace) frontalmente contra otros derechos no menos fundamentales que este. Frente a la reacción judicial, se alzan quienes consideran que nunca un tribunal debiera ni siquiera intervenir cuando de opiniones, creencias o manifestaciones se trata; con todo, hay veces que depende del prisma del observador, especialmente cuando existe un componente ideológico, porque entonces nos movemos en la relatividad más absoluta, de manera que la «manifestación» en cuestión suele ser buena

y mala dependiendo de quién la haga o contra quién se verifique. Lo anterior, de entrada, se nos antoja pernicioso e indeseable.

En este contexto, partiendo de una premisa básica, no nos encontramos ante un derecho absoluto (como no lo son ninguno de los derechos fundamentales), cabría preguntarse hasta dónde llegan los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión, si se han ampliado dichos límites y, por tanto, si estamos ante un retroceso en materia de derechos fundamentales, como se sostiene por algunos, o si todo vale al amparo de la libertad de expresión¹. En principio, no debería haber más límites a la libertad de expresión y a la libertad de información que los ya existentes identificados con otros tres derechos, también fundamentales: el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, aunque el Código Penal también impone sus propios límites, tipificando conductas constitutivas de delito como las calumnias y las injurias.

En un intento por dar cumplida respuesta a dichos interrogantes, el presente trabajo no tiene otra finalidad que exponer la doctrina jurisprudencial actual a través de la respuesta que los tribunales están dando en los últimos años; como quiera que un análisis pormenorizado de dicha respuesta en todos los órdenes jurisdiccionales sería inabordable en un trabajo de estas características, nos centraremos esencialmente en la tutela judicial civil y constitucional, tal y como han tenido ocasión de otorgarla los tribunales de esta rama jurisdiccional a través de los casos que se han ido resolviendo con motivo de las distintas pretensiones planteadas ante los tribunales de justicia, y ello girando siempre en torno a la doctrina constitucional, que es el pilar esencial.

La casuística puede ser de lo más variada: opiniones vertidas en las redes sociales, abogados que plasman determinadas afirmaciones en el ejercicio del derecho de defensa, sindicalistas despedidos por proferir ciertas expresiones en el ámbito de su libertad sindical, ataques contra el prestigio profesional, políticos cuyas actuaciones se someten a cierta revisión crítica, periodistas que ejercen su derecho a la información y tantos otros que se irán desgranando en el empeño por delimitar los contornos de este derecho.

Sin perjuicio de reconocer la tremenda importancia de la doctrina científica, anticipamos que no va a encontrar el lector un análisis doctrinal a lo largo de estas líneas, la intención es si acaso más modesta, pues únicamente pretendemos perfilar los nuevos contornos (o quizás no tan nuevos) del derecho fundamental a la libertad de expresión a través de las resoluciones judiciales más recientes, y a partir de ahí llegar a determinadas conclusiones. Esperemos que el camino, lejos de ser tortuoso, sea útil en el empeño por determinar el estado de la cuestión.

¹ Pericay (2006) alerta acerca de la amenaza de este derecho fundamental, y previene sobre la idea de que el denominado respeto al prójimo pueda implicar límites a la libertad. Lo hace en esos términos: «Está sentando las bases para que los paladines de la intransigencia puedan actuar en el futuro con la mayor impunidad. Aunque lo más grave no es esto. Lo más grave, sin duda, es que a esa deriva moral la llamen respeto al prójimo, cuando solo se trata de miedo a la libertad».

2. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho al honor: del juicio de ponderación

Habitualmente, cada vez que se suscita un conflicto a consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión y también con motivo del ejercicio del derecho a la información suele aflorar, en el otro lado, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE)². Hay que tener en cuenta que la libertad de expresión implica la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones (también apreciaciones y juicios de valor), mientras que el derecho a la información implica información veraz en un asunto que sea del interés general.

En este marco de conflicto entre derechos fundamentales hay que decidir qué derecho es preferente ante los demás, y aunque la solución pasa por analizar cada caso en concreto con sus circunstancias, evitando automatismos que induzcan respuestas prefijadas, hay que recordar que el Tribunal Constitucional viene reconociendo con carácter general la prevalencia de la libertad de expresión y el derecho a la información frente a los tres derechos inherentes a la personalidad del individuo, como son el honor, la intimidad y la propia imagen, por cuanto los primeros contribuyen al sostenimiento de un Estado social y democrático de derecho, pasando por la formación de una opinión pública libre³.

Así lo ha declarado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cartagena, sección 5.ª, de 13 de noviembre de 2018 (rec. núm. 374/2018), que con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981 declara que la posibilidad del libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante, cual es la formación y la existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejerci-

² Son tres derechos fundamentales distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí, de manera que la acción que vulnera el derecho al honor en el ejercicio de un pretendido derecho a la libertad de expresión o información puede llegar a vulnerar uno de estos derechos, dos de ellos o los tres, pero no necesariamente; y ello por cuanto tienen un fundamento común que entronca con la dignidad de la persona que reconoce la Constitución en su artículo 10. Así, Rubio Llorente, *et al.* (1982, p. 19) han manifestado que esta pluralidad de derechos reconocidos por el artículo 18 de la CE son conceptos distintos, pero con significados similares, aunque no idénticos y con el grado suficiente de conexión entre sí como para que hayan merecido por parte del legislador un tratamiento conjunto en el este mismo artículo.

³ Ahora bien, para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (SSTC 110/2000 y 185/2002). De ahí que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública reciba una especial protección constitucional, por más que no sea ilimitada, pues el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de realidad, sino que al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (STC 185/2002).

cio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática⁴. Para la Audiencia Provincial de Cartagena, sin perjuicio de que esa tarea de ponderación tenga en cuenta la situación prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la CE ostentan los derechos a la libertad de expresión e información, la posición prevalente pasa necesariamente porque lo divulgado sea veraz, referido a hechos de relevancia pública o interés general (cuando se trata de derecho a la información) y se haya prescindido de insultos o frases injuriosas o vejatorias en su comunicación (cuando hablamos de libertad de expresión).

Precisamente en lo que respecta a la libertad de expresión, el nudo gordiano reside en esta última afirmación: todo vale siempre y cuando no se profieran insultos o frases injuriosas o vejatorias. Ahora bien, quizás el principal problema en este punto estribe en determinar qué se considera vejatorio o injurioso. ¿Tenemos «la piel demasiado fina»? En este punto recordemos las palabras de Stuart Mill (2014, p. 22), en 1859, cuando afirmó que «debería existir la libertad más plena de profesar y discutir, como una cuestión de convicción ética, cualquier doctrina, por inmoral que pueda ser considerada».

Conocida es la doctrina que permite la crítica desabrida, aunque pueda molestar; sin embargo, no se considera legítima desde el punto de vista del ejercicio adecuado de un derecho cuando va acompañada del insulto. En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado en la Sentencia de 19 de febrero de 2018 (núm. 92/2018) que ninguna idea u opinión puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor⁵.

⁴ En el mismo sentido, SSTC 159/86 y 185/2002. En concreto, sobre el derecho a la información, la última resolución citada mantenía que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública recibe una especial protección constitucional, aunque no es ilimitada, pues el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante. Para que la incidencia del derecho a la libertad de información sobre otros bienes constitucionales se repunte legítima es necesario que lo informado resulte de interés público, en suma, relevante para la comunidad, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que la soporten en aras del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, más allá de la simple satisfacción de la curiosidad ajena (SSTC 29/1982, 134/1999, 154/1999 y 52/2002).

⁵ Concepto el del honor que ha experimentado una evolución notable con el devenir del tiempo; y es que ha costado en la cultura jurídica alcanzar el absoluto reconocimiento de este derecho como vinculado a

No obstante lo anterior, en la práctica no resulta tan fácil determinar *a priori* qué es insulto y qué no; de ahí que haya que estudiar caso por caso y en el empeño resulte a veces muy difícil ofrecer una solución. A pesar de todo, lo vamos a intentar seguidamente.

3. Hacia la determinación de lo que se considera injurioso o vejatorio

3.1. *Persona non grata*

¿Hasta dónde llega exactamente la libertad de expresión entendida como el derecho fundamental que protege la emisión de opiniones⁶?

Se hace preciso insistir en que la Constitución no reconoce ni ampara un hipotético derecho al insulto; lo ha dicho el Tribunal Constitucional por activa y por pasiva, entre otras, en SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007 y 56/32008. El problema, no obstante, reside en fijar qué es insulto y qué no. Quizás nos movamos en el terreno de la subjetividad más absoluta, y de ahí la dificultad de llegar a conclusiones precisas; por ello, es mejor citar algunos ejemplos concretos: ¿llamar a alguien *persona non grata* en un club del que no es socio es insultar?

La cuestión la ha resuelto el Tribunal Supremo, en sentencias de 30 de diciembre de 2010 y 5 de diciembre de 2016 cuando establecen que la declaración de *persona non grata* no constituye un atentado contra el derecho al honor, sino una mera apreciación subjetiva de los miembros de la corporación que no supone la atribución de cualidades deshonrosas y des-

la dignidad de la persona. Incluso se hablaba de diferentes clases de honor que representaban diferentes clases de prestigio personal y social, y como resultado el honor se perdía en función de la cultura social y en determinados grupos, como, por ejemplo, las prostitutas, que no tenían honor que defender. En este sentido, Beccaria (1998, p. 48), confirmando que el honor era patrimonio de unos cuantos, se preguntaba en relación con el mecanismo de los duelos como forma de defender el ultraje al honor, por qué motivo el vulgo no tiene por lo común desafíos como la nobleza, y el mismo autor ofrecía una respuesta diciendo que «no solo porque está desarmado, sino también porque la necesidad de los sufragios es menos común en la plebe que en los nobles, que estando en lugar más elevado, se miran con mayores celos y sospechas.

⁶ La STS de 7 de mayo de 2012 (rec. núm. 1952/2010) confirma este concepto al declarar que la libertad de expresión comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Mientras que, según la misma resolución, la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. Si bien no siempre es fácil separar la expresión de los pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hecho, y a la inversa. Por ello, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando concurren elementos informativos y valorativos, es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante.

merecedoras del aprecio y estima públicos; por tanto, tratándose de un club privado a quien no ostenta la condición de socio de número, manifestarle que es *persona non grata* significa tanto como decir que no es bienvenida, aunque pueda desagradar a la persona. Así lo ha resuelto igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Cartagena anteriormente citada.

3.2. Los «ataques» en las redes sociales

El eco que tienen las redes sociales, o por mejor decir, lo que en ellas se pone de manifiesto, es exponencialmente muy superior a cualquier opinión o juicio de valor que se haga a través de cualquier medio informativo, por cuanto hoy en día el acceso a las redes sociales apenas encuentra límites espaciales y muy poco subjetivos. En ese sentido, cabe preguntarse una vez más si la libertad de expresión lo ampara todo; conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada la respuesta es obvia: no, la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto. En el caso al que hace referencia la STS de 31 de julio de 1998 (núm. 819/1998) y el ATS de 31 de octubre de 2018, resulta clara la conclusión: llamar a alguien «hijo de puta» en una página web excede los límites del derecho a la libertad de expresión, ya la propia expresión los rebasa notoriamente. En ese caso nos encontramos ante un mal uso, abusivo y desviado, y el hecho de que el insulto sea difundido en un foro abierto en una página web implica mayor daño a la reputación del afectado.

Así las cosas, lo cierto es que hay que tener cuidado con lo que se dice o se refleja en las redes sociales porque se puede volver contra uno mismo, si bien tenemos la sensación de que normalmente el hábil comentarista de internet o de redes sociales no suele ser consciente de ello, amparado en la soledad o intimidad de su lugar de inspiración. Por ejemplo, es evidente que no resulta aconsejable estar de baja laboral y exhibirse a través de las redes sociales más conocidas (Twitter, Facebook, Instagram) en actitud de festejo. En el caso concreto a que se refiere la STS de 20 de julio de 2018 (rec. núm. 2355/2017), un empleado de empresa pública se encontraba de baja laboral por enfermedad, sin embargo, parece que esta circunstancia no le impidió acudir a eventos sociales y actos políticos que quedaron reflejados a través de las correspondientes fotografías en dichas redes sociales, fotografías que fueron captadas con la expresa anuencia del demandante y fueron publicadas en internet por otras personas. El problema es, ante la fotografía, el comentario. Es decir, que las fotografías antedichas merecieron determinados comentarios que no fueron del todo agradables para el empleado de baja laboral que los protagonizaba. Los comentarios fueron del tipo: «no parece enfermo», y todos ellos, que fueron realizados por otro empleado de la misma empresa, aludían a la baja por enfermedad del afectado.

Ante ello, el aludido consideró que lo anterior atentaba contra sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen⁷ y, en consecuencia, interpuso demanda en defensa de sus

⁷ Un error muy común consiste en identificar estos tres derechos como si fueran uno solo o la vulneración de uno de ellos implicara automáticamente la de los otros dos, lo que no es necesariamente así.

derechos que consideró lesionados. Vaya por delante que, en este supuesto fáctico, si bien los tribunales de instancia desestimaron sus pretensiones, el Tribunal Supremo observó *vulneración del derecho a la intimidad*. En cualquier caso, interesa a efectos del presente trabajo centrarse en la libertad de expresión y, en definitiva, si hubo extralimitación por parte de quien verificó los comentarios sarcásticos y críticas respecto del demandante, que aun encontrándose de baja por enfermedad mostraba actitudes en público aparentemente contrarias a su situación personal.

En este sentido, la sentencia anteriormente citada declaró que tales expresiones se realizaron respecto de unos hechos cuya veracidad fue acreditada: el demandante acudió a determinados actos públicos de un partido político y a eventos del mundo de la moda y de la imagen en un periodo en que se encontraba de baja laboral de la empresa municipal en la que trabajaba. Asimismo, la cuestión presentaba un cierto interés general, como es el absentismo laboral injustificado, pues los tuits hacían referencia al supuesto carácter injustificado de la baja laboral del demandante mientras estaba en nómina de una empresa municipal. No se emplearon expresiones insultantes o vejatorias. Lo realizado por la demandada fue una crítica, utilizando un tono sarcástico sobre la conducta del demandante, y en este marco, el Tribunal Supremo resolvió que no hubo intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Siguiendo con ejemplos concretos, la reciente STS de 3 de abril de 2019 (rec. núm. 2013/2018) se revela crucial para confirmar que al amparo de la libertad de expresión no todo vale; ratifica, asimismo, lo exacerbado de las manifestaciones que muchas veces se vierten en las redes sociales y la inconveniencia desde el punto de vista constitucional de permitir ciertos excesos dialécticos, por mucho que aparentemente se identifiquen con un derecho constitucional. Esta sentencia se refiere a lo escrito por un internauta, a la sazón concejal de un determinado ayuntamiento, que ante la muerte de un torero en la plaza de toros publica un comentario en su cuenta de la red social Facebook. En esencia, el «comentarista» llama al torero fallecido asesino y resalta lo que considera aspecto positivo de su fallecimiento por entender que «ha dejado de matar». Ni que decir tiene que los familiares del torero (mujer y padres) interpusieron demanda por vulneración de su derecho al honor; las sentencias de instancia estimaron la demanda y ahora el Tribunal Supremo confirma las mismas en el sentido de declarar que hubo extralimitación con la consiguiente violación del derecho a honor del torero fallecido.

En este marco, el Tribunal Supremo recuerda que cuando se suscita, como es el caso, un conflicto entre derechos fundamentales (libertad de expresión versus honor), la solución no pasa por una jerarquización de los derechos sino por una ponderación, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso.

Según indica la sentencia, los criterios más relevantes para realizar la ponderación que permita concluir si el derecho a la libertad de expresión debe o no prevalecer sobre el derecho al honor en cada supuesto en que se produce un conflicto entre los mismos son, en primer lugar, la relevancia pública o el interés general de la cuestión sobre la que se han

vertido las opiniones, ya sea por la propia materia a la que aluda la noticia o el juicio de valor, ya sea por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, o por ambas. En segundo lugar, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribiera el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica. Ello viene determinado porque esta prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor no es absoluta, sino funcional. Las libertades de expresión e información del artículo 20.1 a) y d) de la Constitución prevalecen sobre los derechos de la personalidad del artículo 18 de la Constitución, en tanto que dichas libertades se ejerciten conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyen al debate público en una sociedad democrática y no se vulnera grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática.

En esta línea, la elocuencia con que se muestra el Tribunal Supremo es evidente al considerar que las manifestaciones enjuiciadas exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión, tanto por su contenido gravemente vejatorio como, especialmente, por el contexto en el que se producen, justo tras la muerte traumática de la persona vejada.

Tales manifestaciones no consistieron en una crítica de la tauromaquia o de los toreros en general, sino que se referían concretamente a una persona que acababa de morir de un modo traumático. Y en las mismas no solo no mostraba una mínima compasión hacia este luctuoso suceso, sino que manifestaba un sentimiento de alegría o alivio por la muerte de quien tachaba, sin ambages, de «asesino». Esta muerte, según manifestaba la demandada en su cuenta de Facebook, tenía «aspectos positivos».

Para el Tribunal Supremo, como afirmó la sentencia de primera instancia, las manifestaciones de la demandada violentan y perturban el dolor de los familiares y la memoria del difunto, especialmente por el momento en que se profirieron y por el tono vejatorio empleado. Y aunque la demandada no pretendiera hacer creer que el fallecido había cometido la acción ilícita prevista y penada en el artículo 139 del Código Penal, la carga ofensiva del término «asesino» es evidente. No es aceptable la pretensión de la recurrente de trivializar el uso de una expresión de tal calado con la excusa de que no tenía nada personal contra el torero fallecido. Esa expresión tan ofensiva se dirige precisamente contra el fallecido y no contra personas indeterminadas. Un elemento fundamental que hace que la ponderación entre los derechos en conflicto deba decantarse en favor de la protección del derecho al honor es el relativo a las circunstancias en que se produjeron las manifestaciones de la demandada, justo tras la muerte del torero. Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que los usos sociales delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agravado cuando públicamente se veja al fallecido. Así las cosas, declara, confirmando las sentencias del Juzga-

do de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, que no hubo ejercicio adecuado del derecho a la libertad de expresión, sino vulneración innecesaria y gratuita del derecho al honor del torero fallecido.

3.3. Expresiones de letrados en el ejercicio del derecho de defensa

Que los abogados en ocasiones sean vehementes en la exposición de los hechos y, en definitiva, en la defensa de sus posiciones procesales es algo que no tiene por qué ser pernicioso desde el punto de vista constitucional; en lo que aquí interesa, desde el punto de vista de la libertad de expresión. Sin embargo, el problema se plantea cuando la vehemencia deja paso a extralimitaciones que puedan resultar intolerables, por redundar en una afectación del derecho al honor; ahí, como es bien sabido, ni el derecho de defensa ni la libertad de expresión pueden ganarle la partida al honor.

En el caso al que alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a, de 27 de diciembre de 2018 (rec. núm. 525/2017), el letrado utiliza expresiones en sus escritos de defensa que a juicio de la sala van más allá de su libertad de expresión en el ejercicio de la actividad de defensa; cierto es que nos encontramos ante una libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar, por lo que al abogado le ampara mayor beligerancia en los argumentos e incluso términos excesivamente enérgicos. Ahora bien, esa beligerancia y exceso enérgico de argumentos solo podrían admitirse en atención a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, y sin que en ningún caso pueda darse carta de legitimidad ni al insulto ni a la descalificación. Sería un decidido ataque utilizar expresiones innecesarias y humillantes o un lenguaje que se aparta de la neutralidad que supone criticar constructivamente⁸. Pero, ¿cuáles son las expresiones controvertidas empleadas por el letrado? ¿Hasta dónde puede llegar la crítica del abogado respecto de la sentencia judicial? Juzgue el lector por sí mismo:

La sentencia judicial es patética, se mete (refiriéndose al juez) en un incomprensible berenjenal del que no es capaz de salir; ¿qué le sucede a la abogada de la adversa y a la juez? ¿Que no entendieron nada de la asignatura y la aprobaron simplemente empollándola sin entender nada?, ¿copiaron en el examen?, ¿o les dieron un aprobado político? Es vergonzoso que en un pleito un jurista suelte tales sandeces.

Pues bien, en el caso presente la Audiencia de Barcelona acordó librar testimonio del contenido del recurso en el que se vertían tales expresiones al ICAB a los efectos disciplina-

⁸ Con cita de la STC 39/2009, de 9 de febrero.

rios pertinentes, al encontrar las expresiones proferidas por el letrado ofensivas e innecesarias para un buen ejercicio del derecho de defensa. Y es que una buena defensa del cliente nunca pasa por la descalificación gratuita, si acaso, al contrario, seguramente el abogado en cuestión no tenía más argumentos. Flaco favor para su representado.

3.4. Ataques contra el prestigio profesional

En la protección del derecho al honor está incluido el prestigio profesional, pues según confirma el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 7 de mayo de 2012 (rec. núm. 1952/2010), forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el derecho al honor. Ahora bien, para que el ataque al mismo integre además una vulneración del derecho fundamental que nos ocupa, se requiere que tenga un cierto grado de intensidad, de manera que no basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que debe haberse producido una descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

En el supuesto al que alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.^a, de 15 de noviembre de 2018 (rec. núm. 471/2018), se resuelve la posible vulneración del derecho al honor, en su vertiente de prestigio profesional, de quien es secretario-interventor de un ayuntamiento y funcionario de ese mismo ayuntamiento, contra el que un exconcejal de determinado partido político vierte una serie de calificativos en el pleno del ayuntamiento aprovechando la alta concurrencia de vecinos del pueblo. En concreto, el demandado usó la palabra «malifetes» aludiendo a la actuación del demandante; asimismo, le atribuyó el hecho de haber venido de la mano de quien había sido investigado por corrupción (y ello a pesar de que el demandante no fue investigado por hechos presuntamente delictivos ni siquiera tangencialmente) y puso de manifiesto las dudosas amistades de quienes entraban en su despacho o sus reuniones con el exalcalde. En este sentido, la sentencia recuerda que es evidente que la libertad de expresión no es tan amplia que ampare el derecho al insulto, de modo que la expresión queda condicionada por los parámetros democráticos de la dignidad, igualdad e intimidad de las personas y declara la existencia de un ataque contra el derecho al honor del demandante, quien desempeñaba su cargo en el ayuntamiento únicamente en su condición profesional de interventor del mismo, sin ningún matiz político.

3.5. Cargos públicos: con la política hemos topado

Que cualquier foro político (plenos de ayuntamiento, cámaras parlamentarias, comisiones) es un medio más que adecuado para formular opiniones y ejercer la libertad de expresión y que la posibilidad de hacerlo demuestra la fortaleza del sistema democrático, en

nuestra humilde opinión está fuera de toda duda. Sin embargo, en los últimos tiempos da la sensación de que hay cierta confusión entre lo que es un sano (y constitucional) ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la emisión de avalanchas de descalificaciones en las instituciones políticas y públicas, cual si de un «todo vale» se tratara. Es el famoso «y tú más», que tan ínfimo nivel demuestra en quienes lo profieren. Sin embargo, lo determinante a los efectos que nos ocupan es dilucidar si tales manifestaciones están amparadas por la libertad de expresión. En este sentido, la STS de 8 de noviembre de 2018 (rec. núm. 1060/2017) resuelve un caso en que se había planteado si era excesiva la crítica en relación con la gestión de los asuntos públicos vertida a través de la distribución de panfletos con imputaciones falsas y expresiones ofensivas hacia el exalcalde y dos concejales de cierto ayuntamiento. Pues bien, en este caso el tribunal concluyó que las críticas contra el alcalde y dos concejales debían considerarse amparadas por la libertad de expresión, ya que todas ellas, por más duros que fuesen los términos empleados, se circunscribieron al ámbito de la gestión política de los luego demandantes, sin imputarles ningún acto de lucro o beneficio personal, sin atacarles en su esfera privada y sin incitar al odio ni a la violencia contra ellos.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala ante casos de crítica a la gestión política, y en especial en relación con la materia urbanística, la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Según reiterada doctrina jurisprudencial, la crítica en relación con la gestión de los asuntos públicos no solo es lícita, sino también necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan esos asuntos (en este sentido, sentencias 573/2015, de 19 de octubre; 591/2015, de 23 de octubre; 552/2016, de 20 de agosto; 258/2017, de 25 de abril, y 450/2017, de 13 de julio, todas ellas citadas por la más reciente 338/2018, de 6 de junio).

Sobre el juicio de proporcionalidad, la Sentencia 338/2018, de 6 de junio, recuerda que

su examen en un caso como el presente debe hacerse desde la concreta perspectiva de los enfrentamientos o las contiendas de naturaleza política pues, como resume la sentencia 92/2018, de 19 de febrero, «la jurisprudencia admite que se refuerce la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política, como en supuestos de tensión o conflicto de otra índole, como laboral, sindical, deportivo, procesal y otros (sentencia 450/2017, de 13 de julio, como ejemplo de las más recientes)»,

y de esta jurisprudencia son exponentes la sentencia 657/2014, de 14 de noviembre, respecto de unas declaraciones radiofónicas en un programa de ámbito municipal efectuadas por un concejal contra otro de la oposición, en las que se llegaba a cuestionar la legalidad de determinadas actuaciones urbanísticas, y la sentencia 423/2014, de 30 de julio, en relación con unas imputaciones de tráfico de influencias y vulneración de normas urbanísticas en propio provecho, realizadas por un concejal en nota o comunicado ante los me-

dios, también en un contexto de enfrentamiento político y de crítica del partido opositor a la gestión del gobierno municipal.

Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las sentencias de 15 de marzo de 2011 (Otegui Mondragón contra España) y 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Rousa Capellera contra España) asignan a la libertad de expresión en el debate sobre cuestiones de interés público una relevancia máxima, correlativa al margen de apreciación especialmente limitado de las autoridades para sancionar (sentencia de 2011, apdo. 51).

Así, la sentencia de 2011, ante unas expresiones contra el rey de España tachándolo de «responsable de la tortura» e imputándole «que protege la tortura» y «que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo por medio de la tortura y la violencia», recalca que «la pretendida exigencia de acreditación de la veracidad de los juicios de valor es irrealizable y afecta a la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 [del Convenio]» (apdo. 53). Y añade que, aun cuando aquellas expresiones pudieran considerarse «provocativas» y «todo individuo que se comprometa en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, no debe superar algunos límites, en particular, el respeto de la reputación y los derechos de los otros», sin embargo «le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones», siempre que no se incite ni a la violencia ni al odio (apdo. 54). En definitiva, «es precisamente cuando se presentan ideas que ofenden, chocan o perturban el orden establecido cuando la libertad de expresión es más valiosa» (apdo. 56).

La sentencia de 2018, por su parte, recuerda que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno», y precisa que «vale no solo para las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ninguna "sociedad democrática" (apdo. 30, con cita de dos sentencias anteriores)».

Añade a continuación que el artículo 10.2 del convenio «no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate público –en el que esta adquiere la más alta importancia– o cuestiones de interés general. Además, los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre público, al que se señala por ostentar esta condición, que a un simple particular». El hombre público «debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia» y, en definitiva, «las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva» (apdo. 32).

Por su parte, la Sentencia 216/2013 consideró que la libertad de expresión amparaba la imputación a un edil de «concesión de licencias urbanísticas irregulares», «adjudicación de

un puesto de recaudador municipal a un amigo personal», o la «obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones».

3.6. El sentimiento nacionalista

En los últimos tiempos, estamos acostumbrados a que ciertos políticos catalanes soberanistas identifiquen sus postulados con las que dicen ser creencias o anhelos de todo el pueblo catalán. En definitiva, se identifican a sí mismos como todo el pueblo catalán, obviando el hecho incontestable y evidente de que en realidad representan solo una parte del mismo. En el caso al que alude la STS (de pleno) de 3 de abril de 2019 (rec. núm. 2106/2018), se dilucidaba la tensión existente entre el derecho al honor del pueblo catalán y la libertad de expresión de cierto periodista, que profirió un buen número de manifestaciones entre los días 10 y 17 de septiembre de 2013 con motivo de la realización de una cadena humana denominada «Via Catalana cap a la independència», en la celebración de la «Diada Nacional de Catalunya» el 11 de septiembre de ese mismo año. Sin perjuicio de la dureza de las manifestaciones vertidas e incluso de lo extralimitado de las mismas, la cuestión jurídica que se le planteaba al Tribunal Supremo es sumamente interesante desde el punto de vista del tema que nos ocupa. Resuelto inicialmente el escollo (procesal) de la legitimación activa, reconociendo que el *president* y el *govern* de la Generalitat de Catalunya tienen legitimación activa para interponer una demanda de protección del derecho al honor del pueblo catalán, la cuestión de fondo obligaba a resolver si las declaraciones del demandado fueron o no ofensivas contra el pueblo catalán.

En este contexto, el Tribunal Supremo resuelve en sentido negativo al estimar que no es correcto afirmar que las declaraciones del demandado afectaron al honor del «pueblo catalán», pues no fueron referidas al conjunto de la ciudadanía catalana, sino a un determinado sector político y social, el identificado con las tesis soberanistas, y a algunas personas e instituciones que el demandado situaba en ese sector, así como a otros ajenos a los anteriores, en concreto, el Gobierno de España y el ministro de Asuntos Exteriores, por su conducta con relación a los acontecimientos que en esa época sucedieron en Catalunya. Según la sentencia citada, la demanda identifica la parte con el todo, esto es, un determinado sector político del «pueblo catalán» con el «pueblo catalán» en su totalidad. El honor del «pueblo catalán» no es vulnerado por unas declaraciones que, en un contexto de contienda política y social, vienen referidas a un determinado sector de la sociedad, por más relevante que pudiera ser en ese momento.

Por último, declara la sentencia que el recurrente invoca «los valores de la pluralidad, la democracia y la discrepancia» para justificar que se estime vulnerado el honor del pueblo catalán. Pero justamente esos valores son incompatibles con la tesis de la demanda, que, en el contexto de una contienda política, identifica el «pueblo catalán» con un determinado sector del mismo, que es fundamentalmente el identificado con el proyecto político de quienes ostentaban el gobierno de la comunidad autónoma, de forma que se excluye del concepto de «pueblo

catalán» al discrepante que no participa de ese proyecto político, lo que es difícilmente compatible con los valores de democracia, pluralidad y respeto a la discrepancia que se invocan.

3.7. El conflicto con los sentimientos religiosos

¿Se puede opinar sobre las creencias religiosas? ¿Es posible que alguien se sienta ofendido por la caricatura o el uso de símbolos religiosos en una obra creativa? La respuesta es afirmativa e incluso puede decirse que ha provocado las más graves reacciones. El lector se acordará del atentado a la sede de Charlie Hebdo, el semanario satírico francés, el 7 de enero de 2015, en el que fallecieron 12 personas. La rama yemení de Al Qaeda reivindicó el ataque. La razón, según uno de los asesinos, era vengar al profeta Mahoma. El semanario había representado la figura de Mahoma, cosa prohibida por el islam. Varias autoridades islámicas francesas demandaron al director del semanario por injurias, pero prevaleció la libertad de expresión.

En nuestro país el artículo 16 de la CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto y la Ley Orgánica 7/1980 de libertad religiosa, desarrolla el derecho y prohíbe que las creencias religiosas constituyan un motivo de desigualdad o discriminación ante la ley. Además, España es uno de los pocos países en los que ofender al creyente es delito, y nos ha dado varios episodios célebres que han generado mucho debate en la sociedad.

El cantautor Javier Krahe fue juzgado por unas imágenes emitidas en Canal + en las que explicaba en tono jocoso «como cocinar un Cristo»; fue absuelto.

Las mujeres integrantes de la «procesión del Coño Insumiso» tuvieron también que pasar por un proceso penal por ofensa a los sentimientos religiosos. Las imputadas llevaban en una manifestación feminista en Sevilla una gran vagina de plástico, portando ornamentos que usualmente distinguen a las imágenes de representación de la Virgen María en los pasos de Semana Santa, y fueron denunciadas por la Asociación de Abogados Cristianos; fueron absueltas.

El actor Willy Toledo, con relación al anterior asunto escribió en Facebook el siguiente mensaje:

Tres compañeras serán juzgadas por (presuntamente) organizar la Procesión del Coño Insumiso en Sevilla... Se les imputa un delito «contra los sentimientos religiosos»... Yo me cago en Dios, y me sobra mierda pa cagarme en el dogma de la «santidad y virginidad de la virgen María». Este país es una vergüenza insoportable. Me puede el asco. Iros a la mierda. VIVA EL COÑO INSUMISO.

Por el mismo delito se le incoa un proceso penal del que fue absuelto.

Unas activistas de Femen se encadenaron con el torso desnudo en la catedral de la Almudena de Madrid, profiriendo gritos a favor del aborto. Fueron absueltas por el Juzgado

de lo Penal, pero la Audiencia las condenó por entender que eligieron un templo católico simbólico en Madrid para realizar actos físicos gravemente ofensivos y vejatorios para los sentimientos de los católicos.

3.8. Las publicaciones satíricas

La expresión de una opinión no siempre se hace de forma verbal o escrita. Puede hacerse con caricaturas o mediante la manipulación satírica de una fotografía. Según como se mire, no hay nada más hiriente que la burla o, por el contrario, la sátira y la ironía permiten decir cosas que de otra forma serían gravemente ofensivas.

El Tribunal Supremo entiende que debe existir una mayor permisividad en el humor gráfico (Sentencia de 17 de mayo de 1990), por ser consustancial al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje. No obstante, afirma que dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección al derecho del honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, y recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que rechaza el uso del tono jocoso o burlón cuando se utiliza como instrumento del escarnio.

En la Sentencia 544/2016, de 14 de septiembre se refiere a un caso en el que en una página web y con una pseudocabecera del periódico *El País*, bajo el titular «El fiscal Horacio demolerá personalmente su casa de La Bufona», aparecía una composición fotográfica integrada por la parte superior del cuerpo del cómico Chiquito de la Calzada, al que se une la imagen real del fiscal, a la entrada en el edificio principal de los juzgados. La sentencia dictada por la Audiencia concluyó lo siguiente:

La publicación utiliza la imagen del actor para provocar exclusivamente la burla sobre su persona. No se emplea esa imagen con una finalidad de crítica política o social (que podría entenderse que es la propia del texto de la publicación) sino para denigrar al demandante [...]. Mostrar el perfil del actor, su representación o figuración como un cómico, histrión o figurante ante los juzgados a cuya entrada se le sitúa, y en los que con frecuencia es natural entender que intervenía, convierte su persona en alguien completamente ajeno a la rigurosidad, seriedad y respeto que la actuación ante la justicia merece, lo que desacreditaba al demandante.

El Tribunal Supremo mantuvo esas conclusiones y confirmó la sentencia que estimó vulnerado el derecho a la propia imagen.

En relación con las crónicas satíricas, es interesante la STS núm. 583/2013, de 15 de octubre. Los hechos son los siguientes: en el diario *Estrella Digital* se publicó el 27 de abril de 2007 un artículo titulado «Los malayos del Real Madrid». El contenido literal del artículo es el siguiente:

En el fastuoso palco del Bernabéu se gastan bromas entre algunos de sus visitantes que se dan el «queo» de «cuidado con las carteras, cuidado con las carteras», avisando de que no es blanco todo lo que reluce en ese balcón del fútbol nacional, porque desde que llegó Carlos Ramón, amén de palmeros, pelotas, buscavidas y famosos de todo pelaje, también han pasado por allí gentes bajo serias sospechas judiciales, cuyos «currículum» procesales están empezando a salir, como no podía ser de otra manera –que diría Zapatero– y se veía venir.

La sombra de la corrupción «malaya» de Marbella vuelve a extenderse por el palco del Real Madrid que preside Carlos Ramón, porque uno de sus habituales visitantes, el excomisario Heraclio, persona muy relacionada con el vicepresidente blanco, Edmundo, ha sido detenido por el juez de Marbella e imputado por varios y presuntos delitos emparentados con la trama del inefable Pedro Enrique, quien permanece en la prisión de Alahurín. No es el primer caso, porque en su día y por otros motivos, también de la «operación Malaya», ya fue encarcelado el constructor Millán, de quien se dijo que puso los avales de Carlos Ramón en su candidatura a la presidencia blanca, después de que ambos –los dos buenos amigos del citado Edmundo– estuvieran juntos en la directiva que se hizo con el control de la plaza de toros de Las Ventas de Madrid, de donde fueron descabalgados tras la imputación de Millán en la «operación Malaya». La que todavía puede deparar sospechas que van incluso desde España a Francia (pisos en París), y que veremos si no invitan a declarar al empresario discotequero Edmundo, a quien sus amigos llaman Chato, al tiempo que lo presentan como una estrella adinerada del famoseo nacional por causa de festejos que organiza en espantosas fincas, y en los que gusta acompañarse de un combo de periodistas y de personajes conocidos, como el marido de la infanta doña Elena, Jaime. Las andanzas del tridente, Carlos Ramón, Edmundo y Millán, eran de muchos conocidas, pero ahora se amplían con la detención e imputación de este excolaborador de Ezequiel, y al parecer del famoso Pedro Enrique, hilo o conexión que podría conducir a nueva madeja de la que solo Dios sabe lo que nos puede deparar. De momento, podemos afirmar que en el entorno de Edmundo impera el pánico y la ansiedad por la especialísima relación del discotequero con este santo (Heraclio), que es menos rico, pero casi tan santo como el otro (Millán), que Dios los cría y ellos se juntan en Marbella o en el palco del Madrid, que bien podría ser el del Palermo como las cosas sigan así. Y que quede constancia de que esto del ladrillo, corrupciones e imputaciones no es un asunto solo del Real Madrid, porque el Atlético lo tuvo con los Fidel –y por allí anda uno de la familia, Germán, con la ayuda de Luis Carlos en pos del gran pelotazo del Manzanares–, como en su día ocurrió con el Barça y otros equipos, porque los ricos del ladrillo se han hecho con el control del fútbol español, aunque la camada Marbellí es para asombrar. No en vano Farsante, otro malayo, fue el dueño y señor del Córdoba, y el expresidente del Sevilla, Bernardo, también ha aparecido por el lío marbellí, ciudad que ha dado, por lo que se ve, mucha clientela para los más altos palcos del fútbol nacional y para los juzgados de la ciudad.

La demanda la interpuso Edmundo y la sentencia de primera instancia entendió que se había producido vulneración en el derecho al honor, pero la Audiencia revocó la sentencia y

desestimó la demanda al considerar que la información gozaba de relevancia pública por los protagonistas de la misma y por la materia sobre la que recaía, que era esencialmente veraz, que el artículo se enmarcaba dentro de una columna de opinión, de modo que la colisión se producía entre la libertad de expresión y el derecho al honor, que no contenía imputación de delito alguno ni expresiones injuriosas o insultantes (debiendo enmarcarse el artículo en una crónica satírica político-social sobre aspectos de notoriedad relativos a la «operación Malaya» de Marbella, el Real Madrid y otros equipos de fútbol), sino una referencia a las relaciones de amistad o profesional entre directivos del Real Madrid y personas implicadas en dicha operación policial, que no excedían del ámbito de la libertad de expresión. El Tribunal Supremo pone de relieve en primer lugar la necesidad de diferenciar entre la libertad de expresión y la libertad de información, y recuerda que esta última, dado su objeto de puesta conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones y no se presta una demostración de exactitud. El Tribunal Supremo afirma que el artículo publicado es de opinión, y que desde la perspectiva de la libertad de expresión el cumplimiento del requisito de veracidad no puede estimarse vulnerado ya que, aparte de la comunicación de ciertos hechos, el artículo recoge en tono satírico una serie de opiniones críticas sobre hechos de actualidad social y económica en los que figura al demandante por su relación de amistad, profesional y societaria con las personas que en él se citan, alguno de los que han sido detenidos en la «operación Malaya». Afirma el Supremo que

el tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla. En esto radica el derecho de opinión y de crítica, el cual implica la utilización de expresiones que, en ocasiones, pueden no agrandar a su destinatario, sin que por ello pueda deducirse que cualquier comentario en tono jocoso o sarcástico que implique una fuerte crítica haya de ser considerado insultante.

Concluye que no puede considerarse que las expresiones proferidas excedan de la libertad de expresión, valor constitucional indispensable en todo sistema democrático que, como tal, debe prevalecer sobre el derecho al honor.

3.9. Los ficheros de morosos

A nadie le gusta pasar por incumplidor, ni siquiera en un país de pillos. Acusar a alguien de moroso lesiona su dignidad, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Pero

solo si el dato no es cierto. Existen ficheros en los que se incluyen los datos sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias. Son los llamados «ficheros de morosos», y su inclusión indebida conculca el derecho al honor.

El Pleno del Tribunal Supremo, en Sentencia 284/2009, de 24 de abril, declaró que «la inclusión, faltando la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial –los llamados "registros de morosos"– implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro erróneamente». Considera el Tribunal Supremo que la vulneración del derecho al honor provocada por la inclusión en registro de morosos se produce porque supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, dado que la imputación de ser moroso lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Para que se produzca la lesión es intrascendente el 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. Si 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 (STS 28/2014, de 29 de enero).

3.10. Las noticias sobre detenciones y procesos judiciales

Se habla de la pena del telediario. Aun cuando se traten de meras diligencias de investigación, la noticia de una detención impacta, y más si va acompañada de las correspondientes imágenes. ¿Qué ocurre si se trató de un error?

El Tribunal Constitucional ha reconocido que las noticias que conecten a una persona física con la comisión de un delito (STC 58/2018) o con su investigación en fase de instrucción (STC 14/2003) son susceptibles de afectar a su reputación y, por lo tanto, a su derecho al honor. No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia 14/2003, de 28 de enero, afirma que

reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo.

Esta doctrina ha sido aplicada en diversas sentencias en las que se establecía la primacía del derecho a la información (STS 91/2017, de 15 de febrero; 587/2016, de 4 de octubre, y 682/2015, de 27 de noviembre, entre otras).

En la STC 28/2020, de 24 de febrero se analiza un caso curioso: en el seno de un proceso penal seguido ante la Audiencia Nacional, se acordó por el Juzgado Central de Instrucción librar mandamiento al Registro de la Propiedad para anotar la prohibición de disponer sobre un inmueble de un investigado. El registrador efectuó la notación expresando los delitos objeto de investigación, por lo que el investigado solicitó del órgano judicial que se ordenase al registro la supresión en la anotación de la mención de tales delitos, solicitud que fue desestimada, por lo que recurrió ante el Tribunal Constitucional. El tribunal declara que la información que relacione a una persona física con la investigación en fase de instrucción de hechos delictivos, aunque mantenga intacta la presunción de inocencia del afectado, conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación, y afirma que la mención de los delitos en la anotación registral no cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y constituye una información innecesaria para que la publicidad registral de la prohibición de disponer cumpla su función, por lo que se vulnera el derecho al honor del investigado.

Desde otra perspectiva, nos tiene ya acostumbrada la prensa a la publicación de numerosos datos extraídos de procesos penales cuya instrucción ha sido declarada secreta. Sin embargo, este hecho para el Tribunal Constitucional resulta irrelevante (STC 54/2004, de 15 de abril) en el ámbito de la vulneración del derecho a la intimidad y declara que

la incertidumbre sobre la obtención del documento no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud. Al margen de otras consideraciones –las derivadas del contenido del artículo 24.2 CE–, una regla favorable a presumir la ilicitud sería contraria a la eficacia del derecho fundamental a la libertad de información y vaciaría de contenido el secreto profesional que, al servicio de aquel derecho, consagra el propio artículo 20.1 d) de la Constitución (STC 24/2019, de 25 de febrero).

Por eso, la publicación en un diario digital de un extracto de la cuenta bancaria de la que era presidenta de la Diputación Provincial de León, concejala del Ayuntamiento de León, y en razón del cargo público que ostentaba, miembro del Consejo de Administración de Caja España, documento que acreditaba que percibía de esta entidad determinadas cantidades de dinero por los desplazamientos para asistir a las reuniones de dicho consejo, pese a que los hacía en el vehículo oficial puesto a su disposición por la Diputación Provincial, no conculca el derecho a la intimidad. Razona el Tribunal Constitucional que la información difundida tenía relevancia pública y que no ofrece duda la importancia social de la noticia y de los datos asociados y publicados con ella, tanto por la condición de cargo público de la persona a la que se refiere, como por el hecho en sí mismo sobre el que versa la misma, que tiene que ver con percepciones económicas sin causa y utilización de bienes públicos. El periodista había sido condenado como autor de un delito de elevación de secretos y el Tribunal Constitucional declara que con ello se vulneró su derecho fundamental a la libertad de información.

3.11. Las expresiones de odio

Nos referimos a los mensajes racistas, xenófobos, sexistas y homófobos y aquellos que incitan al odio o al desprecio de determinados colectivos.

No existe un límite constitucional a la libertad de expresión de las expresiones de odio, pero está configurado como delito en el Código Penal, que sanciona la provocación como forma de participación en el delito y tipifica los delitos de provocación a cometer actos de racismo, de terrorismo o a la secesión, así como los delitos de injurias y calumnias.

La STC 35/2020, de 25 de febrero, en relación con el discurso del odio, reitera sus anteriores 112/2016 y 177/2015 en las que afirmó que,

ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia» (FJ 4). Igualmente se recordaba que «en la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que "no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre" (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre» (FJ 4). Y, además, que «es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes» (FJ 4).

La sentencia considera que se ha vulnerado el derecho de libertad de expresión al haber sido condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas de quien desde su cuenta de Twitter había realizado los siguientes tuits: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blan-

co, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco»; «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!» Otro usuario le dice: «Ya tendrás el regalo preparado, ¿no? ¿Qué le vas a regalar?» A lo que contesta: «Un roscón-bomba».

En la STC 177/2015, de 22 de julio se examina el caso de la condena por injurias a la Corona a Jaime Roura y Enric Stern, que el día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita del rey a Gerona, quemaron una fotografía de los reyes de España tras una manifestación encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». El tribunal considera que el hecho es una manifestación de la libertad de expresión y afirma que la cuestión estriba en examinar si se trata de la expresión de un pensamiento crítico contra la Monarquía o de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona, y considera que quemar en público la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza, por lo que lo considera un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.

4. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, es decir, a aquello que se desea mantener oculto a los demás por pertenecer a su ámbito más privado (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre), reconociéndose incluso a las personas más expuestas al público (STC 134/1999, de 15 de julio). La proyección pública y social no puede ser utilizada como argumento para negar, a la persona que la ostente, una esfera reservada de protección constitucional en el ámbito de sus relaciones afectivas, derivadas del contenido del derecho a la intimidad personal, reduciéndola hasta su práctica desaparición (STC 7/2014, de 27 de enero, FJ 4 a). La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no solo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar (SSTC 197/1991, de 17 de octubre o 231/1988, de 2 de diciembre).

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la intimidad se funda en la necesidad de garantizar

la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

«La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado» (STC 12/2012, FJ 5). Deben tenerse en cuenta «las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (STC 12/2012, FJ 5). Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, «una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad» (STC 12/2012, FJ 5).

La vulneración de este derecho con el ejercicio de la libertad de información es frecuente. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 24/2019, de 25 de febrero, ha declarado que

la relevancia pública de la información «justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia» (SSTC 134/1999, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, antes citada, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). En estos casos, a fin de delimitar si la afectación a la intimidad de las personas ha de reputarse legítima por hallarse justificada en la libertad de información, se ha venido sometiendo a cada uno de los datos publicados a un juicio de necesidad, rechazando que quede protegida la transmisión de aquellos que se revelen como «manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 5). En consecuencia, no está protegida por la libertad de información (art. 20.1.d CE) la divulgación de datos que, afectando a la intimidad, sean enteramente ajenos a lo «noticiable», excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa o puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

Cuando se afecta al derecho a la intimidad, lo determinante para resolver el conflicto de derechos es la relevancia pública de la información y no la veracidad del contenido de la información divulgada, en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en las intromisiones en el honor, la veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad (STC 25/2019, de 25 de febrero).

4.1. Las fotos «robadas»

La publicación de fotografías «robadas» o no autorizadas es fuente frecuente de conflicto. Para la primacía del derecho a la información el Tribunal Constitucional exige que esté amparada en un interés público constitucionalmente relevante y advierte que no cabe identificar indiscriminadamente interés público con *interés del público*, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad.

A veces la invasión es muy evidente, como cuando se captan imágenes en el interior de una vivienda, pero cuando esas imágenes son captadas en la calle, el tema se difumina. No obstante, el carácter público del lugar donde se obtienen las imágenes no ubica necesariamente al afectado fuera del ámbito de protección inherente al derecho a la intimidad (fundamento jurídico 4.b de la STC 7/2014).

La STC 18/2015, de 16 de febrero examina el caso planteado por Gonzalo Miró por la emisión en los programas de televisión *Aquí hay tomate*, *TNT* y *Salsa rosa* de unas imágenes que a su juicio suponían una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la existencia de dicha intromisión, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia por estimar que no había existido. Gonzalo Miró recurrió en amparo. Los hechos fueron los siguientes: En las imágenes difundidas en los programas de *Salsa rosa* aparece el Sr. Miró acompañando a la Sra. Martínez de Irujo al Palacio de Liria, a la vez que una voz en off habla de su relación, efectuando los contertulios de dicho programa comentarios sobre la misma: se habla de la situación de la pareja y de la venta por parte del Sr. Miró de su chalet, efectuándose un relato sobre el desarrollo de la relación sentimental, a la vez que aparecían imágenes de la pareja metiendo cosas en el maletero de un coche y besándose entre ellos. En el programa *TNT*, aparecen imágenes de Gonzalo Miró y su pareja en una *haima* en Marruecos y en el interior de una discoteca, realizando los contertulios del programa determinados comentarios. Tanto las imágenes en las que aparecen la pareja en una *haima* como aquellas en que están en el interior de una discoteca, fueron tomadas con teléfonos móviles o cámaras ocultas. Aparecen asimismo imágenes de la casa del Sr. Miró y las declaraciones de una de sus vecinas hablando de las mujeres que había llevado él a su casa, preguntando a esta vecina por la Sra. Martínez Irujo. En el programa *Aquí hay tomate* aparecen en días sucesivos una serie de imágenes de Gonzalo Miró, unas veces hablando de la «bonita historia de amor» del mismo con la Sra. Martínez de Irujo, sacando a ambos en lugares en los que habían estado juntos, o llevando el Sr. Miró a la Sra. Martínez de Irujo a su casa, con comentarios como «le han pillado llevando a la duquesita al Palacio de Liria» o sobre si la duquesa de Alba había dado el visto bueno a esta relación; otras veces sacando imágenes del Sr. Miró cuando iba a jugar un partido de fútbol, entrando y saliendo en diferentes vehículos y en locales y sitios diferentes (gasolinera, peluquería).

El Tribunal Supremo consideró que, aunque las relaciones sentimentales pertenecen al ámbito de la intimidad, entiende que los interesados ya habían aparecido anteriormente en la revista *Hola* y no habían adoptado pautas de comportamiento con el fin de resguardar ese ámbito reservado frente a una publicidad no querida, por lo que no existía vulneración al derecho a la intimidad, pues no se habían revelado datos que no fueran conocidos anteriormente por el público por haber sido ya objeto de tratamiento informativo. Con relación al derecho a la propia imagen, comienza indicando el Supremo que supone la facultad del interesado de difundir o publicar su propia imagen, sin que ello elimine su facultad de no autorizar o impedir la reproducción de su imagen, y tratándose de persona de notoriedad o proyección pública siempre que no se encuentre en lugar público. Afirma que, en este caso, debe primar el derecho a la información, dado el carácter público del personaje, que

hace que su imagen sea objeto de interés, y considera que no puso los medios necesarios para sustraerse a la curiosidad ajena, por tratarse de espacios cuyo uso resulta normal y que comporta que la persona pública sea despojada de su derecho de disponer de la propia imagen, y haya de soportar las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento. Y las imágenes con su pareja en una actitud cariñosa fueron captadas en lugares públicos.

En el recurso de amparo Gonzalo Miró alegó que se habían servido de imágenes captadas mediante cámara oculta, algunas de ellas obtenidas en el extranjero, en espacios en los que no podía imaginar que estaba siendo fotografiado o grabado, por lo que tenía una legítima expectativa de privacidad. El Tribunal Constitucional considera que la notoriedad del Sr. Miró no justifica, sin más, la captación clandestina de las imágenes que fueron emitidas en los programas de televisión. Afirma que no es el titular del derecho la propia imagen el sujeto obligado a su protección, ni quien debe erigir obstáculos o barreras defensivas frente a posibles injerencias, sino que son los terceros quienes vienen obligados a respetar el derecho fundamental cuando se trata de la captación de imágenes que se refieren a un ámbito personal y privado. Considera que las imágenes difundidas carecen de relevancia pública y suponen asimismo una lesión al derecho a la intimidad, por lo que la información difundida no es digna de protección constitucional.

4.2. El uso de cámara oculta

En el periodismo de investigación se ha estado utilizando el método de la cámara oculta para evadir la prohibición de grabar del dueño del local o de la persona entrevistada. El Tribunal Constitucional (STC 12/2012) ha considerado que las cámaras ocultas tienen una especial capacidad intrusiva por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, «el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada "cámara oculta" impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose tanto a su realización como a su posterior publicación o difusión, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniente, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir».
- b) En segundo lugar, «la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones, así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro

que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones».

- c) Finalmente, «la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita».

La STC 74/2012 puso de manifiesto que la utilización periodística de cámaras ocultas no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, cuando existan otros «métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional».

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 25/2019, de 25 de febrero, analiza la licitud del uso de una cámara oculta de grabación videográfica por un periodista, que, haciéndose pasar por un cliente en una consulta privada de un médico, graba la imagen, la voz y la forma de conducirse de la persona que lo atiende. El juicio de ponderación se efectúa entre la libertad de información y los derechos del honor, intimidad y propia imagen. Matiza el tribunal que lo que cobra relieve en el caso no es solo el contenido estricto de la información obtenida, sino también cómo se ha recogido y registrado mediante la grabación subrepticia, así como el lugar donde se ha llevado a cabo, el «reducto reservado de una consulta profesional».

Afirma que el enjuiciamiento constitucional del uso periodístico de la cámara oculta requiere un juicio específico de proporcionalidad que se proyecte sobre la existencia o no de medios menos intrusivos para obtenerla, y no sobre el interés general o la relevancia pública de los hechos sobre los que se quiere informar, que de no existir no podría justificar la publicación de la información, con independencia de cómo se hubiera obtenido.

Sostiene que los medios de comunicación social que difundan imágenes obtenidas mediante cámara oculta deberán distorsionar el rostro y la voz de las personas grabadas cuando su identificación no sirva al interés general en la información, para no conculcar el derecho a la propia imagen; y que tampoco podrán difundirse imágenes que muestren situaciones o comportamientos que menoscaben innecesariamente la reputación de las personas.

En este caso, considera que el objetivo del programa donde se emitieron las imágenes era difundir información de interés general, pues pretendía alertar sobre prácticas fraudulentas inclusivas en el ámbito de la salud, aunque la información se desnaturalizó desde el momento en que se centró en la actuación concreta del titular de la consulta profesional, y que bajo el pretexto de realizar una denuncia o contribuir a un debate general no se puede dirigir la atención del público a una persona que hasta ese momento carecía de notoriedad.

Concluye que aun cuando la información obtenida hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta y en un ámbito

privado como es una consulta profesional, y luego se difundió en el medio televisivo, focalizando un tema de interés general en la concreta actuación del demandante de amparo, constituyeron una ilegítima intromisión en el derecho fundamental a la intimidad personal.

5. Libertad de expresión y derecho a la información versus el derecho a la propia imagen

Cuando la libertad de expresión se efectúa mediante la difusión del aspecto físico de una persona, encuentra su límite en el derecho a la propia imagen, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. Los individuos pueden decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, pues está garantizado un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3), (STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6).

No obstante, el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Ante supuestos de colisión con la libertad de información, deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio, y el canon de constitucionalidad que ha de regir en la ponderación queda explicitado, entre otras, en la STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 6, en los siguientes términos:

En efecto, este Tribunal ha venido reiterando que la libertad de información «ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que esta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. También hemos afirmado que el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática [...]. De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales [...] requiere no solo que la informa-

ción cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, "pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad", sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3)» (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5).

El derecho a la propia imagen no queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida. Tampoco la notoriedad pública de la persona cuya imagen ha sido divulgada, ni el hecho de que tales imágenes hayan sido obtenidas en lugares abiertos al público suponen la falta de protección, pues, como se indica en el fundamento jurídico 8 de la STC 19/2014:

Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, como ya hemos puesto de manifiesto, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública. Por ello, no cabe entender, que la recurrente –personaje público– que se expone a la mirada ajena al ser las imágenes captadas en una playa, deba asumir que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento, le satisfaga o no el resultado (STC 18/2015, de 16 de febrero).

En la STC 27/2020, de 24 de febrero se examina el siguiente caso: el 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario *La Opinión-El Correo de Zamora*, bajo el título «Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro», se publicó un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior en el domicilio familiar. El sobreviviente consideró que el artículo contenía datos que permitían identificarle y se incluyeron fotografías que habían sido obtenidas de Facebook sin la previa autorización. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia consideraron vulnerado el derecho la propia imagen. El Tribunal Supremo argumentó que

el que el titular de una cuenta en una red social en internet permita el libre acceso a la misma, y, de este modo, que cualquier internauta pueda ver las fotografías que se incluyen en esa cuenta, no constituye, a efectos del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, un «acto propio» del titular de derecho a la propia imagen que excluya del ámbito protegido por tal derecho la publicación de la fotografía en un medio de comunicación. Tener una cuenta o perfil en una red social en internet, en la que cualquier persona puede acceder a la fotografía del titular de esa cuenta, supone que el acceso a esa fotografía por parte de terceros es lícito, pues está autorizada por el titular de la imagen. Supone incluso que el titular de la cuenta no puede

formular reclamación contra la empresa que presta los servicios de la plataforma electrónica donde opera la red social porque un tercero haya accedido a esa fotografía cuyo acceso, valga la redundancia, era público. Pero no supone que quede excluida del ámbito protegido por el derecho a la propia imagen la facultad de impedir la publicación de su imagen por parte de terceros, que siguen necesitando del consentimiento expreso del titular para poder publicar su imagen.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo.

6. La extralimitación del derecho penal como límite a la libertad de expresión

Varios raperos, actores y cantantes (César Strawberry, Pablo Hasél, Willy Toledo, Valtonyc, los titiriteros que representaron en Madrid *La Bruja y don Cristóbal*) han visto cómo eran detenidos y se abrían procesos penales contra ellos por manifestaciones que podrían estar amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 35/2020, de 25 de febrero indica que antes de juzgar si lo expresado por el acusado es subsumible bajo el tipo penal, debe el tribunal examinar si la expresión constituye o no un ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues la falta de ese examen previo constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración. En Sentencia 24/2019, de 25 de febrero se indica que

cuando se alega que la conducta por la que se sigue el proceso penal constituye, a su vez, ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el órgano judicial debe examinar, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si estos no han de encuadrarse dentro de ese ejercicio legítimo (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e). «Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, citada por la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e). En estos casos, el ejercicio legítimo del derecho fundamental operaría como causa excluyente de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2, y 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5), habiendo considerado también que la eventual apreciación de que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de los derechos fundamentales alegados comportaría siempre la falta de habilitación legal para sancionar (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 6, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

7. A modo de conclusión

Visto el estado de la jurisprudencia, quizás pudiera llegarse a alguna que otra conclusión precisa acerca del estado de salud del derecho fundamental a la libertad de expresión, que algunos sitúan en estado de coma o cuando menos de grave enfermedad, mientras que otros lo consideran excesivo cuando se usan expresiones muy «sonoras». En unos tiempos en los que las redes sociales han propiciado la inmediatez y el carácter expansivo de los juicios de valor, opiniones y manifestaciones que se vierten sin límite espacial alguno (internet es el mundo entero), resulta relevante recordar que por muy hiriente que sea la expresión proferida, por muy ofendida que se sienta la persona aludida, la libertad de expresión lo aguanta casi todo con tal de que en el otro extremo no exista otro derecho fundamental lesionado (no que se crea lesionado). Por supuesto, que quien resulta «agraciado» con determinados ataques o calificativos ejerza su derecho constitucional de defensa, nunca puede considerarse invasivo de la libertad de expresión o indicativo de presuntas opresiones, como tampoco que la respuesta judicial no sea del agrado de unos o de otros, porque al final todo es subjetivo.

Sabido es que la libertad de expresión y el derecho a la información, en cuanto soporte básico del Estado social y democrático de derecho, suelen ganarle la partida al honor, intimidad y propia imagen. A nuestro juicio, la clave está en lo que pueda considerarse insulto y en no convertir las faltas de respecto en atentados susceptibles de incriminación o condena en el ámbito judicial. Seguramente si existiera un poco de empatía y respeto por el prójimo, muchos de los pleitos entablados en defensa del honor no tendrían desarrollo alguno.

Sin embargo, parece que pedir respeto y tolerancia con quien simplemente no piensa o siente igual en los tiempos que corren sea pura entelequia. Por lo tanto, mucho nos tememos que el conflicto está servido.

Referencias bibliográficas

Beccaria, Cesare. (1998). *De los delitos y las penas. Con el Comentario de Voltaire*. Alianza.

Pericay Hosta, Xavier. (2006) La libertad de expresión amenazada: ¿de qué estamos hablando? *Cuadernos de Pensamiento Político*, 12, 67-71.

Rubio Llorente, Francisco, Aragón Reyes, Manuel y Blanco Canales, Ricardo (Eds.). (1982). *Código de Leyes Políticas. La Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales.

Stuart Mill, John (2014). *Sobre la libertad*. Akal.

Situación del inquilino tras adjudicación forzosa de la vivienda

Adelaida Medrano Aranguren

Magistrada. Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

Extracto

En este caso, la cuestión jurídica que se trata de resolver en el presente supuesto guarda relación con la adecuada interpretación que debe darse al artículo 13 de la LAU tras su reforma por la Ley 1/2013 y las consecuencias jurídicas que tiene para la relación arrendaticia vigente entre el anterior propietario, que pierde la finca en una ejecución hipotecaria, y el nuevo propietario, a quien se ha adjudicado la misma en dicha ejecución cuando el arrendamiento no había sido inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente. Dicho contrato de arrendamiento queda necesariamente extinguido, por ministerio de la ley, por la ejecución de la hipoteca que gravaba la finca, pasando los antiguos arrendatarios a la situación jurídica de precario, al devenir ineficaz su título arrendaticio. El cauce procesal para poner fin a la posesión de la finca por los antiguos inquilinos no es la demanda de desahucio y reclamación de rentas, sino la de desahucio por precario, al carecer de título alguno los ocupantes, con aplicación de las normas propias de la liquidación de los estados posesorios.

Palabras clave: arrendamiento urbano; ejecución hipotecaria; precario.

Fecha de entrada: 14-06-2021 / Fecha de aceptación: 28-06-2021

Enunciado

El 5 de marzo de 2014, la entidad mercantil XXX, SL, como empresa gestora de los arrendamientos de los inmuebles propiedad de la mercantil Prosa, SL, concertó con Juan y Juana, como arrendatarios, un contrato de arrendamiento cuyo objeto fue una vivienda. En el contrato de arrendamiento se pactó, en la cláusula cuarta, que la renta sería de 570 euros mensuales, pagaderos entre los días 1 a 5 de cada mes. Dicha renta sufriría una variación anual en el mismo porcentaje que experimentara el índice de precios al consumo que a estos fines fijara el Instituto Nacional de Estadística.

La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA (en adelante, Sareb) es la propietaria actual de la vivienda, tras serle adjudicada en el procedimiento de ejecución hipotecaria 254/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torreveja, mediante decreto de adjudicación, de fecha 1 de septiembre de 2014.

Los demandados no abonaron las rentas correspondientes a los meses de octubre de 2014 a mayo de 2017, por importe total de 17.904,40 euros.

La Sareb interpuso demanda en la que solicitaba: (a) la declaración de resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de las cantidades pactadas en concepto de renta; (b) la condena a los demandados a desalojar la finca, decretándose su desahucio, y al pago de las rentas adeudadas y de las que se devenguen durante la tramitación del procedimiento; y (c) la condena al pago de los intereses legales y de demora, y al pago de las costas causadas.

¿Sigue vigente el arrendamiento tras la adjudicación del inmueble a la Sareb en una ejecución hipotecaria?

Cuestiones planteadas:

1. Consecuencias jurídicas de la nueva redacción del artículo 13 de la LAU sobre los contratos de arrendamiento de vivienda tras la adjudicación forzosa del inmueble en una ejecución hipotecaria.

2. Consecuencias jurídicas de la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del arrendamiento.
3. Planteamiento en la jurisprudencia reciente.

Solución

El régimen de la resolución del derecho del arrendador en los casos de enajenación forzosa de la finca arrendada ha sufrido diferentes avatares jurisprudenciales y legales, que importa sintetizar.

Con anterioridad a la vigencia de la actual LAU de 1994, la jurisprudencia de la Sala 1.^a, en un primera etapa, consideró extinguido el arrendamiento, concertado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, en los procedimientos de ejecución forzosa de la finca arrendada (SSTS de 5 de febrero y 22 de diciembre de 1945, 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986, 20 de noviembre de 1987, 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, entre otras).

En una segunda etapa, cambió su doctrina y consideró subsistente el arrendamiento posterior a la hipoteca, salvo simulación o fraude (SSTS de 9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991, 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992, 20 de abril de 1995 y 9 de mayo de 1996). Las razones del cambio de doctrina las exponía así esta última sentencia:

Porque la atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, mediante la subasta establecida en el art. 131 de la LH, afecta únicamente, según dicha norma, a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado; pero de ahí no se deriva que haya de afectar también a derechos personales, que no han tenido acceso al Registro de la Propiedad, como es el derecho de arrendamiento litigioso; porque de seguirse criterio distinto, se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento, no enumerada en la relación imperativa y taxativa de esas causas que hace el art. 114 de la LAU, porque tratándose de arrendamientos con derecho a la prórroga forzosa (anteriores al R. Decreto-Ley 30 de abril de 1985), se quebrantaría el contenido del art. 57 de la misma Ley, que impone obligatoriamente dicha prórroga para el arrendador.

El panorama normativo cambia con la nueva LAU de 1994, que contempló expresamente la situación del arrendatario en tales casos en su artículo 13, en el que se admitía la persistencia del contrato si durante los cinco primeros años de su duración el derecho del arrendador quedara resuelto, entre otros casos, por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, en cuyo caso el arrendatario tenía derecho a continuar en el arrendamiento hasta que se cumpliesen los precitados cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1.

Bajo dicho régimen jurídico se dictó la sentencia de esta Sala 414/2015, de 14 de julio, de la que debe destacarse:

De la normativa que se cita, especialmente del artículo 13.1 de la LAU 1994, se desprende lógicamente que los derechos del arrendador a percibir la renta se extinguen desde el momento en que el bien arrendado pasa a ser de propiedad de otro, pudiendo continuar o no el arrendamiento según los casos pero siempre con diferente arrendador, que será el nuevo propietario.

En consecuencia, carece de legitimación el antiguo arrendador para reclamar el pago de rentas devengadas una vez extinguido su derecho como tal arrendador por haber sido enajenada la finca, en este caso mediante ejecución hipotecaria; y ello aunque el arrendatario permanezca en el uso de la vivienda, pues en tal caso quien tendrá derecho a percibir las rentas será el nuevo propietario y no quien ya dejó de serlo.

Así se desprende de la propia naturaleza del arrendamiento, contrato en el cual el pago de la renta constituye la contraprestación respecto de la cesión de uso efectuada por el propietario que, por tanto, renuncia a dicho uso –que en principio está unido al dominio– por precio. De ahí que el percibo de la renta corresponderá en cada momento a quien resulte ser el propietario del bien arrendado, con independencia de que se hubiera celebrado el contrato de arrendamiento por un propietario anterior.

No obstante, el texto vigente del artículo 13 de la LAU, al concertarse el contrato de arrendamiento de esta litis con el anterior propietario y también en el momento de adjudicarse a la entidad actora la vivienda litigiosa en procedimiento de ejecución hipotecaria, era el redactado por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, vigente desde el 6 de junio de 2013 hasta el 5 de marzo de 2019; precepto que fue de nuevo modificado por el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler.

Tras su reforma por la precitada Ley 4/2013, el artículo 13 de la LAU quedó redactado de la forma siguiente:

1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9.

2. Los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley.

En la exposición de motivos de la Ley 4/2013, se justificaba esta reforma de la siguiente manera:

Asimismo, es preciso normalizar el régimen jurídico del arrendamiento de viviendas para que la protección de los derechos, tanto del arrendador como del arrendatario, no se consiga a costa de la seguridad del tráfico jurídico, como sucede en la actualidad.

La consecución de esta finalidad exige que el arrendamiento de viviendas regulado por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, se someta al régimen general establecido por nuestro sistema de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y, en consecuencia, en primer lugar, que los arrendamientos no inscritos sobre fincas urbanas no puedan surtir efectos frente a terceros adquirentes que inscriban su derecho y, en segundo lugar, que el tercero adquirente de una vivienda que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no pueda resultar perjudicado por la existencia de un arrendamiento no inscrito. Todo ello, sin mengua alguna de los derechos ni del arrendador, ni del arrendatario.

Tras la nueva redacción de dicho precepto, es de aplicación, al caso presente, su apartado 1, párrafo primero, toda vez que el contrato de arrendamiento no accedió al Registro de la Propiedad, pues si accediera al mismo antes de la inscripción de la hipoteca en el registro, serían de aplicación los principios registrales de oponibilidad de lo inscrito y de prioridad registral. Tampoco nos encontramos ante una finca no inscrita, ni se trata de un arrendamiento otorgado por usufructuario, superficiario o por quien ostentase un análogo derecho de goce sobre el inmueble, sino de la adjudicación de la vivienda arrendada en un proceso de ejecución hipotecaria a favor de la sociedad demandante.

El contrato de arrendamiento se concertó el 4 de marzo de 2014 y el decreto de adjudicación de la vivienda arrendada a la sociedad propietaria es de fecha 1 de septiembre de 2014, dictado en procedimiento de ejecución hipotecaria 254/2012, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Torrevieja. Por lo tanto, no es de aplicación la redacción original del artículo 13.1 de la LAU, sino la dada por la Ley 4/2013, de 4 de junio.

Bajo los condicionantes temporales expuestos, el supuesto queda circunscrito a resolver una cuestión de naturaleza jurídica, cual es si adjudicada a la Sareb la propiedad de la vivienda arrendada en un procedimiento de ejecución hipotecaria, es posible conside-

rar vigente un vínculo contractual arrendaticio entre la entidad actora y los demandados, de manera tal que justificase una pretensión pecuniaria de reclamación de las rentas de un subsistente contrato de alquiler de vivienda; o si, por el contrario, se encuentran los demandados, tras la adjudicación de la vivienda a la entidad actora y extinguido el arrendamiento concertado con el anterior propietario, en situación de precario, poseyendo la vivienda litigiosa por mera condescendencia de su nuevo titular, al quedar extinguido *ipso iure* el contrato de arrendamiento que constituía el título justificante de la ocupación de la cosa arrendada por los demandados y del que nacía, como justa contraprestación, el derecho a la percepción del precio del alquiler.

Una cuestión idéntica a la aquí controvertida, como se ha anticipado, fue resuelta por la Sala 1.^a en la Sentencia 577/2020, de 4 de noviembre, en la que asumimos la segunda de las tesis citadas. La razón fundamental de tal decisión fue que, tras la reforma del artículo 13 de la LAU por la Ley 4/2013, se establece expresamente que el contrato de arrendamiento quedará extinguido (art.13.1 párrafo I) y que el artículo 7.2 de la precitada disposición señala, por su parte, que el contrato deja de surtir efectos con respecto al tercero adquirente, si no está inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, como es el caso que nos ocupa.

En este sentido, las resoluciones de la DGRN de 24 de marzo de 2017 (BOE de 7 de abril de 2017) y de 11 de octubre de 2018 (BOE de 5 de noviembre de 2018) señalan que, en casos de enajenación forzosa, el derecho del arrendador y el propio contrato de arrendamiento se extinguen *ipso iure* conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la LAU, salvo que dicho contrato se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca ejecutado, y así, la segunda de las resoluciones citadas señala:

De una interpretación conjunta del citado artículo y de lo dispuesto en el art. 7.2 antes transcrito resulta la extinción del contrato de arrendamiento, salvo que se hubiese inscrito en el Registro de la propiedad con anterioridad al derecho, en este supuesto la hipoteca, que se ejecuta y que determina la extinción del derecho del arrendador y en consecuencia del propio contrato de arrendamiento y con él sus derechos accesorios como el derecho de retracto. En consecuencia, con lo anteriormente expuesto, en el presente caso, enajenada judicialmente la finca, el derecho del arrendador queda extinguido y con él el contrato de arrendamiento y sus accesorios como el derecho de retracto, y deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial.

Esta sala ha definido el precario como una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y por tanto la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia, respecto a un poseedor de peor derecho (sentencias 110/2013, 28 de febrero; 557/2013, 19 de septiembre; 545/2014, de 1 de octubre).

En el mismo sentido se ha pronunciado la reciente Sentencia 691/2020, de 21 de diciembre.

En este caso, se daría el supuesto contemplado de la pérdida por extinción del título que legitimaba la posesión de los demandados que, en consecuencia, se hallarían en situación de precario.

Todo ello debe entenderse, como ya señalamos en la Sentencia 577/2020, sin perjuicio de que el adjudicatario y el arrendatario concierten un nuevo contrato de arrendamiento. En el presente caso concurre la circunstancia, contraria a la idea de la eventual existencia de ese nuevo contrato, de que, desde la enajenación forzosa del inmueble y su adquisición por la sociedad demandante, los demandados no han abonado la renta a la nueva entidad propietaria del inmueble, la cual tampoco consta la exigiese antes de la formulación de la reclamación.

Por todo lo anteriormente expuesto, debemos concluir afirmando que no cabe fundar la demanda de reclamación de las rentas en un contrato de arrendamiento extinguido, sin que, por lo tanto, existan vínculos contractuales arrendaticios entre la sociedad demandante y los anteriores arrendatarios demandados, sin perjuicio de las otras alternativas con las que contaba la sociedad accionante para reclamar los perjuicios sufridos por la ocupación del inmueble.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 29/1994 (LAU), art. 13.
- SSTS de 19 de septiembre de 2013, 1 de octubre de 2014 (NCJ058753), 14 de julio de 2015 (NCJ060226) y 4 de noviembre de 2020.

Efectos de la caducidad de la anotación de embargo sobre la adjudicación

José Ignacio Atienza López

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

Extracto

El presente supuesto aborda una cuestión estrictamente jurídica a partir de los siguientes hechos: habiendo sido practicada en un proceso de ejecución de título judicial la anotación preventiva de un embargo judicial sobre una finca, y habiendo sido solicitada la certificación de dominio y cargas, y siendo practicada la correspondiente nota marginal, se lleva a cabo la subasta y se decreta la adjudicación de la finca, y en dicho decreto se acordó igualmente la cancelación de la anotación preventiva de embargo y cualquier otra anotación o inscripción posterior. Por lo tanto, la certificación de cargas y el propio decreto de adjudicación eran anteriores a que se cumpliera el plazo de cuatro años de caducidad de la anotación de embargo. Habiéndose presentado ante el Registro de la Propiedad dicho testimonio del decreto de adjudicación cuando ya se había cumplido el reseñado plazo, y el registro ya había cancelado esta anotación, ante lo cual, ¿puede el registro no dar cumplimiento a la inscripción y a la orden de cancelación de las cargas posteriores al estar cancelada la anotación de embargo y con ella la nota marginal de la certificación de cargas? Esta es la cuestión por resolver.

Palabras clave: anotación de embargo; cancelación y sus efectos registrales; certificación de cargas.

Fecha de entrada: 17-06-2021 / Fecha de aceptación: 29-06-2021

Enunciado

En un juzgado de primera instancia de Madrid se siguió un procedimiento de ejecución de título judicial, a instancia de Tornillos Pérez, frente a BBB. En esta ejecución, mediante resolución de 9 de septiembre de 2009, se decretó el embargo de la finca registral núm. 99999, que fue anotado el 18 de noviembre de 2009 en el Registro de la Propiedad.

En el curso de la ejecución se solicitó la certificación de cargas, que fue emitida por la registradora (18 de octubre de 2010), al tiempo que extendía también la preceptiva nota marginal.

Acordada la subasta de la finca, fue adjudicada a la ejecutante, Tornillos Pérez, mediante decreto de 4 de diciembre de 2012, que acordó la cancelación de la anotación preventiva de embargo y cualquier anotación o inscripción posterior.

El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas fueron presentados al registro el 1 de agosto de 2014. La registradora denegó la inscripción de la adjudicación y la cancelación de cargas, porque entendió que la anotación de embargo había caducado y existía una prohibición de disponer sobre la finca hipotecada.

Básicamente los argumentos de la registradora de la propiedad son los siguientes:

1. De inscribirse la adjudicación y verificarse la cancelación de las cargas posteriores, habría una infracción del artículo 82 de la LH, en relación con el artículo 175.2 del RH. Razona que tras la Sentencia de esta sala 427/2017, de 7 de julio, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) dictó la Instrucción vinculante de 9 de abril de 2018 sobre caducidad de las anotaciones de embargo y sus efectos sobre la posible cancelación de cargas posteriores, que entra en aparente contradicción con la doctrina de la sala.

Razona que el artículo 86 de la LH determina la automática caducidad de las anotaciones de embargo a los cuatro años de la fecha de su anotación. Y si bien es cierto que la Sentencia 427/2017, de 7 de julio, introdujo una excepción a la necesidad de prórroga, al concluir que desde el momento de la emisión de la certificación de cargas la anotación de embargo «ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes», esta excepción debería haber sido introducida por una modificación legislativa.

2. De acuerdo con las razones de la resolución de la DGRN de 9 de abril de 2018 los efectos de la caducidad de la anotación preventiva de embargo y su cancelación no pueden quedar alterados por la certificación de cargas y la nota marginal

extendida al efecto, porque no suponen una prórroga de la anotación preventiva. Por razones de seguridad del tráfico jurídico inmobiliario garantizado por el Registro de la Propiedad, y de acuerdo con los principios de prioridad (art. 17 LH) y tracto (art. 20 LH), caducada la anotación preventiva de embargo, esta pierde toda eficacia respecto de los terceros que hubieran inscrito o anotado sus derechos después de la anotación de embargo caducada.

3. En la medida que la caducidad es automática y supone la desaparición de la anotación y de la nota marginal que publica su emisión, sería necesario apoyar la prioridad del auto de remate en algún asiento registral del que derivara la prioridad pretendida. Recuerda que la nota marginal, de haberse expedido la certificación de cargas, se cancela como consecuencia de la cancelación de la anotación de embargo por caducidad, por lo que la noticia registral desaparece.
4. Debe también tenerse en cuenta la actual regulación de la segunda regla del artículo 175 del RH sobre «cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas»: «Cuando, en virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por esta».

¿Tiene razón la registradora?

Cuestiones planteadas:

- Efectos de la cancelación de la anotación de embargo sobre el decreto de adjudicación, cuando esta anotación es cancelada antes de la inscripción.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

La vigencia temporal de la anotación preventiva viene regulada en la actualidad en el artículo 86 de la LH, con la redacción introducida por la disposición final 9.ª 2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que es la siguiente:

Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la Ley un plazo más breve. No obstante, a instancia de los interesados o por mandato de las autoridades que las decretaron, podrán prorrogarse por un plazo

de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga sea presentado antes de que caduque el asiento. La anotación prorrogada caducará a los cuatro años de la fecha de la anotación misma de prórroga. Podrán practicarse sucesivas ulteriores prórrogas en los mismos términos.

La caducidad de las anotaciones preventivas se hará constar en el Registro a instancia del dueño del inmueble o derecho real afectado.

De acuerdo con esta previsión legal, una anotación preventiva de embargo caduca a los cuatro años, salvo que antes de que concluya este plazo de caducidad, la anotación sea prorrogada. La prórroga goza también de un plazo de vigencia de cuatro años y la anotación puede volver a ser prorrogada antes de que concluya el plazo de la inicial prórroga.

La cuestión se suscita en torno al efecto que puede tener la certificación de cargas, solicitada en el curso de la ejecución de un determinado embargo objeto de anotación preventiva y de la que se deja constancia mediante una nota marginal, respecto de la vigencia de la anotación preventiva y su oponibilidad frente a derechos inscritos o anotados con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Sobre todo cuando el plazo de cuatro años de la anotación preventiva se cumple después de que se hubiera emitido la certificación de cargas y antes de que se hubiera solicitado la inscripción registral del decreto de adjudicación con el que concluye la ejecución del bien embargado.

Sobre esta cuestión contamos con un precedente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, la Sentencia 427/2017, de 7 de julio, que invoca la doctrina contenida en las sentencias anteriores 282/2007, de 12 de marzo, y 88/2015, de 23 de febrero, y reconoce «una especial significación al momento de emisión por parte del Registro de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes (art. 656 LEC)», en cuanto que «la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior –como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante– no modifica dicha situación».

Dicha certificación acreditativa de los derechos y cargas que afectan al inmueble sobre el que se ha iniciado la ejecución persigue varios objetivos: a) Conocer el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se sigue la ejecución a los efectos de determinar la valoración del bien para la subasta (que se calcula deduciendo su importe del avalúo); b) Proporcionar a los posibles licitadores una información completa sobre las condiciones de adquisición y, en concreto, sobre la existencia de cargas anteriores que no desaparecerán con la adquisición; y c) Identificar e individualizar a los titulares de derechos y cargas inscritos o anotados con posterioridad al del acreedor ejecutante, los cuales quedarán extinguidos por la realización del bien, a los efectos de comunicarles la pendencia del proceso de ejecución para que puedan intervenir en él a los efectos legalmente previstos.

La expedición de dicha certificación, sin duda, ha dado lugar a la extensión de nota marginal en la hoja registral a efectos de publicidad; y la existencia de la eje-

cución es comunicada a los titulares de derechos que figuren en asientos posteriores al del derecho del ejecutante (artículo 659.1 LEC), todo lo cual no se ha cuestionado por las partes.

En consecuencia puede afirmarse que el contenido de tal certificación tiene un valor esencial en el desarrollo del procedimiento de apremio y que la situación registral que proclama fija las condiciones para la adquisición del bien inmueble de que se trate, de forma que cualquier alteración posterior —como puede ser la caducidad de la anotación de embargo extendida a favor del ejecutante— no modifica dicha situación. [...]

En definitiva, la aprobación del remate y la adjudicación conlleva como efecto propio la cancelación de todas las anotaciones de embargo posteriores, que carecen de preferencia sobre la que servía de apoyo a la ejecución, pues la anotación de embargo que beneficiaba al ejecutante ha causado estado y producido su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes.

Concurre en esta cuestión una controversia entre la aspiración del sistema registral de otorgar una seguridad jurídica preventiva por la información que otorga el registro, de acuerdo con los asientos vigentes, y la seguridad jurídica que la certificación registral de cargas ha de otorgar a quienes concurren a la ejecución judicial.

En el primer aspecto, mientras no varíe la regulación de la anotación preventiva de embargo, que tiene un plazo de vigencia de cuatro años, susceptibles de prórroga por otros cuatros años y de sucesivas prórrogas, la falta de prórroga de la anotación conllevaría su caducidad y la cancelación del asiento. De tal modo que quien consulte a partir de entonces la situación registral de la finca, no conocerá de la existencia de aquel embargo.

En el segundo aspecto, la certificación de cargas permite conocer las cargas y derechos anteriores al embargo por el que se sigue la ejecución, así como las condiciones en que se puede adquirir en dicha ejecución (cargas que no desaparecerán con la adquisición). Si en el ínterin caduca la anotación de embargo y se cancela este asiento y la nota marginal de la certificación de cargas, con el efecto legal de que se pierda la prioridad registral que legitimaría al adjudicatario del bien en la ejecución a obtener la cancelación de las cargas y derechos inscritos o anotados con posterioridad, también se genera una inseguridad jurídica sobre las adquisiciones en ejecuciones judiciales y en general vías de apremio.

El planteamiento de esta controversia ha quedado matizado con la reforma de los artículos 656.2 y 667.2 de la LEC, por las leyes 19/2015, de 13 de julio, y 42/2015, de 5 de octubre, que introduce un sistema de información continuada del registro a través del portal de subastas «hasta el término de la subasta».

Así, por una parte, el artículo 656.2 de la LEC regula la comunicación que el registrador debe hacer al letrado de la Administración de Justicia y al portal de subastas, de la presentación de otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial contenida en la certificación de cargas:

El registrador notificará, inmediatamente y de forma telemática, al Letrado de la Administración de Justicia y al Portal de Subastas el hecho de haberse presentado otro u otros títulos que afecten o modifiquen la información inicial a los efectos del artículo 667. El Portal de Subastas recogerá la información proporcionada por el Registro de modo inmediato para su traslado a los que consulten su contenido.

Y el artículo 667 de la LEC, que regula la convocatoria de la subasta, en su apartado 2, prevé el sistema de actualización permanente de la información registral de la finca hasta el término de la subasta:

El Portal de Subastas se comunicará, a través de los sistemas del Colegio de Registradores, con el Registro correspondiente a fin de que este confeccione y expida una información registral electrónica referida a la finca o fincas subastadas que se mantendrá permanentemente actualizada hasta el término de la subasta, y será servida a través del Portal de Subastas. De la misma manera, si la finca estuviera identificada en bases gráficas, se dispondrá la información de las mismas. En el caso de que dicha información no pudiera ser emitida por cualquier causa transcurridas cuarenta y ocho horas desde la publicación del anuncio, se expresará así y se comenzará la subasta, sin perjuicio de su posterior incorporación al Portal de Subastas antes de la finalización de la subasta.

La clave radica en el efecto de la emisión de la certificación de cargas, con la consiguiente nota marginal, que si se pretende «cause estado» y produzca «su finalidad para dicha ejecución desde la fecha de la emisión de la citada certificación de cargas y gravámenes», con las matizaciones derivadas del reseñado sistema de actualización permanente de información registral de la finca hasta la subasta, tiene que tener una repercusión en la información registral, en cuanto que impida la caducidad de la anotación preventiva y la cancelación del asiento, aunque sea durante el tiempo razonable para asegurar la eficacia de la información suministrada por la certificación de cargas en aquella ejecución judicial. Sólo así se evita la falta de seguridad jurídica preventiva advertida por la DGRN, en la medida en que el registro seguiría informando de la existencia de la anotación preventiva de embargo y la nota marginal correspondiente a la certificación de cargas.

Frente a la objeción formulada por la dirección general de que no existe precepto legal que lo explicita así, baste advertir que un pronunciamiento jurisprudencial al respecto sería la culminación de una interpretación sistemática y teleológica del ordenamiento jurídico, en concreto el registral y el procesal, en aras de la seguridad jurídica. Cuando la dicción literal de los preceptos legales vigentes da lugar a una contradicción con una merma de seguridad jurídica para el sistema de ejecución o vías de apremio, con remedios desproporcionadamente onerosos y en muchas ocasiones insuficientes para quien adquiere confiado en la certificación de cargas, como es la tercería de mejor derecho o de dominio, los tribunales deben realizar una interpretación integradora de las normas del ordenamiento jurídico. Si la seguridad jurídica preventiva pivota sobre la vigencia de los asientos registrales y la in-

formación que en un momento determinado suministran, y en este caso la quiebra de esta seguridad provendría de dar eficacia a un asiento (anotación preventiva de embargo) que se había cancelado, frente a los titulares de derechos o cargas inscritos o anotados con posterioridad, ese riesgo de inseguridad se salvaría si no llegara a cancelarse aquel asiento.

Obviamente, la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal no pueden provocar una prórroga indefinida, pues la ratio de la reforma legal introducida por la disposición final 9.ª 2 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, fue evitar que las anotaciones preventivas puedan convertirse en perpetuas mediante su prórroga. De ahí que convenga declarar que la solicitud de certificación de cargas opera como una petición implícita de prórroga de cuatro años, a contar desde el momento de la emisión de la certificación y la extensión de la preceptiva nota marginal. Con ello se respeta la finalidad perseguida por la ley al prever en todo caso la necesidad de la prórroga de las anotaciones preventivas y se asegura un plazo razonable dentro del procedimiento de ejecución en el que se acordó el embargo para hacer efectiva la realización del bien, y que el decreto de adjudicación pueda inscribirse en el registro con el efecto de cancelación de las cargas y derechos posteriores a la anotación de embargo.

Lo anterior supone una matización de la doctrina contenida en la 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este periodo podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución.

Bajo la doctrina que acabamos de exponer, no resultaba procedente la cancelación por caducidad de la anotación preventiva de embargo de 18 de noviembre de 2009, después de que hubiera sido solicitada y emitida la certificación de cargas el 18 de octubre de 2010, mientras no transcurriera el plazo de cuatro años desde esta última fecha. De tal forma que, para cuando se presentó al registro el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas el 1 de agosto de 2014, la anotación preventiva debiera haber estado vigente, y por consiguiente resultaba procedente la inscripción y la cancelación de cargas solicitada

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley Hipotecaria de 1946, arts. 86 y 82.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 656, 659.1 y 667.2.
- Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), art. 175.
- SSTS de 12 de marzo de 2007 (rec. núm. 500/2000), de 23 de febrero de 2015 (NCJ059530) y de 7 de julio de 2017 (NCJ062766).
- Instrucción de la DGRN de 9 de abril de 2018 (NCR009004).

La responsabilidad del tutor, después de la extinción de la tutela, por actos patrimoniales realizados durante el ejercicio de la misma

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

Las funciones tutelares se ejercen en beneficio del tutelado, y el artículo 270 del CC impone al tutor que administra los bienes la obligación de «ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia». El nivel de diligencia exigible al tutor hace referencia a un módulo objetivo que, en cada caso, debe ajustarse en atención a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar. La diligencia que proceda en cada caso, además de pauta de conducta, es también la medida del incumplimiento y responsabilidad del tutor. La autorización judicial, respaldada en la documentación aportada por el propio tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no le exime de la responsabilidad por los daños causados por no observar la debida diligencia de un buen administrador en atención a las circunstancias, ni tampoco la rendición general de cuentas. Así resulta del artículo 285 del CC, conforme al cual, «la aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela».

Palabras clave: tutela; extinción; responsabilidad del tutor.

Fecha de entrada: 10-06-2021 / Fecha de aceptación: 24-06-2021

Enunciado

El tutor de una persona mayor, de edad avanzada con deterioro cognitivo y muy limitada en su capacidad de administrar sus bienes y su persona, entre otras patologías, es demandado por los herederos por la realización de una actuación perjudicial, encaminada a realizar una ampliación de capital, aportando gran parte del dinero del tutelado, y por entender que su no se realizó en el beneficio del tutelado ni con la diligencia de un buen padre de familia. Alega el tutor que no se tuvo en consideración la evolución de la legislación fiscal, ni las circunstancias concurrentes, y que siempre se hizo buscando el beneficio del tutelado, y que la operación fue autorizada por el juez de la tutela y que se aprobó igualmente la cuenta final. El tutor asumió el cargo en el abril de 2016 y el tutelado falleció en el año 2019, ejercitando los herederos la acción en septiembre 2020.

Cuestiones planteadas:

- Responsabilidad del tutor: plazo del ejercicio de la acción; el interés y el beneficio del tutelado.
- Conclusión.

Solución

El caso que se propone puede surgir en la práctica en el ejercicio de la tutela, en la que el tutor debe ajustarse a unos principios dirigidos a priorizar el beneficio del tutelado en todo caso y en una actuación dirigida con la diligencia debida respecto de la persona y de los bienes, y que son, a la administración y control de un tercero, como una obligación legal, y de

la que debe rendir cuentas y el resultado de su actuación, tanto en el ámbito personal como patrimonial, según la sentencia que determinó el alcance de la modificación de la capacidad.

El ejercicio del cargo por el tutor debe ir siempre dirigido al bienestar personal y a administrar el dinero y el conjunto de los bienes que integren el patrimonio de los bienes materiales del tutelado, de manera prudente y adecuada.

Durante el ejercicio de la tutela el tutor debe rendir cuentas de su actuación dando cuenta al juzgado de las cuestiones referidas a la situación personal y de salud, así como los datos referidos a la administración de los bienes y dinero del mismo, aportando en todo caso la documentación correspondiente justificativa de dicha actuación y de lo que alegue.

En este sentido debe decirse que el tutor, si actúa de manera contraria a los intereses de su representado o deja de cumplir las obligaciones legales, puede ser removido de su cargo, a través del procedimiento establecido a que se refiere la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, y puede determinar una demanda de responsabilidad frente al dicho tutor como consecuencia de su actuación desviada, y en la que se aprecie una desatención que suponga que se haya conducido mal en el desempeño de su cargo tanto en el ámbito personal como patrimonial. Así, podría dejar de presentar las rendiciones anuales, o las que deba presentar ante el juez de la tutela en el periodo concreto que debía presentarla, o se observe una desatención personal o patrimonial o un incumplimiento de sus obligaciones legales, como sucedería en aquellos casos que siendo necesaria la autorización judicial, se omitiera la misma, como pasaría con los supuestos que contempla el artículo 271 del Código Civil.

También puede ocurrir que sí cumpla sus obligaciones y que continúe en el ejercicio de su cargo hasta el fallecimiento o finalización de la tutela por otra causa, y así se hayan aprobado las cuentas anuales con el informe favorable del Ministerio Fiscal o haya interesado al juez la aprobación de algunos actos de disposición, enajenación de bienes u otros, y se haya concedido.

Finalmente, ha de presentar la cuenta final de la tutela, cuando esta haya finalizado, y pese a su aprobación por el juez de la tutela, los herederos del tutelado ejerzan una acción de responsabilidad civil por entender que en algún caso se haya conducido más en el desempeño de la tutela con perjuicio para el tutelado en su persona o su patrimonio, como dispone el artículo 285 del Código Civil.

Este es el supuesto a que se refiere el caso que se propone, donde se observa que una persona mayor con deterioro cognitivo y unas circunstancias por las que carecía de habilidades para el gobierno de su persona y de sus bienes, a la que se nombra un tutor que, como representante, actúa para su beneficio e interés, teniendo en cuenta sus circunstancias personales y patrimoniales y para favorecer su situación con actos conducentes a mejorar su estabilidad médica y personal y mantener el patrimonio necesario para su subsistencia, sin realizar actos que pudieran ponerlo en peligro para los intereses de su tutelado.

En este sentido los deberes del tutor se encaminan a beneficiar en todo momento al tutelado, tanto desde el aspecto personal como patrimonial, y a ese fin debe realizar todas las actuaciones necesarias. El control de la actuación del tutor corresponde al juez de la tutela, que debe controlar la actuación del tutor, fundamentalmente aprobando aquellos actos que precisen autorización judicial y dando cuenta de la situación personal y patrimonial del tutelado a través de la dación de cuenta correspondiente en el periodo que se le designe, normalmente un año, y requiriéndole información sobre su estado personal y patrimonial cuando tuviere conocimiento de circunstancias o aspectos que pudieran perjudicarlo.

Esa dación o rendición de cuentas, normalmente anual, y la autorización de las solicitudes de aprobación de actos que deben contar con autorización judicial, supone de hecho un control de la actuación del tutor, y que finaliza con la rendición final, cuando finalice la tutela por el fallecimiento del tutelado, o por haber recobrado la capacidad.

Eso no significa que los herederos del tuteado no puedan ejercitar acciones contra el tutor cuando entiendan que su proceder ha sido realizado en perjuicio de la persona tutelada, incluso aunque este haya fallecido y se haya aprobado la cuenta general de la tutela, como determina el artículo 285 del Código Civil.

Sin embargo debe analizarse, en primer lugar, si existe un plazo para el ejercicio de las acciones relacionadas con el ejercicio de la tutela, y en este sentido debe decirse que si bien la redacción originaria del Código Civil establecía en el artículo 287 un plazo de cinco años desde la conclusión de la tutela, el Código Civil, tras la reforma de 1983, solo se refería al plazo de cinco años para exigir las rendiciones de cuentas, y en la regulación actualmente vigente, no precisa el Código Civil el sistema de prescripción de la acción para reclamar responsabilidad al tutor por los daños causados por su actuación durante el ejercicio de la tutela. Y si la acción de responsabilidad civil ejercitada contra el tutor se hace derivar del incumplimiento de la obligación legal de llevar los bienes del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia y en el interés del tutelado, como se desprende de los artículos 216 y 270 del Código, no se aplica el artículo 1.902 y con ello el artículo 1968.2.º del Código Civil, dando entrada a los artículos 1.101 y siguientes del mencionado texto, que se refieren, también, a los daños y perjuicios causados por «los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas». Por lo que como la acción de responsabilidad ejercitada contra el tutor demandado se hace derivar del incumplimiento de la obligación legal que pesa sobre todo tutor de administrar los bienes del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia y en interés del tutelado de los mencionados artículos 216 y 270 Código Civil, se ha de estar al plazo de cinco años temporales introducido por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, por lo que la acción promovida no ha prescrito.

El artículo 216 del texto legal mencionado exige que las funciones tutelares se ejerzan en beneficio del tutelado, y el artículo 270 del mismo impone al tutor que administre los bienes la obligación de «ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia».

El nivel de diligencia exigible al tutor hace referencia a un módulo objetivo que, en cada caso, debe ajustarse en atención a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar. La diligencia que proceda en cada caso, además de pauta de conducta, es también la medida del incumplimiento y responsabilidad del tutor.

No puede decirse que el tutor no pueda adoptar ninguna decisión que implique un mínimo riesgo aunque sea conveniente para el tutelado, ni que la responsabilidad del tutor pueda depender de circunstancias futuras que escapan a su control, sino que se ha de valorar tanto la complejidad y el riesgo de la operación como todas las circunstancias que en el caso, a la vista de los mismos informes aportados por el tutor, debió ponderar en el momento en que tomó la decisión y realizó la operación. La toma de decisión no se encuentra solo en los posibles cambios normativos que pudieran producirse en la materia propia del acto realizado, sino también en las circunstancias personales del tutelado: su edad, su enfermedad y esperanza de vida, de modo que difícilmente llegaría a disfrutar de las ventajas de la operación, y que quienes se verían beneficiados por la misma pudieran ser terceras personas, socios de la sociedad por ampliación de capital con el dinero del tutelado.

No parece que la operación fuera precisa para la subsistencia del nivel de cuidado garantizado al tutelado, que es lo que debe tener en cuenta el tutor, al margen de mejoras financieras de las que no iba a disfrutar, por lo que la actuación del tutor no solo supone una administración contraria a las exigencias de los artículos 216 y 270 del Código Civil, y probablemente nada respetuosa con la voluntad del tutelado a la vista de la existencia de datos que determinarían ese tipo de operaciones. Tampoco sería conforme con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y que forma parte de nuestro ordenamiento interno desde el 3 de mayo de 2008), cuyo artículo 12.4 exige a los Estados parte que aseguren que los apoyos que puedan necesitar las personas con discapacidad respeten los derechos, la voluntad, las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, y que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona.

No puede, por otro lado, decirse que la responsabilidad del tutor deba ampararse en la decisión del juzgado que autorizó la operación ni tampoco que se aprobara la cuenta final de la tutela. La autorización judicial, respaldada en la documentación aportada por el propio tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, no le exime de la responsabilidad por los daños causados por no observar la debida diligencia de un buen administrador en atención a las circunstancias, ni tampoco la rendición general de cuentas. Así resulta del artículo 285 del Código Civil, conforme al cual, «la aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela», que ahora expresa el artículo 51.5 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Además, el que se aprobara la cuenta de la tutela como operación contable, y no discutida su exactitud, no excluye que pueda exigirse responsabilidad por los daños que derivan de asumir gastos supuestamente realizados en beneficio del tutelado y que realmente no lo eran.

Tampoco los herederos tenían que instar previamente la nulidad de la ampliación del capital como requisito previo, y nada les impide reclamarle los daños y perjuicios que tal operación causó en el patrimonio del tutelado; solo reclaman los perjuicios derivados del negligente ejercicio de su cargo de tutor. Su responsabilidad se deriva del desempeño del cargo de administrador de los bienes sin la diligencia de un buen padre de familia, ni haber actuado en beneficio del mismo, sino más bien en su perjuicio, lo que a su vez redundó en el de sus herederos.

En conclusión, la actuación del tutor fue más allá de los límites de su actuación, y no favoreció con ella al tutelado, ya que realizó actos que este nunca habría realizado y con riesgo para el mismo, realizando actos que ponían en riesgo su patrimonio y con ello su atención y cuidado debidos, y con beneficio para terceras personas ajenas al tutelado, por lo que lo normal sería la estimación de la demanda, que se realizó por los herederos reconociendo y fijando una responsabilidad civil para el tutor.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 24.
- Código Civil, arts. 216, 270, 279, 968.2, 1089, 1101, 110.4, 1902 y 1964.
- STS de 17 de julio de 2008.
- SAP de Madrid de 27 de marzo de 2018.

Posible nulidad contractual en contratos financieros complejos (*swap*)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

En los contratos financieros complejos (*swap*), la relación contractual se extingue o agota con el cumplimiento de las prestaciones de las partes; durante su vigencia hay varias liquidaciones y varios periodos de liquidación, con variación de intereses, por eso no hay extinción ni consumación sino hasta el final de la relación contractual, que es cuando se tiene perfecto conocimiento de las consecuencias económicas. A partir de aquí comienza a contar el plazo de caducidad del artículo 1.301 del Código Civil.

Es cierto que en las relaciones entre particulares y la entidad bancaria no se exige la aplicación de una normativa comunitaria no traspuesta al ordenamiento interno, pero sucede que, ya antes de la contratación, en nuestra normativa se recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos.

Palabras clave: contratos financieros; nulidad contractual; *swap*.

Fecha de entrada: 13-06-2021 / Fecha de aceptación: 28-06-2021

Enunciado

Entre las partes litigantes, un consumidor y una entidad bancaria, se firmó, con fecha 21 de octubre de 2011, un contrato *swap* marco de operaciones financieras. Al considerar el consumidor que el contrato era nulo por contener condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas, con fecha de 25 de julio de 2016 se interpone la demanda de nulidad por vicios en el consentimiento, basada esencialmente en los intereses satisfechos. El banco alega caducidad de la acción porque considera que el plazo debe contarse desde la primera liquidación de intereses, pues es desde entonces que el contratante pudo conocer el error cometido, pues con la primera liquidación ya se pudo dar cuenta de lo que ha suscrito y del interés que iba a pagar. El banco considera que la acción ha caducado (art 1.301 CC), porque han pasado cuatro años desde la primera liquidación, el 21 de noviembre de 2011. También, para el caso de no prosperar esta invocación de caducidad, el banco alega que la falta de información con violación de la normativa MiFID no puede ser causa de nulidad, porque dicha normativa no había sido transpuesta a la interna, no vinculando las relaciones contractuales entre el cliente y el banco.

Cuestiones planteadas:

1. ¿Es correcta la invocación en casación de la causa sobrevenida para alegar la prescripción del artículo 1.301? ¿Y la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal fundamentado en la incorrecta valoración de la prueba?
2. ¿Desde cuándo se computa el plazo de caducidad por posible nulidad contractual del artículo 1.301 del CC? ¿Tiene razón la entidad bancaria?
3. ¿La falta de información en los términos indicados en el caso por falta de trasposición de la normativa MiFID permite prosperar la acción de nulidad del contrato *swap* invocada por la entidad bancaria?

Solución

1. ¿Es correcta la invocación en casación de la causa sobrevenida para alegar la prescripción del artículo 1.301 del CC?

Aquí partimos de la naturaleza de un contrato *swap*, básico para deducir desde qué momento puede entenderse comprendido por el suscriptor o consumidor. Quien lo suscribe debe conocer perfectamente las características del contrato, para así poder alegar luego la

nulidad y, en su consecuencia, poder determinarse el plazo de caducidad –que trataremos al dar respuesta a las dos cuestiones siguientes–.

Hemos dicho en la narración de los hechos que la cuestión alegada por la entidad es nueva, no planteada en la apelación. En la apelación no se solicitó desde cuándo se computa el plazo. No se pidió nada sobre la nulidad por esta vía. La casación debe revisar la infracción de ley, por supuesto, pero ¿qué sucederá con esta cuestión nueva? Es constante la jurisprudencia que lo impide. Las cuestiones que pudiendo plantearse no lo fueron en la primera instancia, no tienen cabida en la casación (SSTS 614/2011, de 17 noviembre; 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero, y 268/2013, de 22 de abril).

Pues el recurso de casación permite denunciar las infracciones legales en que el tribunal de apelación haya podido incurrir al resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, pero no permite hacer un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación (STS, Pleno, 772/2014, de 12 de enero de 2015).

2. ¿Desde cuándo se computa el plazo de caducidad por posible nulidad contractual del artículo 1.301 del CC? ¿Tiene razón la entidad bancaria?

Según el banco, el contratante tiene –o cree tener– conocimiento del abuso contractual de la cláusula de intereses desde la primera liquidación. A los efectos del artículo 1.301 del CC, el plazo de cuatro años se computa, en los casos de error, desde «la consumación del contrato». En el supuesto fáctico se menciona el plazo desde que se produce la primera liquidación de intereses (o primeras); por consiguiente, el consumidor debe contar el plazo de nulidad para ejercitar la acción a partir de entonces. Si esto es así, el contratante particular ve cómo se retrotrae el plazo a la primera liquidación (el 21 de noviembre de 2011) y posiblemente su acción estaría caducada, porque la demanda se interpuso el 25 de julio de 2016 y el contrato se puede entender consumado en esa fecha de liquidación. La sentencia del Pleno núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, «negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección». En este tipo de contratos de tipo sucesivo, que se desarrollan a lo largo del tiempo, con liquidaciones periódicas y que suponen una relación contractual compleja, al ser contratos bancarios de inversión,

la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

¿Y cuándo, entonces se debe entender que el cliente-contratante ha tenido conocimiento del error cometido? La primera liquidación, o las sucesivas, no suponen consumación del contrato. A estos efectos, en los contratos de esta naturaleza (*swap*), es el agotamiento lo que determina su extinción y, por tanto, la consumación. Nos dice la jurisprudencia que:

En el contrato de swap el cliente no recibe en un momento único y puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación del contrato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos de tracto sucesivo como el arrendamiento (respecto del cual, como sentó la sentencia 339/2016, de 24 de mayo, ese momento tiene lugar cuando el arrendador cede la cosa en condiciones de uso o goce pacífico, pues desde ese momento nace su obligación de devolver la finca al concluir el arriendo tal y como la recibió y es responsable de su deterioro o pérdida, del mismo modo que el arrendador queda obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por el tiempo del contrato).

Cuando se agota tiene lugar el cumplimiento de las prestaciones de las partes; durante su vigencia hay varias liquidaciones y varios periodos de liquidación, con variación de intereses, por eso no hay extinción ni consumación sino hasta el final de la relación contractual, momento, como queda dicho, en el cual se tiene perfecto conocimiento de las consecuencias económicas.

En definitiva, el plazo no es computable desde la primera liquidación. Los cuatro años pueden no haber vencido si el contrato se extingue más allá del 25 de julio de 2012.

3. ¿La falta de información en los términos indicados en el caso por falta de transposición de la normativa MiFID permite prosperar la acción de nulidad del contrato swap invocada por la entidad bancaria?

Con esta pregunta se pretende saber si la falta de información del producto contratado es causa de nulidad del contrato por falta de transposición de la directiva MiFID. Desestimada la pretensión de caducidad, el banco recurre a este argumento.

Para responderla, seguimos aquí, por su relevancia, la Sentencia del Tribunal Supremo (Civil), Sec. 1.ª, de 15 de diciembre de 2014, núm. 716/2014, rec. núm. 48/2013. El acrónimo MiFID se refiere a «las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes» del artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros (*Markets in Financial Instruments Directive*).

Traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que introdujo el contenido de los actuales arts. 78 y ss. de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En vigor se halla el RD 217/2008, de 15 de febrero (EDL 2008/4324), sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que desarrolla esta regulación.

La disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre prevé que

las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

La disposición adicional cuarta del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, relativa a su entrada en vigor, dispone:

El presente real decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En conclusión, a la fecha de la firma del contrato (el 21 de octubre de 2011) todas las normas estaban en vigor. La normativa MiFID había sido traspuesta al ordenamiento interno.

La Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, nos recuerda los deberes de información de las entidades financieras cuando contratan con los clientes (normativa MiFID):

responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 CC y en el derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, reflejo de lo cual es la expresión que adopta en los Principios de Derecho Europeo de Contratos (The Principles of European Contract Law –PECL– cuyo art. 1:201 bajo la rúbrica «Good faith and Fair dealing» («Buena fe contractual»), dispone como deber general: «Each party must act in accordance with good faith and fair dealing» («Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe»). Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran en este caso los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

Por tanto, parece claro que existe un deber de información exhaustivo del producto bancario complejo que se contrata. Así lo prevé expresamente el artículo 79 bis de la LMV («riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias», «adecuada información a sus clientes, en todo momento», información «clara y no engañosa», etc).

La clave está en dos elementos: a) la nulidad contractual basada en el error producido en el cliente por vicios en el consentimiento y la entrada en vigor de la normativa MiFID. No es tanto la falta de información lo que hace nulo el contrato, sino el vicio que se genera al no poder conocer la naturaleza compleja y las consecuencias económicas de lo pactado. En cuanto a la segunda, es claro que la normativa MiFID ha entrado en vigor, y, por consiguiente, no hay debate en este aspecto.

Sin embargo, hagamos la ficción de que la normativa no ha entrado en vigor: En este supuesto, es cierto que en las relaciones entre particulares y la entidad bancaria no se exige la aplicación de una normativa comunitaria no traspuesta al ordenamiento interno: la Di-

rectiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros. Pero como dice la sentencia que seguimos como guía en este caso:

Las directivas de la Unión Europea, no traspuestas a los ordenamientos jurídicos internos, no son directamente exigibles en el plano meramente horizontal de las relaciones entre particulares, ya se trate personas físicas y jurídicas privadas, o entre una autoridad pública frente a una persona jurídica de Derecho privado («efecto directo vertical descendente»), aunque sí en el plano vertical ascendente de las relaciones entre Estados miembros y sus ciudadanos.

Sin embargo, como se aclara más adelante, los justiciables pueden ampararse en ellas frente al Estado. Sucede, entonces, que, como indica también la STS 32/2016, de 4 de febrero:

Tanto antes como después de la incorporación a nuestro Derecho interno de la normativa MiFID, la legislación recogía la obligación de la entidad financiera de informar debidamente al cliente de los riesgos asociados a este tipo de productos, puesto que siendo el servicio prestado de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad no se limitaba a cerciorarse de que el cliente conocía bien en qué consistía el swap que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en atención a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía.

Parece evidente que la entidad bancaria pierde en lo de la caducidad y pierde en lo de la información por falta de trasposición de la normativa europea al ordenamiento interno español. Porque, en realidad, no es tanto la falta de información como el error alegado por el contratante y el desconocimiento del riesgo que asumía por la complejidad del producto financiero. Aunque lo cierto es que la falta de información lógicamente nos lleva al desconocimiento del riesgo y la idea que se trasmite es el vicio en el consentimiento, sea por la causa que sea, tenga su origen en la falta de información o de transparencia, o por cualquier otro motivo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 7 y 1.301.
- Ley 24/1988 (mercado de valores), arts. 78, 79 bis y ss.
- Real Decreto 217/2008 (régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión), disp. adic. 4.^a
- SSTS 614/2011, de 17 noviembre (rec. núm. 1155/2008); 632/2012, de 29 octubre (rec. núm. 531/2010); 32/2013, de 6 de febrero (rec. núm. 1127/2010); 268/2013, de 22 de abril (rec. núm. 1946/2010); 769/2014, de 12 de enero de 2015 (NCJ059370); 772/2014, Pleno, de 12 de enero (NCJ059415); 769/2014, de 12 de enero de 2015 (NCJ059370); 376/2015, de 7 de julio (NCJ060293); 32/2016, de 4 de febrero (rec. núm. 3134/2012), y 562/2016, de 23 de septiembre (rec. núm. 1166/2013).

Actuación administrativa local en un contrato administrativo de obras

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF-*

Extracto

El supuesto plantea cuestiones diferentes surgidas en el ámbito de la actuación administrativa local. En primer lugar, respecto a un contrato de obras, se afronta el ajuste a derecho de la composición de la mesa de contratación, la aptitud legal de dos licitadores, la adjudicación, sin informe previo de la comisión informativa, y, finalmente, el recurso de un contratista que no presentó oferta alguna pero había recurrido, previamente, el pliego del contrato. A continuación, se aborda la cuestión de si debe el ayuntamiento soportar los gastos judiciales producidos en un proceso penal en el que se condenó al alcalde y a la secretaria-interventora. Finalmente, se estudia el ajuste a derecho o no de la enajenación de concesiones de bienes de dominio público.

Palabras clave: Administración local; contrato administrativo de obras; mesa de contratación; recurso contra la adjudicación; dominio público.

Fecha de entrada: 31-05-2021 / Fecha de aceptación: 21-06-2021

Enunciado

En el ayuntamiento de Las Pizarras, de régimen común, de 3.256 habitantes, se han producido las siguientes situaciones:

1. Se ha decidido la celebración de un contrato consistente en la construcción de un nuevo cementerio, ya que el existente, como consecuencia de las filtraciones de un pozo de agua subterránea, se ha ido deteriorando progresivamente y existe el riesgo de hundimiento y derrumbe de sepulturas y nichos existentes. El valor estimado del contrato es de 400.000 euros (IVA excluido).

El procedimiento de adjudicación será el abierto con varios criterios de adjudicación.

El alcalde ha procedido al nombramiento de los siguientes miembros de la mesa de contratación para ese contrato (hay que tener en cuenta que los tres funcionarios públicos con que contaba la corporación habían cambiado de destino recientemente y en la misma, en ese momento, no había nadie que tuviera tal condición de funcionario público), ostentando él la condición de presidente de la mesa:

- Dos personas vinculadas con el ayuntamiento por una relación laboral, que participaron en la redacción de la documentación técnica del contrato, porque, por su formación profesional, estaban cualificadas sobre la materia.
- Una persona que tiene la condición de personal interino del ayuntamiento.
- Dos concejales del ayuntamiento.
- Como secretaria de la mesa de contratación, que solo actuará en tal concepto, ha nombrado a la secretaria-interventora.

A ese contrato licitan:

- a) Una concejala, propietaria de una empresa dedicada a la construcción, que percibe, cada cierto tiempo, una cantidad de dinero, en concepto de gratificación, por asistencia en el Registro Civil.
- b) Un administrativo, funcionario público, que presta sus servicios en la delegación de Hacienda estatal, máximo accionista de una SA, cuyo objeto social es la construcción de edificios.

Adjudicado el contrato a la empresa XXX, otra empresa, que no participó en la licitación y que, por tanto, no había presentado oferta alguna, pero que, en su día, impugnó el pliego de condiciones al discrepar respecto a las puntualizaciones de los criterios objetivos, no habiéndose resuelto el recurso, recurre aquella adjudicación.

La adjudicación del contrato se hizo sin el previo informe de la comisión informativa.

Por otra parte, sobre la notificación de los motivos de la adjudicación a la empresa seleccionada y los motivos de la no adjudicación a una empresa participante no adjudicataria, como consecuencia de que el sistema electrónico existente no funcionaba debido a una avería, optó su representante legal por personarse en la sede del ayuntamiento, con la anuencia de la corporación, para ser notificado.

La notificación se realizó por una persona, que no era funcionario público, que trabajaba en el ayuntamiento. El representante legal de la misma señala que es órgano incompetente para realizar la notificación, por lo que interpone el recurso pertinente contra el acto notificado, aduciendo, entre otros motivos, la incompetencia de la persona que realizó la notificación.

2. El alcalde y la secretaria-interventora del ayuntamiento fueron condenados a distintas penas como autores de un delito penal, por haber informado la secretaria favorablemente la concesión de una licencia de obras solicitada por una promotora, y el alcalde concediendo la licencia. La constructora acabó edificando un bloque de 60 viviendas, en terrenos especialmente protegidos, donde no era posible construcción alguna, según el Plan General de Ordenación Urbana de dicho municipio. Condenados por ello, pretenden que el ayuntamiento se haga cargo de las costas procesales, donde se incluyen gastos de sus abogados y procuradores, los de las partes acusadoras y los del proceso en sí.
3. Finalmente, es de hacer constar que, en su día, se dieron concesiones a particulares sobre nichos en el cementerio municipal. Ha llegado al conocimiento del ayuntamiento que los titulares de las concesiones han transmitido dicho nichos, mediante compraventa, a terceras personas, por lo que el alcalde pregunta a la secretaria-interventora sobre el ajuste a derecho de aquellas transmisiones y, si no fuera así, cuál debiera ser la forma de proceder para el restablecimiento del orden jurídico, presuntamente vulnerado.

Cuestiones planteadas:

1. Indique el ajuste a derecho de la elección de los miembros de la mesa de contratación y de sus componentes. ¿Cómo se resolverá el recurso interpuesto por la empresa que fue notificada por un trabajador, no funcionario público, del ayuntamiento?
2. ¿Puede licitar el contrato la concejala que está en el Registro Civil?
3. ¿Puede licitar el administrativo con destino en una delegación de Hacienda?
4. ¿Tenía legitimación para recurrir la empresa que no participó en la licitación? ¿De qué recurso se tratará?
5. ¿Cómo será esa adjudicación que se ha realizado sin el informe previo de la comisión informativa?
6. ¿Debe hacerse cargo de los gastos, en concepto de costas procesales, el ayuntamiento?
7. Conteste a la pregunta que formula el alcalde a la secretaria-interventora sobre el ajuste a derecho de las transmisiones de los nichos y, si no lo fuera, cómo se debería de proceder. Para responder a estas cuestiones tenga en cuenta la normativa general.

Solución

1. A) Indique el ajuste a derecho de la elección de los miembros de la mesa de contratación y de sus componentes. B) ¿Cómo se resolverá el recurso interpuesto por la empresa que fue notificada por un trabajador, no funcionario público, del ayuntamiento?

A) Ajuste a derecho de la elección de los miembros de la mesa de contratación.

a) Competencia para designar a los miembros de la mesa de contratación.

El artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, respecto a la composición de las mesas de contratación, señala que:

1. Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas.

2. Las mesas de contratación estarán compuestas por un Presidente, un Secretario y, al menos, cuatro vocales, todos ellos designados por el órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, no se indica quién es el órgano competente para ese contrato, que deberá determinarse teniendo en cuenta la disposición adicional segunda de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (LCSP) que señala:

1. Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades Locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, eventuales prórrogas incluidas siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada.

2. Corresponden al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos mencionados en el apartado anterior que celebre la Entidad Local, cuando por su valor o duración no correspondan al Alcalde o Presidente de la Entidad Local, conforme al apartado anterior. Asimismo, corresponde al Pleno la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales a los que se refiere el artículo 121 de esta Ley.

Por lo tanto, en el caso de que hubiera designado a los miembros de la mesa de contratación el que no era competente para celebrar el contrato, estaríamos en presencia de un vicio de nulidad absoluta, conforme el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, salvo que, siendo competencia del pleno, con arreglo al artículo 22 de la Ley 7/1985, hubiera procedido a la delegación de la competencia en el alcalde, puesto que el artículo 9 de la Ley 40/2015 no prohíbe la delegación en este supuesto.

b) Ajuste a derecho de los miembros elegidos.

El presidente de la mesa es el alcalde.

Se deduce del punto 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP que la mesa estará presidida por un miembro de la corporación o funcionarios de la misma. Indudablemente, si la competencia para celebrar el contrato es del pleno, el nombramiento del presidente de la mesa podría recaer sobre el alcalde, pero si el órgano competente es el alcalde, no puede ser a la vez órgano de contratación y presidente de la mesa de contratación. Por lo tanto, habría que saber exactamente a quién correspondía la competencia para celebrar el

contrato, para poder responder si era ajustado a derecho o no el nombramiento de alcalde como presidente de la mesa.

Persona vinculada al ayuntamiento por una relación laboral, pero que estaba cualificada por razón de la materia.

Como hemos indicado, la disposición adicional segunda, punto 7, de la LCSP señala los componentes de la mesa de contratación, indicando que estará presidida por un miembro de la corporación o un funcionario de la misma, y formarán parte de ella, como vocales, el secretario o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico, y el interventor, o, en su caso, el titular del órgano que tenga atribuidas la función de control económico-presupuestario, así como aquellos otros que se designen por el órgano de contratación entre el personal funcionario de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de la misma, sin que su número, en total, sea inferior a tres.

Por lo tanto, en principio pueden ser componentes de la mesa de contratación.

Pero el artículo 326.5 de la LCSP señala que no podrá formar parte de las mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la disposición adicional segunda (se refiere al comité de expertos al que alude la letra a) del apartado 2 del artículo 146 de la presente ley; para la valoración de los criterios que dependan de un juicio de valor, podrá estar integrado en las entidades locales por cualquier personal funcionario de carrera o laboral fijo con cualificación apropiada que no haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate. En todo caso, entre este personal deberá formar parte un técnico jurista especializado en contratación pública).

Una persona que tiene la condición de personal interino del ayuntamiento.

La disposición adicional segunda, número 7, de la LCSP especifica que podrá formar parte de la mesa personal un funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Como en este caso no existían funcionarios de carrera, solo nos quedaría por analizar si concurre la cualificación requerida o no.

Dos concejales del ayuntamiento.

No existe problema alguno, puesto que el número 7 de la disposición adicional segunda de la LCSP prevé esta posibilidad, aunque los miembros electos que, en su caso, formen parte de la mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma.

Como secretaria de la mesa de contratación ha nombrado a la secretaria-interventora.

Ya hemos señalado que la disposición adicional segunda, punto 7, de la LCSP, exige que el secretario de la mesa ostente la condición de funcionario público, pero lo cierto es que, en este caso, no hay nadie que ostente tal condición, por las circunstancias narradas en el relato de hechos.

La doctrina ha admitido que en estos casos es obligado que el secretario-interventor de la corporación, en su condición de único funcionario de la misma, sea a la vez vocal de la mesa de contratación y secretario de esta. Corrobora esta conclusión el artículo 16 de la Ley 40/2015, Ley de régimen jurídico del sector público, que señala que los órganos colegiados tendrán «un Secretario que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración Pública correspondiente». Y el artículo 326.6 de la LCSP no parece que se oponga a esta conclusión al disponer que «la Mesa se considerará válidamente constituida si están presentes el presidente, el secretario, un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones relativas a su control económico-presupuestario».

Por tanto, hay que concluir que es posible que la secretaria-interventora de la corporación, en su condición de único funcionario de la misma, sea a la vez vocal de la mesa de contratación y secretario de esta.

Lo que no es posible es que la secretaria-interventora actúe únicamente como secretaria de la mesa, porque se estaría vulnerando lo dispuesto en la disposición adicional segunda, que indica que el secretario debería intervenir como vocal, lo que conlleva tener voz y voto en la mesa. Por ello, la decisión del alcalde de nombrarla solo como secretaria de la mesa de contratación no es ajustada a derecho.

Finalmente recordar que la disposición adicional segunda también permite que en las entidades locales municipales, mancomunidades y consorcios locales, podrá integrarse en la mesa el personal al servicio de las correspondientes diputaciones provinciales o comunidades autónomas uniprovinciales. Esta es una de las funciones más importantes de las diputaciones provinciales, proporcionar asistencia y cooperación jurídica económica y técnica a los municipios.

B) Recurso interpuesto por una persona que fue notificada de la no adjudicación por un trabajador del ayuntamiento, que no era funcionario público.

El recurso deberá resolverse no admitiéndose, en primer lugar, porque la no notificación de un acto administrativo es un problema que afecta a la eficacia del acto, pero no a su validez. Por lo tanto, aun suponiendo que esa persona no fuera la competente para efectuar

la notificación, habría que deducir que la notificación es inexistente, pero el acto notificado no tiene por qué adolecer de vicio alguno por este defecto.

En segundo lugar, porque el supuesto ante el que nos encontramos en este caso es un supuesto equiparable al de la notificación defectuosa y, por tanto, una de las formas de su observación del recurso; a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, será la de realización de actos que ponen de manifiesto quedar enterado del contenido del mismo o interponer el recurso procedente contra aquella. Esto es lo que ha hecho el interesado, por tanto, la notificación quedó subsanada.

Respecto al fondo de la cuestión, en la actualidad el artículo 3.1 del Real Decreto 128/2018, de 16 marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter general, señala que la fe pública comprende «h) anotar en los expedientes, bajo firma, las resoluciones y acuerdos que recaigan, así como notificar dicha resoluciones y acuerdos en la forma establecida en la normativa aplicable».

Decir que esta función de notificación es una tarea propia del grupo A, de forma que supone que el secretario actuario es órgano transmisor o intermediario, entre el nacimiento del acto administrativo y el destinatario del mismo o sujeto pasivo de la notificación. De ahí que con actividad de la fe pública, no puede quitar ni añadir nada la notificación; y ahí, por tanto, una diferenciación entre el órgano que realiza el acto y el notificador del mismo. Esto no se opone a que no puede entenderse comprendida en esa fe pública el transporte y entrega al interesado, que puede ser realizada por otra persona.

2. ¿Puede licitar al contrato la concejala que está en el Registro Civil?

La incompatibilidad solo existiría si tuviera dedicación parcial o total, según los artículos 75.1 de la Ley 7/1985 y 1.2 de la Ley 53/1984, que establece la prohibición de recibir más de una retribución de los presupuestos públicos, pero, en este caso, es una mera gratificación, no retribución (la retribución es fija y continuada y la gratificación es variable).

3. ¿Puede licitar el administrativo con destino en una delegación de Hacienda?

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 16/2002, de 13 de junio, significó que la incompatibilidad y consiguiente causa de prohibición se dará únicamente con respecto a la Administración contratante en la que preste sus servicios el funcionario. Lo cual es lógico, porque es en esa Administración donde se produce el conflicto de intereses entre lo público y lo privado y donde se puede prevaler de su condición para obtener ventaja el funcionario.

4. ¿Tenía legitimación para recurrir la empresa que no participó en la licitación? ¿De qué recurso se tratará?

La regla general es que quien no ha participado en la licitación no tienen legitimación para recurrir la adjudicación del contrato, a tenor de los artículos 4 de la Ley 39/2015, LPAC, 19 de la Ley 29/1998, LJCA y 48 de la Ley 9/2017, LCSP, pues en principio no es titular de ningún derecho o interés legítimo, pero admite excepciones, según resulta de la jurisprudencia que alude al hecho de que se haya consentido la convocatoria o pliego. Por ello, esa regla está matizada, pues existe interés legítimo y por tanto legitimación activa para recurrir a quien ha impugnado la convocatoria o el pliego, aunque después no haya participado en el procedimiento de adjudicación, e incluso se ha admitido tal legitimación activa para la impugnación de la adjudicación cuando, pese a no haber participado en la licitación, se había impugnado la convocatoria o pliego. En el fondo, late el argumento de que no se puede obligar a participar en un procedimiento de adjudicación a quien ha impugnado la convocatoria por discrepar del pliego que la rige, por entender que es ilegal.

La STS de 5 de julio de 2005 confirma la admisión del recurso interpuesto por una empresa contra el acuerdo municipal de aprobación definitiva de los pliegos de condiciones, sin que a lo anterior obste el que la parte recurrente alegue que el interés ha de ser específico, actual, real y ni potencial o hipotético, pues ese es precisamente el interés que la parte recurrida aduce, y que no es otro que el de participar en condiciones de igualdad con todos los posibles concursantes, y obviamente si así participa, tiene un interés concreto y real, como es, por un lado, el participar en el concurso en condiciones de igualdad con las demás empresas, y por otro, tener derecho a obtener la adjudicación si reúne las condiciones exigidas y obtiene mejor puntuación que las demás empresas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 119/2008, de 13 de octubre, reconoce legitimación activa para recurrir convocatorias o pliegos de quienes ostenten interés legítimo aunque no hayan participado en la licitación:

En concreto, por lo que se refiere a la legitimación activa ante la jurisdicción contencioso-administrativa, hemos precisado que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo o negativo actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real.

Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar esta (por todas, STC 52/2007, de 12 de marzo).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que debe ser posible que una empresa interponga un recurso directamente contra las características dis-

criminatorias de la licitación, sin esperar a que concluya el procedimiento de adjudicación del contrato (apartado 30 TJCE 2004\37), pero que carece de legitimación activa para impugnar la adjudicación del contrato una persona que, estimando discriminatorias las cláusulas de la licitación, no impugna esta ni presenta oferta (STJCE de 12 de febrero de 2004).

Señala el artículo 48 de la ley: «Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso».

Así pues, el propio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación activa para recurrir no solo a los que han participado en la licitación, pues los licitadores están siempre legitimados, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan ser afectados. En suma, están legitimados los licitadores, los perjudicados y los potencialmente afectados en sus derechos o intereses legítimos por el acto impugnado. Por tanto, parece que la LCSP fija una legitimación más amplia y que parece ir más allá del doble criterio comunitario de interés en obtener el contrato y de perjuicio, y debe interpretarse de acuerdo con el criterio extenso, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, de modo que la participación en la licitación no es condición inexcusable para ostentar un interés legítimo que otorgue legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación, por lo que alcanza también a los licitadores potenciales.

En cuanto al recurso de que se trata, debemos distinguir:

- a) Que el contrato de obras sea SARA o valor igual o superior a 3.000.000 de euros, en cuyo caso, potestativamente, puede interponer, antes de la vía contencioso-administrativa, el recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44 de la LCSP. Se resolverá por el Tribunal de Recursos Contractuales (central, autonómico o local).
- b) Si no estamos en el caso anterior, podrá interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el órgano de contratación que aprobó el pliego, o bien directamente el recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (arts. 125 y 126 LPAC y 8 y 46 LJCA).

5. ¿Cómo será esa adjudicación que se ha realizado sin el informe previo de la comisión informativa?

Lo primero que habría que ver es quién era el órgano competente para la celebración de este contrato de obras a tenor de la disposición adicional primera de la LCSP. Si fuera competencia del alcalde, no era preciso ninguno dictamen previo de la comisión informativa.

Si fuera competencia del pleno, dispone el artículo 82 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales:

1. El orden del día de las sesiones será fiado por el Alcalde o Presidente asistido de la Secretaría. Asimismo, podrá recabar la asistencia de los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde esta no exista, de los Tenientes de Alcalde, y consultar si lo estima oportuno a los portavoces de los grupos existentes en la Corporación.
2. En el orden del día solo pueden incluirse los asuntos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la Comisión Informativa que corresponda.
3. El Alcalde o Presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva Comisión Informativa, pero se ratifique por la mayoría su inclusión en el orden del día.
4. En el orden del día de las sesiones ordinarias se incluirá siempre el punto de ruegos y preguntas.

Parece que es presupuesto de validez de los acuerdos adoptados en sesión ordinaria del pleno municipal el previo dictamen de la correspondiente comisión informativa, y así debe concluirse que en el momento de la convocatoria de la sesión del pleno debe estar a disposición de los miembros de la corporación el mencionado dictamen de la comisión informativa, pues solo así puede incluirse en el orden del día el asunto dictaminado y garantizar a los concejales el examen de la documentación necesaria para la emisión de su voto.

No obstante, para el supuesto planteado resulta definitiva la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 23 de noviembre de 2009 donde, de forma expresa, se aborda y razona la duda formulada, indicando que:

CUARTO. Que determinados plenos sean de convocatoria obligada para el alcalde no supone que deba hacerse dicha convocatoria al margen de los trámites esenciales establecidos, entre los que tiene carácter necesario la intervención de la Comisión. En fin, es del todo claro en el ROF (art. 126) que la exclusión del informe de la Comisión solo está prevista –aparte de los supuestos expresamente contemplados en la norma– en los casos de urgencia.

El asunto aquí discutido no se deduce que fuera urgente, según se desprende de los hechos.

Así lo han entendido otros Tribunales Superiores de Justicia (STSJ de Asturias de 28 de julio de 2006):

«QUINTO.- [...] la competencia del Alcalde para fiar el Orden del día de las sesiones del Pleno en aquellos motivos propios de su competencia por considerar que se someten a debate cuestiones que excedan de la competencia del Pleno no alcanza a sustraer con su criterio personal y sin oír a la referida Comisión Informativa qué cuestiones son o no competencia del Pleno, ni limitar el derecho de los Concejales proponentes del Pleno a examinar las mociones por ellos propuestas, procediendo en consecuencia la estimación del recurso anulando la resolución recurrida a fin de que sea informada previamente la propuesta del Orden del día del Pleno Extraordinario solicitado por la Comisión Informativa que corresponda».

Respecto a las consecuencias de los acuerdos adoptados sin ese dictamen habrá que analizar el caso concreto y determinar si ha originado realmente indefensión o vulneración de los concejales respecto a su derecho de participación en asuntos públicos del artículo 23 de la CE, pues no hay que perder de vista, en todo caso, que los miembros de la comisión informativa forman parte, también, del pleno municipal y que sus informes nunca son vinculantes.

6. ¿Debe hacerse cargo de los gastos, en concepto de costas procesales, el ayuntamiento?

Según el artículo 121 del CP,

el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Este precepto establece la responsabilidad civil *ex delicto* directa de autoridades y personal al servicio de la corporación, siempre que sean declarados penalmente responsables, y subsidiaria de la Administración, en defecto de solvencia del infractor, siempre y cuando la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos.

Además, podemos señalar que hoy, con carácter general, la exigencia de responsabilidad penal a los alcaldes y concejales se fundamenta en tres grupos de causas:

- a) Por un lado, en la adopción de decisiones políticas que se estiman viciadas, en mayor o menor medida, de ilegalidad.
- b) Por otro, en la comisión de actos (positivos u omisivos) que ocasiona a los particulares perjuicios personales o materiales.
- c) Por último, en el funcionamiento incorrecto o negligente de los servicios públicos municipales.

La realidad demuestra que la generalización de procesos penales contra corporativos locales se fundamenta principalmente en los dos últimos grupos de causas.

El artículo 78.1 de la LBRL establece un principio general de responsabilidad penal de los corporativos locales, estableciendo que

los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Las responsabilidades se exigirán ante los Tribunales de Justicia competentes y se tramitarán por el procedimiento ordinario aplicable.

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 22 del ROF, pero ni uno ni otro artículo pueden fundamentar la criminalización de las conductas ilícitas de alcaldes y concejales, por lo que puede concluirse que la exigencia de responsabilidad que en el mismo se declara no se extiende a todas las acciones u omisiones que puedan imputarse a los miembros de las corporaciones locales en el ejercicio de sus cargos, sino solo a aquellas cuya punición pueda instrumentarse a través de las concretas figuras delictivas que tipifica el ordenamiento penal.

El artículo 78.3 posibilita que las entidades locales puedan dirigirse contra sus miembros para exigirles responsabilidad cuando por dolo o culpa grave de estos se hubieran causado daños y perjuicios, bien a la corporación, bien a terceros a los que se hubiera indemnizado por esta causa.

Con un contenido paralelo, el artículo 60 del TRRL establece que las autoridades, al igual que los funcionarios que adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones legales, estarán obligados a indemnizar a las corporaciones locales (no se refiere a terceros) por los daños y perjuicios consecuencia de aquellos. Pero en este caso, no solo cuando medie dolo o culpa grave, sino también en los casos de culpa leve o incluso de negligencia. Y ello sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudieran incurrir.

Por tanto, hay que destacar que la responsabilidad penal que ahora se analiza debe derivar exclusivamente de los hechos delictivos (infracciones penales, como omnicomprensivas de delitos y faltas: SSTS de 26 de septiembre de 1997 y 24 de octubre de 1997) realizados con ocasión del ejercicio de su cargo, quedando al margen de esta específica responsabilidad penal los delitos que puedan cometer de forma no vinculada al ejercicio de aquel.

El derecho a que la Administración pública se haga cargo de los gastos y costes derivados de aquellos procedimientos en los que sean parte los miembros de las Administraciones públicas aparece reconocido, con respecto a los funcionarios públicos, en la Ley 5/2015, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El artículo 14 de esta ley afirma que

los empleados Públicos tienen los siguientes derechos individuales en correspondencia con la naturaleza Jurídica de su relación de servicio:

[...]

f) A la defensa Jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden Jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimos de sus funciones o cargos públicos.

En el particular ámbito de los miembros electos de las corporaciones locales, es necesario acudir a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y al Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, para hallar los derechos y obligaciones que a estos se reconocen.

La primera de las normas citadas dedica el capítulo V del título V a la regulación del estatuto de los miembros de las corporaciones locales, estableciendo en su artículo 75.4 el derecho de estos a percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo, según las normas de aplicación general en las Administraciones públicas y las que en desarrollo de las mismas apruebe el pleno corporativo.

En el mismo sentido, el artículo 13.5 del Reglamento de organización y funcionamiento de las entidades locales dispone:

Todos los miembros de la Corporación, incluidos los que desempeñen cargos en régimen de dedicación exclusiva, tendrán el derecho a recibir indemnizaciones por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo, cuando sean efectivos, y previa justificación documental según las normas de aplicación general en las Administraciones Públicas y las que en este sentido aprueba el Pleno corporativo.

El Tribunal Supremo, en sentencias de 18 de enero y 10 de julio de 2000, respecto a los preceptos anteriores, sentó la siguiente jurisprudencia:

La noción jurídica del concepto utilizado por la Ley comprende el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obten-

ción de otro ingreso durante el tiempo que se dedica al desempeño del cargo en la Corporación e, incluso, por merma de la dedicación posible a la propia actividad particular.

Por su parte el apartado 2.º del artículo 24 del CP considera funcionario público a «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas».

Conforme a una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, «la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública sino que ha de atenderse al artículo 24 del Código Penal, que solo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente, habiendo sido designado para ello en el ejercicio de funciones públicas» (STS de 8 de mayo de 1992), habiéndose así comprendido «los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas» (STS de 30 de septiembre de 1992), así como interinos y sustitutos (SSTS de 9 de octubre de 1991 y 1183/1993, de 20 de mayo). En definitiva, «el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente la participación en la función pública (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto» (STS 1590/2003, de 22 de abril).

En cualquier caso, la cuestión a discernir es si los costes derivados de la imputación de corporativos en causas penales por el ejercicio de las funciones propias de sus cargos pueden ser considerados como gastos indemnizables en los términos señalados por los artículos 75.4 de la LRBRL y 13.5 del ROF. La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse sobre la misma en la resolución del recurso de casación número 3271/1996 por Sentencia de 4 de febrero de 2002.

En efecto, el fundamento jurídico tercero de dicha sentencia señala que la entidad local, en uso de su autonomía reconocida por el artículo 137 de la Constitución española, puede considerar los gastos de representación y defensa de un proceso penal como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre y cuando no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al general de la entidad y además se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la Corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la Corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de esta. Estos gastos, debe entenderse, en principio, que se trata de gastos generados con ocasión del

ejercicio de sus funciones, pues la causa remota de la imputación penal radica en una conducta de estas características.

- b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder o en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la Corporación, pues en tal caso la actuación no puede considerarse como propia del ejercicio de la función, sino como realizada en interés particular, aunque externa o formalmente no sea así.
- c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de conocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de estos o su carácter lícito. De haberse contraído responsabilidad criminal no puede entenderse que la conducta realizada lo haya sido en el ejercicio de sus funciones, sino abusando de ellas. De no haberse probado la falta de participación en hechos penalmente reprochables, aun cuando concurren causas subjetivas de exención o de extinción de la responsabilidad criminal, cabe estimar, en atención a las circunstancias, que los gastos de defensa no dimanen del ejercicio de las funciones propias del cargo, dado que no puede considerarse como tales aquellas que objetivamente hubieran podido generar responsabilidad criminal.

7. Conteste a la pregunta que formula el alcalde a la secretaria- interventora sobre el ajuste a derecho de las transmisiones de los nichos y, si no lo fuera, cómo se debería proceder. Para responder a estas cuestiones tenga en cuenta la normativa general

Los cementerios tienen la condición de bienes de dominio público por su afectación al uso público (art. 4 del Real Decreto 1372/1986 [RBEL]).

El artículo 5 del RBEL señala que estos bienes son inalienables, por lo tanto no son posibles transmisiones a terceros de la propiedad de dichos bienes, ya que sus titulares únicamente tenían la titularidad de la concesión.

Por su parte, el artículo 79 del RBEL, sobre el plazo de concesión, señala que no puede ser por plazo indefinido, siendo el plazo máximo 99 años –en la actualidad 75, conforme al artículo 93.3 de LPAP–, a no ser que por la normativa especial se señale otro menor. Por lo tanto, no caben concesiones a perpetuidad; pasado el plazo de la concesión, y en todo caso los 99 años, el ayuntamiento recupera la libre disposición de los nichos o sepulturas.

Por tanto, cualquier transmisión por negocio jurídico *inter vivos* es nula de pleno derecho, porque esos bienes y derechos son inalienables, están fuera del comercio de los hombres, y por tanto constituye un vicio de nulidad absoluta contemplado en el artículo 47.1 c), por ser un acto de contenido imposible.

De manera que la forma de proceder deberá ser ejercitando la facultad del derecho de reversión sobre las concesiones en su día concedidas por incumplimiento esencial de las obligaciones de los titulares de la concesión.

Otra cuestión hubiera sido que se transmitiera la concesión dentro del plazo de la duración de la misma, en cuyo caso, a falta de norma especiales, el artículo 92 de la Ley 33/2003, LPAP señala que:

1. Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen.

2. No serán transmisibles las autorizaciones para cuyo otorgamiento deban tenerse en cuenta circunstancias personales del autorizado o cuyo número se encuentre limitado, salvo que las condiciones por las que se rigen admitan su transmisión.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 137.
- Ley Orgánica 10/1995 (Código Penal), arts. 24 y 121.
- Ley 7/1985 (bases de régimen local), arts. 22, 75 y 78.1.
- Ley 33/2003 (de patrimonio de las Administraciones públicas), arts. 92 y 93.
- Ley 5/2015 (Estatuto Básico del Empleado Público), art. 14.
- Ley 39/2015 (del procedimiento administrativo común), arts. 4, 40, 47.1, 125 y 126.
- Ley 40/2015 (del régimen jurídico del sector público), art. 9.
- Ley 9/2017 (LCSP), arts. 48, 146.2, 326 y disp. adic. 2.^a
- Real Decreto Legislativo 781/1986 (texto refundido de régimen local), art. 60.
- Real Decreto 1372/1986 (RBEL), arts. 4, 5 y 79.
- Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales), arts. 5, 13.5, 22 y 82.
- Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (por el que se desarrolla parcialmente la Ley de contratos), art. 2.1.
- Real Decreto 128/2018 (régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local), art. 3.1.

- STJUE de 12 de febrero de 2004.
- SSTC 119/2008, de 13 de octubre (NCJ046811) y 52/2007, de 12 de marzo (NSJ023447).
- SSTS de 26 de septiembre de 1997, 24 de octubre de 1997, 18 de enero y 10 de julio de 2000, 4 de febrero de 2002, 1590/2003, de 22 de abril y 5 de julio de 2005.
- STSJ de Asturias de 28 de julio de 2006.
- Informe 16/2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 13 de junio.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 2697-1631 (en versión impresa) e ISSN-e 2697-2239 (en versión electrónica), es una publicación dirigida a todos los profesionales y estudiosos del Derecho, tanto a los que inicien su actividad como a los que deseen actualizar sus conocimientos a través de las novedades legislativas, jurisprudencia, comentarios y casos prácticos detallados, con el objetivo de convertirse en una útil herramienta de trabajo y de canalizar, a través de los estudios de investigación y opinión, aportaciones doctrinales sobre temas controvertidos y de interés. Los contenidos de la revista en versión impresa están, asimismo, disponibles en versión electrónica en la página web <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica y de resoluciones judiciales como casos prácticos de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Derecho Civil y Mercantil y Constitucional y Administrativo.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web <www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>, vehículo de divulgación y a su vez instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor (o autores) del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: CD (comentarios doctrinales), CJ (comentarios jurisprudenciales) o CP (casos prácticos).

Los trabajos destinados a la sección «comentarios doctrinales» se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos (excepto los dirigidos a las secciones «comentarios jurisprudenciales» y «casos prácticos») han de estar encabezados por:

- Título en español e inglés.
- Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
- Extracto de no más de 20 líneas, en español e inglés.
- Sumario (comenzando en página nueva), que utilizará la numeración arábiga, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1., 1.2., ...; tres dígitos: 1.1.1., 1.1.2., ...).

3. La extensión de los artículos (incluyendo título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:

- Comentarios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
- Comentarios jurisprudenciales: mínimo 3 y máximo 15 páginas.
- Casos prácticos: máximo 15 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo el apellido del autor, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos NormaCEF (<www.normacef.es>).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («»») y, al final de las mismas, entre paréntesis, solo el apellido del autor, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando al autor solo por el apellido, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). Vid. ejemplos de citas basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). Vid. ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

7. Los criterios de edición que deben seguir los autores se encuentran detallados en <<http://www.ceflegal.com/revista-ceflegal.htm>>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por los coordinadores de la revista, lo que no implicará su aceptación.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos evaluadores externos, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por los coordinadores. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por los autores a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor principal del trabajo la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, le serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico al autor.

CEF.- Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



INICIO
Preparación
en septiembre
de 2021

CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

[Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es]

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE