

CEFLegal

Revista práctica de derecho

Revista mensual núm. 230 | Marzo 2020

ISSN: 1699-129X

Subsistencia de arrendamiento de vivienda tras la subasta

M.^a José Achón Bruñén

Los *incoterms* en la jurisprudencia española

Alfonso Ortega Giménez

Responsabilidad por accidentes y una propuesta de futuro

Juan Panisello Martínez

Transparencia y protección de datos en el ámbito universitario

Mónica Arenas Ramiro





PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

2020

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

PREMIO
ESTUDIOS
FINANCIEROS

CEF.-

Modalidades

EICEF.- convocará, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros.

La 30.ª edición para las modalidades de:

- **Tributación**
- **Contabilidad y Administración de Empresas**
- **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

La 26.ª edición para la modalidad de:

- **Recursos Humanos**

La 17.ª edición para las modalidades de:

- **Derecho Civil y Mercantil**
- **Derecho Constitucional y Administrativo**

La 6.ª edición para la modalidad de:

- **Educación y Nuevas Tecnologías**

Y la 5.ª edición para la modalidad de:

- **Marketing y Publicidad**

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.

CEF.-

Dotaciones económicas

Se otorgará un primer premio para cada una de las modalidades. Además, tendrán accésit todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés.

Las dotaciones económicas para cada una de las modalidades anteriores son:

- Primer premio: 9.000 euros.
- Accésits: 900 euros.

CEF.-

Lugar y plazo

Los trabajos se presentarán en las secretarías de nuestros centros de Barcelona, Madrid y Valencia. El plazo finaliza el día **3 de mayo de 2020** a las **20,00 horas**.

CEF.-

Solicitud de las bases

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando www.cef.es



Revista CEFLegal

Núm. 230 | Marzo 2020

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

Carmen Alonso Ledesma. Catedrática de Derecho Mercantil. UCM

Manuel Arenilla Sáez. Director del INAP y catedrático de Ciencia Política y de la Administración

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

Xabier Arzo Santisteban. Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

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

Raúl Leopoldo Canosa Usera. Catedrático de Derecho Constitucional. UCM

Borja Carvajal Borrero. Director de KPMG

Matilde Cuenca Casas. Catedrática acreditada de Derecho Civil. UCM

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

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

Francisco Gil Durán. Socio de Gómez Acebo y Pombo

Nicolás González-Deleito. Socio de Cuatrecasas Abogados

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

Juan José Marín López. Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

Manuel Martínez Sospedra. Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad CEU Cardenal Herrera

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

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

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

María José Morillas Jarillo. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III

Fernando Sainz Moreno. Catedrático emérito de Derecho Administrativo. UCM

Remedio Sánchez Ferriz. Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Joaquín Sarrión Esteve. Investigador Ramón y Cajal y profesor de Derecho Constitucional. UNED

José María Segovia Cañadas. Socio de Uría y Menéndez

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

Mariano Yzquierdo Tolsada. Catedrático de Derecho Civil. UCM

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 (2020) (11 números) 160 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

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: 1699-129X

ISSN-e: 2531-2146

Imprime

Artes Gráficas Coyve, SA

C/ Destreza, 7

Polígono industrial Los Olivos

28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



© 2020 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: 1699-129X
ISSN-e: 2531-2146

Sumario

Comentarios doctrinales y jurisprudenciales

Civil-mercantil

La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019 5-38

The survival or termination of the housing lease following the auction: new or unresolved problems following the reform of the law by Royal Decree-Law 7/2019

M.^a José Achón Bruñén

El valor jurídico de los *incoterms* en la jurisprudencia española: pasado, presente y futuro 39-64

The legal value of incoterms in the Spanish jurisprudence: past, present and future

Alfonso Ortega Giménez

Responsabilidad por accidentes y una propuesta de futuro 65-92

Responsibility for accidents and a proposal for the future

Juan Panisello Martínez

Nacionalidad española de origen: pérdida y conservación (Comentario a la STS de 19 de diciembre de 2019) 93-98

Casto Páramo de Santiago

Convenio sobre guarda y custodia monoparental y su posterior modificación (Comentario a la STS de 26 de febrero de 2019) 99-106

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Constitucional-administrativo

Transparencia y protección de datos personales en el ámbito universitario: hacia una universidad abierta 107-134

Transparency and personal data protection at the university: towards an open university

Mónica Arenas Ramiro

Casos prácticos

Civil

- Día inicial de pago de cuotas de comunidad en propiedad horizontal en finca vendida en subasta judicial 135-142
Adelaida Medrano Aranguren
- La transacción judicial no muta la naturaleza privada de un documento 143-147
José Ignacio Atienza López

Administrativo

- Contratos menores y procedimiento de elaboración de ordenanza en la Administración local 148-166
Julio Galán Cáceres

- Normas de publicación 167-168

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>



La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019

M.^a José Achón Bruñén

Doctora en Derecho Procesal

Extracto

En el presente artículo se analiza la problemática de los arrendatarios de viviendas que son subastadas por deudas del arrendador, su derecho a permanecer en el inmueble tras la subasta, los casos en que han de abandonarla y las cuestiones conflictivas que la interpretación del artículo 13 de la LAU suscita en la práctica.

Palabras clave: arrendamiento; subasta; hipoteca; embargo; derecho de uso; liquidación de cargas; retracto.

Fecha de entrada: 24-09-2019 / Fecha de aceptación: 31-10-2019

Cómo citar: Achón Bruñén, M.^a J. (2020). La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019. *Revista CEFLegal*, 230, 5-38.



The survival or termination of the housing lease following the auction: new or unresolved problems following the reform of the law by Royal Decree-Law 7/2019

M.^a José Achón Bruñén

Abstract

This article analyzes the problems of tenants of dwellings that are auctioned for debts of the lessor, their right to remain in the building after the auction, the cases in which they are to abandon it and the conflicting issues that the interpretation of article 13 of the Law of urban leases arouses in practice.

Keywords: lease; auction; mortgage; seizure; right of use; settlement of charges; legal withdrawal.

Citation: Achón Bruñén, M.^a J. (2020). La subsistencia o extinción del arrendamiento de vivienda después de la subasta: problemas nuevos o no resueltos tras la reforma de la LAU por el Real Decreto-Ley 7/2019. *Revista CEFLegal*, 230, 5-38.





Sumario

Introducción

1. Extinción o subsistencia del arrendamiento de vivienda tras la subasta: desigual tratamiento dependiendo de la fecha en que se firmó el contrato y de la normativa existente en ese momento
 - 1.1. Arrendamientos constituidos con anterioridad al 6 de junio de 2013
 - 1.2. Arrendamientos concertados con anterioridad al 6 de marzo de 2019, pero con posterioridad al 6 de junio de 2013
 - 1.3. Arrendamientos posteriores al 6 de marzo de 2019
2. Distinta regulación aplicable a garajes y a trasteros dependiendo de si se han arrendado como accesorios o no a la vivienda
3. Defectos de la nueva regulación
 - 3.1. Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no derivan de una hipoteca o de una sentencia de condena
 - 3.2. Facilidades para el fraude de ley
 - 3.3. Alteración de la regla general de purga de cargas posteriores a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo
 - 3.4. La nueva regulación fomenta que en las escrituras de hipoteca se establezcan cláusulas de no arrendar
 - 3.5. Mayor protección legal al arrendatario de vivienda que al titular de un derecho de uso adjudicado en un proceso matrimonial
 - 3.6. Silencio legal acerca de cómo descontar en la liquidación de cargas un arrendamiento que subsiste tras la subasta
4. Derecho de retracto a favor del arrendatario si el arrendamiento subsiste tras la subasta

Referencias bibliográficas



Introducción

El Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo ha reformado el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) y aunque la modificación de este precepto ha pasado en cierto modo desapercibida, reviste una importancia suma dado que, en caso de subasta de la vivienda arrendada, el arrendatario ha recuperado la protección que había perdido con la Ley 4/2013, de 4 de junio.

Con la regulación actual el rematante o adjudicatario deberá soportar el arrendamiento hasta que se cumpla el plazo de cinco años desde que se concertó o de siete años si se estipuló con un arrendador persona jurídica.

Este plazo resulta de obligado cumplimiento para el adquirente de la vivienda, no así para el arrendatario, el cual podrá optar por no renovar el arrendamiento, conforme al artículo 9.1, o incluso desistir del mismo transcurridos al menos seis meses desde que se firmó (art. 11 de la LAU). En ambos casos, lo deberá comunicar al nuevo arrendador con una antelación mínima de 30 días.

La nueva redacción del artículo 13 de la LAU no resulta aplicable a todas las subastas de viviendas celebradas desde su entrada en vigor (6 de marzo de 2019), pues aunque el arrendamiento se encuentre sometido a la LAU 29/1994, existen diversos regímenes que es preciso analizar.

1. Extinción o subsistencia del arrendamiento de vivienda tras la subasta: desigual tratamiento dependiendo de la fecha en que se firmó el contrato y de la normativa existente en ese momento

La extinción o subsistencia del arrendamiento tras la subasta de la vivienda se regula en el artículo 13 de la LAU, el cual ha tenido tres redacciones diferentes y actualmente se aplica una u otra dependiendo de la fecha en que se firmara el contrato.

1.1. Arrendamientos constituidos con anterioridad al 6 de junio de 2013

Respecto de los arrendamientos constituidos con anterioridad al 6 de junio de 2013 sometidos a la LAU 29/1994¹ (fecha en que entró en vigor la reforma de dicho texto normativo

¹ En cuanto a los arrendamientos regulados por la LAU de 24 de diciembre de 1964 sometidos a prórroga forzosa, el TS consideró que debían subsistir tras la subasta, aun cuando el contrato hubiere sido esti-

por la Ley 4/2013, de 4 de junio), resulta aplicable el apartado segundo del párrafo primero del artículo 13 de la LAU, en su redacción originaria, del cual se infiere que *el contrato de alquiler cuyo plazo de duración haya superado cinco años deberá extinguirse a consecuencia de la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, a menos que conste inscrito en el Registro con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo*, en cuyo caso subsistirá por la duración pactada².

Actualmente ya no es posible aplicar el apartado primero del artículo 13 en su redacción original³, el cual protegía a los arrendatarios de viviendas durante los cinco primeros años porque no queda ningún arrendamiento constituido antes del 6 de junio de 2013 que no haya cumplido este plazo.

pulado con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo, salvo que se probare su carácter fraudulento (SSTS, Sala 1.ª, de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992, 9 de mayo de 1996 y 14 de junio de 1997). Los argumentos a favor de esta tesis han sido: por un lado, el artículo 57 de la LAU de 1964 (el cual establecía la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el inquilino, aun cuando un tercero sucediera al arrendador en sus derechos y obligaciones) y, por otro lado, el artículo 114 del mismo texto normativo (que preveía unas causas limitadas de extinción del arrendamiento, entre las que no se encontraba la enajenación forzosa del inmueble). Estos argumentos se pueden considerar harto discutibles, ya que la *ratio legis* del artículo 57 era evitar que el derecho de prórroga forzosa pudiera ser burlado por el arrendador mediante la transmisión de la finca a un tercero, por lo que, a nuestro juicio, difícilmente se podía dar esta conducta fraudulenta cuando el arrendamiento fuera posterior a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y, por tanto, su futura enajenación forzosa era un riesgo ya latente en el momento de concertarse el contrato. Asimismo, también quiebra el argumento que se sustentaba en que el artículo 114 enumeraba unos motivos tasados de resolución del contrato de arrendamiento, entre los que no se encontraba la enajenación forzosa del inmueble a consecuencia de un proceso de ejecución dirigido contra el arrendador, porque tampoco se contemplaban en dicho precepto las causas generales de extinción de los contratos (nulidad, anulabilidad, rescisión) u otros motivos como son los supuestos de donación de finca urbana con prohibición de arrendar por tiempo determinado, cuya infracción por parte del arrendador da lugar a la ineficacia del contrato o el previsto en el artículo 7.2 de la LPH (véase sobre esta cuestión: García García [1991, p. 2.234], Sanz Heredero [1992, p. 711] y La Moneda Díaz [2000], pp. 1.857 a 1.886).

² Según el artículo 13.1.II en la redacción originaria de la LAU:

En contratos de duración determinada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendador por la duración pactada (precepto solamente aplicable a los arrendamientos sometidos a la LAU 29/1994 concertados antes del 6 de junio de 2013).

³ Artículo 13.1.II en la redacción originaria de la LAU:

Si durante los cinco primeros años de 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, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1 (precepto actualmente inaplicable).

1.2. Arrendamientos concertados con anterioridad al 6 de marzo de 2019, pero con posterioridad al 6 de junio de 2013

Cuando el arrendamiento haya sido concertado con anterioridad al 6 de marzo de 2019 (fecha en que ha entrado en vigor el Real decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo), pero con posterioridad al 6 de junio de 2013 (fecha en que entró en vigor la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio), se deberá aplicar el régimen más duro para el arrendatario porque, en todo caso, *el contrato quedará extinguido, a menos que hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador* (es decir, en el caso que nos ocupa a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo). El rematante o adjudicatario de la finca ejecutada tendrá derecho a resolver el arrendamiento anterior no inscrito y el posterior, inscrito o no.

En los arrendamientos constituidos bajo este régimen (aplicable todavía a los arrendamientos concertados bajo su vigencia, según la disposición transitoria primera del Real Decreto-Ley 7/2019) el adquirente del inmueble subastado deberá soportar el arrendamiento inscrito con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo «por la duración pactada». No obstante, cuando el plazo concertado fuere inferior a tres años, el arrendatario tendrá derecho a que no se extinga hasta que transcurra al menos este plazo, puesto que el artículo 10.2 de la LAU (en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 7/2019) prevé que una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga hasta tres años establecido en el artículo 9 se impondrá en relación con terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (LH), de manera que si el plazo pactado de un arrendamiento inscrito en el Registro fuere inferior a 3 años, al menos deberá subsistir por este plazo o incluso por un año más si llegada la fecha de vencimiento el arrendador no comunicara al arrendatario su voluntad de no renovarlo con al menos 30 días de antelación.

En los arrendamientos constituidos bajo esta regulación tan solo resulta protegido el arrendatario tras la subasta si su derecho consta en el Registro con anterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo, lo cual resulta bastante inhabitual, pues no es normal inscribir los arrendamientos de vivienda en el Registro. De todos modos, resulta cuando menos sorprendente encontrar resoluciones como la SAP de Burgos, Sección 2.^a, n.º 322/2017, de 28 de septiembre, rec. núm. 137/2017, la cual declara que no debe extinguirse un contrato de arrendamiento de vivienda no inscrito en el Registro (constituido bajo la redacción del artículo 13 dada por la Ley 4/2013) por ser conocido por el adquirente en la subasta. Esta resolución argumenta su decisión en un criterio, a nuestro juicio harto discutible, dado que considera que tanto en la venta forzosa (art. 13.1 LAU) como en la venta voluntaria (art. 14 LAU), para que se extinga el arrendamiento de vivienda es preciso que el adquirente ostente buena fe, es decir, que desconozca en el momento de la compra la existencia del arrendamiento previo, pues si lo conoce y compró a conciencia de su existencia, no puede instar la resolución del mismo. Según esta resolución este conocimiento puede ser presunto y por disposición legal, en el supuesto de que el contrato haya accedido con anterioridad al Registro de la Propiedad (a partir de lo cual la ley presume *iuris et de*

iure que todos tienen o pueden tener conocimiento de ese hecho que publica el Registro), o puede ser un conocimiento directo por parte del adquirente, cualquiera que sea el medio por el que llegó a obtenerlo. En ambos casos, conocimiento presunto o directo, según esta resolución queda enervada la buena fe.

1.3. Arrendamientos posteriores al 6 de marzo de 2019

A estos arrendamientos se aplica la nueva redacción del artículo 13 de la LAU dada por el Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo, procediendo diferenciar dos situaciones:

- a) Contratos que no han alcanzado cinco años de duración o siete en caso de arrendador persona jurídica

Estos arrendamientos *subsistirán tras la subasta hasta que se cumplan cinco años, o siete años en caso de arrendador persona jurídica, desde que se concertaron o desde la puesta a disposición del inmueble si esta fue posterior*, sin perjuicio de la facultad de no renovación del arrendatario (apartado primero del art. 13.1 LAU), lo que deberá notificar al arrendador con al menos 30 días de antelación (art. 9.1).

Una vez transcurridos los cinco o siete años antedichos, el adquirente de la vivienda en la subasta podrá poner fin a la situación arrendaticia, pero para ello deberá notificarlo al arrendatario con al menos cuatro meses de antelación, debiendo ser cauteloso para no olvidar dicho requisito, porque en otro caso el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades, su voluntad de no renovación o que transcurridos los cinco o los siete años, notifique al arrendador, al menos con dos meses de antelación, su voluntad de no renovarlo (art. 10.1).

Resulta problemático si en el caso de que el ejecutado (persona física) hubiera incluido en el contrato de arrendamiento de la vivienda la cláusula prevista en el artículo 9.3 de la LAU podrá hacer uso de la misma el rematante o adjudicatario, lo que supondría que, una vez transcurrido el primer año de duración, podría extinguir el contrato cuando necesitara la vivienda para destinarla de forma permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial⁴.

A nuestro juicio, resulta obvio que si el adquirente de la vivienda es una persona jurídica, no podrá utilizar dicha prerrogativa que solo está reservada a personas físicas; no obstan-

⁴ Para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la LAU no basta con que haya una medida provisional en un pleito matrimonial, sino que es necesario sentencia firme.

te, aunque el rematante o adjudicatario cumpliera esta condición, parte de la doctrina⁵ entiende que tampoco podrá aprovecharse de dicha estipulación dada la naturaleza especial de la norma. De todos modos, esta opinión no es pacífica, pues también se defiende que el tercero que, como consecuencia de la resolución del derecho del arrendador, se subroga en la posición de este puede hacer valer a su favor la denegación de prórroga por necesidad a que se refiere el artículo 9.3 de la LAU⁶. A nuestro juicio, esta última tesis resulta más acorde con el concepto de subrogación, toda vez que el adquirente pasa a ocupar la misma posición del arrendador con todos sus derechos u obligaciones.

En el caso de que el arrendamiento subsista, el antiguo arrendador carecerá de legitimación para reclamar el pago de rentas una vez extinguido su derecho, pues en tal caso quien podrá percibir las rentas será el nuevo propietario y no quien ya dejó de serlo. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo, Sala 1.^a, en la Sentencia de 14 de julio de 2015, rec. núm. 885/2013, n.º de resolución 414/2015⁷; asimismo, la SAP de Valladolid, Sección 3.^a, núm. 327/2018, de 16 de julio, rec. núm. 128/2018, declara que *el testimonio del decreto de adjudicación será el momento a partir del cual deja de tener derechos y obligaciones el anterior propietario, pasando a ser el nuevo titular el legitimado para reclamar la renta*. En similares términos se pronuncia la SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, núm. 193/2017, de 30 de junio, rec. núm. 409/2016, y la SAP de Madrid, Sección 11.^a, núm. 383/2017, de 22 de noviembre, rec. núm. 687/2016.

En el supuesto de que el contrato de arrendamiento se extinga, el rematante o adjudicatario también tendrá derecho a percibir las rentas hasta que se produzca la desocupación del inmueble, y en este sentido se pronuncia la SAP de Burgos, Sección 2.^a, núm. 322/2017, de 28 de septiembre, rec. núm. 137/2017.

⁵ Cfr. Díez Núñez (2008).

⁶ Cfr. Marín López (2005, p. 321).

⁷ STS, Sala 1.^a, de 14 de julio de 2015, rec. núm. 885/2013, núm. de resolución 414/2015 (NCJ060226):

También resulta así de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1.095 del Código Civil cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En este caso cabía entender, además, que la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación, pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (artículo 1.462 del Código Civil), que aquí resulta innecesaria. En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre de 1991), *pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil*.

b) Contratos de duración pactada superior a cinco años, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica

Cuando el contrato de duración se hubiera pactado por plazo superior a cinco años, o siete si el arrendador fuese persona jurídica, y ya hubieran transcurrido los antedichos plazos, el arrendamiento se extinguirá cuando el derecho del arrendatario quede resuelto a consecuencia de la enajenación forzosa de la vivienda, salvo que el arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, lo que en el caso que nos ocupa supone que conste inscrito antes que la hipoteca o la anotación preventiva de embargo (apartado segundo del art. 13.1 LAU).

A nuestro juicio, *no resulta adecuado que el artículo 13.1.II solo se refiriera a los contratos de duración pactada superior a cinco o siete años, pues también debería mencionar los que fueron pactados por un plazo inferior pero que a consecuencia de su prórroga superan esta duración*. De todos modos, donde existe la misma razón deben aplicarse los mismos principios, por lo que lo lógico es que opere idéntica solución⁸, máxime cuando no resulta habitual pactar desde un principio un contrato de alquiler de vivienda por plazo superior a cinco o siete años, sino que la experiencia nos enseña que si se alcanzan estos plazos, es por las posteriores prórrogas.

En estos casos, la extinción del arrendamiento, aunque afecte a un tercero, se puede acordar en el propio proceso de ejecución, previa celebración de una vista, a solicitud del ejecutante antes del anuncio de la subasta (art. 661.2 LEC) o del rematante o adjudicatario en el plazo de un año desde su adquisición (art. 675 LEC), decidiendo el juez por auto irrecorrible sin efecto de cosa juzgada⁹.

⁸ Cfr. Marín López (2005, pp. 292 y 293).

⁹ *Las previsiones normativas contenidas en los artículos 661 y 675 de la LEC –que permiten resolver en el seno de la ejecución sobre el lanzamiento de los terceros ocupantes del inmueble subastado– obedecen a un llamamiento del TC a nuestro legislador procesal*. El TC tiene una dilatada doctrina en materia de terceros ocupantes de inmuebles subastados. A este respecto, resulta paradigmática la STC 6/1992, de 16 de enero, en que nuestro Alto Tribunal otorgó el amparo a una arrendataria desalojada de un inmueble subastado, imponiendo al rematante la carga de instar un juicio declarativo ordinario con objeto de conseguir el desalojo del ocupante, y ello con independencia de que el contrato de arrendamiento se hubiera concertado con posterioridad a la hipoteca. Ulteriormente, el citado tribunal perfiló su doctrina y en el Auto 309/1994, de 14 de noviembre, denegó el amparo en un supuesto en que el arrendamiento posterior a la hipoteca fue estimado fraudulento por su excesiva duración –15 años– y por el importe antieconómico del alquiler. De todos modos, poco tiempo después, en la STC 21/1995, de 24 de enero, reprodujo casi literalmente lo establecido en la Sentencia de 16 de enero de 1992. Afortunadamente, en la Sentencia 69/1995, de 9 de mayo, matizó su postura, afirmando que la doctrina de la STC 6/1992 de remitir en todo caso al rematante a un juicio declarativo para desalojar al tercer ocupante del inmueble no podía ser aplicada indiscriminadamente a todo poseedor u ocupante afectado por la ejecución, por lo que denegó el amparo a una usufructuaria cuyo derecho estaba inscrito con posterioridad a la hipoteca. Por lo demás, el TC tampoco otorgó el amparo requerido en las SSTC 158/1997, de 2 de octubre, 174/1997, de 27 de octubre, 223/1997, de 4 de diciembre, 227/1997, de 15 de diciembre, y 42/1998, de 14 de febrero. No obstante, en estas sentencias *nuestro Alto Tribunal –sin duda insatisfecho de que se*

El hecho de que el nuevo adquirente en la enajenación forzosa conozca la existencia del contrato de arrendamiento con anterioridad a la adjudicación no impedirá la extinción del arrendamiento, que se producirá siempre que el contrato no conste inscrito en el Registro con anterioridad a los gravámenes que ocasionan la enajenación forzosa¹⁰. *Resulta indiferente a estos efectos que el arrendamiento sea anterior al embargo o a la hipoteca, ya que lo único que reviste relevancia es que figure inscrito con anterioridad*, en cuyo caso subsistirá por la duración pactada.

De todos modos, *no se podrá pactar una duración indefinida*, pues el propio Tribunal Supremo¹¹ viene reconociendo que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración ilimitada.

2. Distinta regulación aplicable a garajes y a trasteros dependiendo de si se han arrendado como accesorios o no a la vivienda

En el caso de que la finca arrendada sea un garaje o un trastero, no resulta de aplicación la LAU, toda vez que *el arrendamiento de plazas de garaje o de trasteros no está sometido a la LAU sino al Código Civil (CC), salvo en el caso de que sea accesorio del de la vivienda o local¹²*, en cuyo caso se aplicará el artículo 13.1 de la LAU en los términos antedichos.

resolviera el problema del desalojo de los terceros ocupantes de los inmuebles subastados en un juicio declarativo– apuntó la posibilidad de que fuera en el propio proceso de ejecución donde los ocupantes pudieran exhibir su título posesorio con objeto de que el juez lo valorara a los solos efectos de su desalojo a consecuencia de la ejecución. Dicha sugerencia tuvo eco en nuestro legislador, consagrándose finalmente en los artículos 661 y 675 de la LEC.

¹⁰ SAP de Álava, Sección 1.^a, núm. 61/2015, de 26 de febrero, rec. núm. 475/2014:

En este caso concurren todos los requisitos establecidos en el artículo citado para la resolución del contrato de arrendamiento, contrato pactado por un plazo superior a cinco años; inmueble enajenado forzosamente consecuencia de la ejecución hipotecaria; han transcurrido los cinco primeros años desde la firma; y contrato que no ha accedido al Registro de la Propiedad. *El hecho de que el nuevo adjudicatario conociese de la existencia del contrato de arrendamiento con anterioridad a la adjudicación no impide la aplicación del precepto y la resolución del contrato.*

¹¹ STS, Sala 1.^a, de 11 de noviembre de 2010, rec. núm. 602/2007, núm. de resolución 730/2010 (NCJ053674):

La STS de 22 de junio de 2006 (RC n.º 1/2005), en un caso semejante, estableció que «esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2008) que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida».

¹² SAP de Valencia, Sección 11.^a, núm. 53/2019, de 6 de febrero, rec. núm. 323/2018:

El trastero se arrendó no como anejo o accesorio a una vivienda, o con finalidad propia a un local de negocio, que permitiera la aplicación de la LAU, sino como una finca independiente destinada

Según el artículo 1.571 del CC «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

El pacto a que se refiere el artículo 1.571 del CC no es el que pudiere existir entre arrendador y arrendatario, sino el acordado entre vendedor y comprador, el cual podrá configurarse como una cesión de contrato o como una estipulación en favor de tercero, por lo que dicho pacto resulta impensable en la enajenación forzosa¹³.

Respecto de la remisión a lo dispuesto en la LH, procede traer a colación el artículo 134 de dicho texto normativo, del cual se deriva que se cancelarán las cargas posteriores a la hipoteca, por lo que *el arrendamiento solo subsistirá cuando conste en el Registro antes de la hipoteca; si no estuviera inscrito o lo estuviera con posterioridad, se extinguirá si el nuevo adquirente lo solicita*.

3. Defectos de la nueva regulación

Son varias las cuestiones que merecen ser objeto de crítica en el actual artículo 13.1 de la LAU, que deberían enmendarse en futuras reformas normativas:

3.1. Olvido por parte del legislador de las ejecuciones forzosas que no derivan de una hipoteca o de una sentencia de condena

Resulta harto reprobable que el legislador haya reproducido en la nueva redacción del artículo 13 de la LAU la omisión de que adolecía el precepto en su redacción originaria, pues al establecer como un supuesto de resolución del derecho del arrendador la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, *olvida que un proceso de ejecución también puede tener su origen en otros títulos ejecutivos*.

a una finalidad de guarda y custodia de enseres o mobiliario de lo más variado, que no suele usarse habitual o cotidianamente y que nada tiene que ver con el fin tuitivo de la ley especial arrendaticia. Por eso, siendo inaplicable la LAU, y sí el CC, se impone, como bien decide la juzgadora de instancia, la desestimación de la demanda, *ya que no constando que se pactara en el contrato de arrendamiento de 15 de mayo de 2013 la posibilidad de un retracto voluntario, deviene inviable un retracto arrendaticio que no contempla el CC*.

En similares términos: resoluciones de la DGRN de 3 de marzo de 2004, 12 de febrero de 2016 y 15 de noviembre de 2016.

¹³ Cfr. Gimeno-Bayón Cobos (1992, p. 623).

Además, la ejecución puede ser tanto dineraria (y perder la propiedad el ejecutado-arrendador a consecuencia del embargo y subasta) como no dineraria (si se le ha condenado a la entrega de un inmueble arrendado)¹⁴.

Con la actual regulación, existe una laguna legal respecto de las ejecuciones distintas a las hipotecarias o de sentencia judicial aunque, a nuestro juicio, donde existe la misma razón deben regir los mismos principios, ya que *no cobra razón pensar que el legislador pudiera haber querido dar un distinto tratamiento a esta cuestión cuando el proceso de ejecución tenga su origen en otros títulos ejecutivos* como los autos, los decretos, los laudos, los acuerdos de mediación, las pólizas de contratos mercantiles, los títulos nominativos o al portador u otros títulos a los que hace referencia el artículo 517 de la LEC o a los que una norma con carácter de ley otorgue dicha consideración.

El evento determinante de la resolución del derecho del arrendador no solo puede ser la enajenación forzosa de la finca, sino, en general, la privación del derecho de propiedad a consecuencia de un apremio¹⁵. En este sentido, la SAP de Burgos, Sección 2.^a, núm. 322/2017, de 28 de septiembre, rec. núm. 137/2017, aplica el artículo 13 de la LAU en las enajenaciones forzosas derivadas de ejecuciones administrativas, como las de la Agencia Tributaria. No obstante, en contra se pronuncia parte de la doctrina¹⁶, que entiende que en caso de apremios administrativos el precepto aplicable es el artículo 14 de la LAU.

A nuestro juicio, *resultaría contrario al espíritu de la LAU que, por el mero hecho de subastarse un inmueble arrendado en una ejecución que no tuviera su origen en una hipoteca ni en una sentencia judicial, se hubiera de excluir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 13.1, pues ello supondría una grave vulneración del principio de igualdad.*

A favor de esta tesis también se puede alegar el carácter discutido de *numerus clausus* de los supuestos de resolución del derecho del arrendador contemplados en el artículo 13.1 de la LAU (retracto convencional, apertura de una sustitución fideicomisaria, enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial y el ejercicio de un

¹⁴ A estos efectos, el artículo 704.2 de la LEC, en sede de ejecución de sentencias de entregar inmuebles, contempla la posibilidad de que el inmueble se encuentre ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes con él compartan su utilización, estableciendo que se notificará a dichos ocupantes la ejecución o la pendencia de esta para que, en el plazo de 10 días, presenten los títulos que justifiquen su situación, pudiendo pedir el ejecutante el lanzamiento de los mismos, lo que se sustanciará conforme a lo que establecen los apartados 3 y 4 del artículo 675 para los casos en que el inmueble es vendido en pública subasta y al rematante le interesa el desalojo de los ocupantes.

¹⁵ Cfr. Lozano Romeral y Fuentes Bardají (1994, p. 169).

¹⁶ Cfr. Gudín Rodríguez-Magariños (19 de julio de 2013): «A nuestro modo de ver, resulta claro que la realización en subasta pública, aunque sea a consecuencia del ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración en materia de recaudación ejecutiva, no dejan de referirse a una transmisión de bienes entre sujetos de derecho, encuadrándose perfectamente dentro del marco de las disposiciones contenidas en dicho artículo 14 para la enajenación o transmisión de bienes».

derecho de opción de compra). Por nuestra parte, suscribimos las opiniones doctrinales que consideran que dichos supuestos constituyen un *numerus apertus*¹⁷, es decir, una lista meramente ejemplificativa, ya que *el legislador ha olvidado bastantes causas de resolución del derecho del arrendador* (nulidad, anulación, rescisión contractual, incumplimiento de una condición resolutoria, anulación o rescisión de una partición hereditaria, rescisión de la división de la sociedad de gananciales, revocación de una donación o reducción por inoficiosa, enajenación del inmueble por apremios administrativos, etc.) y no existe ninguna razón para tratar estos casos de modo distinto a los que enumera el artículo 13.1 de la LAU.

3.2. Facilidades para el fraude de ley

A nuestro juicio, no resulta adecuado, por poder ocasionar fraude de ley, que sin distinguir si el arrendamiento de vivienda se ha concertado iniciado el proceso de ejecución o con anterioridad al mismo, subsista después de la subasta del inmueble hasta que se cumpla el plazo de cinco años, o siete en caso de arrendador persona jurídica, desde que se concertó o desde la puesta a disposición de la vivienda si fue posterior.

Con la nueva regulación se corre un peligro que se intentó evitar con la reforma del artículo por la Ley 4/2013, cual es que el ejecutado concierte arrendamientos simulados con amigos o familiares, para evitar ser desalojado inmediatamente después de la subasta, consiguiendo por esta vía permanecer en el inmueble cinco años desde la firma del contrato o incluso siete años si el arrendador es persona jurídica.

Resulta obvio que el *bonus fumus* de un arrendamiento no puede ser el mismo cuando se ha concertado antes del proceso de ejecución que después del mismo o incluso ya anunciada la subasta; no obstante, la LAU les otorga el mismo tratamiento e incluso resultan más beneficiados los contratos de arrendamiento que hayan sido estipulados en tiempo más reciente, pues el rematante se verá obligado a soportarlos durante un plazo mayor de tiempo. Así, puede resultar injusto que, a tenor de lo previsto en el artículo 13.1 de la LAU, un contrato de arrendamiento concertado por un ejecutado (persona física) un mes antes de la subasta deba respetarse durante 4 años y 11 meses, teniendo incluso el arrendatario un derecho de retracto frente al adquirente; mientras que, si ese mismo contrato se hubiera estipulado seis años antes del embargo, aun cuando el arrendatario no hubiera nunca incumplido sus obligaciones, deba extinguirse si no consta inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la anotación preventiva de embargo.

En esta tesitura, procede preguntarse si no hubiera sido más adecuado dar a los arrendamientos de vivienda posteriores a la hipoteca o al embargo el mismo tratamiento que a

¹⁷ Cfr. Marín López (2005, p. 294) y Guilarte Gutiérrez (2014, p. 318). En contra, y considerando que la enumeración que contiene el precepto es *numerus clausus*: Cfr. Vázquez Barros (2012, p. 121) y Martín Contreras (2019, p. 249).

los arrendamientos otorgados por un usufructuario o un superficiario, los cuales se extinguen al término del derecho del arrendador (art. 13. 2 LAU). Esta solución –que hace más de 60 años se propuso por la doctrina–¹⁸ fue también objeto de una enmienda al Proyecto de LAU de 1992; sin embargo, nuestro legislador prefirió optar por proteger al arrendatario, siguiendo la tendencia jurisprudencial del Tribunal Supremo en aquel momento¹⁹, la cual propugnaba el mantenimiento de los arrendamientos posteriores a la hipoteca sometidos a prórroga forzosa. El legislador reformó esta cuestión con la Ley 4/2013, pero nuevamente se ha vuelto a la redacción originaria con el Real Decreto-Ley 7/2019, mejorando incluso la situación del arrendatario que contrate con una persona jurídica.

Lo cierto es que la subsistencia tras la subasta de los arrendamientos de vivienda concertados con posterioridad a la hipoteca o al embargo, e incluso con posterioridad a la iniciación del proceso de ejecución, puede fomentar el fraude, proliferando arrendamientos de bajas rentas concertados por el ejecutado en aras de defraudar las justas expectativas del ejecutante o de simular una situación posesoria que le permita no perder la posesión sobre el inmueble.

De todos modos, y aunque bien es cierto que el artículo 13.1 predica «en todo caso» la subsistencia del arrendamiento, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años, o siete en caso de arrendador persona jurídica, a nuestro juicio el juez no puede verse compelido por la literalidad de la norma, ya que *es lógico pensar que el citado precepto solo protege al arrendatario de buena fe y contra las actuaciones de mala fe es posible reaccionar con los medios generales que proporciona nuestra legislación*²⁰, de manera que en ningún caso podrá subsistir el arrendamiento si el contrato ha sido realizado en fraude de ley, en un intento de frustrar la ejecución con claro perjuicio para el acreedor²¹.

La doctrina²², al comentar el artículo 13 en su redacción originaria (muy similar a la actual), ya puso de manifiesto la necesidad de interpretar las normas bajo el prisma de la equidad, evitando interpretaciones que potencien el surgimiento de actuaciones fraudulentas (arts. 3.2, 6.4 y 7.2 CC y 11 LOPJ).

¹⁸ Cfr. Moro Ledesma (1956, p. 1.346).

¹⁹ SSTS, Sala 1.^a, de 23 de febrero y de 6 de mayo de 1991, 23 de junio de 1992, 9 de mayo de 1996 y 14 de junio de 1997.

²⁰ Cfr. Rojo Ajuria (1995, pp. 190-191).

²¹ Para enervar la apariencia jurídica de un arrendamiento inexistente, el adquirente podrá ejercitar una *acción de simulación*, que, en opinión de la doctrina (Cfr. Guilarte Gutiérrez, 2014, p. 324) resultará más fácil que prospere que una *acción rescisoria en fraude de acreedores*, dado que si el que ha adquirido el bien en la enajenación forzosa no es el ejecutante, será difícil poder fundar esta acción de fraude de acreedores por quien no es un acreedor que no puede cobrar de otro modo lo que se le debe. No obstante, la podrá ejercitar el ejecutante que haya visto como el bien se ha devaluado en la subasta a consecuencia de un arrendamiento concertado por el ejecutado para evitar ser desposeído de la vivienda (art. 1291.3 CC).

²² Cfr. Franco Arias (1992, pp. 963-964).

El propio Tribunal Supremo ha establecido que si el contrato de arrendamiento es simulado o se ha celebrado con dolo o fraude, se extingue²³, y el Tribunal Constitucional también ha denegado el amparo a los arrendatarios cuando aprecia dichas circunstancias²⁴, toda vez que en estos casos no se está cuestionando la prevalencia de la ejecución sobre el arrendamiento, sino elevando la cuestión a la teoría general sobre la eficacia y validez de los contratos²⁵.

El inconveniente en estos supuestos es probar estas conductas fraudulentas, aunque resulta útil tener en cuenta ciertos factores como la cuantía de la renta o la propia existencia de una renta real, así como la fecha del arrendamiento, pues aun siendo posterior a la hipoteca o al embargo, no es lo mismo que se estipule antes de su ejecución que una vez iniciado el apremio o incluso celebrada la subasta y pendiente todavía la posesión judicial²⁶. En este sentido, en la SAP de Alicante, Sección 5.ª, núm. 194/2009, de 7 de mayo, rec. núm. 32/2009, se considera simulado un arrendamiento concertado poco tiempo antes de la subasta, con escasa renta comparada con el valor de la finca y sin pacto sobre posible aumento, resultando probada la falta de ocupación del inmueble a través de los consumos de agua, gas y electricidad y la residencia de la supuesta inquilina en otro domicilio²⁷.

3.3. Alteración de la regla general de purga de cargas posteriores a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo

Resulta paradójico que la realización forzosa comporte la extinción de verdaderos derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca o a la anotación preventiva de embargo y que, por el contrario, subsistan los contratos de arrendamiento posteriores, por el tiempo que les falte para alcanzar cinco años o siete si el arrendador es persona jurídica.

La disposición adicional segunda de la LAU modificó el artículo 2.5 de la LH en aras de fomentar el acceso de los arrendamientos al Registro; no obstante, el artículo 13.1 con independencia de que consten o no en el mismo, les otorga la misma protección durante los

²³ En la STS, Sala 1.ª, de 9 de mayo de 1996 se declara que la doctrina defendida por dicho tribunal de la subsistencia del arrendamiento sometido a la LAU de 1964 concertado con posterioridad a la hipoteca quiebra:

a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (Sentencia de 17 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7890); b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando en el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario.

²⁴ ATC 309/1994, de 14 de noviembre.

²⁵ Cfr. Ayala Rodríguez (1992, p. 733).

²⁶ Cfr. Vela Torres (1992, p. 721) y Nuño de la Rosa Amores (1998, p. 264).

²⁷ En la SAP de Barcelona, Sección 13.ª, núm. 636/2018, de 31 de octubre, rec. núm. 199/2017, se declara la nulidad del contrato de arrendamiento por simulación absoluta al tratarse de un contrato sin causa, por faltar precio cierto, ya que el arrendador condona el pago de la renta al arrendatario.

cinco primeros años, o siete si el arrendador es persona jurídica, ya que subsisten tras la enajenación forzosa²⁸.

Una de las consecuencias directas del procedimiento de ejecución hipotecaria, que resulta de lo establecido en los artículos 134 de la LH y 674 de la LEC, es la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. *Esta eficacia cancelatoria alcanza incluso a las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas* (art. 131 de la LH).

La hipoteca es un derecho real, que garantiza al acreedor que, en caso de incumplimiento del deudor, la transmisión del bien gravado se producirá con el alcance y contenido que tuviere al tiempo de la constitución de la propia hipoteca, por lo que *mermar su eficacia conlleva desvalorizar su función de garantía, pues deja en manos del hipotecante la posibilidad de disminuir el valor del bien hipotecado gravándolo con arrendamientos exentos de purga*. Cuando se concierta un contrato de arrendamiento sobre una finca sobre la que consta un gravamen, las partes ya conocen que la titularidad está afectada por el mismo y que puede provocar la pérdida del dominio en caso de ejecución, por tanto, el arrendatario conoce y acepta la posibilidad del que el derecho del arrendador quede resuelto²⁹.

La subsistencia de un arrendamiento concertado con posterioridad a un asiento registral que denuncia la inestabilidad del título –como puede ser una hipoteca o una anotación preventiva de embargo– puede implicar una alteración de los principios registrales de inoponibilidad de los derechos no inscritos, que se intenta justificar en la necesidad de proteger al arrendatario durante un plazo mínimo³⁰, lo que ha merecido un juicio negativo por parte de la doctrina³¹, pues aunque haya quien defienda que la solución esgrimida por el artículo 13

²⁸ Cfr. López Hernández (2000, pp. 135, 136 y 161).

²⁹ En este sentido, en relación con arrendamientos de fincas rústicas: RDGRN de 24 de febrero de 2000 (BOE 23 de marzo):

No sería lógico que la ejecución hipotecaria comportara la extinción de verdaderos derechos reales de goce sobre la cosa, constituidos después de la hipoteca ejecutada, como el usufructo, la enfiteusis o la superficie (cfr. arts. 17 y 131.17 LH) y que, en cambio, debieran subsistir derechos a los que no corresponde tal carácter, y es que, en definitiva, aquel criterio de purga de las cargas posteriores no evidencia sino que el *ius distrahendi*, inherente a la hipoteca, determinará que la transmisión, en su caso, del bien o derecho gravado, se producirá con el alcance y contenido que este derecho tiene al tiempo de constitución de la hipoteca.

En similares términos: Resolución de 20 de junio de 2017 (BOE de 21 de julio de 2017).

³⁰ Cfr. Marín López (2005, p. 320) y Carballo Piñeiro (2001, p. 257).

³¹ Cfr. Poveda Bernal (1999, pp. 940 y 948) y Fuentes Lojo (2001, p. 132).

supone un retroceso en la protección conferida al arrendatario por la jurisprudencia con la LAU de 1964³² (que en su última etapa defendió la subsistencia del arrendamiento tras la subasta aunque no estuviera inscrito), *la concesión de una excesiva protección al arrendatario puede traer consigo que las subastas queden desiertas y que las entidades de crédito endurezcan las condiciones para otorgar un préstamo hipotecario³³ o que establezcan cláusulas de no arrendar en las escrituras de hipoteca.*

De todos modos, parte de la doctrina considera que tampoco se encuentra razón por la que la protección del arrendatario no pueda hacerse a costa de desplazar a un segundo plano los principios hipotecarios³⁴.

3.4. La nueva regulación fomenta que en las escrituras de hipoteca se establezcan cláusulas de no arrendar

Procede preguntarse si se puede considerar abusiva la cláusula que figure en la escritura de hipoteca por la que se establezca el vencimiento anticipado en caso de que se arriende el inmueble hipotecado, dado que a nadie se oculta que el arrendamiento que haya de subsistir tras la enajenación forzosa puede disminuir la afluencia de postores a la subasta.

El artículo 219 del Reglamento Hipotecario (RH), en su apartado segundo, establece que:

El valor de la finca hipotecada, a los efectos del artículo 117 de la Ley, se entenderá disminuido cuando, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, se arriende el inmueble en ocasión o circunstancias reveladoras de que la finalidad primordial del arriendo es causar dicha disminución de valor. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe el indicado propósito, si el inmueble se arrienda por renta anual que, capitalizada al 6 por 100, no cubra la responsabilidad total asegurada.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), en la Resolución de fecha 22 de marzo de 2001 (reproduciendo la doctrina de la de 22 de julio de 1996), declaró inscribible el párrafo que se refería a la obligación de no arrendar el inmueble por renta inferior al 15 % del valor fijado para subasta con el pacto de vencimiento anticipado de la deuda garantizada en caso de incumplimiento de dicha obligación³⁵.

³² Cfr. Prats Albentosa (1994, p. 125).

³³ Cfr. Gómez de Liaño González (2000, p. 761).

³⁴ Cfr. Marín López (2005, p. 321).

³⁵ Asimismo, la RDGRN de 28 de enero de 1998 consideró que:

Resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al

La STS 792/2009, de 16 de diciembre (rec. núm. 2114/2005 [NCJ051159]) se pronuncio acerca de las cláusulas de no arrendar en las escrituras de hipoteca³⁶, llegando a las siguientes conclusiones:

- a) En primer lugar, que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda que cumplan los requisitos del apartado primero del artículo 13 de la LAU (es decir, que no hayan superado cinco años de duración desde que se concertaron, lo que actualmente se puede extender a que no hayan alcanzado siete años si el arrendador es persona jurídica).
- b) En segundo lugar, que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas.
- c) En tercer lugar, que no existe una regla única para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso.

Finalmente, el Tribunal Supremo concluye que el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, por lo que *considera abusivas las cláusulas de no arrendar que no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13.1 LAU), entendiendo exigible que las cláusulas que se redacten en este sen-*

principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta.

³⁶ El TS, en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009, rec. núm. 2114/2005 (NCJ051159), analizó la abusividad de las siguientes cláusulas:

1. [Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada] a no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5 % del tipo de subasta [...] ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años (BBVA).
2. En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6 %, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER (Bankinter).
3. [El préstamo se considerará vencido por] arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la entidad prestataria (Caja Madrid).

tido concreten el baremo (coeficiente) que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar³⁷.

En el mismo sentido, en la Resolución de la DGRN de 4 de noviembre de 2010 (NCR004501) se declara que:

Quando no se produce este elemento habilitante, esto es, cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la LH.

En parecidos términos se pronuncian las resoluciones de la DGRN de 11 de enero de 2011 (NCR004555) y de 29 de abril de 2015, que recalcan que deben considerarse abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando el arrendamiento que se concierte no afecte a la ejecución de la garantía al extinguirse aquel tras la subasta.

Con base en los antedichos postulados, con posterioridad a la reforma del artículo 13 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio (en vigor desde el 6 de junio de 2013) y antes de la modificación de este precepto por el reciente Real Decreto-Ley 7/2019, de 1 de marzo (en vigor desde el 6 de marzo de 2019), el arrendamiento de viviendas en modo alguno podía disminuir la afluencia de postores a la subasta, pues quedaba resuelto por la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, a menos que hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador (es decir, con anterioridad a la hipoteca), en cuyo caso continuaba el arrendamiento por la duración pactada, siendo esta regulación todavía aplicable para los arrendamientos constituidos bajo su vigencia³⁸. El problema es que *tras el Real Decreto-*

³⁷ En similares términos se pronuncia la SAP de Málaga, Sección 5.ª, núm. 389/2012, de 28 de septiembre, rec. núm. 531/2011.

³⁸ En este sentido en la SAP de Pontevedra, Sección 1.ª, núm. 238/2016, de 5 de mayo, rec. núm. 251/2016 (NCJ061204) se declara:

Esa prohibición o limitación a cualquier negocio que implique la transmisión de la posesión, incluyendo ahora también el arrendamiento en cualquier circunstancia, así como la facultad de hipotecar, gravar o enajenar, es tan genérica y absoluta, e implica una cercenación tan relevante de las facultades que integran el dominio que provoca, en beneficio exclusivo de la prestamista y en perjuicio exclusivo del prestatario, un claro desequilibrio en los derechos del prestatario. Este ve limitadas las facultades fundamentales de su derecho de propiedad, que además le impide prácticamente cualquier explotación económica durante, nada más y nada menos, que casi 38 años. Y ello a fin de salvaguardar el valor económico del bien en beneficio de la prestamista para el caso de que hubiera que proceder a la realización de la hipoteca, cuando en realidad no resultaría prácticamente afectada pues cualquier gravamen o carga, incluyendo el arrendamiento tras la reforma del artículo 13.1 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, se extinguiría con la realización de la dicha hipoteca.

Ley 7/2019, de 1 de marzo (en vigor desde el 6 de marzo de 2019) en caso de subasta del inmueble, con independencia de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad, subsistirá un plazo mínimo de cinco años desde que se concertó (al igual que en la regulación anterior a la reforma del artículo 13 de la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio), añadiéndose en la nueva redacción que el plazo será de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, sin perjuicio de la facultad de no renovación por parte del arrendatario, por lo que nuevamente el arrendamiento puede mermar la garantía hipotecaria.

De todos modos, ello no supone que en todo caso las cláusulas de no arrendar viviendas se deban considerar válidas, pues pueden suponer una restricción del derecho de propiedad (arts. 33 CE y 348 CC) y, conforme al artículo 85.6 del TRLCU, se deben reputar cláusulas abusivas aquellas estipulaciones que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Por lo demás, en caso de no extinguirse el arrendamiento tras la subasta, el Tribunal Supremo considera que *el derecho de retracto, que prevé el artículo 25 de la LAU a favor del arrendatario, no se puede entender excluido cuando en la escritura de hipoteca que dio lugar a la subasta había una cláusula de no arrendar, ya que dicho arrendatario no se encuentra vinculado por la misma al no haber sido parte en el contrato de préstamo*³⁹.

En cuanto a otro tipo de cláusulas que se pactan en relación con el arrendamiento, *la DGRN*⁴⁰ *no permite inscribir en el Registro los pactos existentes en escrituras de hipoteca en que la entidad prestamista renuncie expresamente a solicitar, en caso de ejecución, que se declare la falta de derecho del arrendador a ocupar el inmueble tras la subasta. La inscripción de dicha cláusula se deniega «porque, figurando inscrita la hipoteca con anterioridad al arrendamiento, y no habiéndose pactado una permuta de rango entre ambos derechos inscritos, el pacto ahora calificado tiene un contenido meramente obligacional, y, por tanto, solo produce efectos entre las partes y carece de trascendencia jurídica real, pues, la normativa relativa a ejecución de la hipoteca y subsistencia y cancelación de cargas en caso de ejecución es materia regulada por ley y sustraída a la voluntad de los interesados».*

³⁹ STS, Sala 1.^a, de 11 de abril de 1995 rec. núm. 207/92:

En consecuencia, si como por el propio demandante de retracto se reconoce le vincula la certificación registral que le fue entregada con fecha 21 de diciembre de 1989, es evidente que el ejercicio de la acción de retracto por demanda de 14 de febrero de 1990 no es extemporánea ni está caducada. *Cuestión aparte es el problema del incumplimiento del contrato de hipoteca por el anterior dueño, que eso afecta a las relaciones obligacionales entre dicho dueño y la entidad bancaria prestamista que constituyó hipoteca con obligación aneja de no arrendar; pero, obviamente, ello es cuestión que ni se ha planteado en la litis formalmente y que además y en punto al arrendatario no le vincula por no ser parte y regir en punto a la cuestión el principio jurídico «res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest».* Por todo lo cual, habiendo lugar a la estimación del motivo ha de casarse la sentencia de segunda instancia con confirmación de la de primera instancia.

⁴⁰ RDGRN de 26 de junio de 2014 (NCR005855).

3.5. Mayor protección legal al arrendatario de vivienda que al titular de un derecho de uso adjudicado en un proceso matrimonial

A nuestro juicio, no cobra mucho sentido que subsista un arrendamiento de vivienda durante cinco años desde que se estipuló o siete años (si se concertó con un arrendador persona jurídica) y que no haya una previsión similar que permita la subsistencia del derecho de uso otorgado en un proceso de crisis matrimonial durante un tiempo mínimo si se subasta la vivienda.

Con la regulación actual, cuando el derecho de uso no tenga constancia registral o figure inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca, nuestros tribunales consideran que se deberá cancelar tras la subasta⁴¹, ya que, al no existir ninguna norma en contrario, como ocurre con los arrendamientos de vivienda (art. 13.1 LAU), se aplica literalmente lo dispuesto en el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), según el cual a instancia del adquirente del bien se expedirá mandamiento de cancelación de la anotación o inscripción del gravamen que haya originado el remate o la adjudicación, así como de todas las inscripciones posteriores. Tan solo cuando el derecho de uso conste en el Registro con anterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca que origine la enajenación forzosa del inmueble, subsistirá tras la enajenación forzosa (arts. 71 y 134 LH, 175.2.^a RH y 674 LEC), ya que las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor deben continuar subsistentes.

La DGRN⁴² considera que el hecho de que el derecho de uso sea inscribible implica la aplicabilidad de los principios reguladores del sistema hipotecario, cual es el de prioridad, procediendo la purga del derecho de uso, como consecuencia de la ejecución de una hipoteca inscrita con anterioridad.

No obstante, dado el perjuicio que esto puede ocasionar al titular del derecho de uso, el Tribunal Supremo⁴³, seguido por las audiencias⁴⁴, ha entendido procedente denegar al rematante en la subasta la posibilidad de ampararse en la presunción de exactitud registral cuando

⁴¹ STS, Sala 1.^a, de 22 de abril de 2004. SAP de Pontevedra, Secc. 3.^a, de 25 de noviembre de 2005.

⁴² RDGRN de 8 de marzo de 2018 (BOE 27 de marzo de 2018 [NCR008968]).

⁴³ STS, Sala 1.^a, de 4 de diciembre de 2000, rec. núm. 3181/1995, núm. de resolución 1103/2000. Véase: Cortada Cortijo (2001, p. 609 y ss.) y Mondéjar Peña (2002, pp. 440 y ss.).

⁴⁴ SSAP de Baleares, Sección 4.^a, núm. 111/2007, de 12 de marzo, rec. núm. 416/2006; de Barcelona, Sección 4.^a, núm. 51/2018, de 30 de enero, rec. núm. 1373/2016.

En similares términos: Cfr. Moreno Velasco (28 de julio de 2006). En opinión de este autor, si se consigue acreditar el conocimiento por parte del tercero que adquiere el inmueble en la subasta del derecho de uso y, por supuesto, si existe una mala fe de este, por ejemplo, por un previo concierto con el otro cónyuge que impaga las cuotas de la hipoteca para que un tercero conocido por él actúe como testaferro y adquiera la vivienda en pública subasta, con fraude de la resolución judicial de adjudicación del uso, es igualmente oponible dicho derecho, independientemente de que no conste en el Registro.

–aun no figurando el derecho de uso en la certificación de cargas– resultare probada su falta de buena fe y su conocimiento extrajudicial del derecho de uso adjudicado al cónyuge del ejecutado, ya que la buena fe no puede derivarse exclusivamente de la confianza en el Registro, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales del sujeto que la alega, sin perjuicio de que su apreciación no exija una investigación a ultranza de la situación posesoria⁴⁵.

De todos modos, no siempre el Tribunal Supremo secunda esta doctrina; así, la STS 772/2010, de 22 de noviembre de 2010 versa sobre un supuesto en que, subastada una vivienda copropiedad de un matrimonio separado judicialmente, en que a la esposa se había adjudicado el derecho de uso, adquiere el inmueble en pública subasta el padre del marido; el Tribunal Supremo, lejos de considerar que debe subsistir el uso, estima que el adquirente en la subasta tiene derecho a ejercitar la acción de desahucio por precario y desposeer a la titular del derecho de uso, lo que a nuestro juicio resulta un tanto contradictorio con que en otras resoluciones el Alto Tribunal no considere de buena fe al adquirente en la subasta conecedor del derecho de uso.

Ahora bien, cuando se extinga el derecho de uso, al menos el perjudicado podrá 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.

Además, el titular del uso también ostenta otros derechos; así, si tan solo se embargara y subastara la mitad de la vivienda, por pertenecer a ambos excónyuges *pro indiviso*, pero únicamente figurar como ejecutado uno de ellos, el que ostenta el derecho de uso podrá adquirirla en la subasta o ejercitar su *derecho de retracto* en calidad de comunero, en cuyo caso el uso se extinguirá por confusión.

El problema surgirá cuando sea un tercero el que adquiera la mitad de la vivienda en la subasta, porque en este caso podrá ejercitar la *actio communi dividundo*; ahora bien, si el derecho de uso ha subsistido tras la enajenación forzosa, en principio también deberá ser respetado en la subasta derivada del proceso de división de cosa común. No obstante, procede matizar esta idea; así, la SAP de Barcelona, Sección 4.^a, núm. 51/2018, de 30 de enero, rec. núm. 1373/2016, versa sobre un supuesto en que el rematante de la mitad indivisa de una vivienda subastada interpone un proceso de división de cosa común. El Juzgado de Primera Instancia considera que la disolución del condominio no afecta al derecho de uso atribuido a la excónyuge del ejecutado y a su hijo. El rematante apela, alegando la inoponibilidad de la inscripción registral del derecho de uso, al haberse inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, motivo que es desestimado por la Audiencia Provincial por considerar que el rematante no había actuado de buena fe, dado que era conecedor de la atribución judicial del derecho de uso (que era anterior al embargo), al ha-

⁴⁵ A nuestro juicio, dicha jurisprudencia debe ser objeto de una interpretación restrictiva, no pudiéndose aplicar a todos los casos en que el rematante conociere el derecho de uso antes de la subasta, pues si así fuere se incurriría en el absurdo de considerar de mala fe a quien conoce por la certificación de cargas un derecho a favor de un tercero inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo o a la hipoteca, siendo que con carácter general las cargas posteriores se extinguen, se tenga o no conocimiento de las mismas.

berse inscrito antes de la subasta aunque con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. No obstante, la Audiencia Provincial, considerando que es posible decidir en el procedimiento de división de cosa común si el derecho de uso ha quedado extinguido, declara su extinción porque el hijo común del matrimonio había alcanzado la mayoría de edad.

En todo caso, en el supuesto de que la vivienda sea subastada en un procedimiento hipotecario, no se podrá invocar el derecho de uso frente a terceros si la hipoteca hubiera sido constituida por ambos cónyuges sobre la vivienda común⁴⁶, ni tampoco se podrán alterar las reglas de la ejecución hipotecaria cuando se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges si este consintió en su momento el acto de disposición y la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial⁴⁷. En estos casos, el derecho de uso no será oponible a terceros de buena fe que hayan confiado en la exactitud del Registro⁴⁸.

Distinta será la solución cuando la vivienda se subaste en un proceso de división de cosa común, y no como consecuencia de embargo o hipoteca de la vivienda, pues aunque el reconocimiento del uso en una sentencia de separación o divorcio y la oponibilidad de tal uso frente a terceros no puede impedir la división de la cosa común y, en su caso, la venta en pública subasta⁴⁹, en estos casos, el derecho de uso es oponible a los terceros que hayan

⁴⁶ Cfr. Achón Bruñén (2014).

⁴⁷ STS, Sala 1.ª, de lo Civil, núm. 584/2010, de 8 de octubre, rec. núm. 2305/2006 (NCJ053923).

⁴⁸ STS núm. 584/2010, de 8 de octubre (NCJ053923):

[...] ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas. Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que *no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que, por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición*. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial.

En parecidos términos: STS 118/2015, de 6 de marzo (NCJ059665); AAP de Guadalajara, Sección 1.ª, núm. 12/2009, de 20 de enero, rec. núm. 261/2008; SAP de Valencia, Sección 7.ª, núm. 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.

Cfr. O'Callaghan Muñoz (1986, p. 1.335) y Campuzano Tomé (2005, p. 181).

⁴⁹ SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, núm. 585/2012, de 19 de octubre de 2012, rec. núm. 927/2010 (La Ley 254511/2012):

Sin embargo, no puede admitirse que la acción de división extinga el derecho de uso atribuido al marido copropietario, cuyo interés se ha considerado el más digno de protección y, por ello, se le atribuyó el uso en su momento, sin que se hayan producido circunstancias modificativas que ahora obliguen a reconsiderar su mantenimiento.

En parecidos términos: SAP de Madrid, Sección 19.ª, núm. 142/2017, de 19 de abril, rec. núm. 162/2017 (La Ley 64054/2017).

adquirido el bien en la subasta consiguiente a la acción de división. De esta manera, se compaginan los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 del CC, y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 del CC. El derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública en un proceso de división de cosa común debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que solo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente⁵⁰. No obstante, existe algún supuesto en que el titular del derecho de uso no puede oponerlo a terceros, este es el caso de la STS, Sala 1.^a, núm. 65/2018 de 6 febrero, rec. núm. 1703/2015 (NCJ063184), en que se había pactado en el convenio regulador que el uso se extinguiría cuando se vendiera la vivienda, sin que a ello sea óbice que la adquiriera el otro excónyuge.

⁵⁰ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 723/2007, de 27 de junio, rec. núm. 3124/2000 (NCJ041506):

En este punto, la Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que la sentencia de 8 de mayo de 2006 afirma que [...] la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes. Así la Sentencia de 27 de diciembre de 1999, citando en igual sentido las anteriores de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999, afirma que «la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto. En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común solo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa». La misma sentencia añade posteriormente, con cita de las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, que «si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza), que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne [...] y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que solo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó». En igual sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia más reciente de 28 de marzo de 2003.

STS, Sala 1.^a, de 18 de enero de 2010, rec. núm. 1994/2005, núm. de resolución 861/2009 (NCJ051970):

El cónyuge titular del derecho de propiedad de la vivienda puede venderla o cederla a un tercero una vez dictada la sentencia en el procedimiento matrimonial. Puede ocurrir también que se trate de una vivienda en copropiedad de ambos cónyuges y que uno de ellos ejerza la acción de división. En estos casos, esta Sala ha venido sosteniendo que el derecho del cónyuge titular es oponible a los terceros, que hayan adquirido directamente del propietario único, o en la subasta consiguiente a la acción de división (véanse las SSTs de 27 de diciembre de 1999, 4 de diciembre de 2000, 28 de marzo de 2003 y 8 de mayo de 2006, entre otras). Las razones se encuentran en la protección de la familia y de la vivienda, y se basan en la buena fe en las relaciones entre cónyuges o ex cónyuges.

3.6. Silencio legal acerca de cómo descontar en la liquidación de cargas un arrendamiento que subsiste tras la subasta

Cuando con anterioridad al anuncio de la subasta, tras la tramitación del incidente que prevé el artículo 661.2 de la LEC, se dicte auto declarando el derecho del ocupante a continuar en la posesión del inmueble, procede preguntarse si dicha «carga» se podrá tener en cuenta por el letrado de la Administración de Justicia en aras de minorar el valor de tasación y fijar el valor de liquidación o valor por que el bien embargado va a salir a subasta.

A favor se podría alegar que la adquisición de un inmueble con ocupante (o «bicho» como se dice coloquialmente) no va a resultar atractiva para los postores, sino todo lo contrario⁵¹, por lo que lógico es que se tenga en consideración a efectos de descontar dicha carga del valor de tasación. Sin embargo, si el título que posee el poseedor es un contrato de arrendamiento, este no puede considerarse *stricto sensu* como un gravamen –si se entiende gravamen como la situación pasiva de una relación jurídica real–, aunque sí que se puede entender como un gravamen dentro de un concepto amplio del mismo⁵², y la mejor prueba de que constituye una carga para la propiedad es que supone una disminución económica del precio de venta en la subasta.

No obstante, el arrendamiento puede ser una carga no inscrita, y el artículo 666.1 de la LEC tan solo prescribe que se descuenten del avalúo el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resultare de la certificación registral de dominio y cargas, por lo que solo se refiere a cargas inscritas.

De todos modos, *aun en el caso de que el arrendamiento constara inscrito con anterioridad en el Registro de la Propiedad, resulta harto difícil su valoración a los efectos de tenerlo en cuenta en la liquidación de cargas*, lo que obedece a que la ley no fija unos parámetros para deducir del avalúo la merma que supone enajenar un inmueble con terceros ocupantes.

A nuestro juicio, sería conveniente que el texto legal fijara unas directrices para que el arrendamiento subsistente tras la subasta se pudiera tener en cuenta en la liquidación de

⁵¹ SAP de Madrid, Sección 8.ª, núm. 248/2011, de 6 de junio, rec. núm. 398/2010:

Ha quedado acreditado que existe un contrato de arrendamiento de 24 de diciembre de 1986 en el que las arrendadoras, Dña. Vanesa y su hermana Dña. Angélica, arriendan nueve fincas rústicas, propiedad de ellas al 50 % por herencia de su padre a D. Jesús Luis, por una duración de 30 años, prorrogables por otros 15 años; siendo indiferente a estos efectos que la referencia hecha por el padre de los litigantes D. José Antonio en su testamento afecte únicamente a tres de las fincas. Luego habiendo sido probado que el arrendamiento está en vigor, y constando el importe de la renta, es indudable que *debe tenerse en consideración a efectos de valoración de las fincas rústicas el mencionado contrato*, ya que no es lo mismo a efectos de su venta (incluso en pública subasta) que estas tengan un arrendatario a que estén libres de cualquier carga, gravamen o arrendamiento. Por lo que debe respetarse la valoración que consta en el cuaderno particional y, por ello, debe desestimarse igualmente este motivo del recurso.

⁵² Cfr. Franco Arias (1987, p. 248).

cargas, a efectos de rebajar el valor por el que el bien va a ser enajenado, ya que a nadie se oculta que al rematante o adjudicatario no le va a dar lo mismo adquirir un inmueble libre de ocupantes que con un arrendamiento que debe soportar.

Conforme a lo previsto en el artículo 666 de la LEC, el letrado de la Administración de Justicia ha de descontar del valor de tasación del bien embargado objeto de enajenación forzosa el importe total garantizado que resulta de la certificación de cargas (principal, intereses y costas presupuestados) o el que se haya hecho constar en el Registro después de recibir la información requerida a los acreedores anteriores y al ejecutado conforme al artículo 657 de la LEC⁵³. El problema es que existen gravámenes que resultan muy difíciles de cuantificar (servidumbres anteriores, arrendamientos inscritos, prohibiciones de disponer, derecho de uso del excónyuge del ejecutado, etc.) y que, sin embargo, disminuyen el valor del bien.

Además, cuando no se saque a subasta la propiedad plena de un bien, sino una parte o un derecho real de menor contenido, como la nuda propiedad o el usufructo, el descuento de cargas deberá ser proporcional al derecho que ostenta el ejecutado, dado que el adquirente en la subasta no va a cargar con la totalidad de dichos gravámenes, sino solo con una parte⁵⁴.

⁵³ AAP de Salamanca de 29 de mayo de 2006, rec. núm. 279/2006:

Claramente resulta que el valor de las cargas a descontar del precio del avalúo será el total del importe de las mismas que figure en la correspondiente certificación registral, y no solamente la correspondiente al principal, como pretende la parte ejecutante y ahora recurrente. Y, por ello, en el presente caso, es indudable que el valor de las cargas hipotecarias que, según la correspondiente certificación registral, pesan sobre las fincas números 7262 y 7204 es superior al precio de tasación de las mismas, conforme se constata en la oportuna liquidación llevada a cabo por el secretario judicial y que obra a los folios 625-627 de los autos.

AAP de Guadalajara, Sección 1.^a, núm. 109/2004, de 19 de octubre, rec. núm. 274/2004:

Por lo que fue correcta la actuación del Sr. secretario del juzgado, que al valorar el bien a efectos de subasta dedujo del avalúo, además del principal pendiente y de los intereses vencidos determinados en la información remitida por el acreedor preferente, las sumas garantizadas para intereses moratorios y costas, cuya preferencia también resulta del Registro, por lo que ha de ser desestimado el recurso, confirmando en su integridad la resolución apelada, sin imposición de las costas de la alzada, atendido que efectivamente, como apunta el apelante, la planteada es una cuestión novedosa, que no ha sido objeto de examen por la doctrina, por lo que su resolución podía ofrecer fundadas dudas de Derecho en los términos establecidos en el artículo 394 de la LEC.

AAP de Cáceres, Sección 1.^a, núm. 31/2007, de 7 de febrero, rec. núm. 50/2007:

A este respecto convenimos con la representación procesal de la parte ejecutante de que la finalidad del artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es otra que llevar a cabo la valoración de la finca de la manera más ajustada posible a la realidad, porque para computar como cargas los intereses moratorios y costas se deberá llevar a efecto el derecho de información aludido al acreedor preferente y que su crédito este vencido.

Sobre esta cuestión, véase, asimismo, AAP de Lugo, Sección 1.^a, de 25 de abril de 2007, rec. núm. 198/2007.

⁵⁴ AAP de Zaragoza, Sección 2.^a, núm. 36/2004, de 19 de enero.

*Asimismo, si solo se saca a subasta la mitad de un inmueble embargado y hay una hipoteca anterior, dada la deficiencia de los terminos legales, nuestros tribunales no se ponen de acuerdo acerca de si se debe descontar la mitad de la cantidad pendiente de pago o todo su importe*⁵⁵. La razón estriba en que el que adquiera el bien en subasta se va a convertir en tercer poseedor de un bien gravado con una hipoteca, y si fuere demandado en un posterior procedimiento hipotecario, respondería hasta el límite que figurara en el Registro.

Por lo demás, *existen otras afecciones legales que también se deberían tener en cuenta por el letrado de la Administración de Justicia al efectuar la liquidación prevista en el artículo 666 de la LEC y que, normalmente, el rematante en la subasta tan solo conoce después de la adquisición del bien*, lo que envuelve a las ventas judiciales de una cierta inseguridad jurídica que, *de lege ferenda*, podría atenuarse si no solo se solicitare certificación de cargas al Registro de la Propiedad, sino también a la Administración tributaria y a la comunidad de

⁵⁵ *A favor de descontar solo la mitad*: AAP de Barcelona, Sección 16.ª, núm. 20/2007, de 12 de febrero, rec. núm. 461/2006:

Se discute en el recurso la forma en que ha de practicarse la liquidación de cargas que regula el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un caso en que se embargó la mitad indivisa de una finca, siendo así que la carga existente grava toda la finca. La secretaria del Juzgado entendió que el total pendiente de pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca había de deducirse del valor de la mitad indivisa embargada. O sea, que no debe deducirse de este valor de la mitad de la finca la mitad del capital del préstamo que grava la totalidad del inmueble, sino todo ese capital. En tales condiciones la liquidación arrojó el resultado de que el bien embargado no tenía valor. El Juzgado comparte el mismo criterio, por razón de la indivisibilidad de la hipoteca, de modo que acuerda alzar el embargo en obediencia a lo dispuesto en el número 2 del repetido artículo 666.

No podemos compartir ese criterio, conforme al cual se haría muy difícil el apremio sobre la mitad indivisa de los inmuebles, dada la frecuencia de ese fenómeno de la indivisibilidad de las cargas que los gravan. *Es evidente que frente al acreedor hipotecario responderá del pago de las obligaciones garantizadas la totalidad de la finca. Pero eso no quiere decir que no pueda distinguirse a los efectos de liquidación entre lo que ha de soportar cada una de las mitades indivisas del inmueble*. Ya al margen de todo procedimiento ejecutivo, desde el punto de vista económico cada propietario soporta una parte de la carga hipotecaria, sin perjuicio, obviamente, de lo que resulte del destino que haya tenido el capital. No se ve ninguna razón para que, trabado el bien, haya de imputarse a cada mitad la totalidad de la responsabilidad hipotecaria, pues, se repite, la indivisibilidad es frente al acreedor y entre los propietarios puede dividirse la responsabilidad y el peso económico del gravamen.

A favor de descontar todo el importe AAP de Alicante, Sección 5.ª, 133/2008, de 16 de julio, rec. núm. 298/2008:

Los argumentos del apelante no desvirtúan los acertados fundamentos jurídicos de la resolución de instancia, *dado que el adquirente en subasta responderá de la totalidad de la hipoteca*, y esta supera el valor de la finca según el dictamen que obra en autos, emitido por D. José Pablo, sin perjuicio que pudiera repercutir el 50 %, dado que, en todo caso, es deudor de la totalidad del pago del préstamo y *en el supuesto de impago tendría que soportar la ejecución por el importe íntegro de la deuda*, y en atención a esa cuantía del préstamo que resta por pagar, resulta superior a la tasación pericial, por lo que, en definitiva, al ser el valor del bien inferior al de las cargas que lo gravan procede confirmar la resolución de instancia.

propietarios en que está sito el piso o local⁵⁶, dado que los créditos por impuestos sobre inmuebles o por cantidades debidas a la comunidad en régimen de propiedad horizontal gozan de un especial privilegio, habida cuenta de que los adquirentes de la finca deberán soportarlos aun cuando no consten en el Registro de la Propiedad. El artículo 9.1 e) de la LPH establece que el adquirente del mismo se subrogará en la responsabilidad del anterior propietario respecto de las cantidades debidas a la comunidad de propietarios en la anualidad en que tenga lugar la adquisición y las tres anteriores⁵⁷. Asimismo, el adquirente del bien responde de los impuestos sobre el inmueble no abonados y que correspondan al año natural en el que se ejercita la acción administrativa de cobro y el inmediato anterior, operando dicha hipoteca legal tácita con independencia del Registro y ostentando preferencia frente a cualquier otra carga que esté anotada⁵⁸.

La LEC ni siquiera garantiza a los postores que van a intervenir en una subasta judicial una información fidedigna respecto de a la situación posesoria de los inmuebles subastados, lo que ocasiona que puedan llegar a adquirir un bien con ocupantes desconociendo dicha circunstancia. Bien es cierto que el artículo 661.1.II establece que en la publicidad de la subasta que se realice en el portal de subastas, así como, en su caso, en medios públicos o privados, se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que el mismo se encuentra desocupado, pero dicho precepto añade a continuación que esta circunstancia se hará constar si se acreditase cumplidamente al letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución. Asimismo, el artículo 668.2 prevé que en el portal de subastas deberá anunciarse la «situación posesoria, si consta en el procedimiento de ejecución», de lo que se infiere que en caso de no conocerse se silenciará dicho extremo.

A nuestro juicio, lo adecuado sería que en la publicidad de la subasta se hiciera constar en todo caso la situación posesoria del inmueble, de manera que si no fuera conocida, la

⁵⁶ Cfr. Vegas Torres (2004, pp. 109 y ss.9. Este autor pone de manifiesto que la solicitud por parte del juzgado de certificación a la Administración tributaria y a la comunidad de propietarios tampoco despejaría por completo la incertidumbre a que pueden estar sometidos los adquirentes del inmueble, pues los créditos por impuestos o por deudas comunitarias pueden nacer con posterioridad a que dichas certificaciones se expidan.

⁵⁷ Cfr. Magro Servet (1 de julio de 2014). Este autor considera que el adquirente responderá de los gastos comunitarios correspondientes a la anualidad en curso y a las tres anteriores aun cuando dichos pagos no correspondieran al ejecutado, habida cuenta de que la norma extiende la responsabilidad a «las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares», plural que sirve de fundamento a esta interpretación.

⁵⁸ Respecto de los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque estos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior, entendiéndose por anualidad vencida la constituida por los cuatro trimestres del ejercicio económico anterior al corriente, sea cualquiera la fecha y periodicidad de la obligación fiscal de pago (arts. 78 LGT, 194 LH y 65 RGR).

Cfr. Calvo Vérguez (2011, pp. 11 y ss.).

ley debería imponer la necesidad de practicar algún tipo de diligencia (como la personación de la comisión judicial o del correspondiente servicio común en el inmueble objeto de subasta) para averiguar si se encuentra poseído por terceras personas.

De todos modos, somos conscientes de que tampoco dicha previsión normativa evitaría todos los problemas, pues *incluso durante los 20 días naturales de celebración de la subasta pueden aparecer terceros ocupantes del inmueble subastado, por lo que también sería oportuno que la LEC previera algún mecanismo para garantizar el mantenimiento de la situación posesoria durante la licitación*, como pudiera ser el precinto del inmueble en caso de que este estuviera vacío⁵⁹.

A nuestro juicio, no se alcanza a comprender que el legislador muestre especial empeño en que los postores dispongan de una información registral actualizada (art. 656.2 LEC)⁶⁰ pero que se descuide otro tipo de información, como la relativa a la existencia de terceros ocupantes en el inmueble, que solo figura en los edictos si constare cumplidamente al letrado de la Administración de Justicia, lo que puede constituir una carga oculta de gran importancia puesto que el hecho de que en el anuncio de la subasta no se haga constar la existencia de terceros ocupantes no puede perjudicar a estos en el caso de que existieren, ya que si así fuera, se podría conseguir por esta vía eludir la tramitación del incidente previsto en el artículo 675.3 de la LEC.

4. Derecho de retracto a favor del arrendatario si el arrendamiento subsiste tras la subasta

El artículo 25. 5 de la LAU establece que para inscribir en el Registro de la Propiedad los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar, en sus respectivos casos, las notificaciones prevenidas legalmente a los arrendatarios, previsión legal que obedece a que estos ostentan un derecho de adquisición preferente sobre la vivienda arrendada, salvo que hubieran renunciado al mismo (art. 25.8 LAU)⁶¹ o cuando

⁵⁹ Cfr. Franco Arias (2000, p. 3.323).

⁶⁰ El artículo 656.2 de la LEC dispone que 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, recogiendo el portal de subastas la información proporcionada por el Registro de modo inmediato para su traslado a los que consulten su contenido.

⁶¹ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 335/2011, de 9 de mayo, rec. núm. 1770/2007 (NCJ055507):

Existe una clara diferencia entre ambas cláusulas pues mientras que la de la STS de 11 de octubre de 2001 es una cláusula genérica de renuncia, más propia de un contrato de adhesión, la cláusula de este litigio renuncia expresamente a los derechos del Capítulo VI, es decir, al tanteo, al retracto y a la impugnación. Esto nos permite decir que las partes, en ejercicio de su libertad contractual, amparada por el legislador, conocían lo que estaban pactando y a lo que se estaba

la vivienda se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte de un mismo inmueble o se enajene de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble (art. 25.7)⁶². Asimismo, el artículo 25.6 de la LAU dispone que si la venta recae, además de sobre la vivienda arrendada, sobre los demás objetos alquilados como accesorios por el mismo arrendador, no podrá el arrendatario ejercitar los derechos de adquisición preferente solo sobre la vivienda, sino que deberá adquirir el conjunto de las cosas transmitidas⁶³.

Conforme a artículo 31 de la LAU lo dispuesto en el artículo 25 resulta de aplicación a los arrendamientos para uso distinto a vivienda, pero no a los garajes o trasteros cuando no hayan sido arrendados como accesorios a la vivienda o local, ya que entonces se rigen por el Código Civil.

La jurisprudencia⁶⁴ viene admitiendo desde antiguo el ejercicio del derecho de retracto en las subastas judiciales, habida cuenta de que la subasta reúne todos los elementos del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.445 del CC⁶⁵.

La DGRN⁶⁶ rechaza la inscripción de la adjudicación si no se acredita debidamente que se han llevado a cabo las notificaciones previstas para el ejercicio del derecho de retracto a los arrendatarios, o que se ha realizado la oportuna manifestación de que la finca se encuentra libre de ellos. A tal efecto, dadas las particularidades de la transmisión, dicha manifestación debe realizarla el adquirente, sin que la misma pueda ser deducida de otros datos o documentos al ser una manifestación de contenido expreso y específico, por lo que la mera referencia contenida en el decreto de adjudicación relativa a que no puede certificarse la existencia o no de inquilinos es del todo insuficiente y no cubre en absoluto las exigencias del artículo 25.5 de la LAU.

renunciando, siendo esta renuncia válida por ser una renuncia a derechos que la legislación reconoce al arrendatario, adquiriendo el contratante que renuncia esta condición desde el momento de la firma del contrato.

⁶² Cfr. Pérez Ureña (2011, pp. 9, 12 y 15). Este autor pone de manifiesto que, aun cuando no cabe el retracto cuando se vende una parte mayor de la finca de la que se tiene alquilada, es posible ejercitar este derecho si se vende una parte menor.

⁶³ STS, Sala 1.^a, de lo Civil, núm. 1151/2006, de 16 de noviembre, rec. núm. 5351/1999 (NCJ048779), que sigue la doctrina de otras anteriores: SSTs de 24 de junio de 1994, 6 de abril de 1995 y d 22 de octubre de 2004.

⁶⁴ SSTs, Sala 1.^a, de 2 de marzo de 1959; 23 de enero y 3 de noviembre de 1971; 30 de octubre de 1990; 1 de julio de 1991; 22 de abril y 11 de julio de 1992; 30 de junio de 1994; 1 de junio de 1995; 12 de febrero de 1996; 13 de febrero y 14 de mayo de 2004; 25 de mayo de 2007; 5 de junio de 2008; 198/2009, de 18 de marzo (rec. núm. 1566/2005); 4 de abril de 2011, y 842/2013, de 21 de enero de 2014 (rec. 3031/2012 [NCJ058361]).

En contra, STS, Sala 1.^a, de 10 de febrero de 1993.

⁶⁵ Cfr. VV. AA. (2004, pp. 3 y ss.)

⁶⁶ Resoluciones de la DGRN de 8 de noviembre de 2012 (NCR005317), 10 de julio de 2013 y 5 de agosto de 2013.

No obstante, la DGRN⁶⁷ ha declarado que *si el arrendamiento se extingue tras la enajenación forzosa, el arrendatario no tendrá derecho de retracto*.

El arrendatario puede ejercer este derecho aun cuando al tiempo de ejercerlo no esté en posesión física o material del inmueble arrendado⁶⁸, bastando con que lo posea de forma mediata o jurídica (como sucede en caso de subarriendo), pues aun cuando el artículo 47 de la LAU de 1964 exigía la ocupación efectiva de la vivienda o local para poder ejercer el derecho de retracto arrendaticio, la LAU de 1994 no se refiere expresamente a la «ocupación» por el arrendatario de la vivienda o local a retraer como condición necesaria para poder ejercer tal derecho. *Es al arrendatario, y no al subarrendatario, a quien se reconoce el derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la situación posesoria característica del arrendamiento*⁶⁹.

*El Tribunal Supremo reconoce el derecho de retracto aun cuando el arrendatario hubiera intervenido como licitador en la subasta no igualando ni superando la puja del mejor postor*⁷⁰, ya que, mientras no se acredite que con su participación en la subasta ha alterado maliciosamente el precio de la misma (mala fe que corresponde probar al que la alega), habrá que presumir que la participación del arrendatario en la subasta fue de buena fe y pudo servir tanto para subir como para bajar el precio del bien, dependiendo de las cir-

⁶⁷ En la Resolución de la DGRN de 3 de julio de 2013 en un caso en que el contrato de arrendamiento constaba inscrito en el Registro con posterioridad a la hipoteca, la DGRN considera que, *quedando extinguido el mismo tras la subasta y con él sus accesorios, como el retracto, deviene innecesario realizar notificación alguna expresa y especial, distinta de la que deba practicarse al arrendatario en el propio procedimiento de ejecución conforme al artículo 661 de la LEC*, debiendo considerarse suficientemente salvaguardado el derecho del arrendatario que inscribió su derecho de arrendamiento después de hipotecarse la finca, a través de la notificación que realizó el registrador en su momento de la expedición de certificación de dominio y cargas.

En similares términos: Resoluciones de la DGRN de 24 de marzo de 2017 y 11 de octubre de 2018.

⁶⁸ STS, Sala 1.ª, núm. 184/2010, de 18 marzo (NCJ052363). SAP de Madrid, Sección 9.ª, núm. 183/2010, de 12 de abril, rec. núm. 228/2009.

⁶⁹ STS, Sala 1.ª, núm. 1073/2006, de 2 noviembre (NCJ048245) y núm. 683/2016, de 21 noviembre (NCJ061919).

⁷⁰ STS, Sala 1.ª, de 30 de junio de 1994:

[...] *pues no renuncia al retracto quien en el encante no está en situación de igualar posturas (que eso permitiría hablar de tanteo, porque en la práctica de la subasta no cabe) ni de subir el precio en la puja* [...]. En conclusión, la sentencia de la Audiencia, en cuanto dice que quien participa en la subasta no tiene derecho a retraer, le niega el derecho concedido por el artículo 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dentro del cual caben las ventas en pública subasta, como se desprende de las sentencias de esta sala de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 3 de noviembre de 1971, 2 de mayo de 1975, 30 de octubre de 1990, 1 de julio de 1991 y 11 de julio de 1992, y procede estimar el motivo en que se denuncia la infracción de este artículo, casar la sentencia y dar lugar a la demanda, puesto que todos los demás requisitos del retracto han sido escrupulosamente cumplidos.

En similares términos: SAP de Valladolid, Sección 1.ª, núm. 109/2005, de 8 de abril, rec. núm. 56/2005.

cunstancias⁷¹. El Alto Tribunal también permite ejercitar el derecho de retracto al arrendatario cuando en la escritura de hipoteca que dio lugar a la subasta había una cláusula de no arrendar, ya que no se puede entender vinculado por la misma⁷². Asimismo, no es óbice para el ejercicio de la acción de retracto que el contrato de arrendamiento no se haya diligenciado en organismo público ni se hayan pagado los impuestos pertinentes, lo que en absoluto desvirtúa su eficacia⁷³.

Tampoco pierde su legitimación el arrendatario para ejercitar el derecho de retracto por no estar al corriente de pago, aun cuando se estuviere tramitando un juicio de desahucio⁷⁴. Asimismo, en la STS de 21 de enero de 2014 (sentencia núm. 842/2013)⁷⁵ se declara que el retraso en el dictado del decreto de adjudicación no ha de perjudicar al arrendatario cuando en ese momento posterior ya no ostentara dicha condición.

La Audiencia Provincial de Barcelona, en la Sentencia 35/2016, de 2 de febrero, rec. núm. 83/2015, contempla un supuesto en que, ejercitada una acción de desahucio por falta de pago, el arrendatario opone haber obtenido una sentencia a su favor en un juicio de retracto. Se considera que el efecto traslativo del retracto se produce con el pago, y hasta que no se produce este, el retrayente no se convierte en propietario, y sigue siendo arrendatario, aunque tenga declarado a su favor de manera firme el derecho a retraer, considerando la existencia de una cuestión compleja que excede al ámbito del juicio en el que se ejercita la acción de desahucio por falta de pago, pues lo que está en cuestión es la titularidad misma de la finca tras la sentencia de retracto⁷⁶.

⁷¹ SAP de Salamanca, Sección 1.^a, núm. 550/2012, de 19 de octubre.

⁷² STS, Sala 1.^a, de 11 de abril de 1995, rec. núm. 207/92.

⁷³ STS, Sala 1.^a, de 14 de mayo de 2005.

⁷⁴ SAP de Valladolid, Sección 1.^a, núm. 109/2005, de 8 de abril.

⁷⁵ STS, Sala 1.^a, 842/2013, de 21 de enero de 2014, rec. núm. 3031/2012 (NCJ058361):

Por tanto, cuando se interpone la demanda el 1 de junio de 2010 el retrayente continuaba siendo arrendatario, y la postura se había mejorado con fecha 20 de marzo de 2010 por el tercero presentado por el deudor, por lo que el retraso padecido tras dicha fecha en el dictado del decreto de adjudicación no puede computarse en perjuicio de quien se ha desenvuelto con total diligencia procesal.

⁷⁶ *Sorprende que en alguna resolución se permita ejercitar el derecho de retracto de una vivienda subastada dentro del proceso de ejecución sin acudir a un juicio ordinario de retracto.* En este sentido, el AAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 13 de mayo de 2019, rec. núm. 1514/2018, desestima un recurso de apelación en un supuesto en que en el propio procedimiento judicial (en este caso un concurso) el letrado de la Administración de Justicia tras la subasta acordó dar traslado de la mejor postura a los arrendatarios para que pudieran igualar o mejorar la oferta. Manifestando estos su voluntad de ejercer el derecho de retracto, se adjudicó el bien a los mismos, lo que suscitó un recurso de apelación. La AP considera que, dado que la notificación de las condiciones de subasta a los inquilinos se realiza antes de haberse dictado el decreto aprobando el remate; el derecho ejercitado propiamente no es el de retracto, ya que la venta no se había consumado con la adjudicación, sino el de tanteo, pero considerando la calificación irrelevante, confirma la adjudicación a favor de los arrendatarios.

Referencias bibliográficas

- Achón Bruñén, M. J. (2014). Protección del derecho de uso tras la subasta de la vivienda familiar. *Sepín. Proceso Civil*, 115 (SP/DOCT/18182).
- Ayala Rodríguez, M. (1992). La situación del tercero arrendatario ante la ejecución hipotecaria. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*.
- Calvo Vérguez, J. (2011). La ejecución de la hipoteca legal tácita del artículo 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. *RCDI*, 729.
- Campuzano Tomé, H. (2005). Comentario a la STS de 22 de abril de 2004. *CCJC*, 67.
- Carballo Piñeiro, L. (2001). *Ejecución de condenas de dar*. Barcelona: J. M. Bosch.
- Cortada Cortijo, N. (2001). Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. Anotación de embargo. Derecho de uso de la vivienda familiar. Mala fe del adquirente de esta en subasta judicial. *CCJC*, 56.
- Díez Núñez, J. J. (2008). Acerca de la resolución del derecho del arrendador y duración de los contratos de arrendamientos en casos especiales (Análisis del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos). Base de datos Sepín SP/DOCT/3792.
- Franco Arias, J. (1987). *El procedimiento de apremio*. Barcelona: Bosch.
- Franco Arias, J. (1992). El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria y los arrendamientos constituidos sobre la finca hipotecada. Texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1992 de 16 de enero y algunas reflexiones sobre la misma. *Justicia*, IV.
- Franco Arias, J. (2000). Comentario al artículo 661. En A. M. Lorca Navarrete (Dir.) y V. Guilarte Gutiérrez (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. (2.^a ed.), t. III. Valladolid: Lex Nova.
- Fuentes Lojo, J. V. (2001). *Novísima Suma de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch.
- García, J. M. (1991). La ejecución hipotecaria extingue los arrendamientos constituidos con posterioridad a ella (crítica de la sentencia de 23 de febrero de 1991). *RCDI*, 607.
- Gimeno-Bayón Cobos, R. (1992). Algunas cuestiones sobre el procedimiento del artículo 131 de la LH. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*, 10.
- Gómez de Liaño González, F. (2000). *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*. Oviedo: Forum.
- Gudín Rodríguez-Magariños, A. E. (19 de julio de 2013). La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada. *Diario La Ley*, 8130, año XXXIV, ref. D-273. La Ley 4427/2013.
- Guilarte Gutiérrez, V. (2014). Comentario al artículo 13. En V. Guilarte Gutiérrez y F. Crespo Allué (Dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Lex Nova.
- La Moneda Díaz, F. (2000). Una causa de resolución de los contratos de arrendamientos urbanos en la nueva Ley 8/1999, de 6 de abril, de reforma de la Ley de Propiedad Horizontal. *RGD*, LVI(666), 1.857-1.886.
- López Hernández, C. V. (2000). Sobre el régimen registral de los contratos de arrendamientos urbanos introducido por la Ley 29/1994 de 24 de noviembre. *RCDI*, 656.
- Lozano Romeral, D. y Fuentes Bardají, J. de (1994). *Todo sobre la Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Praxis.
- Magro Servet, V. (1 de julio de 2014). La responsabilidad de los bancos ante las comunidades de propietarios tras la adjudicación judicial de inmuebles. *Diario La Ley*, 8344 (La Ley 4358/2014).

- Marín López, J. J. (2005). Comentario al artículo 13. En R. Bercovitz Rodríguez Cano, *Comentario a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Martín Contreras, L. (2019). *Ley Arrendamientos Urbanos*. (3.^a ed.). Madrid: Wolters Kluwer.
- Mondéjar Peña, M. I. (2002). Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo. Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2000. *Revista de Derecho Patrimonial*, 8.
- Moreno Velasco, V. (28 de julio de 2006). Oponibilidad al tercero adquirente. La ejecución hipotecaria contra la vivienda familiar adjudicada en uso a uno de los cónyuges. *Diario de las Audiencias y TSJ. El Derecho Editores*, 503.
- Moro Ledesma, S. (1956). La relación entre el arrendamiento y la hipoteca. *A.D.C.*, IX.
- Nuño de la Rosa Amores, A. P. (1998). Incidencias en ejecución de arrendamientos urbanos y otros problemas procesales. *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales VIII: La Ley de Arrendamientos Urbanos. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid: Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.
- O'Callaghan Muñoz, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *AC*, 1.
- Pérez Ureña, A. A. (2011). Los presupuestos para el ejercicio del retracto arrendatario urbano. Análisis práctico de la cuestión a la luz del casuismo judicial. *El Consultor Inmobiliario*, 112.
- Poveda Bernal, M. I. (1999). Ejecución hipotecaria y extinción de los arrendamientos. Nuevas perspectivas y consideraciones críticas. *R.C.D.I.*, 652.
- Prats Albentosa, L. (1994). Comentario al artículo 13. En M. A. Valpuesta Fernández (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rojo Ajuria, L. (1995). Comentario del artículo 14. En F. Pantaleón Prieto (Dir.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Madrid: Civitas.
- Sanz Heredero, J. D. (1992). Subsistencia o extinción del contrato de arrendamiento tras la ejecución hipotecaria. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*, 10.
- Vázquez Barros, S. (2012). Comentario al artículo 13. En *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Vela Torres, P. J. (1992). Subsistencia de los arrendamientos urbanos tras la ejecución hipotecaria de la finca arrendada. *Ejecución de sentencias civiles. Cuadernos de Derecho Judicial*.
- Vegas Torres, J. (2004). *El reembargo*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- WV. AA. (2004). Encuesta jurídica: «El artículo 13.1 de la LAU mantiene el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años aunque haya cambio de titularidad por adjudicación judicial y otros supuestos. En estos casos, ¿cabe retracto por el arrendatario conforme el artículo 25 de la LAU?». *Revista sepinNet Arrendamientos Urbanos*, 251 (SP/DOCT/2157).



El valor jurídico de los *incoterms* en la jurisprudencia española: pasado, presente y futuro

Alfonso Ortega Giménez

Profesor contratado doctor (acreditado a profesor titular)

de Derecho Internacional Privado.

Universidad Miguel Hernández de Elche

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

A medida que va creciendo la actividad comercial en el mundo, los legisladores no son capaces de seguir el ritmo frenético de la expansión del comercio internacional. Así, al igual que ocurría ya en la Edad Media, son los propios comerciantes y empresarios los que están creando un nuevo sistema legal supranacional llamado *lex mercatoria*, para así poder desarrollar con garantías su actividad comercial. La base de dicho sistema es el derecho contractual. Sectores tan dinámicos como el de los seguros o el transporte han creado ya sus propias normas, vía modelos contractuales o contratos estandarizados, que aplican regularmente en sus relaciones internacionales. Los contratos modelo se han convertido de un tiempo a esta parte en fuente de derechos y obligaciones entre las partes en sustitución de las regulaciones nacionales, incapaces de aportar la flexibilidad y el dinamismo necesarios, al igual que el contrato de compraventa internacional de mercancías, los tribunales de arbitraje internacional o los *incoterms*.

Los *incoterms* son uno de los elementos más usados en las relaciones comerciales internacionales desde muchos años atrás y que sobreviven en el tiempo; su uso es tan frecuente que la jurisprudencia española ha realizado varios análisis del mismo en diversas sentencias.

Palabras clave: nueva *lex mercatoria*; globalización; comercio internacional; contratos internacionales; arbitraje internacional.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Ortega Giménez, A. (2020). El valor jurídico de los *incoterms* en la jurisprudencia española: pasado, presente y futuro. *Revista CEFLegal*, 230, 39-64.





The legal value of incoterms in the Spanish jurisprudence: past, present and future

Alfonso Ortega Giménez

Abstract

As commercial activity in the world grows, legislators are not able to keep up with the frenetic pace of international trade expansion. Thus, as it was already in the Middle Ages, it is the merchants and businessmen themselves who are creating a new supranational legal system called *lex mercatoria*, in order to be able to develop their commercial activity with guarantees. The basis of said system is contract law. Dynamic sectors such as insurance or transport have already created their own standards, via contractual models or standardized contracts, which apply regularly in their international relations. The model contracts have for a time turned this part into a source of rights and obligations between the parties replacing the national regulations, unable to provide the necessary flexibility and dynamism, as well as the international merchandise sales contract, the international arbitration courts or incoterms.

Incoterms are one of the most used elements in international trade relations since many years ago and that survives over time; its use is so frequent that Spanish jurisprudence has made several analyses of it in various sentences.

Keywords: new *lex mercatoria*; globalization; international trade; international contracts; international arbitration.

Citation: Ortega Giménez, A. (2020). El valor jurídico de los *incoterms* en la jurisprudencia española: pasado, presente y futuro. *Revista CEFLegal*, 230, 39-64.



Sumario

1. Planteamiento
2. Los incoterms
 - 2.1. Historia y evolución de los incoterms
 - 2.2. Concepto y naturaleza jurídica de los incoterms
 - 2.3. Ámbito de aplicación y finalidad de los incoterms
 - 2.3.1. Ámbito de aplicación
 - 2.3.2. Finalidad de los incoterms
 - 2.4. Rasgos característicos de los incoterms
 - 2.5. Elementos básicos en la aplicación de los incoterms
 - 2.6. Cuestiones reguladas y no reguladas por los incoterms
 - 2.7. Obligaciones de las partes
 - 2.7.1. Obligaciones del vendedor en los incoterms
 - 2.7.2. Obligaciones del comprador en los incoterms
 - 2.8. Valor jurídico de los incoterms
 - 2.8.1. Valor jurídico de los incoterms como *lex contractus*
 - 2.8.2. Derecho aplicable y mecanismo de resolución de conflictos
3. Conclusiones

1. Planteamiento

En la actualidad, son cada vez más las empresas que apuestan por los mercados ajenos al doméstico, con el fin de convertirse en organismos de carácter multinacional.

En este sentido, el comercio internacional se ha ido consolidando y adaptando a los cambios de la sociedad. Existe un consenso generalizado entre los analistas de que hemos entrado en una fase de expansión del comercio internacional, tras varios años de crecimiento moderado. Así, según el Banco de España, «el volumen del comercio de bienes creció a una tasa trimestral promedio del 1,3 % entre diciembre de 2016 y septiembre de 2017, frente al crecimiento medio del 0,3 % registrado en los dos años anteriores»¹.

El comercio internacional ha tenido en las dos últimas décadas un espectacular crecimiento. Según el último informe de la OMC el volumen del comercio mundial de mercancías creció un 4,7 % en 2017, frente a solo un 1,8 % en 2016; este informe señala que el crecimiento del comercio en 2017 fue el más sólido registrado desde 2011².

Este crecimiento está ligado inexorablemente a la internacionalización de las empresas y, en particular, al enorme peso en la economía mundial de las grandes corporaciones multinacionales (ETN). Este tipo de relación comercial genera las dos terceras partes de todo el comercio mundial a través de sus transacciones. Entre los agentes del comercio internacional, destacan los grupos de sociedades, que no son una creación legislativa, sino fruto de la estrategia empresarial.

A medida que va creciendo la actividad comercial en el mundo, los legisladores no son capaces de seguir el ritmo frenético de la expansión del comercio y las finanzas internacionales, tampoco pueden adaptar el derecho objetivo a las necesidades reales de estos sectores. Así, al igual que ocurría ya en la Edad Media, son los propios comerciantes y empresarios los que están creando un nuevo sistema legal supranacional para poder desarrollar con garantías su actividad comercial. Las necesidades de regulación y comunicación que plantea actualmente el comercio internacional son las mismas que hace casi mil años, de ahí que resurjan viejas costumbres, como la utilización de una lengua comúnmente aceptada como vehículo de comunicación y de una regulación pactada de forma privada entre los comerciantes como es la *lex mercatoria*.

¹ Vid. Boletín económico núm. 4/2017 del Banco de España, recuperado de <<https://www.bde.es>>.

² Vid. Informe anual de la Organización Mundial de Comercio publicado el 31 de mayo de 2018, recuperado de <<https://www.wto.org>>.

La base de dicho sistema es el derecho contractual. Sectores tan dinámicos como el de los seguros o el transporte han creado ya sus propias normas, vía modelos contractuales o contratos estandarizados, que aplican regularmente en sus relaciones internacionales. Los contratos modelo se han convertido de un tiempo a esta parte en fuente de derechos y obligaciones entre las partes en sustitución de las regulaciones nacionales, incapaces de aportar la flexibilidad y el dinamismo necesarios, al igual que el contrato de compraventa internacional de mercancías, los tribunales de arbitraje internacional, o los *incoterms*.

En este sentido, en el presente trabajo nos centraremos en una de las figuras más trascendentales de la *lex mercatoria* como son los *incoterms* –siendo este uno de los elementos más usados en las relaciones internacionales comerciales desde muchos años atrás y que sobrevive en el tiempo– y, por último, nos centraremos en el análisis de la jurisprudencia española más relevante con respecto a los *incoterms*.

2. Los *incoterms*

Los *incoterms* se conocen por un acrónimo de tres palabras que proviene de la denominación en inglés (*international commercial terms*). Regulan 11 términos utilizados en las operaciones de compraventa, son parte de lo que se considera la *lex mercatoria*, se publicaron por primera vez hace 75 años y han servido para dar coherencia a un sistema comercial y jurídico que diverge enormemente de un país a otro.

Son reglas que determinan la distribución de los gastos, las obligaciones documentales y la transmisión de los riesgos entre las dos partes que intervienen en un contrato de compraventa internacional. Estas reglas son elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI); son una recopilación de los usos y costumbres propios de los operadores que participan en el comercio internacional (empresas importadoras y exportadoras, agentes de carga, transportistas, etc.).

Los *incoterms* no regulan el pago y sus modalidades, ni la transmisión de la propiedad de las mercancías, ni el derecho aplicable a las cuestiones que estas reglas no contemplan. Estos términos son de aceptación voluntaria por las partes, aunque pasan a ser obligatorios en el momento en que se incluyen en el contrato de compraventa.

2.1. Historia y evolución de los *incoterms*

El antecedente más remoto del uso de la regulación de los derechos y obligaciones entre las partes contratantes internacionalmente se presenta en las cortes británicas en el año de 1812, debido a que dicho país contaba con un comercio marítimo muy importante; y si se puede asemejar el uso actual de algún *incoterm* a esa época era el correspondiente a FOB (*free on board*). Posteriormente, en el año 1890 se comenzó a utilizar otro término internacional que se podría comparar a los *incoterms* de la actualidad, el CIF (*cost insurance and freight*).

A la llegada del siglo XX, el comercio internacional estaba en su pleno apogeo. A principios de 1900 la globalización fue ofreciendo a los empresarios la posibilidad de enviar sus productos a distintos países a través de los mares, por lo que en el año 1919 en Norteamérica entraron en vigor los RAFT (*revised American foreign transactions*), lo que supondría la existencia de las primeras reglas institucionalizadas. Sin embargo dichas reglas únicamente aplicaban para los empresarios americanos y no a nivel internacional o global; estas reglas no tenían fuerza legal, por lo que, una vez aceptadas por las partes, para poder exigir las, debían ser incluidas como partes del contrato de su compraventa a los efectos de su obligado cumplimiento. Por muy beneficioso que fuera este desarrollo, se presentó un conjunto de problemas. Para resolver estos problemas, la CCI, en París, desarrolló un conjunto oficial de términos internacionales para el comercio que son los incoterms, que serviría como un grupo uniforme de reglas para definir las obligaciones, riesgos y costes asociados con las transacciones internacionales.

El primer grupo de incoterms se publicó en 1936, al que se llamó «incoterms 1936». Desde entonces, la CCI ha publicado versiones nuevas en 1945, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 y 2000. La última redacción dada actualmente es la de 2010, la cual entró en vigor el día 1 de enero de 2011.

Los incoterms 1936 fueron consideradas como las directrices globales para los comerciantes; los términos que incluían eran: FAS, FOB, C y F, CIF, Ex Ship y Ex Quay. La utilidad que se evidenció con la puesta en práctica de estos términos y las repercusiones positivas de igualar con una interpretación idéntica los términos comerciales usados en las operaciones de compra y de venta internacional fue lo que propició que la CCI publicara los incoterms 1953, que fueron acogidos con enorme receptibilidad, y cuyo prestigio fue incuestionable.

Los incoterms 1953 se debatieron en el Congreso de Viena, donde se establecieron las reglas y obligaciones de los siguientes incoterms: franco fábrica, franco vagón, FAS, FOB, C&F, CIF o 3 CAP, flete o porte pagado hasta, franco sobre buque, franco sobre muelle, entregado en frontera y entregado libre de derechos.

En el año 1967 la CCI lanzó la tercera revisión de las reglas incoterms, que trata sobre las interpretaciones erróneas de la versión anterior. Se agregaron dos términos comerciales para abordar la entrega en la frontera (DAF) y la entrega en el destino (DDP).

En el año 1976 se adicionó, a los incoterms existentes, un anexo con el término FOB aeropuerto, para definir y regular la práctica creciente del envío de mercancías por vía aérea y teniendo en cuenta que el término radical FOB tenía una serie de connotaciones marítimas que era preciso acomodar a la situación aeroportuaria y a la práctica operativa de las compañías aéreas internacionales en relación con las cargas y su forma de proceder en el servicio aéreo, dejando constancia que bastaría la entrega y recepción de la mercancía por los agentes de carga de las compañías aéreas transportadoras para considerarse realizada la entrega, sin necesidad de estar cargada físicamente en la aeronave.

En 1980 se procede a una nueva revisión de los textos, fijándose en 14 los incoterms regulados. Se introdujo entonces el término FCR, que más tarde se transformaría en el FCA.

En 1990, la CCI realizó una revisión completa. Esta quinta revisión simplificó el término de *free carrier* al eliminar reglas para modos de transporte específicos (es decir, FOR, *free on rail*; FOT, *free on truck*, y FOB Airport, *free on board airport*). Se consideró suficiente utilizar el término general FCA (*free carrier en named point*) en su lugar. Otras disposiciones explicaron un mayor uso de mensajes electrónicos.

En el año 2000 se realizó la modificación de las obligaciones de despacho de aduana. La sección «Licencias, autorizaciones y formalidades» de las reglas de FAS y DEQ *Incoterms* se modificó para cumplir con la forma en que la mayoría de las autoridades aduaneras abordan los problemas del exportador y el importador registrado.

La última versión publicada de los *incoterms* es la de 2010; es la edición más reciente de las reglas hasta la fecha. El resultado de toda esta revisión ha sido un conjunto de reglas con mayor claridad y precisión, adaptadas adecuadamente para el siglo XXI, que ofrecen mayor seguridad jurídica en las transacciones de venta y compra. El nuevo sistema elimina cuatro de los términos anteriores: DAF (*delivered at frontier*), DES (*delivered ex ship*), DEQ (*delivered ex quay*) y DDU (*delivered duty unpaid*), y a la vez incorpora dos nuevos términos: DAP (*delivered at place*) y DAT (*delivered at terminal*).

2.2. Concepto y naturaleza jurídica de los *incoterms*

Las reglas *incoterms* o términos comerciales han sido tradicionalmente definidas como reglas uniformes para la interpretación de los principales términos de las compraventas internacionales. Constituyen un conjunto de reglas internacionales, de aceptación voluntaria por las partes, que determinan el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional, contribuyendo a facilitar la interpretación de términos comerciales comúnmente utilizados.

Su denominación deriva del inglés (*international commerce terms*), se ha desarrollado en el comercio internacional fruto de las prácticas comerciales internacionales, no son usos del comercio, sino que su validez se basa en la voluntad, al menos presunta, de los contratantes que utilizan estos signos. También se denominan cláusulas de precio porque cada término permite determinar los elementos que lo componen. Están regidos por la CCI, que determina el alcance de las cláusulas comerciales incluidas en el contrato de compraventa internacional. La selección del *incoterm* influye sobre el coste del contrato.

La calificación de los *incoterms* como «reglas» significa que no se trata de verdaderas normas jurídicas, por lo que no son fuente de derecho. La eficacia de las reglas *incoterms* depende de que las partes las hayan incorporado a su contrato. Es decir, solo se aplican cuando el vendedor y el comprador se someten a las reglas de la CCI, por lo que presentan naturaleza contractual, ya que forman parte del contrato de compraventa al que se incorporan.

2.3. Ámbito de aplicación y finalidad de los incoterms

2.3.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de los incoterms está regido a nivel mundial en todo lo relacionado con las compras y ventas de mercancías entre las partes contratantes y la determinación en materia de aduanas para el pago de impuestos a quien le corresponda.

Los incoterms vienen definidos por la autoridad de la CCI, que fija el estricto sentido de su significado: la acepción plasmada y reconocida como única, uniforme y auténtica. Hay que tener muy en cuenta que las reglas fijadas por los incoterms, sus cláusulas de condiciones implícitas, son de aplicación exclusiva para el comprador y el vendedor, o, si se prefiere, para las relaciones que pueden establecerse entre exportadores e importadores, quedando excluida cualquiera otra persona física o jurídica que intervenga en la operación comercial concertada entre compradores y vendedores, y que resulten de sus respectivos contratos derivados de la relación contractual de la compraventa internacional.

2.3.2. Finalidad de los incoterms

La finalidad de los incoterms es el establecimiento de una serie de reglas internacionales aprobadas por la CCI para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en un contrato y, por lo tanto, otorgar seguridad jurídica a los contratantes en cuanto a los derechos y obligaciones con los que cuentan las partes, con objeto de evitar en lo posible las incertidumbres derivadas de dichos términos en países diferentes.

Las reglas incoterms fueron creadas por la CCI con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica en las compraventas internacionales. Uno de los principales inconvenientes que estas operaciones afrontaban era la diversidad de soluciones que proporcionaban los ordenamientos nacionales. Para acabar, o al menos reducir, este problema, la CCI creó unas reglas cuya utilización aseguraba que los principales términos de las compraventas internacionales se interpretaran igual en todo el mundo, con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes. Y esa finalidad es la que continúa rigiendo hoy en día. En especial, se tiene en cuenta al hacer las modificaciones a los 11 términos que las conforman: se proponen soluciones a problemas que todavía no cuentan con respuesta alguna en los ordenamientos nacionales o que ofrecen soluciones diferentes. Igualmente, las discrepancias geográficas en una misma práctica han determinado que no prosperaran determinadas propuestas.

Tienen por objeto facilitar un conjunto de reglas internacionales de carácter facultativo que determinen la interpretación de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa internacional. Además, delimitan con precisión los siguientes términos del contrato: reparto de gastos entre exportador e importador, lugar de entrega de la mercan-

cía, documentos que el exportador debe proporcionar al importador, transferencia de riesgos entre exportador e importador en el transporte de la mercancía.

2.4. Rasgos característicos de los incoterms

Los incoterms presentan ciertas características concretas y especiales que les hacen tratarse de unos términos *sui generis*, entre las que se destacan los siguientes:

- Las reglas incoterms se caracterizan por su identificación mediante siglas de tres letras que resumen su significado en inglés.
- Su naturaleza es meramente facultativa, es decir, que su aplicación depende de la voluntad de las partes, las cuales pueden además alterar su significado, en la forma y en el sentido que crean conveniente.
- Las reglas incoterms no constituyen fuente de derecho, ya que no emanan del poder legislativo, ni se ratifican e incorporan a los ordenamientos jurídicos nacionales.
- Adquieren carácter y fuerza contractual, en la medida en que las partes, voluntariamente, las incorporen y las reconozcan en sus contratos de compraventa, como establece el artículo 9 de la Convención de Viena³.
- Vienen definidos y perfilados por la autoridad de la CCI, que fija el estricto sentido de su significado.
- Facilitan la interpretación uniforme, mediante reglas internacionales, de los principales términos comerciales más utilizados en los contratos de compraventa internacional.
- Estas normas encierran cláusulas de: entrega, riesgo, gastos, precio y cotización.
- Los incoterms solo se refieren a términos comerciales usados en los contratos de compraventa, excluyendo de su ámbito de aplicación los contratos de transporte, y el contrato de servicios.
- Estas normas obligan y vinculan, de forma exclusiva y excluyente, a las dos partes directamente relacionadas con toda compraventa, es decir, el comprador y el vendedor, sin que las obligaciones sean transferibles a terceros.
- En caso de litigio, son un marcador claro que ayuda a discernir qué parte es la que ha incumplido sus obligaciones.

³ La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980, entró en vigor para España el 1 de agosto de 1991. (BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991).

2.5. Elementos básicos en la aplicación de los incoterms

Los incoterms resuelven, entre otros aspectos, cuatro elementos o cuestiones esenciales en toda compraventa:

1. El lugar y la forma de la entrega de la mercancía. Se indica el punto de entrega marcado en el lugar del trayecto, generalmente va entre paréntesis a continuación. Se determina también el momento en que debe ejecutarse esta obligación. La entrega podrá ser directa o indirecta.
2. La transmisión de los riesgos y responsabilidades de pérdida o daños de la mercancía del vendedor al comprador.
3. La distribución de los gastos de la operación, indicando los incluidos en el precio dado y aceptado y que deben correr por cuenta y cargo del comprador, por no estar comprendido en el precio.
4. Qué parte debe realizar los trámites, gestiones y diligencias para complementar las formalidades oficiales y las exigencias administrativas para la exportación y la importación de los productos objeto de la compraventa internacional.

Los contratantes pueden optar por incluir un incoterm rígidamente preestablecido o alterar su contenido. En el primer caso, hay que resaltar la importancia de incluir no solo el incoterm concreto, sino también la frase «incoterms 2010», porque así los contratantes saben perfectamente de antemano que sus obligaciones están perfectamente delimitadas en el texto oficial relativo a los incoterms elaborado por la CCI.

Para que el incoterm elegido funcione correctamente, además de la versión del año concreto utilizada, las partes deben designar un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible, de lo contrario el incoterm no podría tener ningún valor. La inclusión correcta de los incoterms minimiza los problemas jurídicos relativos a los costes y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes. La estandarización y el nivel tan detallado de la explicación de cada uno de los incoterms es una gran ventaja y supone un aliciente muy importante para su utilización.

Hay que tener en cuenta que los incoterms no regulan todos los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, su regulación recae sobre la obligación de entrega y la consiguiente transmisión de los riesgos. También hay que destacar que los incoterms se aplican solo a los contratos de compraventa de mercaderías, no se aplican ni a los contratos de transporte ni a los contratos de seguro.

Los incoterms, en definitiva, no regulan las relaciones entre transportista y comprador o vendedor ni las relaciones entre la compañía aseguradora y el comprador o vendedor, sino

única y exclusivamente algunos aspectos concretos y perfectamente fijados por la CCI, de las relaciones entre el exportador (vendedor) y el importador (comprador).

2.6. Cuestiones reguladas y no reguladas por los incoterms

Los incoterms describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la entrega de las mercancías de los vendedores a los compradores; solo pueden aplicarse en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente, será internacional. Los incoterms, aunque son muy importantes, no regulan todos los aspectos del cumplimiento del contrato de compraventa de mercaderías.

Las cuestiones que regulan los incoterms son las siguientes:

1. Lugar y condiciones de entrega de las mercancías.
2. Transmisión de los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la entrega.
3. Reparto de costes, como los de seguro, flete o las licencias de importación y entrega de documentos.

Las cuestiones que no regulan los incoterms son:

1. El precio a pagar, el método de pago o el lugar del pago.
2. La transmisión de la propiedad de las mercancías.
3. La ley aplicable al contrato de compraventa internacional en caso de un incumplimiento contractual, que regulará aspectos como las acciones que tienen las partes en caso de incumplimiento contractual, los requisitos para determinar la existencia o validez del contrato o las cláusulas de exoneración de responsabilidad.
4. La ley aplicable a la validez de las cláusulas atributivas de competencia.
5. Todos los contratos conexos que se firman y giran alrededor del contrato de compraventa, como son el de seguro, transporte o almacenaje.

Las cuestiones que permanecen al margen y fuera de la órbita de los incoterms deben quedar nitidamente plasmadas en las condiciones estipuladas en el contrato de compraventa. Todas estas cuestiones no reguladas por los incoterms se regulan por la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, en virtud del Reglamento «Roma I»⁴ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías.

⁴ DOUE núm. 177, de 4 de julio de 2008.

2.7. Obligaciones de las partes

Cuando se utilizan en los contratos los incoterms, las partes conocen que se comprometen a una serie de requisitos y exigencias mutuas, que se derivan de la interpretación uniforme del término comercial seleccionado y aceptado bilateralmente.

2.7.1. Obligaciones del vendedor en los incoterms

- a) Obligación genérica y básica: emitir las facturas comerciales que corresponda a las mercancías objeto del contrato.
- b) Controlar e inspeccionar que la mercancía suministrada corresponde con la del pedido y que se refleja en la factura, tanto en su cantidad como en su calidad y características.
- c) Envasar y embalar adecuadamente la mercancía que permita que llegue a su destino en condiciones idóneas.
- d) La entrega física de la mercancía en tiempo y forma, es decir, dentro del plazo estipulado y en el punto indicado, dependiendo del incoterm elegido, que nos deberá marcar el punto convenido.
- e) Notificar e informar al comprador que se ha efectuado la entrega en el lugar convenido y dentro del margen de las fechas previstas.
- f) Obtener los permisos, licencias, certificados, despachos aduaneros, pago de aranceles, tasas e impuestos que sean de su incumbencia y responsabilidad para diligenciar la exportación o importación, dependiendo del incoterm elegido.
- g) Hacer frente a los gastos que le correspondan por estar incluidos en el precio ofertado, según el incoterm en el que se haya cotizado la operación.
- h) Ayudar al comprador, si este lo requiriera, para facilitarle los datos y certificados a fin de obtener los documentos necesarios que fueran de su responsabilidad, según el incoterm específico en el que se opere.

2.7.2. Obligaciones del comprador en los incoterms

- a) El pago de la mercancía, en los plazos y condiciones del contrato de compra-venta.
- b) La recepción de la mercancía en el lugar y fecha concertados.
- c) Asumir los riesgos y responsabilidades de la mercancía desde el momento indicado en el correspondiente incoterm en el que se ejecute la operación comercial.

- d) Avisar, con la debida antelación, al vendedor, del porteador que va a realizar el transporte de la mercancía cuando le corresponda al comprador contratar dicho transporte.
- e) Hacerse cargo de los gastos por la obtención de documentos, llevada a cabo por el vendedor a su instancia y solicitud, por prestarle ayuda y asistencia.
- f) Informar al vendedor de la recepción de la mercancía.
- g) El pago de los gastos adicionales que le fueran imputados ante la falta de instrucciones precisas y concretas al vendedor y que fueran devengados por dicha circunstancia.
- h) Obtención de los permisos y autorizaciones oficiales de la exportación o importación, así como los impuestos, gastos y aranceles de despacho aduanero que le correspondiesen por el incoterm elegido.

De manera resumida, podemos decir que los *incoterms* son reglas que determinan la distribución de los gastos, las obligaciones documentales y la transmisión de los riesgos entre las dos partes que intervienen en un contrato de compraventa internacional. Estas reglas son elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. Son una recopilación de los usos y costumbres propios de los operadores que participan en el comercio internacional (empresas importadoras y exportadoras, agentes de carga, transportistas, etc.). Son parte de lo que se considera la *lex mercatoria*.

Los *incoterms* no regulan el pago y sus modalidades (a acordar entre las partes), ni la transmisión de la propiedad de las mercancías, ni el derecho aplicable a las cuestiones que estas reglas no contemplan. Estos términos son de aceptación voluntaria por las partes, aunque pasan a ser obligatorios en el momento en que se incluyen en el contrato de compraventa.

2.8. Valor jurídico de los *incoterms*

Como acabamos de ver, los *incoterms* son una serie de usos y prácticas comerciales codificados y elaborados por la CCI que regulan la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, con relación a la obligación de la entrega de la cosa y su procedimiento, la transferencia de los riesgos y de los gastos y la facilitación de documentos.

Los *incoterms* han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos. También se refiere a los usos acordados por las partes, de forma tácita, en aquellos casos en los que se infiere del comportamiento del comprador y del vendedor o de la interpretación de su voluntad, conforme a los criterios del mencionado artículo 8 de la Convención de Viena.

Por otro lado, también cubre las prácticas que hayan establecido entre las partes. Se refiere a aquellos usos que regularmente hayan seguido en sus relaciones las partes,

que sirven para determinar a la vez su intención y las obligaciones existentes entre ellas. Los incoterms prevalecen, al igual que cualquiera otra cláusula pactada por las partes, sobre las disposiciones de la Convención de Viena, dada su naturaleza dispositiva (art. 6 de la Convención de Viena). En caso de incompatibilidad entre un uso convenido y la práctica hasta entonces seguida por las partes, cabe interpretar que deberá prevalecer el uso convenido.

El artículo 9.2 de la Convención de Viena establece que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento, y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Se trata de utilizar los incoterms objetivamente aplicables, cuya validez no han pactado ni expresa ni tácitamente las partes.

En definitiva, los incoterms o usos objetivamente aplicables deben reunir tres requisitos:

1. **Carácter internacional.** Deben ser aplicables en el comercio internacional y no solo en el comercio interno. Pese a que de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena se infiere la voluntad de excluir la obligatoriedad de los usos locales, se ha apuntado la posibilidad de que un uso local tenga también que ser cumplido por el contratante que carece de establecimiento en el lugar en que esté vigente, si lo conocía o tenía que conocerlo, y pertenece al sector de actividad en que dicho uso es regularmente observado, aun en el ámbito del comercio internacional.
2. **Conocido por las partes.** El incoterm o uso debe ser conocido por ambas partes.
3. **Efectivamente seguido por las partes.** No basta con que el incoterm o uso sea conocido por las partes, sino que efectivamente debe ser seguido por los contratantes. La parte que invoca un incoterm o uso seguido en el comercio internacional tiene la obligación de probarlo.

Aunque la aplicación de los incoterms de forma objetiva se regula de forma muy restrictiva, si se dan las tres condiciones, se podrían aplicar de forma tácita para determinar el lugar de entrega de la mercancía. Este lugar de entrega determinaría el tribunal competente para conocer de cualquier litigio derivado de un contrato de compraventa internacional regulado por la Convención de Viena de 1980.

La Convención de Viena se limita a exigirle al vendedor que, en principio, transmita al comprador la propiedad de las mercancías libre de cargas (arts. 30, 41 y 42). El concreto proceder del vendedor para satisfacer esta obligación es algo que solo puede ser desvelado a la luz del ordenamiento jurídico designado por las reglas del sistema de derecho internacional privado, en particular por el incoterm aplicado a la relación contractual.

De la misma forma que las condiciones generales de la contratación, la utilización de *incoterms* no significa una exclusión tácita del total de la Convención de Viena, dado que se refieren a aspectos muy puntuales del contrato de compraventa. Cabe entender, por tanto, que cuando las partes hacen referencia en su contrato a la utilización de *incoterms*, tal referencia solo excepciona la aplicabilidad de la Convención de Viena en aquellos puntos que hayan sido regulados por los *incoterms* incompatibles con la aplicación de la misma, por lo que no hay ninguna razón para descartar la normativa uniforme sobre las demás materias del contrato no expresamente reguladas por estos términos comerciales.

2.8.1. Valor jurídico de los *incoterms* como *lex contractus*

A) Por órganos judiciales

La naturaleza jurídica de los *incoterms*, como parte de la nueva *lex mercatoria*, ha sido siempre muy discutida. El dilema se encuentra entre los autores que consideran los *incoterms* auténticas normas jurídicas y los autores que consideran que son meras cláusulas materiales que solo pueden aplicarse, como manifestación de la autonomía material de las partes, al concreto contrato donde se incluye el *incoterm*. Como se ha visto anteriormente, esta segunda solución se ve excepcionada por lo previsto en el artículo 9 del Convenio de Viena, cuando se refiere a los usos y prácticas aplicables objetivamente. Ahora bien, se apliquen porque las partes lo pacten o se apliquen objetivamente, los *incoterms* no se pueden considerar como las normas materiales que rigen el contrato, en virtud de las normas de derecho internacional aplicables, si quien está conociendo de su aplicación son tribunales estatales. Cuestión distinta es que los *incoterms* sean la *lex contractus*, cuando quien está conociendo es un tribunal arbitral.

Dado que los *incoterms* no regulan todas y cada una de las cuestiones que se pueden suscitar en un contrato de compraventa internacional, el tribunal que está conociendo de un litigio derivado de una compraventa internacional no puede considerar los *incoterms* como la ley que rige el contrato de compraventa internacional, en ejercicio de la autonomía conflictual de las partes. Los *incoterms* pueden incluirse en un contrato de compraventa internacional, pero en manifestación de la autonomía material de las partes, pues cuando las partes incluyen un *incoterm* están estableciendo cuándo el vendedor entrega la mercancía, además de cuál de las partes en el contrato de compraventa tiene la obligación de encargarse del transporte o del seguro, y qué costes asume cada una de las partes. Todas las demás cuestiones no reguladas por los *incoterms*, como, por ejemplo, las cuestiones relativas a la obligación del pago del precio, deben regularse en virtud de las cláusulas pactadas por las partes en el contrato. Las partes deben de ser conscientes de que los preceptos de derecho material aplicables al contrato de compraventa internacional pueden invalidar cualquier cláusula contractual, manifestación de la libertad contractual de las partes, incluida la del *incoterm* elegido. Por tanto, la validez de todas las cláusulas incluidas en el contrato de compraventa queda sometidas a la *lex contractus*.

B) Por tribunales arbitrales

Cuestión distinta es que sea un tribunal arbitral el que esté conociendo de la aplicación de los incoterms como *lex contractus*. Generalmente los incoterms son usados indirectamente para determinar el derecho aplicable al contrato de compraventa, bien por una referencia general en el contrato a la relevancia de los incoterms, o bien por una referencia concreta a uno de ellos. En estos casos, los árbitros utilizan los incoterms como un criterio para determinar el derecho aplicable, por ejemplo, como elemento de conexión con el derecho material que los árbitros deben aplicar para solucionar un litigio. Sin embargo, hay casos en los que las partes no se refieren a los incoterms y los árbitros igualmente determinan que son la ley aplicable al contrato de compraventa.

Hay que distinguir, por tanto, los casos en los que las partes determinan como *lex contractus* los incoterms, de los casos en los que no existe ninguna referencia a los incoterms. En cuanto al primer caso, en el contexto arbitral internacional, es usual encontrar cláusulas de determinación de ley aplicable a favor de los incoterms. En este caso, los incoterms se utilizan bien como normas sustantivas al mismo nivel que las de un derecho nacional, o bien junto o en defecto del derecho nacional aplicable. Incluso se puede prever que, en caso de conflicto, prime la aplicación de los incoterms sobre la de las normas de derecho material aplicable al contrato, en virtud de las normas de derecho internacional privado (Convención de Viena y Reglamento «Roma I»). Sin embargo, lo más común es que las partes incluyan en el contrato una cláusula de derecho aplicable a favor de un derecho nacional o de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, para colmar las lagunas de las cláusulas contractuales o de los propios incoterms.

Cuando el tribunal arbitral decide que la ley aplicable para dirimir el litigio es la del lugar de la entrega de la mercancía o la del lugar más estrechamente conectado con el contrato, la referencia a los incoterms se usa por los árbitros para identificar tácitamente el derecho aplicable. Como la «entrega» es el concepto central alrededor del cual los incoterms organizan sus soluciones, se puede establecer que la ley del lugar de entrega es la ley aplicable al contrato de compraventa internacional.

2.8.2. Derecho aplicable y mecanismo de resolución de conflictos

Dado que las reglas incoterms forman parte del contrato, es necesario que las partes tengan en cuenta cuál es el derecho aplicable al contrato. Al respecto tiene gran importancia la Convención de Viena⁵, que rige los contratos de compraventa internacional de mercancías, igual que los incoterms de la CCI.

El criterio de internacionalidad es la residencia de las partes; se aplica cuando el vendedor y el comprador tienen sus establecimientos en Estados diferentes, siempre que ambos sean

⁵ BOE núm. 26, de 30 de enero de 1991.

contratantes o que las normas de derecho internacional privado del foro dispongan la aplicación de la ley de un Estado contratante. Así lo señala la Convención de Viena en su artículo 1:

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante.
2. No se tendrá en cuenta el hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración.
3. A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención, no se tendrán en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato.

La aplicación de la Convención de Viena a un contrato de compraventa no priva de eficacia a las reglas *incoterms*. Al contrario, no solo conviven ambas, sino que priman las normas de la CCI. De un lado, la Convención es dispositiva. Su artículo 6 dispone que «las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos». Por lo tanto, no se aplica a los extremos regulados por las reglas *incoterms*, como la transmisión del riesgo, cuando las partes las incorporan a su contrato de compraventa.

Por otro lado, la Convención de Viena otorga preferencia a los usos y prácticas acordados por las partes, así lo establece en su artículo 9:

1. Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
2. Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

La Convención de Viena no regula todos los extremos del contrato de compraventa. Su artículo 4 lo deja claro cuando dispone que la norma uniforme no disciplina ni la validez del contrato ni su incidencia sobre la propiedad de las mercancías vendidas.

De ahí que deba tenerse en cuenta el derecho aplicable al contrato. Para determinar el derecho aplicable al contrato, tenemos que tener en cuenta el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones

contractuales «Roma I»⁶. En su artículo 3 establece el principio de libertad de elección: «El contrato se regirá por la ley elegida por las partes». En defecto de acuerdo, el artículo 4 dispone que se aplicará al contrato «la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual».

Junto al derecho aplicable, las partes deberían ser conscientes de la jurisdicción competente para resolver los conflictos que pueda generar su relación, especialmente cuando esta es internacional. A tales efectos debe diferenciarse el arbitraje de la jurisdicción.

En cuanto al arbitraje, cabe recordar que España ha ratificado el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958⁷, y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961⁸.

El artículo 2 del Convenio de Nueva York exige a los Estados miembros que reconozcan las cláusulas compromisorias; para que resulten eficaces es necesario que sean claras, en el sentido de que no dejen lugar a dudas de que las partes han querido renunciar a la jurisdicción y someterse a esta forma alternativa de solución de controversias. A fin de evitar problemas, se pueden utilizar las fórmulas al uso preparadas por instituciones de arbitraje y otros organismos internacionales. La fórmula propuesta por la CCI para someter el contrato de compraventa a arbitraje es la siguiente: «Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros conforme a este Reglamento».

En defecto de cláusula compromisoria válida, deberá tenerse en cuenta el Reglamento 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 Reglamento «Bruselas I bis»⁹; el artículo 25 del Reglamento «Bruselas I Bis» acepta la prórroga de la jurisdicción. En defecto de pacto, resultan competentes los tribunales del domicilio del demandado y los del lugar de entrega. El Reglamento «Bruselas I bis» se aplica solo cuando la sociedad demandada tiene su establecimiento en un Estado miembro. En caso contrario rige el artículo 22 de la LOPJ¹⁰.

Sintetizando el contenido podemos señalar que la compraventa internacional de mercancías está regulada por un conjunto de normas que tienen doble fuente de creación: base jurídica, por un lado, y «usos y costumbres» mercantiles, creados por la sociedad de comerciantes, por otro. En particular, los incoterms (2010) constituyen la fórmula aplicada para este tipo de contrato sobre la base de los usos mercantiles. Por este motivo los incoterms

⁶ DOUE L 177/6, de 4 de julio de 2007.

⁷ BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

⁸ BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975.

⁹ DOUE L 351/1, de 12 de diciembre de 2012.

¹⁰ BOE núm. 174, de 22 de julio de 2015.

constituyen la *lex mercatoria* en el comercio internacional y tienen el mismo valor jurídico que las normas jurídicas. Los efectos jurídicos de los *incoterms* se extienden a todo el contrato de compraventa internacional de mercaderías, ya que en el derecho del comercio internacional los acuerdos a los que lleguen las partes para la ejecución del contrato tienen efectos directos sobre las obligaciones de cada una de las partes en la relación jurídica. Por tanto, el *incoterm* aplicado al contrato de compraventa tiene «fuerza de ley» y se aplica con preferencia respecto a cualquier otro aspecto de la relación comercial que pueda contradecirle.

3. Conclusiones

Primera. El término «en fábrica» (*ex works*, EXW) identifica una venta directa a la salida, que puede ser utilizada con cualquier tipo de transporte. Se caracteriza por imponer las menores obligaciones al vendedor y las máximas al comprador. El primero queda obligado, básicamente, a poner las mercancías en su establecimiento a disposición del comprador, sin tener que cargar los efectos en el vehículo receptor. Ni siquiera está obligado a despachar las mercancías para la exportación, sino que corresponde al comprador realizar este trámite y pagar los derechos correspondientes.

Un ejemplo del análisis de la aplicación de este término es el que se realiza en la SJM n.º 1 de Alicante de 23 de mayo de 2018. Se trata de una compraventa internacional; como demandante, Arkas Spain, SA, empresa consignataria que se dedica al transporte internacional de mercancías por vía marítima, y como demandada, Mármoles Hermanos Beltra, SL. La demandada vendió a la empresa Ivore Marbre et Granit de Abidjan de Costa de Marfil una partida de mármol en condiciones EXW. La parte demandante señala que para organizar el transporte hasta el destino contactó con la empresa Novocargo Valencia, transportó la mercancía y nadie pasó a retirarla en destino, por lo que reclama los gastos generados por este hecho. La parte demandada alega que vendió las mercancías en condiciones EXW, por lo que la propietaria de la mercancía es Ivore Marbre et Granit, quien contrato a la mercantil Novocargo Valencia para el traslado de las mercancías hasta el puerto de destino; que no existió relación contractual de la demandada con la actora ni con Novocargo Valencia. En este sentido, el tribunal señala que los *incoterms* regulan los cuatro aspectos básicos del contrato de compraventa internacional: la entrega de mercancías, la transmisión de riesgos, la distribución de gastos y los trámites de documentos aduaneros; de la jurisprudencia analizada se deduce que el *incoterm* EXW limita la responsabilidad del vendedor a la simple disposición de la mercancía en su almacén, para ser recogida por el porteador o transportista contratado por el comprador, por lo que será el comprador el responsable de contratar el seguro de la mercancía, contratar a un agente de aduanas para realizar los despachos de exportación (en origen) e importación (en destino) y contratar un agente de carga o transitario para que realice el transporte internacional de la mercancía, de forma que el vendedor (demandado en el presente procedimiento) no es responsable de la carga de la mercancía, mientras que el comprador lo será de contratar y gestionar todas las fases del transporte internacional de la mercancía hasta su destino, por lo que determina que se desestime la demanda por falta de legitimación pasiva de la mercantil demandada.

En el mismo sentido se pronunció el tribunal en la SAP de Madrid, núm. de resolución 143/2011, de 29 de abril, rec. núm. 489/2010, demanda presentada por la entidad Zúrich España Compañía de Seguros y Reaseguros, SA, frente a la mercantil Kühne Nagel, SA. La acción de reclamación se inició por los daños causados a una mercancía (componentes y piezas de un equipo de climatización para autocares) con ocasión de su transporte desde Sevilla a Sao Paulo, cuya organización se había encomendado por Irizar, S. Coop., asegurada en la entidad demandante, a la demandada en su calidad de transitaria. La entidad demandada señala haberse vendido la mercancía por la entidad Irizar, S. Coop. a la empresa Irizar Brasil, Ltd. en condiciones incoterms EXW, siendo perjudicada la compradora y no la vendedora a la que aseguraba la actora. El tribunal señala que en esta relación contractual ha interferido la cláusula incoterms EXW, por lo que la vendedora se obliga a entregar la mercancía en su fábrica o almacén, transmitiendo el riesgo desde el momento de su puesta a disposición en ese lugar. Ha de estarse a las circunstancias del caso en concreto para determinar quién es el perjudicado por los daños sufridos en las mercancías y, en consecuencia, quién resulta legitimado para reclamar al transportista por los daños, por lo que se determina la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto.

En la misma línea se pronunció la SP de Alicante, Sección 8.ª, núm. 174/2012, de 17 de abril, recurso de apelación 49/2012, demanda interpuesta por Decoexsa Mediterráneo, SA, empresa dedicada a la organización, intermediación y colaboración en el transporte nacional e internacional, contra Pecos, SL, a quien se le reclama dos facturas pendientes; una de ellas tenía la condición del incoterm EXW concertado en el contrato de venta suscrito entre la demandada y la mercantil compradora, destinataria del transporte, y en virtud del cual era esta la que asumía el coste del transporte, por lo que la demanda se desestima.

Segunda. El término «franco transportista» (*free carrier*, FCA) es una venta indirecta a la salida. El vendedor se obliga esencialmente a realizar los trámites aduaneros de exportación y poner las mercancías a disposición del porteador contratado por el comprador. Es este quien corre con el riesgo de contraprestación durante el transporte, es decir, si las mercancías se pierden o dañan durante su traslado, el comprador está obligado a pagar el precio. Es un término modalmente neutro o polivalente ya que se puede utilizar con cualquier modo de transporte. Un ejemplo de la interpretación de este término es la que se realiza en la SAP de Murcia, Sección 4.ª, núm. 563/2018, de 13 septiembre, recurso de apelación 723/2018; como demandante la entidad Arkadia Food Internacional, SL, y como demandada la entidad Chubb European Group Limited. En el contrato de compraventa se indica que los bienes serán suministrados bajo las condiciones del incoterm FCA, serán incorporados al territorio de la Federación Rusa y la entrega de los bienes en el almacén de la compradora la realizará la suministradora. En esta relación contractual, una de las partes señala que se aplicaron los incoterms CFR y la otra parte señala que se aplicaron los incoterms FCA. En las pruebas aportadas al tribunal consta que los bienes serán suministrados bajo las condiciones del incoterm FCA; analizando cada una de las pretensiones de la parte recurrente se estima parcialmente el recurso.

Tercera. Los términos «transporte pagado hasta» (CPT) y «transporte y seguro pagados hasta» (CIP) son también ventas indirectas a la salida y modalmente neutras; no soportan el riesgo de contraprestación, que grava sobre el comprador desde que el porteador se hace cargo de los efectos para su transporte. Se diferencian entre sí por la contratación del seguro. Mientras que la regla CPT no imputa obligación alguna a las partes, el término CIP obliga al vendedor a contratar el seguro de las mercancías en nombre y a expensas propias, pero en beneficio del comprador. Esta interpretación lo podemos observar en la SAP de Barcelona, Sección 15.^a, núm. 268/2014, de 24 de julio, recurso de apelación 473/2013; como demandante Zúrich España Cía. de Seguros y Reaseguros, SA, contra Transnatur, SA, demandada en su condición de transportista. Reclama la parte actora, por haber indemnizado a su asegurada Comersan, SA, por la pérdida de la mercancía transportada como consecuencia de un incendio en el camión que transportaba la mercadería. Comersan, SA en el curso de sus relaciones comerciales vendió productos textiles a dos sociedades alemanas: Glunz GmbH y Hans Gerd Swafing Ek. La venta se realizó bajo el incoterm CIP. En el transcurso de ese transporte, en el municipio alemán de Ibbenbüren, se incendió el vehículo que lo realizaba, resultado completamente destruida la mercancía transportada. El tribunal señala que en los casos de una venta CIP, una de las obligaciones esenciales que el vendedor contrae es la de entregar al comprador esta póliza, debido a que asume los riesgos desde el momento en que la mercancía se carga, es decir, se transmiten al comprador, de tal manera, que desde entonces el interés asegurable es el suyo y no el del vendedor. Dicha cláusula regula, entre otros extremos, la atribución del riesgo entre vendedor y comprador en la venta con expedición y, en consecuencia, determina quién está legitimado para accionar contra el responsable si la cosa vendida desaparece. El tribunal estima el recurso de apelación interpuesto por Zúrich España Cía. de Seguros y Reaseguros, SA.

La SJM de Zaragoza, núm. 47/2014, de 24 de febrero, procedimiento 113/2013, como demandante Arkas Spain, SA, contra la mercantil Urbeni, SL, sobre responsabilidad derivada del contrato de transporte entre las partes. La mercantil demandada Urbeni vendió a Sarl Algerie 4x4 Motors Accesories una partida de mercancías; para realizar el transporte de las mismas desde el puerto de Barcelona hasta el puerto de Argelia contrató a Arkas, empresa dedicada al transporte nacional e internacional de mercancías. La parte actora realizó el transporte convenido y Urbeni, por su parte, pagó el precio del transporte. Una vez se encontraba la mercancía en Argelia y al no ser recogida por la compradora, Urbeni pidió a Arkas que le pasase los gastos generados por la estancia del contenedor en Argelia y los gastos de retorno del contenedor, de lo cual Arkas informó oportunamente. Urbeni indica, para eludir la responsabilidad del pago de los gastos reclamados en el procedimiento, que la compraventa de las mercancías objeto del transporte se hizo bajo el incoterm CFR, existiendo entre las partes un contrato de fletamento. Analizando el caso, el tribunal señala que tales alegaciones no pueden acogerse porque la cláusula CFR «coste y flete» limita la responsabilidad por daños en la carga cuando esta sobrepasa la borda del buque en el puerto convenido. No obstante, en el presente caso no se discuten dichos daños sino los gastos derivados del transporte. En todo caso, al tratarse de una carga llevada en contenedores se debieron utilizar las siglas CPT (siglas del término en inglés *carriage paid to*, «transporte pagado hasta,

lugar de destino convenido»), por lo que no recae responsabilidad a la otra parte, por lo que se estima la demanda.

Cuarta. Las reglas «entregada en terminal» (*delivery at terminal*, DAT), «entregada en lugar» (*delivery at place*, DAP) y «entregada derechos pagados» (*delivery duty paid*, DDP) identifican ventas directas en destino. Es decir, el vendedor cumple su obligación de entrega cuando pone los efectos enajenados a disposición del comprador en el lugar de destino acordado. Por lo tanto, el primero corre con el riesgo de contraprestación durante el transporte. Los tres son también modalmente neutros. Además, el DAT pertenece a las reglas para cualquier modo o modos de transporte. Los tres términos se diferencian entre sí esencialmente por la imputación de la descarga de las mercancías, así como por los trámites aduaneros de importación. Como ejemplo de la aplicación de estos términos tenemos la SJM de Oviedo, núm. 41/2018, de 14 mayo, procedimiento núm. 236/2016, promovido por AXA Corporate Solutions Niederlassung Deutschland, compañía aseguradora, contra Alcron GmbH, en la que se ejercita una acción de reclamación de cantidad derivada de un contrato de transporte de mercancías en cuya ejecución la mercancía resultó dañada. La demandante tiene suscrito desde el año 2014 un contrato de seguro de transporte de mercancías con la mercantil alemana Grupo Thyssenkrupp, cuyo objeto lo constituye los posibles daños que puedan sufrir las mercancías propiedad del grupo asegurado durante la ejecución de transporte nacional o internacional. La mercantil Thyssenkrupp tiene por objeto social la fabricación de pasarelas de embarque de pasajeros, para su posterior comercialización a los distintos aeropuertos del mundo. En septiembre de 2015, Thyssenkrupp vendió en condiciones DAP al aeropuerto internacional de Nizhny Novgorod (Rusia) varios puentes de embarque de pasajeros, entre ellos el que es objeto de la presente demanda. El tribunal señala que el incoterm DAP, *delivery at place*, implica que la transmisión del riesgo del vendedor al comprador se produce una vez la carga llega al lugar designado, en este caso el aeropuerto ruso. Para el transporte de la mercancía desde las instalaciones de Thyssenkrupp en Mieres (Asturias), hasta su destino en Rusia, la empresa encomendó a la demandada Alcron un transporte combinado internacional, según se desprende del contrato de transporte suscrito entre las dos entidades. De los documentos de prueba obrante en autos y del examen de las periciales que han quedado referidas se desprende la responsabilidad del porteador, por lo que el tribunal determina acreditados los hechos constitutivos de la demanda, estimando la demanda.

Quinta. Un ejemplo de la interpretación del incoterm DDP lo tenemos en la SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, núm. 341/2018, de 18 julio, recurso de apelación 718/2017; como demandante Espru Inversiones, SL y como demandado la empresa Origen Seafoods, SLU por un contrato internacional de compraventa entre ambas partes. En la venta de una partida de pescado *Merluccius gayi* congelada HGT, repartida en dos contenedores, la modalidad de compraventa internacional pactada fue incoterm DDP, el lugar de entrega se fijó en Klaipėda (Lituania), la mercancía fue entregada y depositada en los almacenes de la entidad VPA Logistics de Klaipėda (Lituania), a disposición del comprador, sin que este hubiere asumido gasto alguno en relación con dicha operación. Constan en las actuaciones documentos de importación (que no han sido impugnados) intervenidos por las autoridades lituanas, que no pusieron

reparo alguno a la entrada y recepción de la mercancía. En suma, en relación con las obligaciones de depósito con cláusula DDP, no se constata incumplimiento contractual alguno por parte del vendedor hasta la puesta a disposición de la mercancía, momento en que concluye su responsabilidad. El tribunal recuerda que la condición incoterm DDP (siglas de *delivered duty paid*, correspondiente a «entrega con derechos pagados») significa que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la mercancía cuando haya sido puesta a disposición del comprador en el lugar convenido del país de importación, asumiendo todos los gastos y riesgos, además de los impuestos y gravámenes del despacho de importación (y también de conformidad con la regla de interpretación DDP). Es obligación del comprador, además de pagar oportunamente el precio y facilitar todo tipo de documentos que se precisen para la importación, tomar posesión de la mercancía tan pronto como sea entregada o puesta a su disposición. En este caso la mercancía fue entregada y depositada en los almacenes de la entidad VPA Logistics de Klaipėda (Lituania), a disposición del comprador, sin que este hubiere asumido gasto alguno en relación con dicha operación, por lo que no se constata incumplimiento contractual alguno por parte del vendedor, por lo que el tribunal desestima el recurso de apelación.

Sexta. Las cuatro reglas restantes identifican ventas indirectas al embarque que solo pueden utilizarse cuando las mercancías se trasladan por mar o por vías de navegación interior. Se diferencian entre sí por el lugar de entrega, la contratación del transporte y la del seguro. En las ventas «franco al costado del buque» (*free alongside ship*, FAS), el vendedor cumple su obligación de entrega cuando pone las mercancías al costado del buque. En cambio, en las ventas «franco a bordo» (*free on board*, FOB), «coste y flete» (*cost and freight* o CFR) y «coste, seguro y flete» (*cost, insurance and freight* o CIF) la entrega se produce cuando las mercancías se ponen a bordo del buque. En cuanto a la contratación del transporte, corresponde al comprador en las reglas FAS y FOB, mientras que grava sobre el vendedor en las reglas CFR y CIF. Por último, los términos FAS, FOB y CFR son neutros en cuanto a qué parte debe contratar el seguro de la carga. En las ventas CIF, el vendedor debe concertar el contrato de seguro en nombre y a expensas propias, pero en beneficio del comprador. Como ejemplo de aplicación de estos términos tenemos las siguientes resoluciones judiciales:

- La SAP de Las Palmas, Sección 4.^a, núm. 158/2005, de 7 marzo, recurso de apelación 727/2003; como demandante la empresa Credit Lyonnais Ibérica de Factoring, SA contra Congelados Herbania, SL, en la que se discute la imputación de los gastos de conservación de la mercancía derivados de la falta de recepción por el comprador de una compraventa de pollos congelados procedentes de Brasil entre Fangosul (vendedor) y Congelados Herbania, SL, (comprador) en condiciones CFR. A la llegada a destino, el comprador se negó a recibir las mercancías, y estas estuvieron más de un año ubicadas en el contenedor a disposición del comprador, generándose los consiguientes gastos que fueron sufragados por el vendedor. Ante esa situación, este reexpidió las mercancías y cedió su crédito contra Congelados Herbania, SL a Credit Lyonnais Ibérica de Factoring, SA. La AP considera que el vendedor cumplió sus obligaciones, en cambio, el comprador incumplió las suyas al negarse a recibir la carga sin causa justificada. Ante esas circunstancias y dado que

la compraventa se había pactado en condiciones CFR, el vendedor tiene derecho a obtener el precio de la mercancía y el importe de los daños y perjuicios generados por el impago. Además, ante el incumplimiento injustificado del comprador, no cabe exigir al vendedor que conserve la mercancía con gravosos gastos de depósito.

- En el mismo sentido se pronunció la SAP de Madrid, Sección 28.^a, núm. 464/2017, de 23 octubre, recurso de apelación 15/2016, demanda presentada por Euro Metal Service (EMS) contra Emira Packaging, SL, en reclamación de un importe de mercancías vendidas a esta última (bobinas de acero) y servidas en relación con dos pedidos, un primer pedido que partió del puerto de Shanghái (China) con destino a Valencia (España), y que viajó por vía marítima en condiciones CFR bajo conocimiento de embarque, y un segundo pedido que partió del puerto de Shanghái (China) con destino a Leixoes (Portugal), que viajó por vía marítima en condiciones CIF bajo los conocimientos de embarque. Pese a la concurrencia de diferencias en otros aspectos contractuales, no existe controversia entre las partes en que una característica común a los incoterms CFR y CIF bajo los que se celebraron los dos contratos de compraventa reside en que en ambos casos los riesgos por la pérdida o deterioro de la mercancía vendida se transfieren al comprador tan pronto como aquellas han sido embarcadas en el puerto de origen. Tal circunstancia centra el objeto del debate en determinar si EMS entregó o no a Emira en el puerto de Shanghái las mercancías vendidas en condiciones de ser recibidas. Analizando las pruebas aportadas por ambas partes, el tribunal estima la demanda.
- La SJM de Barcelona, núm. 58/2015, de 13 de abril, procedimiento núm. 401/2013, promovido por la entidad KDI Export, SAS, contra la entidad Cargomaritime Transport, SA. El objeto del proceso es la reclamación de cantidad derivada de unos daños sufridos por una mercancía en un transporte, realizándose esta compraventa mediante la cláusula incoterms CFR Argel. El tribunal señala que los incoterms CFR y CIF se utilizan para el transporte en barco, y el último exclusivamente para el transporte marítimo. Por el incoterms CFR, el vendedor asume todos los costes, incluido el transporte principal, hasta que la mercancía llegue al puerto de destino, si bien el riesgo se transfiere al comprador en el momento que la mercancía se encuentra cargada en el buque, en el país de origen. Tomando en cuenta todos los hechos se concluye que la venta se realizó utilizando los incoterms CFR y CIF, los cuales se utilizan para el transporte en barco, y el último exclusivamente para el transporte marítimo. Pero el riesgo de pérdida o daño de la mercancía se transfirió del vendedor KDI al comprador Moduvi cuando la mercancía traspasó la borda del buque en el puerto de embarque, de ahí que la actora no tenga legitimación para reclamar los daños que se le han ocasionado a dicha mercancía, por lo que se desestima la demanda.
- En la SAP de Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 1 febrero de 2000 (JUR 2000\219123), recurso de apelación 3229/1998, interpuesto por Zúrich Internacional (España) contra Doship, SL, sobre una venta internacional y transporte de la mercancía hasta el destino en la que intervinieron varias empresas, siendo la demandante la encargada de consignar el seguro para una venta internacional con condiciones

CIF, que se realizó mediante transporte marítimo y cuya mercancía se perdió por el hundimiento de la embarcación que lo transportaba, la aseguradora (demandante) realiza el pago de la póliza a quien no estaba legitimado para recibirlo y pretende que este pago se subrogue a la parte afectada. El tribunal determina que la venta era en condiciones CIF «coste, seguro y flete/*cost insurance and freight* (puerto de destino convenido)»; el riesgo debe soportarlo el comprador desde el momento en que haya sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque». En este caso el pago del seguro se hizo a quien no estaba legitimado para percibirlo, y en su consecuencia la actora no puede pretender la subrogación que postula.

- Otro ejemplo de la interpretación del término CIF es la que realiza el TSJ de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, Sentencia núm. 558/2011, de 15 julio, recurso de casación 718/2008. Como demandante la empresa Bozzoli, SRL, contra la entidad Sidco Internacional, SA. La sentencia es sobre un contrato de compraventa, sujeto a la cláusula CIF (coste, seguro y flete); tiene como objeto la entrega de polvo de zinc que se transportó por vía marítima a Brasil, para hacerlo llegar posteriormente por carretera a la planta extractiva Maganes en Río das Montes, San Joan del Rei (Brasil). La entidad compradora denuncia incumplimiento contractual con base en que 312 bolsas de las 480 recibidas estaban contaminadas, por existir un material negro extraño, en el fondo, tildado por la parte vendedora de «basura», por lo que la parte demandante reclama a la parte demandada la devolución del 90 % de todo lo pagado, más los intereses de los gastos derivados de esto. El tribunal señala que no existe un motivo fundado para poder estimar el recurso, ya que la cláusula CIF significa que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del buque en el puerto de embarque convenido, de modo que debe responder hasta ese momento de los riesgos de pérdida o daño de dicha mercancía. La recurrente pretende excluir su responsabilidad, no con base en una aplicación errónea de la cláusula, sino alterando el soporte fáctico, es decir, argumentando que la «contaminación» de los sacos se produjo después de ser cargados. Por tal motivo el tribunal desestima el recurso.
- La SAP de Valencia, Sección 9.ª, núm. 244/2011, de 13 junio, recurso de apelación 293/2011; como demandante Cía. Bronces Iranzo, SL, y como demandados Marítimas Reunidas, SA y AGC Internacional, SA. Según resulta de los autos la entidad Bronces Iranzo, SL encarga a Marítimas Reunidas, SA el transporte marítimo de un cargamento de herrajes que había vendido en condiciones CIF. La última empresa subcontrata a su vez la operación a AGC Internacional, SA; las mercancías debían transportarse en tres palés, pero acabaron transformadas en diversos bultos o cajas que nunca llegaron a destino. El transportista reconoció su entrega errónea a su agente en Dubái y su traslado posterior a Pakistán, donde se les perdió la pista. El vendedor-cargador demandó a los transportistas y estos alegaron la falta de legitimación activa, al tratarse de una mercancía vendida en condiciones CIF. En esta relación comercial la forma de la compraventa bajo la que se vende la mercancía es utilizando el incoterm CIF, por lo que solo afecta, como norma general,

al ámbito de las relaciones internas entre el vendedor y el comprador, sin que ello pueda ser necesariamente obstáculo para la reclamación que se efectúe por razón de las pérdidas o daños sufridos a consecuencia del transporte, por lo que la sala estima el recurso de apelación interpuesto por la entidad broncez Iranzo, SL.

La STS de Madrid, Sala de lo Civil, núm. de resolución 309/2006, de 30 de marzo, rec. núm. 3113/1999; como demandante La Estrella, SA, de Seguros y Reaseguros contra Navarro y Boronad, SL, Containers y Transportes, SA (Cotinsa) y Murat Naiboglu Shipping, solicitando la condena solidaria de las demandadas. Estrella, SA de Seguros y Reaseguros reclama de las demandadas la suma que pagó como consecuencia del siniestro ocurrido en el puerto de Gandía a bordo del buque Murat Naiboglu. La mercancía tenía que transportarse desde Gandía hasta Orán (Argelia); desafortunadamente se daña durante las operaciones de estiba. Tras indemnizar al vendedor, la aseguradora demanda a los estibadores y a la naviera, al entender que el capitán había obrado de forma negligente. En esta relación contractual el transporte derivaba de la compraventa CIF. El Tribunal señala que estamos ante uno de los contratos del grupo C, en los que el vendedor se encuentra obligado a concertar y sufragar el transporte de la mercancía, pero sin asumir los riesgos posteriores a la carga, lo que a los efectos que aquí interesan se traduce en que el vendedor debe cargar por su cuenta la mercancía a bordo del buque en un plazo razonable, avisando sin demora al comprador, y suministrar por su cuenta y en forma transferible una póliza de seguro marítimo contra los riesgos de transporte a que dé lugar el contrato, en tanto que el comprador debe recibir la mercadería en el puerto de destino convenido, asumiendo, salvo el flete y el seguro, los costes causados por la mercadería durante su transporte por mar hasta la llegada al puerto de destino, así como los gastos de descarga, a menos que estén comprendidos en el flete, así como asumir todos los riesgos que pueda correr la mercadería a partir del momento en que haya efectivamente pasado la borda del buque en el puerto de embarque. Analizando uno a uno las pretensiones de la parte recurrente, el tribunal señala la desestimación del recurso.

- Por último, la STS de Madrid, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 3 de marzo de 1997, núm. de resolución 157/1997, rec. núm. 1051/1993; como demandante Tana, SA contra Sea Land Ibérica, SA y Naviera del Odiel, SA, reclamadas por incumplimiento de contrato. Según establece, las ventas entre Tana, SA y Affiliated Food Corporation se hicieron, a tenor de la prueba aportada, en condiciones FOB, forma esta de venta marítima caracterizada por perfeccionarse con el embarque de las mercancías, momento en el que la propiedad y riesgo de la mercancía pasan al comprador, comenzando desde entonces la obligación de pagar el precio, pudiendo exigir el vendedor al comprador el pago del precio desde que se embarcaron los limones, sin tener que esperar a que las mercancías lleguen a su destino. Analizando las pruebas aportadas, el tribunal señala la desestimación de los motivos que componen el recurso, aparejando la declaración de no haber lugar al mismo.



Responsabilidad por accidentes y una propuesta de futuro

Juan Panisello Martínez

Abogado

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pedro Vela Torres, doña Rocío Fernández Domínguez, doña María de las Heras García, don Carlos Lema Devesa, don Juan José Marín López y don Miguel Ruiz Muñoz.

Extracto

El desarrollo de las nuevas tecnologías comporta multitud de nuevos riesgos, no resultando en ocasiones bastante la regla de la responsabilidad por culpa. Actividades beneficiosas para el desarrollo de la sociedad, al mismo tiempo son generadoras de riesgos, por lo que su ejercicio debe someterse al control preciso para reducir el riesgo a lo mínimo indispensable, para de esta manera ser aceptable. Por todo ello, si bien frente a la regla de la responsabilidad subjetiva ha surgido la regla de la responsabilidad objetiva, deberíamos plantearnos un nuevo modelo de responsabilidad que contemple la atribución de responsabilidad y la asignación de costes, con la finalidad de poder llegar a tener una percepción global de los problemas que surgen, producido un accidente.

Palabras clave: responsabilidad; riesgo; daños; diligencia.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Panisello Martínez, J. (2020). Responsabilidad por accidentes y una propuesta de futuro. *Revista CEFLegal*, 230, 65-92.





Responsibility for accidents and a proposal for the future

Juan Panisello Martínez

Abstract

The development of new technologies involves a multitude of new risks not sometimes quite the rule of responsibility for guilt. Beneficial activities for the development of the society, at the same time they are generating of risks, so that their exercise must undergo the precise control to reduce the risk to the minimum indispensable, in this way to be acceptable. Therefore, while in the face of the rule of subjective responsibility has emerged the rule of objective responsibility, we should consider a new model of responsibility to contemplate the attribution of responsibility and the allocation of costs, with the purpose of being able to have a global perception of the problems that arise an accident.

Keywords: liability; risk; tort; diligence.

Citation: Panisello Martínez, J. (2020). Responsabilidad por accidentes y una propuesta de futuro. *Revista CEFLegal*, 230, 65-92.





Sumario

1. Cuestiones previas
 2. Atribución de responsabilidad
 - 2.1. Criterio objetivo
 - 2.2. Criterio subjetivo
 3. Responsabilidad por accidentes
 - 3.1. Problemas de claridad
 - 3.1.1. Concepto «moderno» de culpa
 - 3.1.2. Lógicas culposa y objetiva
 - 3.2. Problemas de ajuste
 - 3.3. Propuestas pacíficas
 - 3.3.1. El riesgo no es bastante para fundamentar la indemnización
 - 3.3.2. Sin riesgo extraordinario no procede la inversión de la carga de la prueba
 - 3.3.3. Elevación de los estándares de diligencia exigible
 - 3.4. A modo de reflexión
 4. Una propuesta de futuro
 - 4.1. Razonamientos atributivos y asignativos
 - 4.2. Justicia correctiva y justicia distributiva
 5. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas

1. Cuestiones previas

«Solo quien tiene responsabilidad puede actuar irresponsablemente» (Jonas, 1995, p. 165), por lo que el ser responsable, además de contener un contenido moral, su principal fundamento es la ley. Sin ley no se puede imputar a una persona ninguna responsabilidad más allá de la responsabilidad moral de no haber respondido como se esperaba, por eso la única responsabilidad que obliga a reparar el daño es la jurídica, y para ello debe estar contenida en la ley.

Uno de los debates más importantes en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es si las personas deben ser consideradas objetivamente responsables por los accidentes que causen, o si una condena de responsabilidad solo es posible si el causante del accidente actuó con culpa. En función del papel que se le atribuya a la culpa pueden establecerse, dicho de manera resumida y en apretada síntesis, dos criterios de imputación (Gómez Pomar, 2000, pp. 2-4). Uno, el subjetivo, en el que la regla de la responsabilidad por culpa es la regla del general¹, en el que el causante del accidente solo responde cuando se ha producido por su culpa (Concepción Rodríguez, 2009, p. 17). Otro, el objetivo, en el que la regla de la responsabilidad objetiva es la excepción, encontrando su fundamento en su expresa indicación en la ley², o en los supuestos en los que no exista referencia a los criterios tradicionales de la culpa o negligencia³, o cuando sean negados por la ley⁴. No obstante, hay que precisar que, por razones históricas e influencia del derecho de expropiación forzosa, en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas⁵, el criterio de imputación objetiva ha venido siendo la regla general⁶.

En la responsabilidad subjetiva lo trascendental es analizar con detalle la acción u omisión, así como el grado de culpa en que incurrió el causante del accidente, para con ello determinar la responsabilidad⁷, prestando más atención en delimitar quién debe responder qué al resarcimiento a la víctima (Díez-Picazo y Ponce de León, 2000, pp. 107-108; Concepción Rodríguez, 2009, p. 18).

¹ Artículo 1.902 del CC.

² Artículo 45 Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear: «Esta responsabilidad será objetiva».

³ Artículo 106.2 de la CE: «Funcionamiento de los servicios públicos».

⁴ Artículo 3.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental: «Aunque no exista dolo, culpa o negligencia».

⁵ Artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁶ Véase nota anterior.

⁷ En cuanto a la distinción de responsabilidades, véase la STS de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016\9834).

En la responsabilidad objetiva solo se analiza el resultado⁸. El causante del accidente deberá responder por los daños causados⁹, por su actividad generadora, habitualmente, de riesgos extraordinarios, y que un comportamiento diligente tampoco los ha podido evitar (Shavell, 2004, p. 179).

A modo de ejemplo: conductor que atropella a un ciclista o médico en una intervención quirúrgica –no regulada por un contrato–. En un régimen de responsabilidad subjetiva, para que el conductor o el médico sean declarados civilmente responsables es necesario que su actuación haya sido ilícita, es decir, que hayan sido imprudentes, negligentes o hayan actuado de forma inadecuada en su manera de actuar en relación con la normativa vigente. Bajo un régimen de responsabilidad objetiva, da igual que el conductor o el médico hayan sido negligentes o hayan actuado con la mayor diligencia posible, pues la mera causación fáctica del daño genera responsabilidad y el consiguiente deber de indemnizar (Fabra Zamora, 2015, pp. 2.548 y ss.).

2. Atribución de responsabilidad

El desarrollo de las nuevas tecnologías ha ocasionado que las personas que participan de manera activa en el tráfico jurídico están expuestas a multitud de nuevos riesgos, que deben aceptar sin disponer de una suficiente protección contra los eventuales accidentes, no resultado en ocasiones bastante la regla de la responsabilidad por culpa (European Group on Tort Law, 2008, p. 106). Actividades que son beneficiosas para el desarrollo de la sociedad, al mismo tiempo son generadoras de riesgos –centrales nucleares, petroquímicas¹⁰, por lo que su ejercicio debe someterse al control preciso para reducir el riesgo a lo mínimo indispensable, para de esta manera ser aceptable (Santos Briz, 1993, p. 555). Por todo ello, frente a la regla de la responsabilidad por culpa o subjetiva ha surgido la regla de la responsabilidad objetiva (Reglero Campos, 2003, p. 220).

La regla de la responsabilidad objetiva encuentra acomodo en actividades que comporten un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios¹¹, in-

⁸ Véase y compárese la STS, Sección 1.ª, núm. 581/2007, de 28 de mayo, MP: Encarnación Roca Trías; y la STS, Sección 1.ª, núm. 595/2012, de 23 de octubre, MP: Francisco Marín Castán.

⁹ STS, Sección 1.ª, núm. 1243/2007, de 4 de diciembre (NCJ041141), MP: Francisco Marín Castán.

¹⁰ A modo de ejemplo, la fuerte explosión en la empresa Industrias Químicas del Óxido de Etileno (IQOXE) del polígono petroquímico sur, en La Canonja, Tarragona, la tarde del martes 14 de enero de 2020, que se saldó con tres fallecidos y siete heridos, dos de ellos graves, a pesar de la inspección anual realizada por una empresa homologada, y contar con los certificados pertinentes. Entre otros digitales, recuperado el 23 de enero de 2020 de <<https://www.lavanguardia.com/local/tarragona/20200115/472914078018/explosion-petroquimica-tarragona-iqoxe-que-se-sabe.html>> y <<https://www.diaridetarragona.com/tarragona/iqoxe-supero-una-inspeccion-de-seguridad-hace-un-mes-20200121-0063.html>>.

¹¹ En este sentido, entre otras, las SSTS de 9 de julio de 1994 (rec. núm. 2554/1991), 20 de marzo de 1996 (rec. núm. 2736/1992), 12 de marzo de 1997, 14 de noviembre de 1998 (rec. núm. 1576/1994 [NCJ044550]), 29 de mayo de 1999 (rec. núm. 2962/1994 [NCJ045664]), 2 de marzo de 2000 (rec. núm.

roduciéndose de manera fragmentaria mediante la aprobación de leyes especiales con la aparición de los regímenes especiales de responsabilidad extracontractual¹², pero también orientando la interpretación y la aplicación de los principios jurídicos tradicionales por caminos de máxima protección de las víctimas de los accidentes debido a una interpretación flexible por parte de los tribunales (Ángel Yágüez, 1998, p. 34).

La responsabilidad objetiva responde a las exigencias de los tiempos actuales¹³, ya que quien crea un riesgo, aunque su conducta sea lícita, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de su actuar¹⁴, y, en su caso, mediante la inversión de la carga de la prueba, a los efectos de demostrar con plenitud que se obró con la más y mayor atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado¹⁵.

No obstante, la evolución jurisprudencial tendente a la objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, ha comportado la eliminación, sin más, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo, por considerar que «el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del CC, cuya aplicación requiere «la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del evento dañoso»¹⁶, y que «el riesgo por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1.902 y 1.903 CC»¹⁷.

A continuación, pasaremos a examinar cómo se entrecruzan los criterios de imputación objetivo y subjetivo.

2.1. Criterio objetivo

Una de las primeras resoluciones en torno a la objetivación de la responsabilidad por culpa versa sobre los daños causados por las chispas desprendidas por una locomotora,

527/1995), 6 de noviembre de 2002 (rec. núm. 1021/1997 [NCJ037513]), 24 de enero de 2003 (rec. núm. 2031/1997 [NCJ035987]) y 31 de marzo de 2003 (rec. núm. 2476/1997).

¹² Podemos indicar los siguientes regímenes especiales de responsabilidad extracontractual: la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, la protección de consumidores y usuarios mediante la responsabilidad por productos defectuosos, la responsabilidad por la lesión del derecho al honor y a la intimidad, la responsabilidad civil en el ámbito de los vehículos a motor, la responsabilidad por daños nucleares o materiales radioactivos, la navegación aérea, la responsabilidad por daños ocasionados al medio ambiente o la responsabilidad civil por ejercicio de la caza.

¹³ SSTS de 31 de diciembre de 1996 (rec. núm. 433/1993), 14 de noviembre de 2000 (rec. núm. 2944/1995 [NCJ044636]) y 17 de octubre de 2001 (rec. núm. 3559/1996 [NCJ039073]).

¹⁴ STS de 9 de julio de 1994 (rec. núm. 1762/1991).

¹⁵ STS de 24 de enero de 1992 (rec. núm. 447/1988) y 20 de junio de 1994 (rec. núm. 2266/1991).

¹⁶ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 243/1996, de 22 de enero de 1996.

¹⁷ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 4312/2008, de 23 de julio de 2008.

que produjeron el incendio de hierbas y maleza seca. La STS de 29 de junio de 1932¹⁸ fija doctrina en el sentido que cumplir con los reglamentos administrativos que vinculan al demandante no constituye prueba suficiente para su falta de culpa¹⁹.

No obstante, el inicio de esta tendencia hacia la objetivación se produce con la STS de 10 de julio de 1943²⁰, al establecer un giro en cuanto a la obligación de la carga de la prueba. Se dispensa al perjudicado del esfuerzo probatorio, y se obliga al causante del accidente a demostrar que no ha concurrido una causa de exoneración en la que pueda ampararse.

La objetivación de la responsabilidad, mediante la transformación de la apreciación del principio subjetivista, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, se ha producido mediante la inversión o atenuación de la carga probatoria; o mediante la exigencia de una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada. Con la inversión o atenuación de la carga probatoria, el causante del daño debe demostrar que ha procedido con la diligencia debida –a tenor de las circunstancias de lugar y tiempo–, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias; con la exigencia de una diligencia específica, más alta que la administrativamente reglada, al entender que la simple observancia de las disposiciones administrativas no bastan para exonerar de responsabilidad a la persona que ha causado el daño, cuando las garantías para prever y evitar los accidentes –previsibles y evitables– no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado²¹.

A modo de ejemplo, que la diligencia exigible no abarca solo las precauciones y cuidados ordenados en cada caso por los reglamentos, sino también toda la prudencia precisa para evitar el daño, la STS de 12 de febrero de 1981²², en un supuesto de responsabilidad por daños causados durante la explotación de cantera en una finca lindante por efecto de las voladuras, establece que no basta con

¹⁸ MP: Miguel Hernández.

¹⁹ Nos indica, en síntesis, que las compañías de ferrocarriles, cuando los accidentes o siniestros se producen, «no pueden excusar su responsabilidad con el hecho de haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que vienen obligados», conforme se resolvió en la Sentencia de 13 de febrero de 1928, pues cuando la realidad se impone, demostrando que las medidas tomadas para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido positivo resultado, claramente acredita la imperfección y negligencia que presidieron a su adopción, dando lugar a los daños cuya reparación es de absoluta necesidad por ineludible imperativo de justicia.

²⁰ RJ 1943\856. Atropello de ciclista: Obligación del conductor infractor de moderar la marcha en las proximidades de curvas y en los cruces de caminos con visibilidad nula.

²¹ SSTS de 28 febrero 1950 (RJ 1950\367), 8 de abril de 1958 (RJ 1958\1470), 15 de junio de 1967 (RJ 1967\3487), 11 de marzo de 1971 (RJ 1971\1234), 30 de junio de 1976 (RJ 1976\3201), 27 de abril de 1981 (RJ 1981\1781), 9 de marzo de 1984 (RJ 1984\1207), 10 de julio de 1985 (RJ 1985\3965), 19 de febrero de 1987 (RJ 1987\719) y 16 de octubre de 1989 (RJ 1989\6923), entre otras.

²² RJ 1981\530.

acreditar por el causante del daño que ha actuado con sujeción a las disposiciones reglamentarias afectantes al caso, porque cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prevenir y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelen la insuficiencia y que falta algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia.

Otro ejemplo, para ilustrar esta evolución hacia la responsabilidad objetiva, en el que también se pone en evidencia la falta de la diligencia exigible para evitar el daño, podemos encontrarlo en la STS de 29 de septiembre de 2005²³, relativa a un encierro de reses bravas, que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia estimatoria de la acción de responsabilidad extracontractual planteada por la parte actora, pues si bien en el transcurso del encierro el esposo, y padre de los demandantes, fue embestido por un toro, causándole heridas que determinaron su muerte, mantiene la sala que la orden²⁴, por la que se regula la celebración del encierro de reses bravas, señala que se requiere un experto taurino, indicando que:

El contrato suscrito con un experto taurino que garantice la actuación de este así como de un número no inferior a diez colaboradores voluntarios capacitados y con experiencia para impedir o limitar los accidentes, así como para organizar y prevenir las medidas de seguridad tendentes al rescate y socorro inmediato de las víctimas que puedan causar las reses.

Pues bien, quien aparece como la persona que solicita el permiso para la celebración del encierro de reses bravas, y ocupa la posición de experto y responsable del encierro, ha incumplido lo previsto en la orden citada, puesto que reconoce no solo que no seguía las evoluciones del toro, sino que no pudo haberlo hecho por cuanto ni siquiera se encontraba presente en el festejo. Asimismo, únicamente aparecen nueve colaboradores –cuando la orden requiere un número no inferior a diez–, no habiéndose acreditado tampoco que los nueve existentes hubieran acompañado las distintas evoluciones del animal en su recorrido. Siendo así, no puede entenderse en modo alguno que fuera una conducta irresponsable o negligente del fallecido la causante de su fallecimiento, sino que tal responsabilidad debe recaer sobre quienes tenían el deber de cuidado –exigido además legalmente– y no lo ofrecieron.

Otros ejemplos, de esta evolución hacia la responsabilidad objetiva, cuyo estudio con detalle excede del objeto del presente trabajo, podemos encontrarlos en las STS de 28 de abril de 1997²⁵, cliente de un hotel lesionada al tropezar y caer por la escalera; 30 de marzo de 2006²⁶, caída en restaurante de un cliente que cayó al suelo cuando se dirigía a los aseos por escalón que debía ser conocido por la víctima; 2 de marzo de 2006, caída de una persona que tropezó con una manguera de los servicios municipales de limpieza que no supo-

²³ RJ 2005\7155.

²⁴ Orden de 22 de junio de 1989, Conselleria de la Administración Pública de la Generalitat Valenciana.

²⁵ Rec. núm. 1662/1993.

²⁶ Sentencia núm. 304/2006.

nía un riesgo extraordinario y era manejada por operarios con prendas identificables; 17 de junio de 2003, daño en la mano por la puerta giratoria de un hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio del riesgo; 6 de febrero de 2003²⁷, caída en la escalera de un centro comercial; 16 de febrero de 2003, caída en las escaleras de un hotel; 12 de febrero de 2003, caída en el terreno anejo a una obra; 10 de diciembre de 2002, caída en una discoteca; 30 de octubre de 2002, caída de la víctima sin causa aparente en un local; 25 de julio de 2002, caída en una discoteca sin haberse probado la existencia de un hueco peligroso; 6 de junio de 2002, 13 de marzo de 2002, 26 de julio de 2001, 17 de mayo de 2001, 7 de mayo de 2001²⁸, caídas sin prueba de la culpa o negligencia de los respectivos demandados; 11 de febrero de 2006, caída en una cafetería-restaurante por pérdida de equilibrio; 31 de octubre de 2006, caída en un local de exposición, al tropezar la cliente con un escalón que separaba la tienda de la exposición, perfectamente visible; 29 de noviembre de 2006²⁹, caída en un bar; 22 de febrero de 2007³⁰, caída en un mercado por hallarse el suelo mojado por agua de lluvia, y 30 de mayo de 2007³¹, caída a la salida de un supermercado.

En definitiva, en un intento de adaptarse a los nuevos riesgos que van surgiendo podemos apreciar una evolución del criterio de atribución hacia criterios de imputación objetivos, si bien, como veremos a continuación, también se retoman criterios de imputación subjetivos.

2.2. Criterio subjetivo

Probablemente es la STS de 30 de junio de 1959³² la que pone el punto de inflexión en la evolución de la jurisprudencia hacia criterios de imputación objetivos, iniciándose una nueva línea jurisprudencial con el objetivo de corregir los excesos producidos en la aplicación de la regla *pro damnato*. En este sentido, aportando razonamientos más matizados en orden a la eficacia del riesgo creado como justificación de la objetivación de la responsabilidad, la STS de 7 de marzo de 2018³³ –supuesto en que una espectadora situada en la grada detrás de la portería recibe un impacto en el ojo por un balón lanzado desde el terreno de juego– subraya cómo la necesidad de la objetivación se ha ido relativizando en la medida en que el ordenamiento jurídico ha ido incorporando reglas especiales de responsabilidad objetiva para distintos ámbitos de actividad en los que se aprecia el riesgo, de tal manera que, cuando no estén previstas normas especiales de responsabilidad objetiva, lo procedente sea aplicar el régimen general de responsabilidad civil subjetiva.

²⁷ Rec. núm. 1375/1997.

²⁸ Rec. núm. 1186/1996.

²⁹ Rec. núm. 1153/2000.

³⁰ Sentencia núm. 149/2007.

³¹ Rec. núm. 80/2000.

³² Sentencia núm. 458/1959

³³ Rec. núm. 2549/2015.

La citada STS de 7 de marzo de 2018, con desestimación del recurso de casación interpuesto contra SAP de Zaragoza, de 25 de junio de 2015³⁴, rechazando la infracción del artículo 1.902 del CC al no producirse causalidad adecuada, nos razona que:

Es cierto que en un balón proyectado desde el campo a la grada está el origen del daño, pero el nexa causal que relaciona las lesiones producidas en un ojo a la espectadora desaparece *desde el momento en que asume un riesgo propio del juego o espectáculo que conoce* [...]. El riesgo que se crea no es algo inesperado o inusual, del que deba responder. Surge durante el calentamiento previo de los futbolistas donde es más frecuente los lanzamientos de balones a la grada, y se traslada al ámbito de responsabilidad de la víctima, que controla y asume esta fuente potencial de peligro, con lo que el curso causal se establece entre este riesgo voluntariamente asumido y el daño producido por el balón, con la consiguiente obligación de soportar las consecuencias derivadas del mismo. Y si no hay causalidad, no cabe hablar, no ya de responsabilidad subjetiva, sino tampoco de responsabilidad por riesgo u objetivada, necesaria para que el demandado deba responder del daño. [Y concluye indicando que] la naturaleza del riesgo, las circunstancias personales, de lugar y tiempo concurrentes, y la diligencia socialmente adecuada en relación con el sector de la vida o del tráfico en que se produce el acontecimiento dañoso, serán elementos a tener en cuenta, como los tuvo la sentencia recurrida al analizar las consecuencias que resultan por la falta de redes en los fondos de la portería, y es que, además de tratarse de una situación conocida por los espectadores, su colocación en el campo no se hace en interés de estos, puesto que dificultará la visión, sino atendiendo a potenciales criterios de orden público que prevalecen sobre el de los espectadores (Rubio Torrano, 2018).

Razonamientos análogos podemos encontrarlos en la STS de 24 de febrero de 2017³⁵, en un supuesto de incendio originado por la caída de un cable consecuencia de la deficiente conservación y mantenimiento del cableado eléctrico; así como en la STS de 23 de julio de 2008³⁶, que contempla un accidente por disparo de arma, en el que muere un joven de 16 años, que cogió una pistola guardada en forma reglamentaria y jugando con ella se dispara.

La STS de 23 de julio de 2008 nos indica que:

Estas circunstancias en modo alguno permiten trasladar a los demandados la culpa del daño ni es posible la atribución del resultado conforme a los criterios de imputación objetiva a partir de la inobservancia del Reglamento de Armas, pues no siempre que se produce un resultado dañoso se debe responder porque las medidas adoptadas resultaron ineficaces e insuficientes, pues tal conclusión, sin

³⁴ Rec. núm. 138/2015.

³⁵ Rec. núm. 103/2015

³⁶ Rec. núm. 983/2001.

matices, conduce a la responsabilidad objetiva pura o por daño, que no es el sistema que regulan los artículos 1.902 y 1.903 del CC³⁷.

A modo de conclusión, podemos indicar que con esta «nueva» línea jurisprudencial acabada de apuntar, que nos retorna a los «orígenes» interpretativos del artículo 1.902 del CC, no deberá responderse por todo daño producido.

3. Responsabilidad por accidentes

Sobre el papel que la responsabilidad objetiva debe jugar en materia de accidentes encontramos líneas jurisprudenciales diversas. Desde la jurisprudencia poco clara y confusa, pasando por la jurisprudencia con dificultad para acabar de ajustar la regla de responsabilidad, hasta la jurisprudencia que sienta doctrina pacífica.

3.1. Problemas de claridad

En relación con la jurisprudencia poco clara y confusa, que no ha contribuido a brindar un horizonte nítido sobre el papel que la responsabilidad objetiva debe jugar en materia de accidentes, analizaremos la que se propuso construir un concepto «moderno» de culpa, así como la que confundió las lógicas culposa y objetiva.

3.1.1. Concepto «moderno» de culpa

Existió una tentativa de construir un concepto «moderno» de culpa para conductas que, sin ser antijurídicas, resultaran «culpables» en virtud del resultado dañoso, o por apreciarse en ellas un reducto de «voluntariedad», y, en consecuencia, de reprochabilidad, sin llegar a dar el salto a una responsabilidad por mera causación a partir de una actividad de riesgo. En este sentido, podemos citar dos ejemplos: uno relativo a un accidente de trabajo y otro relativo a la pérdida de puestos de trabajo.

A) Accidente de trabajo. Enfermedad contraída como consecuencia a la realización de actividad laboral

En un supuesto de una trabajadora que contrajo una enfermedad, según dictámenes periciales apreciados en la instancia, por inhalación de cristales de sílice y abundantísimos de asbesto, durante los años en que trabajó para la empresa demandada. En lo que aquí

³⁷ Con cita, STS de 16 de octubre de 2007, núm. 1070/2007.

interesa, la STS de 8 de noviembre de 1990³⁸, con apoyo y en apoyo del concepto «moderno» de culpa, indica que:

El concepto moderno de la culpa, que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de la culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, no solo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobada [...] la entidad demandada creó una situación de riesgo, de la que ha de responder, [...] la doctrina moderna coloca al lado del tradicional principio de la culpa el nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos. Aunque la responsabilidad por riesgo no se caracteriza solamente por la inexistencia de culpa en el sentido clásico, pues casi siempre hay un principio de imputación positiva, en la que, aun predominando el criterio de objetividad basado en la creación de un riesgo, no puede decirse en muchos casos que haya ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata al hecho productor de los daños; en esta actuación voluntaria mediata o indirecta se halla el fundamento de esta responsabilidad, que impide caer en una primitiva responsabilidad por el mero resultado.

B) Pérdida de puestos de trabajo. Incendio acaecido en factoría de la empresa

En un supuesto en que los trabajadores demandantes habían perdido sus puestos de trabajo por la destrucción de la factoría en la que trabajaban, por la negligencia de otros empleados que fueron demandados junto con la empresa, en lo que aquí interesa, la STS de 22 de septiembre de 2004³⁹ nos indica que:

Habrà de tenerse en cuenta una especie de responsabilidad por riesgo atribuible a la empresa, al producirse una extinción impuesta de sus puestos de trabajo, con los consiguientes menoscabos de quienes, por ello, quedan cesantes en su ocupación laboral, produciendo lo así efectuado la privación de su sustento económico, aparte de los quebrantos anímicos por esa inseguridad e incertidumbre laboral, con el lastre de la disminución de sus ingresos dinerarios, aunque disfrutasen de la situación de desempleo, siendo todo ello circunstancias que, en su conjunto, han de operar como presupuestos integradores de los daños y perjuicios reclamados, así como de la consiguiente «minoración salarial» sufrida durante ese período de cesantía, por lo que procede tutelar ese desamparo a cargo del codemandado.

³⁸ RJ 1990\8534.

³⁹ Rec. núm. 4058/1998.

3.1.2. Lógicas culposa y objetiva

Otra jurisprudencia, confundiendo las lógicas culposa y objetiva, fue «objetivando» la responsabilidad civil extracontractual con la «inversión de la carga de la prueba» de la culpa⁴⁰ y una particular versión de la «doctrina del riesgo».

En cuanto a la inversión de la carga de la prueba no puede decirse que se agregara a la culpa un nuevo principio de responsabilidad «objetivada, cuasiobjetiva o por riesgo». Lo que en realidad ocurría es que los tribunales jugaban con dos reglas de responsabilidad, sin que acabásemos de saber cuándo y por qué se prefiere una u otra regla de responsabilidad.

En cuanto a la doctrina del riesgo da la sensación de que la idea de riesgo ha funcionado más desde un punto de vista argumentativo o retórico que como fundamento de la responsabilidad. En ocasiones se confunde con la regla *cuius commoda eius incommoda*, que impone la indemnización como contrapartida de un lucro obtenido por una actividad peligrosa, pero en otras parece separarse de ella.

En este sentido, a continuación, analizamos algunos supuestos tratados por la jurisprudencia.

A) Humos excesivos nocivos a las propiedades

En un supuesto de daños en fincas agrícolas por la emisión de humos y gases expelidos por fábrica de productos químicos, la STS de 7 de abril de 1997⁴¹, que pudiendo haber resuelto de manera «objetiva» por medio del artículo 1.908.2.º del CC, finalmente condena por negligencia, indicando que:

En sede de teoría general acerca de la responsabilidad por culpa extracontractual ex artículo 1.902 del Código Civil, la tendencia hacia un sistema que, sin hacer abstracción total del factor psicológico o moral y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa (*cuius est commodum eius est periculum; ubi emolumentum, ibi onus*), y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el acogimiento de la llamada «teoría del riesgo», ora por el cauce de la inversión de la carga de la prueba, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, sin que sea bastante para desvirtuarla el

⁴⁰ El demandado ha de probar que actuó con diligencia.

⁴¹ Rec. núm. 1184/1993.

cumplimiento de reglamentos, pues estos no alteran la responsabilidad de quienes los cumplan, cuando las medidas de seguridad y garantía se muestran insuficientes en la realidad para evitar eventos lesivos⁴².

Y continúa indicando que:

Por otro lado, además de lo que acaba de decirse en sede de teoría general, [...] *el número segundo del artículo 1.908 del Código Civil*, que es donde el presente caso litigioso encuentra una subsunción o incardinación específica, *configura un supuesto de responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado*, al establecer que los propietarios responden de los daños causados «por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», que es lo ocurrido en el presente caso, pues *aunque cuantitativamente los humos y gases expelidos por la fábrica de la entidad recurrente hayan podido respetar [...] los niveles de contaminación reglamentariamente establecidos, lo cierto es que cualitativamente fueron nocivos y causaron daños a terceras personas totalmente ajenas a la referida explotación industrial, lo que evidencia que tales medidas fueron insuficientes para evitar los daños a terceros*.

B) Producto de uso doméstico potencialmente peligroso

En un supuesto de explosión de gas butano en vivienda muriendo una persona en el derrumbe producido, encontramos otro ejemplo de la dificultad que encuentra la jurisprudencia para deslindar las lógicas culposa y objetiva. En lo que aquí interesa, la STS de 16 de diciembre de 2008⁴³, utilizando razonamientos de sentencias anteriores⁴⁴ indica que:

Ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre el riesgo acreditado, preexistente y concurrente que, en línea cuasiobjetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligroso potencial cierto, por resultar entonces adecuada aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, con la consecuente inversión de la carga

⁴² Con cita en las SSTS de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989\6923), 8 de mayo de 1990 (RJ 1990\3690), 8 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8534), 26 de noviembre 1990 (RJ 1990\9047), 28 de mayo de 1991 (RJ 1991\3940) y 24 de mayo 1993 (RJ 1993\3727).

⁴³ RJ 2009\529.

⁴⁴ SSTS de 30 de julio de 1998 (rec. núm. 1449/1994) y 29 de octubre de 2004, núm. 1030/2004.

de la prueba⁴⁵, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede en el caso que nos ocupa por el uso doméstico del gas butano, que impone el manejo de las bombonas al usuario y por ello no basta ni resulta suficiente para exonerar de toda responsabilidad que se hayan cumplido disposiciones reglamentarias, ya que el mismo peligro que se instaura es exigente, por su propia estructura de representar constatado riesgo, de una diligencia extremada y agotadora de medios en relación con las cosas y circunstancias de tiempo y lugar.

C) Daños en fincas situadas en plano inferior por desbordamiento de agua

La empresa demandada había desviado el cauce natural de un río para beneficiarse de la corriente, y una tormenta produjo un corrimiento de tierras que hizo desbordarse el cauce y anegó las fincas de los demandantes, causando importantes daños.

En este supuesto, la STS de 15 de noviembre de 2004⁴⁶ nos indica que la doctrina jurisprudencial más moderna considera que:

La responsabilidad por riesgo responde a las exigencias de los tiempos actuales y no puede decirse que en muchos casos se dé ausencia total de voluntariedad más o menos inmediata en el hecho productor del daño⁴⁷. Dicha responsabilidad por riesgo acreditado es exigente en línea cuasiobjetiva, lo que presupone una actuación imputable, tanto activa como omisiva, y se impone adoptar las precauciones que se presentan evidentes con agotamiento de los medios a fin de eludir cualquier circunstancia o incidencia que transforme en daño efectivo lo que consta como potencial y peligro cierto, por lo que resulta procedente a estos casos aplicar el artículo 1.902 del Código Civil⁴⁸, ya que quien crea un riesgo, conforme reiterada jurisprudencia, aunque su actuar originario sea lícito, debe asumir y soportar las consecuencias derivadas de dicho actuar del que se beneficia⁴⁹.

Y continúa argumentando que:

La aplicación de la teoría del riesgo desplaza la carga de la prueba, de tal manera que correspondía a la recurrente demostrar con plenitud que obró con la mayor

⁴⁵ Con cita, entre otras, en las SSTS de 13 de diciembre de 1990 (RJ 1990\10002), 5 de diciembre de 1991 (RJ 1992\991), 20 de enero de 1992 (RJ 1992\192), 10 de marzo de 1994 (RJ 1994\1736), 9 de julio de 1994 (RJ 1994\6302) y 8 de octubre de 1996 (RJ 1996\7059).

⁴⁶ RJ 2004\7232.

⁴⁷ Con cita en las SSTS de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9053), 14 de noviembre de 2000 (RJ 2000\8981) y 17 de octubre de 2001 (RJ 2001\8642).

⁴⁸ Con cita en las SSTS de 5 de febrero de 1991 (RJ 1991\991), 8 de abril de 1992 (RJ 1992\3187), 10 de marzo de 1994 (RJ 1994\1736) y 8 de octubre de 1996 (RJ 1996\8060).

⁴⁹ Con cita en la STS de 9 de julio de 1994 (RJ 1994\6302).

y más atenta diligencia a fin de evitar el resultado dañoso ocasionado⁵⁰ y tal actividad probatoria no fue llevada a cabo satisfactoriamente. Conforme declara la Sentencia de 12 de julio de 1994⁵¹, partiendo de la efectiva causación de daños, si el demandado no demuestra que su conducta fue correcta y la adecuada a las circunstancias, a él hay que responsabilizarle del resultado, pues entonces cabe sustentar que concurrió una acción u omisión propia capaz de originarlo. La inversión de la carga de la prueba ha sido conectada por la jurisprudencia de esta sala con el riesgo o peligro de la actividad que desarrolló el agente⁵².

Si bien en esta resolución podría deducirse que el Tribunal Supremo acepta el riesgo como verdadero fundamento de la responsabilidad, poco antes establece, y con posterioridad confirma, que se trata de desplazar la carga de la prueba de la culpa y de ser rigurosos con la prueba de la diligencia por parte de quien crea el riesgo. Al menos en su literalidad, da al demandado la posibilidad de probar que su conducta fue diligente y, de este modo, liberarse de la responsabilidad. Ahora bien, si en ese exigir «agotar los medios» para evitar eventuales daños no sirven de referencia determinados niveles razonablemente exigibles de diligencia –siempre se pudo hacer algo más–, se estaría equiparando *de facto* esta situación y la de la responsabilidad objetiva.

3.2. Problemas de ajuste

Otra línea jurisprudencial presenta problemas para acabar de ajustar la regla de responsabilidad objetiva en los accidentes. En este sentido, a continuación, analizamos algunos supuestos tratados por la jurisprudencia.

A) Accidente vagón de ferrocarril

Supuesto de graves lesiones sufridas por un joven que pretendió acceder a un vagón del ferrocarril metropolitano de Barcelona cuando parece que ya estaba iniciando la marcha.

Si bien el Tribunal Supremo nos brinda una ilustración satisfactoria sobre el modo de concebir el riesgo en la responsabilidad extracontractual, al indicar la STS de 28 de julio de 2008⁵³ que la doctrina del riesgo

se traduce en una acentuación de la diligencia exigible para adoptar las medidas que eviten los accidentes con consecuencias dañosas para las personas o las cosas,

⁵⁰ Con cita en las SSTS de 24 de enero de 1992 (RJ 1992\207), 25 de febrero de 1992 (RJ 1992\1554), 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992\7018) y 20 de junio de 1994 (RJ 1994\6026).

⁵¹ RJ 1994\6390.

⁵² RJ 2004\7232.

⁵³ RJ 2008\7253.

en una posición procesal más gravosa en el *ámbito* probatorio y una cierta presunción de culpabilidad o reproche culpabilístico, que facilitan las reclamaciones de los perjudicados debilitando la respuesta exculpatoria de la entidad titular del servicio.

Por otra parte, no parece del todo acertado indicar que

de algún modo conste, por muy simple que sea, qué es lo que se omitió que no omitido habría evitado el accidente lesivo, o, incluso, que, generado un riesgo, no se dé una explicación razonable del porqué del resultado dañoso; quedando excluida la responsabilidad cuando la causa exclusiva del accidente obedeció a fuerza mayor o a la conducta de un tercero ajeno o del propio accidentado (prohibición de regreso), porque entonces el riesgo abstracto del transporte ferroviario queda absorbido, y anulado, por el riesgo concreto y culpable creado por la conducta del accidentado.

Y decimos que no son del todo acertado «algunas» de las indicaciones realizadas, pues, por un lado, probar «qué es lo que se omitió» sería más propio del demandante que del demandado; y, por otro lado, cuando indica que la «explicación razonable del porqué del resultado dañoso» –en definitiva, de que el daño no obedece a su culpa– es algo que incumbe al demandado, bien porque se presume su culpa y ha de exculparse, bien porque responde objetivamente y solo se exonera por fuerza mayor, conducta de la víctima o de un tercero.

Igualmente, no queda del todo aclarado si al demandado se le permite exonerarse probando que se comportó con la diligencia exigible, aunque no fuera suficiente para evitar el daño. Si entendemos literalmente que las únicas causas de exoneración son la fuerza mayor y la conducta de la víctima o de un tercero, lo cierto es que estaríamos ante el modo de comportarse de la responsabilidad objetiva. Por eso es preciso entender la explicación en su conjunto. El demandado para eximirse de responsabilidad necesita destruir la presunción de culpa que recae sobre él, por ser quien ha creado el riesgo que se ha materializado en un accidente. En el caso la solución llega no porque el demandado logre probar su diligencia, sino porque el accidente era atribuible exclusivamente a la víctima. La presunción de culpa del demandado se destruye con una causa de exoneración que vale tanto en la responsabilidad por culpa como en la responsabilidad objetiva.

En síntesis, si consideramos que la empresa que explota el metropolitano de Barcelona respondía objetivamente, lo relevante es entrar a valorar si hubo culpa exclusiva de la víctima, y no si la empresa debió haber adoptado otras medidas de seguridad.

B) Fallecimiento por cianuro

Supuesto de venta de cianuro potásico a un joven de apariencia normal que afirmaba adquirirlo para aplicación industrial y lo ingiere, con intención suicida, produciendo su muerte.

Los familiares del fallecido demandaron a la vendedora de la sustancia alegando culpa, así como responsabilidad por riesgo o cuasiobjetiva por tratarse de una actividad peligrosa

–comercio con sustancias tóxicas–. Ante las alegaciones de la parte demandante la STS de 16 de octubre de 2007⁵⁴ ofrece una adecuada motivación de las razones por las cuales no podía apreciarse culpa por parte de la vendedora, y nos explica que la responsabilidad por riesgo provoca la elevación del estándar de diligencia en proporción al riesgo potencial, indicando que:

Este Tribunal ya tiene declarado que los denominados principios de la solidaridad social y *cuius commoda, eius incommoda* a que se refiere el motivo no son idóneos por sí solos para fundar una responsabilidad subjetiva, ni cuasiobjetiva. Por lo que respecta a la responsabilidad por riesgo, obviamente la creación del mismo se traduce en una acentuación del nivel de diligencia exigible por parte de quien lo crea y lo controla, o debe controlar, pero el riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad, y ello es relevante para la ponderación del nivel de diligencia requerido, que en todo caso ha de ser el proporcionado a la importancia del riesgo concreto, y en atención a las circunstancias de la actividad, personas, tiempo y lugar. Y en el caso, como ya se ha examinado, no cabía exigir al empleado una diligencia superior a la observada.

Se acepta que el demandado puede liberarse probando su diligencia y, efectivamente, se le exonera. Que la demandada con posterioridad al accidente hubiese adoptado mayores cautelas al dispensar sustancias no sirve como prueba de que su actuar fuera con anterioridad negligente. La sentencia no niega que la actividad sea de riesgo, pero admite que no cabía exigir otro comportamiento al expendedor de la sustancia, lo que resulta suficiente para no imputar responsabilidad a la vendedora.

C) Accidente por rotura de cable

Supuesto de accidente originado por la rotura del cable de sujeción de la puerta del montacargas.

En esta ocasión, de la STS de 4 de octubre de 1994⁵⁵ parece desprenderse que el demandado hubiese podido exonerarse de los daños causados probando que en la última revisión del montacargas –realizada según lo pactado y reglamentariamente establecido– no se pudo detectar el estado defectuoso del cable que se rompió. Parece querer darnos a entender que la prueba de una diligencia extrema hubiese exonerado al demandado, pues no pudo hacer más por evitarlo.

Si bien los argumentos vertidos encuentran acomodo en el ámbito de la responsabilidad por culpa, así como en el contexto de la doctrina del riesgo, no obstante carecen de sentido en el de una verdadera responsabilidad objetiva, donde el tribunal debe comprobar si

⁵⁴ RJ 2007\7102.

⁵⁵ RJ 1994\7452.

el daño se produce dentro del fin de protección de la norma y, en caso afirmativo, que no concurren causas de exoneración. No es preciso que el tribunal en cada ocasión que aplique una norma de responsabilidad objetiva lo exponga, pues estimar si concurre el fundamento de la responsabilidad objetiva es algo que ya ha hecho el legislador. Por eso la diferencia fundamental entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por culpa –aunque se le sume la doctrina del riesgo– se aprecia en casos de daño accidental, cuando no puede apreciarse culpa de la empresa explotadora del riesgo ni de la víctima. Con la doctrina del riesgo y la presunción de culpa del causante del daño, este debería poder exculparse probando que actuó con la diligencia que resultaba exigible, o que concurría alguna causa de exoneración; sin embargo, si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva, el demandado indemnizará el daño salvo que concurra alguna de estas.

D) Daños por voladuras de explosivos

Supuesto de voladuras con explosivos, realizadas por encargo de la entidad demandada en la construcción de una promoción, y los daños aparecidos en la vivienda del actor.

Las voladuras con explosivos no son un ámbito de actividad al que el legislador haya asignado la responsabilidad objetiva, por lo que estaremos ante un supuesto de riesgo extraordinario. La SAP de Murcia de 28 de septiembre de 2010⁵⁶ argumenta que:

La actividad desarrollada por la demandada, voladura de explosivos, es una actividad de riesgo [...]. Ello no objetiviza en modo alguno la responsabilidad de la apelante, pero sí determina que, si se acredita la relación de causalidad con los daños probados, la indemnización de estos corresponderá a cargo de la mercantil que ha generado el riesgo, *de la que solo dejará de responder en caso de fuerza mayor o por culpa de la propia víctima del daño.*

Tras relatar los efectos que tendrá ese supuesto «no objetivo», muestra la perspectiva propia de la responsabilidad objetiva, en el sentido de que, probada la causalidad, la demandada solo podrá oponer las causas de exoneración propias de la responsabilidad objetiva: fuerza mayor y culpa de la víctima. Parece querer darnos a entender que la diligencia no es causa suficiente para exonerarse de responsabilidad.

E) Accidente en autopista

Supuesto de colisión de motocicleta con piedra o adoquín existente en la calzada, demandándose a la empresa concesionaria con base en el artículo 1.902 del CC.

⁵⁶ JUR 2010\367986.

En este supuesto de daños sobrevenidos a consecuencia de obstáculos en la calzada, la SAP de Pontevedra de 16 de septiembre de 2013⁵⁷ nos indica que:

Con base en el citado artículo 1.902 del CC debemos distinguir en relación con la carga de la prueba dos situaciones. Por una parte corresponde a la parte demandante acreditar el hecho objetivo del siniestro en la forma relatada en la demanda, es decir, existencia de una piedra en la calzada; y, por otra parte, y una vez acreditado el hecho anterior, *incumbe a la parte demandada probar que tal hecho deba imputarse a tercero, por existir una objetivación de la culpa*, de tal modo que una vez probada la existencia del siniestro deberá acreditar que el mismo no puede atribuirse en modo alguno a su culpa o negligencia, activa u omisiva.

Hemos de tener presente que entre el usuario de la autopista y la empresa concesionaria existe una relación contractual, de aquí que la sentencia trate también de la obligación de mantenimiento de la autopista como parte de la obligación –de resultado, se dice– contractual de la concesionaria y, por tanto, que sugiera que hubo un incumplimiento del que esta debía responder. Posiblemente la mejor argumentación hubiera consistido en considerar que el eventual accidente por mala conservación de la autopista –una vez probada– es un riesgo asumido al contratar por la concesionaria y, por tanto, algo de lo que esta debe responder con o sin culpa, salvo fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima.

3.3. Propuestas pacíficas

Si bien, en ocasiones, la jurisprudencia no acaba de ajustar el papel que la regla de responsabilidad objetiva debe desempeñar en materia de accidentes, en otras ocasiones sienta doctrina pacífica, que podemos sistematizar en torno a las siguientes propuestas: a) el riesgo no es bastante para fundamentar la indemnización; b) sin riesgo extraordinario no procede la inversión de la carga de la prueba; y c) elevación de los estándares de diligencia exigible.

3.3.1. El riesgo no es bastante para fundamentar la indemnización

El riesgo o peligro de una actividad, aunque sea considerablemente anormal, no es suficiente por sí solo para fundamentar la obligación de indemnizar los daños causados por una actividad. Para que se pueda prescindir de la culpa, como elemento en el que cimentar la responsabilidad, hace falta una previsión legal.

En este sentido, en un accidente de trabajo en el que un obrero fallece tras quedar sepultado en la zanja en la que estaba cavando, no poniendo el demandado los medios ade-

⁵⁷ AC 2013\1680.

cuados para proteger las paredes de la zanja, cuya tierra estaba mojada por la lluvia, la STS de 10 de mayo de 2006⁵⁸ nos recuerda que «la aplicación de la *doctrina del riesgo* como fundamento de la responsabilidad extracontractual exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios»⁵⁹. Y que esta circunstancia «requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos de un determinado resultado dañoso, *siempre sobre la base de que la creación de un riesgo no es elemento suficiente para decretar la responsabilidad*»⁶⁰. Igualmente, indica que «la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.902 del CC, *el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley* (S. 3-IV-2006)». Reproche culpabilístico que ha de referirse «a un *comportamiento no conforme a los cánones o estándares establecidos, que ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia*, pero que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como *una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumplen*, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto»⁶¹.

Otro ejemplo, en que el riesgo no es bastante para fundamentar la indemnización, lo encontramos en la STS de 14 de junio de 2007⁶², que analiza la responsabilidad de un ayuntamiento por las lesiones padecidas por un viandante, a consecuencia del tropiezo y caída en la vía pública. Acreditado el origen del accidente, que tuvo virtualidad para producir un resultado lesivo de notable entidad, las circunstancias del caso justifican sobradamente el reproche culpabilístico que merece la conducta omisiva del ayuntamiento por su falta de previsión, frente a la culpa ínfima de la víctima por su falta de atención.

3.3.2. Sin riesgo extraordinario no procede la inversión de la carga de la prueba

En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario, no procede una inversión de la carga de la prueba, respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados. La doctrina del riesgo no sirve de fundamento a la responsabilidad, pero sí sirve para invertir la carga de la prueba del fundamento «culpa».

⁵⁸ RJ 2006\3967.

⁵⁹ Con cita en las SSTS de 6 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9636) y 24 de enero de 2003 (RJ 2003\612).

⁶⁰ Con cita en las SSTS de 13 de marzo de 2002 (RJ 2002\1890) y 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6745).

⁶¹ Con cita en la STS de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6745).

⁶² RJ 2007\3519.

En relación con la configuración jurisprudencial de la responsabilidad por riesgo, en un accidente por la caída al reparar la verja de una cancha de tenis de club privado desde una escalera de mano, falleciendo tres días después, la STS de 5 de abril de 2010⁶³ razona que «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 del CC»⁶⁴, por considerar que «la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba –que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia– más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole»⁶⁵. Concluyendo que «en los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados»⁶⁶.

Otro ejemplo, en que se razona el modo de entender adecuadamente la inversión de la carga de la prueba, lo encontramos en un supuesto de caída a la salida de un supermercado, en el cual la STS de 30 de mayo de 2007⁶⁷ indica que «la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 del Código Civil»⁶⁸, y tampoco admite una supuesta «objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados (art. 217.6 LECiv.), y que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole»⁶⁹.

3.3.3. Elevación de los estándares de diligencia exigible

Junto a la modificación de las reglas de la carga de la prueba, el otro efecto típico de la responsabilidad objetiva o por riesgo es la elevación de los estándares de diligencia exigible,

⁶³ RJ 2010\4034.

⁶⁴ Con cita en las SSTS de 6 de abril de 2000 (RJ 2000\2508), 10 de diciembre de 2002 (RJ 2002\10724), 17 de junio de 2003 (RJ 2003\5646), 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6745) y 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8541).

⁶⁵ Con cita en la STS de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\5508).

⁶⁶ Con cita en la STS de 22 de febrero de 2007 (RJ 2007\1520).

⁶⁷ RJ 2007\4338.

⁶⁸ Con cita en las SSTS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8541) y 22 de febrero de 2007.

⁶⁹ Con cita en la STS de 2 de marzo de 2006 (RJ 2006\726).

precisamente por tratarse de ámbitos en los que la posibilidad de causar daños es mayor, lo que aconseja que las medidas de previsión para evitarlos también lo sean.

En este sentido, en un accidente de esquí, en el que un esquiador cae y en su caída choca con un cañón de nieve artificial, la STS de 9 de febrero de 2011⁷⁰ nos indica que «la existencia de un riesgo superior al normal conlleva un mayor esfuerzo de previsión, adoptando las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico». Y nos recuerda que la imputación objetiva, entendida como una cuestión jurídica susceptible por consiguiente de ser revisada en casación, comporta un juicio que, «más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias»⁷¹. Por lo que corresponde a quien conoce el riesgo –la empresa que explota las pistas– derivado de una actividad –la práctica deportiva– «tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de los participantes»⁷².

Otro ejemplo, en esta línea jurisprudencial, podemos encontrarlo en un accidente de un submarinista que impacta contra una embarcación de recreo. La STS de 14 de marzo de 2011⁷³ cuando nos razona acerca de la responsabilidad del piloto de la embarcación por omitir la diligencia exigida, nos recuerda que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 del CC⁷⁴, por entender que «la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva». Por estos motivos «la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos extraordinarios»⁷⁵ –riesgo considerablemente anormal en relación con los parámetros medios– no implica «una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado»⁷⁶ –que no tiene encaje en el artículo 1.902 del CC–, sino que, «sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es a aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facili-

⁷⁰ RJ 2011\1822.

⁷¹ Con cita, entre otras, en las SSTS de 30 de abril 1998 (RJ 1998\2602), 22 de julio de 2003 (RJ 2003\6946), 17 de abril de 2007 (RJ 2007\2322) y 21 de abril de 2008 (RJ 2008\4606).

⁷² Con cita en la STS de 9 de abril de 2010 (RJ 2010\3530), dictada en un caso de lesiones por caída de un ciclista durante la práctica deportiva, declara que corresponde a quien conoce el riesgo –el organizador de la carrera– derivado de una actividad –la práctica deportiva– tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de los participantes.

⁷³ RJ 2011\2771.

⁷⁴ Con cita, entre otras, de las SSTS de 6 de septiembre de 2005 (RJ 2005\6745), 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006\8541) y 5 de abril de 2010 (RJ 2010\4034).

⁷⁵ Con cita en las SSTS de 18 de julio de 2002 (RJ 2002\6257) y 21 de mayo de 2009 (RJ 2009\3030).

⁷⁶ Con cita en la STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\4347).

dad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole».

Otro ejemplo, en este sentido, podemos encontrarlo en el incendio de un remolque frigorífico. La STS de 6 de febrero de 2012⁷⁷ no recuerda, una vez más, que la existencia de un riesgo superior al normal se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y, por consiguiente, en la necesidad de que se adopten las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido al propietario y al conductor, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico⁷⁸.

3.4. A modo de reflexión

Unas posibles claves de interpretación en materia de atribución o imputación de responsabilidad, a los efectos de brindar seguridad jurídica en materia de accidentes, podrían ser las siguientes:

- a) El riesgo, aunque sea extraordinario, no es un título o fundamento que haga nacer la responsabilidad por daño extracontractual del artículo 1.902 del CC. Las excepciones a la regla general necesitan reconocimiento legal.
- b) La presencia de riesgos extraordinarios –junto al daño desproporcionado o a la falta de colaboración del causante del daño–⁷⁹ puede dar lugar a la inversión de la carga de la prueba. En realidad, se trata de aplicar el principio de proximidad o facilidad probatoria, o de una inducción basada en la evidencia.
- c) El riesgo de causar daños graves, en el desempeño de determinadas actividades, provoca la necesidad de elevar los estándares de diligencia exigibles al demandado.

4. Una propuesta de futuro

La defensa en la actualidad de un sistema que contemple únicamente la responsabilidad objetiva o la responsabilidad subjetiva no parece ser lo más conveniente en una sociedad

⁷⁷ RJ 2012\4983.

⁷⁸ Con cita, entre otras, en las SSTS de 9 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8973), 29 de enero de 1996 (RJ 1997\6365), 13 de junio de 1998 (RJ 1998\4687) y 12 de febrero de 2001 (RJ 2001\850).

⁷⁹ Cuando el causante del daño está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

cada vez más «robotizada», dada la multiplicidad de accidentes que pueden producirse. Tal vez lo conveniente es pensar en un modelo que permita tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva dentro de una fundamentación coherente (Fabra Zamora, 2015, p. 2.579).

Pensando más allá de las instituciones jurídicas, admitiendo que es función del Derecho ofrecer soluciones eficaces a los problemas que se nos plantean, aceptando que vivimos –y cada vez más– en una sociedad cada «robotizada», por todo ello, tal vez debemos replantearnos nuestro actual sistema de responsabilidad, con el propósito de diseñar fines, objetivos y principios que nos ayuden a determinar de manera eficaz «quién es el responsable por el accidente», y «a quién debe la sociedad asignarle el coste del daño» (Coleman, 2001, p. 201).

4.1. Razonamientos atributivos y asignativos

Desde la perspectiva de la atribución de responsabilidad, es decir, quién debe responder por el accidente, las reglas relativas a la responsabilidad examinan los accidentes como una situación entre individuos particulares. En cambio, desde la perspectiva de la asignación de costes, es decir, a quién debe la sociedad asignarle el coste de los accidentes, las reglas de responsabilidad estudian los accidentes como situaciones que ocurren en la vida en común, cuyos costes deben ser asignados de forma justa y beneficiosa a los intereses colectivos, trasladándose los costes a terceros solo si es beneficioso para los intereses colectivos (Fabra Zamora, 2015, pp. 2.580-2.584).

La perspectiva atributiva –la visión clásica– considera la responsabilidad un problema individual –problema moral: justicia correctiva–. Al Derecho corresponde el reconocimiento a las personas de derechos y deberes, así como la imposición de sanciones a quien los incumpla. En cambio, la perspectiva asignativa ve la responsabilidad como un problema social o colectivo –problema político: justicia distributiva–, es decir, como situaciones que deben ser reguladas para que el funcionamiento de la sociedad sea posible, estableciendo expectativas de conducta y asignando los costes.

Los razonamientos atributivos y asignativos no deben verse como alternativas excluyentes. Si bien ambos enfoques son meritorios, la elección de uno u otro razonamiento como punto de partida puede llevarnos a condiciones y conclusiones prácticas diferentes en el ámbito de la responsabilidad por accidentes.

4.2. Justicia correctiva y justicia distributiva

Este replanteamiento de los problemas morales y políticos del debate en términos de atribución de responsabilidades y asignación de costes, si bien no nos ofrece la solución a los problemas de la responsabilidad, sí nos desvela algunas cuestiones para tener en consideración, para establecer un «nuevo» régimen de responsabilidad en materia de accidentes.

El establecimiento de un «nuevo» régimen de responsabilidad adecuado implica, por un lado, preguntas sobre la atribución, que se relacionan con la responsabilidad moral, y preguntas políticas, que llevan intrínsecas cuestiones de libertad, elección e, incluso, cuestiones metafísicas sobre la causalidad; y, por otro, las preguntas sobre la asignación, que conciernen con criterios políticos, morales y económicos de distribución del riesgo, los costes y las cargas, además de la creación de incentivos y la legitimidad de intervención estatal. En definitiva, la construcción de un sistema adecuado de responsabilidad en una sociedad «robotizada», en la que los accidentes tienden a aumentar, debe solucionar tensiones y relaciones ente los causantes y las víctimas de los daños, entre responsabilidad individual y bienestar, entre eficiencia y equidad, entre justicia correctiva y justicia distributiva; así como posibles conflictos relacionados con la reparación de los daños ocurridos e incentivos apropiados para el futuro, entre la seguridad y la estabilidad de las reglas generales frente a la adaptación a nuevas situaciones (Fabra Zamora, 2015, pp. 2.584-2.586).

A los efectos de establecer un «nuevo» régimen de responsabilidad adecuado y eficiente –óptimo–, deberíamos tener una percepción global –y no parcial– de los problemas que surgen producido un accidente. A modo de ejemplo, supongamos que un cazador, durante una jornada de caza, lesiona a una persona que pasase por el bosque, al confundirlo con una res de caza mayor, y como consecuencia de las heridas sufridas en el accidente la víctima perdiese un ojo. Ante estos hechos, para los operadores jurídicos «tradicionales», nos encontramos que el problema se limita al cazador y la víctima. Evidentemente, esto es parte del problema, pero el problema no se limita al cazador y la víctima.

Para el operador jurídico preocupado por las consecuencias económicas y sociales de las decisiones legales el problema es más completo. La pérdida del ojo ya es un apartado cerrado en términos de bienestar social. Ya nada puede reparar realmente el daño causado. En el supuesto que el importe de la indemnización pudiera servir para adquirir un nuevo ojo –lo que de por sí no resulta posible– solo compensa a la víctima, pero causa una nueva víctima que soporta el daño: el propio causante y su familia, que, al verse obligados a indemnizar a la víctima, tienen ahora menos recursos para cubrir sus necesidades (Posner, 2007, pp. 58-59).

La sociedad seguirá sufriendo, aunque el daño se haya trasladado a otro lugar. Pero un asunto de vital importancia es cómo evitar accidentes –que otros ojos se dañen– en el futuro. Así, la decisión del legislador plasmada en la norma jurídica es un mensaje al resto de la sociedad que puede contribuir a mejorar la situación en el futuro y a prevenir accidentes futuros.

No obstante, no solo debemos plantearnos cómo prevenir accidentes futuros –salvar más ojos–. Si la responsabilidad extracontractual lleva a que se establezcan requisitos muy difíciles de cumplir, podría suceder que los cazadores se sintieran temerosos de salir a cazar por el solo hecho de que se les pudiera responsabilizar por un hecho fortuito o accidental. Si esto fuera así, entonces habría menos cazadores, lo que a su vez implicaría menos piezas de caza mayor para alimentar a la población. Los accidentes en los que se pierden ojos terminan así vinculados con el precio de los alimentos o con la cantidad de alimentos disponibles.

Con el establecimiento de requisitos muy difíciles de cumplir, o lo que es lo mismo, con el establecimiento de estándares muy exigentes en los regímenes de responsabilidad extracontractual, nos encontraríamos con consecuencias no deseadas. A modo de ejemplo, podemos indicar que estándares muy exigentes para los casos de mala práctica profesional por parte de los médicos podrían comportar una escasez de profesionales, lo que a su vez comportaría un incremento de los honorarios de los servicios médicos. En consecuencia, si se exigiese un elevado grado de diligencia a los médicos en su actividad cotidiana de salvar vidas, podría conducirnos a que no pudieran salvarse vidas, ante la imposibilidad de afrontar los elevados honorarios de los servicios médicos, que se aumentarían por el hecho de que sería preciso para los profesionales abonar primas de seguros para tener cubierta la responsabilidad civil, para poder pagar las eventuales indemnizaciones «millonarias» ante el más mínimo error.

Con las reglas de responsabilidad sobre productos defectuosos pasaría algo similar. Si bien podemos entender como lógico que si un consumidor sufre daños por el mal funcionamiento de un producto, el fabricante deba responder, nos encontraríamos con que, si los costes de la responsabilidad no son trasladados de manera adeudada, y la carga se vuelve muy onerosa para los fabricantes, los precios de los productos subirían, o simplemente esos productos dejarían de fabricarse, afectando en última instancia a los consumidores. En este sentido podemos encontrar que si las exigencias de responsabilidad por daños sobre los fabricantes de medicamentos son excesivas, supusiese una subida de los precios o una reducción de medicamentos disponibles, comportando todo ello una reducción de los niveles de salud.

Con los ejemplos acabados de exponer advertimos de que, con estándares muy exigentes de responsabilidad en Derecho de daños pueden acabar provocándose unas consecuencias no deseadas, pues advertimos de que el riesgo de tener que afrontar altas indemnizaciones en casos de responsabilidad civil puede acabar afectando a los propios consumidores de bienes o servicios, al trasladarse los costes de responsabilidad vía precios, y en consecuencia las personas con menos recursos económicos no podrán acceder a determinados bienes o servicios.

5. A modo de conclusión

Con frecuencia los razonamientos culposos y objetivos se han entrecruzado, en perjuicio de ambos, pues la responsabilidad por culpa ha terminado por acudir al «agotamiento de la diligencia» para hacer responder, deformando los límites razonables de la responsabilidad por culpa; y la responsabilidad objetiva a duras penas ha logrado emanciparse de la responsabilidad por culpa y no ha desarrollado su beneficio potencial, como puede ser, a modo de ejemplo, la simplicidad y celeridad en la reclamación y la tramitación.

Si el Derecho quiere seguir siendo un pilar básico de los sistemas jurídicos como mecanismos de regulación de conductas en la sociedad, los sistemas de responsabilidad deben adaptarse a los nuevos tiempos «tecnológicos», en los que el poder del hombre ha alcanzado una dimensión y unas implicaciones hasta ahora inimaginables.

Un «nuevo» sistema de responsabilidad debería contemplar la globalidad de los problemas que surgen producido un accidente, para atribuir responsabilidades y asignar costes de manera eficiente.

Y si se nos permite un apunte más filosófico que jurídico, se requiere una concienciación ética. Frente a la posibilidad de destruir –energía atómica– o alterar la vida –investigación genética– se hace preciso que el «ilimitado» poder de la ciencia vaya acompañado de un sistema de responsabilidad que nos salvaguarde de «nuevas» amenazas.

Referencias bibliográficas

- Ángel Yágüez, R. de (1998). *La responsabilidad civil*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Coleman, J. (2001). Tort Law and Tort Theory: Preliminary Reflections on Method. En G. Postema (Ed.), *Philosophy and the Law of Torts* (Cambridge Studies in Philosophy and Law, pp. 183-213). Cambridge: Cambridge University Press. doi 10.1017/CBO9780511498671.005.
- Concepción Rodríguez, J. L. (2009). *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2000). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- European Group on Tort Law (2008). Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. En M. Martín Casals (Coord.). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Fabra Zamora, J. L. (2015). [Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate](#). En J. L. Fabra Zamora y A. Núñez Vaquero (coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (vol. 3, cap. 67. pp. 2.533-2.618). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de <<https://archivos.juridicas.unam.mx>>.
- Gómez Pomar, F. (2000). [Carga de la prueba y responsabilidad objetiva](#). *Revista InDret*. Recuperado de <www.indret.com>.
- Jonas, H. (1995). *El Principio de Responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.
- Posner, Richard A. (2007). *El análisis económico del derecho*. México. (Traducción de *Economic Analysis of Law*, Boston: Little Brown, 1977).
- Reglero Campos, L. F. (2003). Los sistemas de responsabilidad civil. En L. F. Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil* (pp. 211-248). Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Rubio Torrano, E. (2018). El infortunio de la arrojada espectadora de un partido de fútbol. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 10. Aranzadi digital BIB 2018\13509.
- Santos Briz, J. (1993). *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Madrid: Montecorvo.
- Shavell, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.

Nacionalidad española de origen: pérdida y conservación

Comentario a la [STS de 19 de diciembre de 2019](#)

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La actora adquirió la nacionalidad española por ser hija de española; tanto la actora como su madre nacieron en Colombia; la actora residía en Colombia y tenía atribuida la nacionalidad colombiana. La causa de pérdida solo será de aplicación a quienes lleguen a la mayoría de edad o emancipación si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación. La declaración de conservar no está sujeta a una forma solemne y, de acuerdo con la teoría general de las declaraciones de voluntad, en ausencia de norma que imponga determinada solemnidad, no se ve inconveniente para admitir que la voluntad se manifieste de manera indirecta a través de un comportamiento concluyente. La solicitud de renovación del pasaporte no es un mero uso de la nacionalidad española, sino una petición que comporta de manera inequívoca la voluntad de querer ser español.

Palabras clave: nacionalidad de origen; pérdida; conservación.

Fecha de entrada: 12-02-2020 / Fecha de aceptación: 25-02-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de enero de 2020).

Las situaciones que se generan en relación con la nacionalidad española de origen y su posible pérdida son diversas y la solución final va a depender de la regulación que efectivamente rijan esas situaciones, que son variadas. Puede suceder que una persona nacida con anterioridad a la regulación actual y a la Constitución de 1978, que reclame la nacionalidad española de origen, sea hijo de progenitores que ostenten distinta nacionalidad, uno la nacionalidad española y el otro la americana, que fue la que se le atribuyó al nacer. En este caso, debe tenerse presente la regulación de la nacionalidad establecida en el artículo 17 del Código Civil (CC) conforme a la ley de julio de 1954.

Se afirma que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se ha de entender derogado el contenido de ese precepto, hasta el punto que se subsanó por la Ley 51/1982, que dispuso que será español el nacido de madre española después de la entrada en vigor de la Constitución, mas no los nacidos con anterioridad en cuanto nos encontramos ante una situación consolidada. En tales supuestos, como establece el Tribunal Constitucional, la aplicación retroactiva de ese artículo tan solo podrá tener lugar cuando dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y al tratarse de una situación agotada en sus efectos, quedaría fuera del debate jurídico la aplicación retroactiva de la igualdad constitucional para determinar la nacionalidad española de sus hijos. Esta regulación sería la que debería aplicarse en el supuesto arriba mencionado.

Tampoco son hechos que afecten a la nacionalidad española de origen aquellas situaciones que pueden darse respecto de aquella persona que pretende le sea reconocida la de origen, cuando sus familiares la perdieron al no hacer nada para conservarla, es decir, permanecieron inactivos, no realizando ningún acto tendente a su conservación, y ahora el hijo de estos pretende que se le reconozca la nacionalidad española de origen. Evidentemente esas situaciones consolidadas durante muchos años no pueden generar un derecho a obtener la nacionalidad española de origen, si bien podría recuperar la nacionalidad española de conformidad con el artículo 26 del CC. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el artículo 11.2 de la CE no es un derecho fundamental, recogido en el artículo 53.2 de

la CE, que establece como derechos fundamentales los reconocidos en el artículo 14 y en la sección 1.ª del capítulo II del título I.

Situaciones como la mencionada, dar efecto retroactivo al acto administrativo de reconocimiento de la nacionalidad española, no parecerían adecuadas ni admisibles porque conducirían, sin más, a que generaciones enteras, de quien de manera sobrevenida adquiriera la nacionalidad, pudieran ostentarla. Debe entenderse que la inscripción de la nacionalidad en el Registro Civil tiene carácter constitutivo, sin que pueda proyectar efectos en el pasado para poder considerar a su hijo español de origen. Sobre este particular corresponde estar a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual art. 39 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común), que, como regla general, establece que los actos administrativos «producirán efecto desde la fecha en que se dicten». Y ello porque las funciones que derivan del Registro Civil son de naturaleza administrativa, aunque su llevanza corresponda a los integrantes del poder judicial, como así ha indicado el Tribunal Constitucional en los autos 12/2008, de 16 de enero y 54/2006, de 15 de febrero.

Sin embargo, la cuestión que se plantea en el caso de la sentencia que se comenta es diferente. En ella el supuesto de hecho del que hay que partir es el nacimiento en un país sudamericano de la demandante; nace fuera de España, hija de madre española, también nacida en ese país. La demandante renovó su pasaporte en 2007, que le fue expedido ese año y con validez durante cinco años. Transcurridos esos cinco años, en el Consulado General de España no solo le es denegado, sino que el Consulado incoa expediente gubernativo de pérdida de la nacionalidad y acuerda transcurridos seis meses la pérdida de la nacionalidad española, al no constar que declarara ante el encargado del Registro Civil la voluntad de conservar la nacionalidad española.

Ante la situación generada tras serle desestimado el recurso presentado contra dicha resolución ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), interpone procedimiento de juicio ordinario con la finalidad de revocar la resolución de la Dirección General y solicitando el reconocimiento de la nacionalidad española de origen. Las resoluciones dictadas en la primera instancia y en la segunda son dispares; por un lado, la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia revoca la resolución de la DGRN y declara la nacionalidad española de origen del actor, mientras que la sentencia de la Audiencia Provincial admite el recurso presentado por la Dirección General, por entender que la declaración de querer conservar la nacionalidad española ha de ser expresa. Ante esa decisión de la Audiencia, la demandante interpone recurso de casación solicitando que se revoque la sentencia de la resolución de la Audiencia Provincial y se le reconozca la nacionalidad española de origen.

El Código Civil indica en su artículo 24 que:

1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusiva-

mente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación. No obstante, los interesados podrán evitar la pérdida si dentro del plazo indicado declaran su voluntad de conservar la nacionalidad española al encargo del Registro Civil.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

2. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

3. Los que habiendo nacido y residiendo en el extranjero ostenten la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, también nacidos en el extranjero, cuando las leyes del país donde residan les atribuyan la nacionalidad del mismo, perderán, en todo caso, la nacionalidad española si no declaran su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación.

Por eso se incluía la necesidad de declaración de voluntad en cierto plazo para no perder la nacionalidad, y en caso contrario, de haber transcurrido el plazo legal supondría la pérdida de la nacionalidad de forma automática, *ex lege*.

Como resulta de la sentencia que se comenta, la actora obtuvo inicialmente el pasaporte español y fue al renovarlo cuando se incoó por el Consulado General el expediente de pérdida de la nacionalidad española de origen. Por tanto, inicialmente siempre quiso mantener la nacionalidad española, que adquirió por ser hijo de española de conformidad con el artículo 17.1 del CC.

Por otro lado, el órgano encargado de atender los asuntos de los nacionales que se encuentran en el extranjero y que tienen la residencia en ese país es el Consulado General de España, quien recibirá esa petición de pasaporte, y es el mismo que debe recibir la manifestación de conservar la nacionalidad española, aunque no sea la misma oficina o departamento dentro del Consulado General en atención al reparto de asuntos que se tramitan. Los registros consulares, a cargo de los cónsules de España, integran el Registro Civil y tienen su sede en el Consulado General (art. 10 LRC).

La actora nació en 1986, por tanto, a los 18 años (año 2004), y al ir a renovar el pasaporte, antes de que transcurrieran los tres años desde la mayoría de edad, le era de aplicación la disposición adicional segunda de la Ley 36/2002, que entró en vigor en enero de 2003. Se plantea si esa petición supone una voluntad de conservar la nacionalidad española a efectos del artículo 24 citado. Es evidente que, con esos requisitos, se pretende evi-

tar la perpetuación de estirpes indefinidas de descendientes de españoles en el extranjero, de modo que continúen siendo españoles aunque no mantengan ninguna vinculación con España, incluso sin saber que son españoles.

Lo que realmente se deriva del supuesto de la sentencia que se comenta es si es necesaria o no la manifestación de una voluntad expresa.

En el Código Civil vigente se exige, en su artículo 24.3, «declarar su voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años». Para la adquisición por opción, carta de naturaleza o residencia, la ley exige la inscripción en el Registro Civil, previa declaración de juramento o promesa de fidelidad al rey y obediencia a la Constitución y las leyes y, en su caso, renuncia a la anterior nacionalidad según el artículo 23 de la CC, y para la recuperación de la nacionalidad también se exige la inscripción en el Registro Civil.

Sin embargo, la pérdida de la nacionalidad, conforme al mencionado artículo, no exige que la declaración de querer conservar la nacionalidad se realice «expresamente». Legalmente, por tanto, la declaración de conservar no puede ser considerada como un acto formal o sujeto a solemnidad alguna; bastaría, por tanto, un acto a través del cual pudiera deducirse de manera clara e inequívoca que la persona está expresando una voluntad, de querer ser español; ante la falta de solemnidad concreta, podría decirse que se está ante un acto que puede integrarse entre los llamados actos concluyentes, por lo que no parece que deba excluirse que se manifieste de manera indirecta la voluntad de conservar la nacionalidad española a través de ese acto de renovación del pasaporte.

Por otro lado, el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de seguridad ciudadana señala que:

El pasaporte español es un documento público, personal, individual e intransferible que, salvo prueba en contrario, acredita la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles fuera de España, y dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de los españoles no residentes.

Por su parte, el artículo 1 del Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, expone que:

El pasaporte ordinario español es un documento público, personal, individual e intransferible, expedido por los órganos de la Administración General del Estado que en este real decreto se señala, que acredita, fuera de España, la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles salvo prueba en contrario, y, dentro del territorio nacional, las mismas circunstancias de aquellos españoles no residentes.

Y en el artículo 2.1 que «todos los ciudadanos españoles tienen derecho a obtener el pasaporte ordinario siempre que no concurren en los mismos alguna de las siguientes cir-

cunstancias», por lo que no puede negarse a esa petición el valor de querer conservar la nacionalidad, pues supone un acto incuestionable de querer ser español.

Por tanto, la actora, aunque no declarara de manera expresa y directa su voluntad de conservar la nacionalidad española, sí se desprende del acto de renovación del pasaporte un significado que viene determinado por lo que supone su uso, que es acreditar la condición de español fuera de España y acreditar de ese modo la nacionalidad española y querer conservarla.

Convenio sobre guarda y custodia monoparental y su posterior modificación

Comentario a la [STS de 26 de febrero de 2019](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible. El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. No se puede recurrir a la adaptación de los menores, con uno u otro progenitor, como argumento en contra de la compartida por el tiempo transcurrido, eso es, petrificar situaciones que no benefician el interés de los menores. Además, la palabra «sustancial» del artículo 777 de la LEC, interpretada para la modificación de unas medidas, debe entenderse según hayan variado o no las necesidades del menor y sea cierto.

Palabras clave: derecho de familia; convenio de guarda y custodia monoparental; modificación de medidas; custodia compartida.

Fecha de entrada: 13-02-2020 / Fecha de aceptación: 26-02-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 29 de febrero de 2020).

El tema que se va a tratar, el comentario de la sentencia, se centra en un asunto de interés en el ámbito del derecho de familia: el transcurso del tiempo como circunstancia válida para la modificación de unas medidas –incluso acordadas de mutuo acuerdo– en la sentencia original de divorcio del Juzgado de Instancia núm. 25 de Madrid de 7 de julio de 2010. El juzgado sí acuerda, en primera instancia, la modificación por sentencia de 31 de enero de 2017, pero la Audiencia, posteriormente, no. Téngase en cuenta que estamos refiriéndonos a un lapso de tiempo importante desde que se dicta la primera sentencia hasta la segunda. Se alega la ampliación voluntaria de las visitas del padre con su hijo y las pernoctas, la cercanía de los domicilios; en definitiva, hay entendimiento entre los progenitores, y la resultancia de este entendimiento es, en la práctica, que se acceda al cambio pensando en el interés del menor.

Al fin y al cabo, el artículo 92 del Código Civil alude a la idoneidad para el ejercicio conjunto de la guarda y custodia. El tiempo, por tanto, puede o no ser considerado como un dato esencial, por la sencilla razón de que nada permanece inalterable: lo previsto años atrás no puede considerarse, por la misma razón, inmutable automáticamente. En esto, como en todo, la jurisprudencia evoluciona. De ahí que no debemos entender la modificación de medidas por el mero transcurrir del tiempo como un elemento buscado a propósito, sin vocación de perdurabilidad. Así por ejemplo la STS (entre otras) de 27 de junio de 2011 señala:

- a) Que los cambios se hayan producido con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar. Es evidente que, en nuestro caso, las fechas ya delatan una modificación de la situación fáctica establecida o constatada en la primera sentencia.

b) Que dicha modificación o alteración sea sustancial, esto es, que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas, que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas. Bien interpretado, tampoco puede decirse que no afecten al núcleo de la medida, pues se trata de convertir una guarda y custodia exclusiva de la madre en compartida entre los progenitores.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádico. Tampoco resulta asintomático e impropio decir que la vocación de una petición de guarda y custodia compartidas, solicitadas por el padre, tiene vocación de perdurabilidad; o si se entiende el cambio desde la perspectiva del progenitor masculino, el cual, seis años después, tiene una realidad distinta. Analizado el tiempo transcurrido, pueden encontrarse argumentos en los que sostener la modificación pedida.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas. Lo mismo, el cambio obedece, o puede obedecer, a una nueva realidad del padre en su relación con el hijo, diferente tiempo atrás, por lo que no se puede decir que la petición actual de custodia compartida tenga su causa en el capricho buscado a propósito.

Al hacer el comentario anterior, somos conscientes de que hay un cambio de enfoque o de perspectiva en la interpretación de esa jurisprudencia, pues se parte más de la nueva situación que de la actitud del progenitor masculino que ahora reclama la custodia compartida. Al fin y al cabo, el precepto (art. 775) dice: «hayan variado sustancialmente» las circunstancias, y el tiempo las puede hacer variar ineludiblemente, así como las necesidades probadas del menor. En cualquier caso, no nos parece un despropósito enfocarlo de esta manera, porque cambios ha habido desde que se dictó la sentencia original, de la que trae causa la custodia exclusiva de la madre; y sin perjuicio de que el estudio de la sentencia del Tribunal Supremo se centre, más adelante, en las razones que estima el alto tribunal para casar la resolución de la Audiencia Provincial, la cual, a su vez, revoca la de primera instancia y considera que no ha habido alteración alguna de circunstancias, infringiendo claramente la doctrina –como luego se verá–.

De otro lado, tampoco se puede decir que no haya un cambio sustancial en el sentido que predica el artículo 775 de la LEC, habida cuenta la doctrina sobre este precepto, porque «las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto» (STS 346/2016, de 24 de mayo). El precepto dice así:

1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas

en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Lo sustancial es que desde 2010, fecha de la primera sentencia, hasta 2017, la segunda, las necesidades han cambiado y se han probado, como también resulta acreditado, que ahora el hijo pasa más tiempo con el padre que antes, de lo cual no se deduce inconveniente alguno. Y si las capacidades de ambos padres son correctas, las habilidades también, entonces nada impide el correcto ejercicio de las responsabilidades parentales en beneficio del hijo común, lo cual debe ser entendido como algo normal, intentando, en la medida de lo posible, establecer un sistema de estancias o comunicaciones entre el hijo y el padre lo más amplio y generoso posible pues, como dice la jurisprudencia, hay que procurar acercarse al sistema más próximo al de antes de la ruptura, sin que la falta de comunicación sea siquiera un impedimento, en tanto que la separación o el divorcio pueden tener su causa precisamente en eso, es decir, que la falta de comunicación en el matrimonio o en la pareja puede ser el antecedente necesario de la falta de comunicación entre ellos, aun existiendo una custodia compartida. Pero ni siquiera es el caso presente, donde la nueva resolución del Supremo se basa en los precedentes probados de una aparente armonía entre las partes, que siempre ha facilitado la comunicación, incluso ampliándola durante los años de desarrollo del sistema pactado en el convenio, pues el mismo fue aprobado por la Sentencia de 7 de octubre de 2010.

Se ha dicho más arriba que la Audiencia Provincial de Madrid, resolviendo el recurso de apelación interpuesto, vuelve a la fórmula primera y acuerda mantener inalterada la vigencia de la sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2010. Llama poderosamente la atención que uno de los argumentos utilizados para la revocación sea que el comportamiento correcto de la madre durante los años, que desemboca en la ampliación de las visitas del padre para con el hijo, no debe convertirse en «un castigo al buen hacer y generoso» de ella. Al final, es que «no se ha producido ni acreditado cambio sustancial o importante» en las circunstancias, debiendo acordarse la custodia exclusiva de la madre otra vez. *A sensu contrario*, parece penalizarse al padre, cuyo buen comportamiento le supone la privación de la custodia compartida, para nada desaconsejable, en tanto se deduce que es idónea para el menor.

Y sucede que es el bien del menor lo que ha de primar a la hora de acordar una medida que le afecte, sin que las sentencias se fundamenten en premios o castigos por el comportamiento recíproco. Al fin y al cabo, si la patria potestad se comparte y significa velar por los hijos, tenerlos en su compañía, procurarles una formación integral, alimentarlos, etc. (art. 154 CC), ¿por qué se huye de la custodia en el mismo sentido si es un mero fraccionamiento de las facultades inherentes a esa patria potestad y solo se busca el beneficio del hijo y no el premio o la sanción, y sin que ello pueda ser tenido en cuenta con el resto de los factores? Pero lo que sucede aquí es que la Audiencia se aparta de una doctrina clara, y cuando dicta su sentencia ya existe jurisprudencia nueva sobre qué debe entenderse por

modificación de medidas por el mero transcurso del tiempo y qué debe entenderse por custodia compartida en beneficio del hijo, cuando la realidad es bien distinta desde una sentencia dictada en el año 2010 y otra en el año 2017.

Al hilo de lo anterior, conviene recordar:

- a) Que prima, una vez más, el interés de los hijos (art. 92 del Código Civil y el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), buscando que este tipo de situaciones de ruptura se resuelvan en un marco de adecuada normalidad familiar, y «sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». La sentencia de 2 de julio de 2014, rec. núm. 1937/2013, nos revela que:

Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

- b) De otro lado, toda decisión debe pasar por –y en esto citamos la STS (Civil), Sección 1.ª, de 16 de enero de 2020, núm. 15/2020, rec. núm. 826/2019–:

La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma: «debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el

derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea» (STS 25 de abril 2014).

Precisamente, por lo apuntado, vamos ahora a centrar el comentario en los motivos que esgrime el Supremo para admitir la casación. Es decir, ¿el tiempo es suficiente para entender que se ha producido un cambio de esas circunstancias? Vaya por adelantado que se infringe la doctrina de la sala porque el tiempo, unido a causas serias y razonables, permite modificar incluso lo acordado en un convenio de mutuo acuerdo.

Además, subyace un criterio favorable a la guarda y custodia compartidas, que se sustenta en la nueva realidad social y en la jurisprudencia que la avala. Por tanto, si, de un lado, es admisible compartir la custodia como se comparte la patria potestad, sin que sea visto como una excepcionalidad, de otro, el tiempo, que todo lo cambia, es determinante, y seis años lo son. Porque la custodia compartida, como se ha dicho, no es excepcional y conviene recordar al respecto que se asienta (STS, Sala 1.ª, de 5 mayo 2016) sobre los siguientes parámetros: los recursos en los que se discute la guarda y custodia solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia recurrida, porque «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 27 de abril 2012). El deber de valoración de la prueba y motivación exige una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la CE (Sentencia de 25 de abril de 2014 y las que cita del tribunal constitucional).

Visto lo anterior, concluimos con el núcleo del recurso de casación estimado por el Supremo. Dice la sentencia al respecto:

Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, por infracción del artículo 90.3 del CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera, no resultaría necesario un cambio «sustancial» de las circunstancias, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, con base en el principio del interés del menor. Explica la situación tan distinta existente cuando se pactó el convenio a la actual, pues en aquel momento el menor era un bebé y actualmente cuenta con nueve años, y cita STS de 13 de abril de 2016, 19 de julio de 2013 y 12 de abril de 2016, en cuya virtud se exige el interés del menor; el segundo, por infracción del artículo 92.3 y 91 *in fine* del CC, artículo 775 de la LEC y 14 de la CE, el principio del *favor filii*, el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, artículo 39 de la CE, artículo 2 de la LO 1/1996, cita como infringida

la doctrina contenida en las SSTs de 13 de abril de 2016, 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015.

Pues bien, la STS de 26 de febrero de 2019 nos recuerda que se puede conceder una custodia compartida aun cuando exista un convenio regulador en el cual se haya decidido una exclusiva en favor de uno de los progenitores, «pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo».

La STS de 17 de noviembre de 2015, rec. núm. 1889/2014, así lo decidió cuando contemplaba un caso parecido: «La menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado». Aquí se amplían las visitas, hay entendimiento entre los progenitores, se amplían las pernoctas.

La STS de 26 de junio de 2015, rec. núm. 469/2014, nos recuerda que:

no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida. (Sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

El tiempo, la adaptación del menor, el buen hacer de la madre no impiden que se puedan modificar las medidas incluso acordadas de mutuo acuerdo. Que la Audiencia Provincial utilice esto para considerar que un cambio de guarda y custodia es como sancionar a la madre por su buen comportamiento, infringe la clara doctrina jurisprudencial sobre la materia. No se puede recurrir a la adaptación de los menores con uno u otro progenitor como argumento en contra de la compartida por el tiempo transcurrido. Eso es petrificar situaciones que no benefician el interés de los menores y cosificar una rutina para con uno de ellos que precisamente perjudica la comunidad que debe predicarse de una custodia común deseable, así como contrariar el espíritu de la LOPJM de 8/2015 de 22 de julio, «como ha recordado con reiteración esta sala a partir de la Sentencia 658/2015, de 17 de noviembre».

La crítica del Supremo a la sentencia de la Audiencia Provincial es contundente, pues no se trata de premiar o sancionar conductas, sino de no infringir una doctrina clara sobre los criterios para conceder custodias con el interés del menor en el horizonte, años después de acordada por los padres. En tal sentido, la STS de 24 de mayo de 2016 nos recuerda que «al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores, sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores». Porque la situación ha cambiado desde que se firmó el convenio, entonces se trataba de un bebé, ahora de un menor de 9 años. Ha habido alteraciones significativas, y

la perdurabilidad, el mantenimiento de lo mismo, a pesar de lo cambios experimentados, no es lo más adecuado para el hijo menor. Por otro lado, a fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial, ya se habían dictado otras del Tribunal Supremo en el mismo sentido. En definitiva, se ha apartado de la doctrina consolidada y, por ello, por los argumentos expuestos, el Tribunal Supremo casa la sentencia, confirmando la de la 1.^a Instancia de 31 de enero de 2017.



Transparencia y protección de datos personales en el ámbito universitario: hacia una universidad abierta

Mónica Arenas Ramiro

*Profesora contratada doctora de Derecho Constitucional.
Universidad de Alcalá*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don César Tolosa Tribiño, don Xabier Arzoz Santisteban, don José Luis López González, don Juan Francisco Mestre Delgado, don Ángel José Sánchez Navarro y don Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero.

Extracto

Toda universidad maneja y genera en su día a día un ingente y exponencial volumen de información personal, potenciado por el uso de nuevas herramientas tecnológicas y el proceso de digitalización que vivimos. Esto representa una fuente de recursos que, utilizados de una forma eficaz, pueden favorecer la investigación científica, fomentar el crecimiento económico, la transparencia y, con ella, la participación ciudadana, lo que, en último término, fortalece el principio democrático. No obstante, la exigencia de transparencia debe integrar el respeto a los derechos fundamentales. Diseñar una universidad transparente y comprometida debe hacerse desde el respeto a la privacidad, generando confianza en los ciudadanos a los que sus servicios van dirigidos.

Palabras clave: democracia; educación; protección de datos; transparencia; universidad.

Fecha de entrada: 03-05-2019 / Fecha de aceptación: 15-07-2019

Cómo citar: Arenas Ramiro, M. (2020). Transparencia y protección de datos personales en el ámbito universitario: hacia una universidad abierta. *Revista CEFLegal*, 230, 93-120.



Transparency and personal data protection at the university: towards an open university

Mónica Arenas Ramiro

Abstract

Every university manages and generates a huge and exponential volume of personal information on a daily basis, enhanced by the use of new technological tools and the digitalization process we are undergoing. This represents a source of resources that, used effectively, can favour scientific research, promote economic growth, transparency and, with it, citizen participation, which ultimately strengthens the democratic principle. However, the requirement for transparency must include respect for fundamental rights. Designing a transparent and committed university must be done from respect for privacy, generating confidence in the citizens to whom its services are directed.

Keywords: democracy; education; personal data protection; transparency; university.

Citation: Arenas Ramiro, M. (2020). Transparencia y protección de datos personales en el ámbito universitario: hacia una universidad abierta. *Revista CEFLegal*, 230, 93-120.





Sumario

1. Introducción
 2. Una exigencia democrática: transparencia y acceso a la información pública
 - 2.1. Transparencia
 - 2.2. Acceso a la información pública
 3. Gobierno abierto en el ámbito universitario: la «universidad abierta»
 4. Los límites a una universidad abierta
 - 4.1. Autonomía universitaria
 - 4.2. Protección de datos personales
 5. En busca del equilibrio
 - 5.1. La ponderación
 - 5.2. El diseño de una universidad abierta desde la privacidad
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Vivimos en un mundo globalizado e interconectado, y esto, como no podía ser de otra forma, tiene su impacto en nuestros derechos fundamentales (Troncoso Reigada, 2012, pp. 40-53). La revolución tecnológica de la que somos protagonistas inunda todos los aspectos y ámbitos de nuestra vida y de nuestra sociedad, y la Administración pública, como lo es la universidad, no escapa a sus consecuencias, especialmente en lo que se refiere a su potencial como instrumento de mejora democrática (Villoria, 2014-2015, p. 86).

En los últimos años hemos asistido a importantes cambios: por un lado, en el terreno tecnológico, cambios que permiten un fácil y rápido acceso a la información, su análisis, intercambio, combinación, almacenamiento ilimitado y recuperación con las más variadas finalidades. Y, por otro lado, se ha producido un cambio en la mentalidad de los ciudadanos, que cada vez son más conscientes del valor de la información pública, pero también de la importancia de su información personal, y demandan mayor conocimiento de lo que hacen los poderes públicos, pero también exigen un mayor control respecto de lo que los mismos hacen con sus datos personales. En este sentido, el hecho de que la Administración pública se modernice y se adapte a la evolución tecnológica de la sociedad a la que presta sus servicios se ha convertido en una reivindicación cada vez más apremiante, pero que lleva fraguándose desde los años noventa.

Todo este proceso implica que los poderes públicos tienen que cambiar su mentalidad a la hora de trabajar y tratar la información personal: se establecerán nuevos procedimientos de forma digitalizada o informatizada, y otros deberán ser adaptados a las nuevas tecnologías, pero en todo caso deberán ser respetuosos con los derechos fundamentales de los ciudadanos a los que van dirigidos. Es obvio que todo este proceso de automatización supondrá una simplificación administrativa, la reducción de trámites innecesarios y, por lo tanto, la reducción de costes; pero también conllevará un mayor acceso a la información, mejorando la transparencia administrativa y contribuyendo a un mejor control de la misma, que es la finalidad que se está persiguiendo con todo este proceso (Troncoso Reigada, 2012, p. 38). Se cumple así con el mandato constitucional de eficacia y de servicio al interés general previstos en el artículo 103.1 de la CE y en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de

Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) (Troncoso Reigada, 2008, pp. 35-36), a la vez que se refuerza el principio de responsabilidad de los poderes públicos, que deben rendir cuentas a los ciudadanos, pues son estos los que les han legitimado para ejercer sus funciones (García García, 2014, p. 79). Resulta, por lo tanto, inexcusable definir los criterios que concilien la transparencia y el acceso a la información pública y la garantía de la privacidad de los ciudadanos.

Así las cosas, si en líneas generales estos cambios son relevantes para todas las Administraciones públicas, más relevancia cobran si nos situamos en el ámbito universitario, donde el deber de modernización es, si cabe, ineludible. La transparencia se ha convertido hoy en día, con su origen en la crisis social y económica y en los numerosos casos de corrupción que asaltan nuestras vidas, en una demanda incuestionable por parte de los ciudadanos. Y esta demanda es vinculante para todas las Administraciones, y entre ellas, la universidad, donde se presume que los principios éticos deben ser una constante en su organización y funcionamiento.

Las universidades se han caracterizado siempre por ser fuente de conocimiento y de cambios y revolución social, cuna del pensamiento crítico de un país, por lo que su adaptación constante a los cambios sociales, a la forma de generar y transmitir conocimiento, y su caracterización como contrapunto crítico a los poderes institucionalizados, es una nota constante de las mismas (exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades [en adelante, LOU], apdos. I y VII). Por este motivo, su no adaptación a los desafíos tecnológicos carecería de todo sentido y vaciaría de contenido su esencia (Gurmendi David, 2008, p. 52). En este sentido, las universidades, «parte esencial de la conciencia crítica del país» (Carpizo McGregor, 2011, p. 40), deben ser y dar ejemplo de transparencia, deben formar a sus estudiantes en una cultura de la transparencia, de respeto a los derechos fundamentales. Son el reflejo de la futura sociedad que queremos construir (Casillas Alvarado, 2007, p. 10).

Los avances tecnológicos y los servicios que ofrecen permiten a las universidades recoger, almacenar, intercambiar y suministrar enormes cantidades de información (entre ellas, información personal), además de favorecer la relación entre los distintos miembros que componen la comunidad universitaria. Así, por ejemplo, se facilita la relación entre profesores y estudiantes a través del correo electrónico institucional o a través de plataformas virtuales institucionalizadas, o se manejan e intercambian numerosos datos en los procesos de matriculación, calificación o muchísimas otras actividades de gestión académica (Troncoso Reigada, 2006, pp. 82-83). A todas luces es evidente que las universidades siempre han tratado datos personales, de sus estudiantes o de sus trabajadores, ya sea profesorado o personal de administración y servicios, y con la finalidad de cumplir con una actividad administrativa, con una misión o en interés público, pero paulatinamente este tipo de información se ha ido multiplicando y su tratamiento se ha ido modernizando. Entre los años setenta y ochenta, las universidades empezaron a utilizar herramientas informáticas para la gestión de sus procesos administrativos, y a partir de ese momento se incrementó el uso de la informática y el volumen de información que técnicamente se podía manejar,

aumentando la preocupación de los integrantes de la comunidad universitaria por el uso de su información personal, quienes empezaron a exigir el control sobre sus datos de carácter personal. Esto obliga a las universidades a adecuar sus tratamientos de datos personales a la legislación vigente en la materia y, en este sentido, a buscar un equilibrio entre las exigencias de transparencia y las de privacidad (Troncoso Reigada, 2006, pp. 83-84), máxime cuando la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos (en adelante, RGPD) exige entre sus principios transparencia y una responsabilidad proactiva (art. 5 RGPD). (Vid. el extenso y completo Informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos [AEPD] 2019-0036, sobre el tratamiento de datos personales en el ámbito universitario, de 24 de septiembre de 2019 [N/REF: 010601/2019]).

En conclusión, podemos decir que si la dinámica inevitable a la que está abocada la Administración pública es ser una Administración más transparente –en democracia no podría ser de otra forma–, más abierta a los ciudadanos, la universidad debe serlo con mayor motivo. Si la idea es que la universidad contribuya a una cultura de la transparencia, debe predicar con el ejemplo, e incluso ir un poco más allá. Los valores que el gobierno abierto representa, a saber, transparencia, participación y rendición de cuentas, deben formar parte igualmente del ámbito universitario. Así, podemos hablar en consecuencia de la necesidad de una «universidad abierta» o *smart university*. No obstante, buscar el punto de equilibrio, diseñar el modelo de universidad transparente que queremos, debe hacerse desde el respeto a la privacidad, generando confianza en los ciudadanos a los que sus servicios van dirigidos.

2. Una exigencia democrática: transparencia y acceso a la información pública

2.1. Transparencia

Del concepto «transparencia» se han ofrecido muchas y variadas definiciones, siendo el punto común de todas ellas el hecho de que los ciudadanos deben tener acceso a la información pública de una forma rápida y detallada. Debemos entender por información pública «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones» (art. 13 Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno [en adelante, LTAIBG]; vid. también, Piñar Mañas, 2014, pp. 10-11). Los ciudadanos exigen estar informados y participar en mayor medida en el proceso de todas de decisiones que les afecten (Lizcano Álvarez, 2012-2013, p. 161).

Hoy en día la transparencia debe estar asociada al uso de los nuevos servicios y herramientas que los avances tecnológicos ofrecen. De lo contrario, su eficacia práctica pierde todo sentido. Por este motivo, en la actualidad no podemos entender que una Administración pública es transparente por la mera difusión de la información, el mero hecho de «colgar»

algo en internet o por tener una sede electrónica (arts. 38 y 39 LRJSP), sino que debemos dar un paso más al hacer accesible la información a los ciudadanos: hacerla comprensible y reutilizable (Villoria, 2014-2015, p. 86). La Ley 37/2007, sobre reutilización de la información del sector público define la reutilización de la información como «el uso de documentos que obran en poder de las Administraciones y organismos del sector público, por personas físicas o jurídicas, con fines comerciales o no comerciales, siempre que dicho uso no constituya una actividad administrativa pública» (art. 3.1).

Así, la transparencia adquiere un doble valor (Castillo Vázquez, 2007, p. 241). No solo por la difusión y publicidad que ofrece de la actividad de los poderes públicos –lo que la convierte en un instrumento de control de la corrupción y del mal funcionamiento de los mismos– (Lizcano Álvarez, 2012-2013, pp. 161), sino porque al permitir la reutilización de la información, genera un valor añadido que revierte en toda la sociedad (García García, 2014, p. 79). La transparencia mejora la eficiencia de las Administraciones públicas, reduce costes en los procesos, y, por otro lado, al abrir y compartir la información pública, permite que la misma se pueda reutilizar, con los beneficios económicos que ello representa para sector privado (Villoria, 2014-2015, p. 96). En aquellos Estados donde prima la transparencia en el funcionamiento de sus instituciones y su fiscalización «se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico» (exposición de motivos de la LTAIBG, apdo. I). Debe sernos evidente que en un Estado democrático los poderes públicos no pueden manejar los recursos públicos bajo una total impunidad o discrecionalidad (Carpizo McGregor, 2011, pp. 33-34). La transparencia de los poderes públicos es un indicador de la calidad democrática de un Estado. En estos casos, la utilización de «datos abiertos» o la reutilización de la información contribuye a que los ciudadanos no solo estén mejor informados, sino que se sientan animados a colaborar y participar en la gestión de los recursos públicos por verse como parte implicada y responsable de los mismos (García García, 2014, pp. 80-81).

En España, de forma muy tardía, se aprobó en el año 2013 la ya citada Ley 19/2013, LTAIBG, que exige a todas las Administraciones públicas (incluidas las universidades) la obligación de publicar «de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública» y la de dar respuesta al ejercicio del derecho de acceso a la información pública (arts. 5.1 y 20 LTAIBG). De esta forma, se configura una Administración pública realmente democrática, que cumple con los principios constitucionales de eficacia y publicidad y, además, de participación ciudadana, exigidos en los artículos 103 y 105 de la CE. Cualquier interpretación restrictiva de la transparencia es contraria a nuestro texto constitucional, que únicamente admite como límites a la misma la intimidad de las personas y la seguridad y defensa del Estado y averiguación de los delitos. Estos límites, como luego veremos, serán desarrollados por la citada Ley de transparencia.

En el ámbito universitario podemos decir que también se está avanzando en el tema, pero que todavía queda mucho por hacer. Cada vez son más las universidades que son

conscientes de su necesidad de adaptarse no solo al uso de las nuevas tecnologías, sino al hecho de ofrecer unos servicios de calidad y hacerse más transparentes con el fin de ofrecer una mejor imagen de sus servicios y fomentar una mayor participación de sus destinatarios, más allá de las exigencias legales existentes. No obstante, todavía se observan deficiencias sobre la información facilitada, especialmente en lo relacionado con la demanda académica, así como en lo relativo a los resultados y el grado de satisfacción de los estudiantes, el perfil del claustro (Teruel Doñate y Gumbau Mezquita, 2014, p. 4; y Martín Cavanaugh y Barrio, 2014) e incluso la transparencia en las solicitudes de información realizadas (Barstow y Johnson, 2016, p. 58).

Dicho esto, nos gustaría indicar que si bien estamos haciendo referencia a las universidades, entendiendo que son las universidades públicas –en tanto que la exigencia de transparencia les afecta directamente a las mismas (art. 2.1.d) LTAIBG)–, creemos que dicha exigencia debería pesar también sobre las universidades privadas, en la medida de que su finalidad no difiere de la finalidad de las públicas, esto es, formar y transmitir conocimiento a la sociedad (Murayama Rendón, 2007, p. 2; y, también, el Criterio Interpretativo C/0003/2015, del Consejo para la Transparencia y Buen Gobierno).

2.2. Acceso a la información pública

La idea de mejorar la calidad democrática de nuestras Administraciones y favorecer el control que ejercen los ciudadanos sobre los poderes públicos no es algo nuevo, pero es cierto que el uso de las nuevas tecnologías potencia que sea más fácil su consecución (Gutiérrez David, 2014, pp. 190-193). La idea de elaborar normas que permitieran un acceso a los ciudadanos a la información pública se reflejó por primera vez en la Ley de libertad de prensa sueca de 1766, aunque hubo que esperar a la Ley finesa de 1951 para que en Europa se recogiera el testigo (Sánchez Morón, 2014, p. 458), si bien la norma que mejor recogería el legado sería –fuera del territorio europeo–, con el fin de hacer frente al «oscurantismo» de la Administración norteamericana, la Ley de libertad de información estadounidense de 1966 (la conocida como FOIA, *Freedom of Information Act*) (García García, 2014, pp. 78-79; y Piñar Mañas, 2014, p. 4). Y si hablamos de fuera del territorio europeo, envidiable la labor que en este terreno se desarrolla en Iberoamérica, destacando con mucho la labor llevada a cabo por México con la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016). En todos estos casos, el objetivo era, y es, controlar el poder de decisión de las autoridades públicas sobre cuestiones de interés general, dar luz al asunto (Piñar Mañas, 2014, p. 3). Podemos señalar como crítica a las normas que sobre acceso a la información pública se han ido aprobando que la mayoría de ellas lo han hecho en «contextos de crisis de legitimación democrática, sospechas de corrupción y debilidad gubernamental» (Guichot, 2012, p. 261), aunque en la Unión Europea la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 41 ha venido a reconocer el derecho fundamental a «una buena Administración», acompañándolo en su artículo 42 de un específico derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas.

Los poderes públicos deberían ser conscientes de que la transparencia a través de mecanismos como el derecho de acceso a la información pública favorecería su legitimidad y les devolvería la confianza que hoy en día no tienen de los ciudadanos (Villoria, 2014-2015, pp. 89-90). De hecho, en el asunto *Aldo Kuijer contra el Consejo*, de 7 de febrero de 2002, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) concluyó que:

El principio de transparencia tiene por objetivo asegurar una mejor participación de los ciudadanos en el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático. Contribuye a reforzar el principio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales.

Debemos señalar aquí que la transparencia y el derecho de acceso por sí solos no devuelven la legitimidad –que ahora parece perdida– de los poderes públicos. Para que esto se produzca, se retome la confianza ciudadana y se reduzca verdaderamente la corrupción, al derecho de acceso se deben sumar unos adecuados mecanismos de control que hagan efectiva la rendición de cuentas. La rendición de cuentas no consiste solo en ofrecer cifras o información de las actividades llevadas a cabo, sino que debe llevar aparejada la responsabilidad correspondiente ante las anomalías detectadas (Villoria, 2014-2015, pp. 99-100; y Casares, 2018). La mera información de datos y resultados sin un mecanismo de control puede producir todo tipo de disfuncionalidades, como el manipular la información u ofrecerla sesgada (Zapico, 2013, pp. 331-356). De ahí que en el control también se hace necesaria una participación ciudadana y su colaboración. A ello contribuyen y pueden contribuir en gran medida los avances tecnológicos, pues las Administraciones públicas dejan de esperar a que el ciudadano les solicite información, para ofrecerla ellas de forma autónoma. Esto es, se pasa de un modelo «reactivo» a un modelo «proactivo», que los ciudadanos sabrán agradecer y que ofrece ese valor añadido del que ya hemos hablado (García García, 2014, pp. 78-79).

La Ley de transparencia, en relación con el derecho de acceso señala que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública» y que la regulación que hace del mismo es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 105.b) de la CE, y lo desarrolla estableciendo su ejercicio y sus límites, completando así lo también dispuesto al respecto tanto por la LRJSP como por la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Respecto de la postura que los tribunales españoles tienen del derecho de acceso, debemos indicar en primer lugar que no es una postura clara, siendo el dilema principal –que ocupa incluso sede constitucional– el hecho de si el derecho de acceso a la información pública es una de las facultades incluidas en la libertad de información garantizada por el artículo 20.1 d) de nuestro texto constitucional, y si, por lo tanto, es un derecho fundamental, o, si por el contrario, no lo es y tiene su anclaje jurídico en el artículo 105 b) de la CE ya mencionado. En este terreno, se pronunció inicialmente el Tribunal Constitucional en el

año 1988 (STC 161/1988), limitándose a rechazar la posibilidad de acudir en amparo por la vía de la violación del citado artículo 105.b) de la CE bajo el argumento de la no conexión con la libertad de información garantizada por el ya mencionado artículo 20 de la CE (Rollnert Liern, 2014, p. 358; y Guichot, 2011, p. 25). No obstante, los tribunales internacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), enlazan este derecho de acceso con la libertad de información. Así, por ejemplo, no podemos dejar de citar aquí, por ser todo un referente en esta materia, la conocida sentencia del asunto *Claude Reyes*, de la CIDH de 19 de septiembre de 2006, sobre el acceso a la información pública en un caso de medioambiente. Aquí la Corte Interamericana concluyó que:

El artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a «buscar» y a «recibir» «informaciones», protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción (apdo. 77 de la sentencia).

Si bien es cierto que en un primer momento el TEDH se mostró reacio a reconocer la conexión entre la información pública y el derecho a la libertad de expresión garantizado por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (caso *Guerra contra Italia*, de 19 de febrero de 1998, en relación con un caso de exigencia a la Administración pública de publicidad de la información sobre medioambiente), posteriormente el TEDH ha ido cambiando su doctrina y, así, en el año 2009 ya reconoció dicha vinculación (en los asuntos *Kenedi contra Hungría*, de 16 de agosto de 2009; y *Tárasaság contra Hungría*, de 14 de abril de 2009. *Vid.*, también, Rollnert Liern, 2014, pp. 364-367; y Guichot, 2011, pp. 31-35). Es más, en el año 2013, en el caso *Youth Initiative for Human Rights contra Serbia*, de 25 de junio, el TEDH se pronunció con total rotundidad haciendo una excelente labor recopilatoria de los documentos internacionales aplicables al derecho de acceso a la información pública, y concluyendo la vinculación del derecho de acceso y la libertad de información al recordar que «la noción de "libertad para recibir información" abarca un derecho de acceso a la información» (apdos. 20 y 24). Lo que ha venido a confirmar en el asunto *Guseva contra Bulgaria*, de 6 de julio de 2015 y en la decisiva *Magyar contra Hungría*, de 8 de noviembre de 2016 (sobre las mismas, *vid.* Cotino Hueso, 2017, pp. 287-290).

En conclusión, podemos ver como mientras en el Derecho comparado existe «consenso jurídico acerca de la naturaleza ius-fundamental del derecho de acceso a la información pública» (Guichot, 2012, p. 265), y lo reconocen expresamente en textos constituciona-

les o lo vinculan con la libertad de información o elaboran leyes específicas, por otro lado, nuestra Carta magna parece tener un enfoque más restrictivo y nuestros tribunales, si bien reconocen su importancia, no terminan de reconocer su vinculación con la libertad de información y, por tanto, su carácter fundamental, mostrando una tendencia restrictiva (Gutiérrez David, 2014, pp. 188-189).

En el ámbito universitario el derecho de acceso a la información pública es una herramienta para hacer efectiva la obligación de transparencia que pesa sobre las universidades. No obstante, en los años que lleva vigente la Ley de transparencia española, la obligación de transparencia se ha centrado más en una transparencia activa, y las cuestiones que se han suscitado relacionadas con el derecho de acceso han sido las relativas a consultas sobre los salarios de los integrantes de órganos de gobierno universitarios, así como las referentes a las demandas de privacidad frente a la transparencia de los sujetos implicados, y no está siendo realizada de forma efectiva (Barstow y Johnson, 2016). Para resolver muchos de los conflictos surgidos, desde la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) se publicó en julio de 2019 la *Guía de buenas prácticas en materia de transparencia y protección de datos personales*, recogiendo los pronunciamientos más destacados sobre la materia de los órganos de garantía, tanto de transparencia como de protección de datos.

3. Gobierno abierto en el ámbito universitario: la «universidad abierta»

De la mano de la transparencia y del derecho de acceso a la información pública aparecen las ideas de «liberación» de la información y de su apertura, del acceso abierto a la misma. Podríamos decir que una consecuencia de la evolución tecnológica y del desarrollo de la Administración electrónica es el llamado «gobierno abierto» (*open government*). Como ya hemos visto, cuando se supera la idea de la Administración electrónica como herramienta que facilita los servicios públicos, se ofrece algo más que un servicio unidireccional hacia el ciudadano: la tecnología pasa a formar parte de la vida diaria y de la propia Administración, y se centra en la idea de la rendición de cuentas y en la participación ciudadana. De esta forma, el uso de las nuevas tecnologías en la Administración no supone una ventaja, sino que la verdadera ventaja será la forma en que dichos instrumentos se empleen y en el hecho de dar un paso más hacia la apertura de su información (García García, 2014, p. 78). Así las cosas, aplicando esta idea al ámbito universitario, en el sentido de que las universidades han ido avanzando en el uso de las nuevas tecnologías para ofrecer un mejor servicio a los miembros de la comunidad universitaria, podemos y debemos hablar de una «universidad abierta», que acoja los mismos principios que el ya citado «gobierno abierto»: transparencia, participación y rendición de cuentas.

Se está intentando agilizar el proceso de apertura en las universidades a través de la utilización de los llamados «datos abiertos» (*open data*) (Marín García, 2014, pp. 842-844), con

el objetivo de «contribuir a la construcción de una universidad abierta del siglo XXI» (Teruel Doñate y Gumbau Mezquita, 2014, p. 3). La idea es construir una *smart university*, en el sentido no literal de una universidad inteligente, sino flexible y con capacidad de tomar decisiones basándose en análisis de datos. Sobre este tema viene trabajando desde el 2013 la Sectorial TIC de la CRUE, que ha elaborado un documento que supone una hoja de ruta, con una serie de directrices, dirigida a la implantación de los principios del gobierno abierto en el ámbito universitario, participando así del conocido como «movimiento *open* universitario». En el Informe UniversiTIC 2017 (Gómez Ortega, 2018), presentado el 18 de julio de 2018, se evidenció que nueve de cada diez universidades tienen portal de transparencia y que el número de datos en abierto se ha multiplicado hasta por cuatro, además de indicar que la mayoría de las universidades utilizan más de cinco canales de distribución de la información, como las redes sociales o las listas de distribución.

El problema y desafío que podríamos denominar «técnico» con el que nos vamos a encontrar es convertir en «abiertos» los datos que hasta ahora se venían manejando en la universidad, esto es, habilitarlos en un formato conveniente e interoperable para que puedan ser usados, reutilizados y redistribuidos por cualquier persona, sea de la propia universidad o no, para sus propios fines. El gran desafío será la apertura de los datos procedentes de las investigaciones científicas o académicas. No obstante, recogiendo las obligaciones derivadas de las metas de Horizonte 2020 en relación con los datos de investigación, la Comisión Europea ha puesto en marcha el Open Research Data Pilot con el fin de mejorar el acceso y la utilización de los datos derivados de las investigaciones fruto de proyectos financiados con fondos europeos (*vid.* Guidelines to the Rules on Open Access to Scientific Publications and Open Access to Research Data in Horizon 2020, de 21 de marzo de 2017). Asimismo, esta exigencia se recoge también a nivel nacional en la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (art. 37; y Recomendaciones para la implementación del artículo 37 Difusión en Acceso Abierto de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, elaborada por la FECYT, 2014; y su Informe de seguimiento de 2016).

Con este proceso hacia una universidad más transparente se mejorará el funcionamiento de la institución y se generará un valor económico adicional que repercutirá en toda la sociedad. No obstante, la universidad abierta funcionará si existe algún tipo de interés por parte de los órganos de gobierno de la misma que, normalmente y por desgracia, suele ser electoral (y con ello me refiero a cualquier tipo de elecciones, como pueden ser las llamadas a rector). No podemos perder de vista que el adjetivo «transparente» es un reclamo muy llamativo. La transparencia en la universidad supone un cambio a la hora de trabajar con la información (especialmente si nos referimos a la información personal), y el diseño de una serie de prácticas dirigidas a evitar las decisiones discrecionales, por lo que deben constar en los planes estratégicos de la institución (Torre Torres y Torres Megloza, 2013, p. 46).

En este sentido, las universidades todavía no terminan de asumir la idea de un gobierno abierto. Si bien las universidades ven con buenos ojos las ideas de transparencia y apertura, participación y colaboración, e implantan medidas para conseguirlo, muchas de ellas no

son conscientes de que están contribuyendo a formar una universidad abierta. «No significa que haya resistencia al establecimiento de una gobernanza abierta, sino una relativa falta de conocimiento, sensibilidad e implicación» (Sánchez Morón, 2014, p. 1). No obstante, en las últimas décadas esto parece experimentar un notable cambio y cada vez más instituciones se suman al citado movimiento de apertura universitaria, de datos abiertos, posibilitando el acceso no solo a recursos docentes, sino también a los procedentes de la investigación (Peset Mancebo *et al.* 2017).

Pero en el ámbito universitario no solo se están dando pasos en la publicación de la información, sino que se están llevando a cabo actuaciones que potencian y defienden la reutilización de la información pública y de los datos públicos. Aunque aquí, como queda dicho, el problema será diseñar los mecanismos que posibilitan esa transformación, que, como veremos, habrá de hacerse desde el respeto a la privacidad.

En definitiva, y resumiendo, podemos decir que para conseguir una universidad abierta, los tres principios fundamentales que deben darse, en todo caso, son: transparencia, participación y colaboración (así se recogió la idea de un «gobierno abierto» en el conocido como «Memorando Obama», de 24 de febrero de 2009. *Vid.* Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies. Subject: Transparency and Open Government; y la Declaración del G8 en Lough Erne, de 18 de junio de 2013).

Tomando como referente el citado documento de la CRUE, así como el Informe de la Fundación Compromiso y Transparencia sobre la Transparencia en las Universidades Públicas del 2014 y el citado informe de la CRUE presentado en julio de 2018, podemos extraer una serie de puntos o ítems que deberían estar presentes si queremos ofrecer una universidad verdaderamente transparente. Estos puntos serán los indicadores que revelarán el grado de transparencia de nuestra institución, fomentarán la sana competencia entre universidades y permitirán al ciudadano valorar la calidad de las mismas y, en último término, controlarlas (Lizcano Álvarez, 2012-2013, p. 164).

No obstante, como punto de partida para todos estos ítems, y con el objetivo de conseguir una transparencia efectiva, debemos partir del hecho de que no es suficiente con que la información esté disponible, sino que la misma debe reunir una serie de características, y así debe presentarse de forma agrupada, ser accesible y comprensible, ser gratuita y generar confianza, con las medidas de seguridad que sean necesarias y eviten un mal uso de la misma (García García, 2014, pp. 85-86; y art. 5.5 LTAIBG y, en el mismo sentido, disposición adicional vigesimocuarta LOU y el Informe AEPD 2014/0178). La meta debe ser buscar aumentar el valor de los datos que se liberen o abran, y para ello debemos saber el qué y el cómo, facilitando técnicamente su combinación, comparación y enlace (Teruel Doñate y Gumbau Mezquita, 2014, p. 10).

Dicho esto, los ítems que deberían aparecer a la hora de analizar si estamos ante una universidad abierta son:

- a) Misión. Las universidades deben reflejar cuál es su propuesta educativa. No solo deberán reflejar las funciones que por ley les vienen encomendadas (art. 1 LOU), sino que supondrá personalizar el servicio que van a ofrecer.
- b) Plan estratégico. Las universidades deben tener un plan de actuación, un plan estratégico en el que se refleje cuáles son sus líneas de actuación y la forma de llevarlas a cabo o conseguir las. Este plan debe ser fácilmente accesible a los miembros de la comunidad universitaria. Asimismo, con el fin de facilitar la obligación de transparencia que recaerá en los trabajadores de la universidad, y como uno de los objetivos del plan estratégico, la universidad deberá formar a su personal sobre cómo manejar y ofrecer la información con la que trabajan, que es información pública, de la institución.
- c) Gobierno. Se debe identificar a los miembros de los órganos de gobierno que forman la universidad. La finalidad es conocer quiénes toman decisiones y en qué ámbitos o sobre qué materias. Pero hay que ir un paso más allá y no solo reflejar la composición del órgano o forma de elección, sino, y lo que es más importante, el proceso de toma de decisiones. Los criterios, principios y motivos que han dado lugar a una determinada decisión deben ser accesibles a los miembros de la comunidad universitaria.
- d) Información económica. Aquí, las universidades deberán publicar sus presupuestos así como las memorias explicativas de los mismos y el informe de auditoría. Esta información contribuirá a conocer dónde pone el centro de atención la universidad, esto es, dónde invierte sus recursos y a qué se destina cada porcentaje de los mismos. En este tema debemos señalar que hay estudios que demuestran que cuanto mayor es la participación ciudadana en los asuntos presupuestarios, mejor es la gestión de los mismos, porque, en sentido contrario, los costes se disparan con la opacidad. Todo ello afecta negativamente al funcionamiento económico de la institución, y cómo no, a su funcionamiento democrático. Cuando se genera confianza en este terreno, se produce un crecimiento económico y una apuesta por la inversión. Los datos económicos, cuando son proporcionados de forma rigurosa, contribuyen a que inversores, productores y consumidores pueden tomar decisiones más eficientes, a lo que se añade el hecho de que se «reduce la capacidad de las élites gobernantes para la selección arbitraria de proyectos de gasto, mejorando la satisfacción general y la legitimidad de los administradores públicos» (García García, 2014, pp. 79-80).
- e) Resultados de docencia e investigación. Uno de los puntos más conflictivos y que genera más recelos es el relacionado con el campo de la investigación. Incluso una de las críticas recibidas en este terreno se basa en la opinión generalizada de que la universidad española no está orientada a resultados. Con resultados de docencia e investigación nos referimos, como señala el Informe CRUE, a material docente, publicaciones y otros documentos que recojan resultados de investigaciones, y datos experimentales o técnicos sobre los que se realiza una

investigación (Teruel Doñate y Gumbau Mezquita, 2014, pp. 4-5). La cuestión en este punto no es tanto la información concreta sobre la actividad investigadora (como tesis publicadas, patentes, publicaciones, etc.) o los resultados docentes manifestados a través del rendimiento académico de los estudiantes, así como el grado de satisfacción con los mismos, sino que el problema se generará a la hora de compartir los resultados de investigación. No obstante, recordamos aquí, como ya hemos citado, el movimiento de «acceso abierto» (*open access*) –que promueve que el conocimiento sufragado con recursos públicos sea de dominio público con base en un acceso permanente, gratuito y libre de restricciones a los contenidos científicos o académicos– (destacando, por todos, entre las numerosas declaraciones internacionales al respecto y las obligaciones del Horizonte 2020, la Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities [22 de octubre de 2003]). Pero todavía queda mucho por hacer. Creemos que es en el terreno de la investigación donde se tendría que potenciar este movimiento de datos abiertos, pues estos datos «podrían ayudar a mejorar el conocimiento sobre la financiación de la investigación o a establecer contactos entre investigadores, entre sí o con entidades potencialmente interesadas en aplicar o apoyar su trabajo» (Teruel Doñate y Gumbau Mezquita, 2014, pp. 4-5 y 9-10). No podemos olvidar que uno de los fines de la investigación universitaria es que la misma se transfiera a la sociedad (art. 39.1 y 2 LOU). Asimismo, en este terreno es interesante observar cómo el nuevo RGPD y la actual Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales (LOPDGDD) regulan de forma específica el tratamiento de datos personales en el terreno de la investigación como una excepción a los requisitos básicos para su tratamiento (arts. 23 y 89 RGPD y disp. adic. decimoséptima LOPDGDD, en relación concreta con la investigación en salud).

- f) Política de personal. Tanto de personal docente e investigador (PDI), como de personal de administración y servicios (PAS), ya sean funcionarios o contratados laborales (lo que deberá quedar reflejado y ser accesible). La información en este terreno arrojará importantes consecuencias como la política de estabilidad profesional o carrera profesional que la universidad ofrece a sus empleados, pues se tendrán que reflejar no solo números sino también categoría, salario y sexo. Deberían quedar meridianamente claros los principios o criterios de promoción, así como los relativos a la asignación de plazas. Este tipo de información permitirá conocer, también, cuál es la ratio de profesor/estudiante, así como la carga docente, los criterios para su cómputo, y forma de asignación de la misma. Igualmente importante, especialmente en el caso del PDI, es conocer su perfil académico e investigador, para poder valorar la calidad académica de los sujetos que forman parte de la universidad y que van a contribuir con sus conocimientos a las labores docentes y de investigación de la institución. En este terreno se hacen realmente necesarios planes de igualdad que reflejen el compromiso de la universidad con la cuestión de género y el rechazo a cualquier situación de discriminación.

- g) Oferta académica. La oferta académica es un reflejo de los contenidos académicos que una determinada universidad ofrece. Pero no consiste solo en publicar los títulos ofertados, los criterios de acceso, los programas de movilidad e intercambio, y las asignaturas o profesorado que lo imparte, sino que lo realmente relevante es conocer el número de solicitudes de matrícula en relación con el número de plazas ofertadas, y ponerlo en conexión con cursos académicos anteriores.
- h) Alumnado. Con la adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior (el conocido Plan Bolonia), el modelo de aprendizaje ha cambiado y ahora el centro del mismo es el estudiante. Y, en este sentido, a los mismos hay que darles la importancia que tienen en dicho proceso, haciéndoles partícipes de la universidad de la que van a formar o forman parte (Gurmendi, 2008, p. 53). En este punto no se trata solo de dotar a los estudiantes de los mecanismos necesarios para interactuar con la institución y sus miembros, y de indicarles quiénes son sus representantes u horarios de tutorías y becas y ayudas ofertadas, sino de reflejar cuestiones como el número de alumnos, sexo y procedencia, así como las titulaciones más solicitadas por los mismos, con el fin de que sean los propios estudiantes los que elijan con conocimiento de causa la titulación por la que quieren optar.

Finalmente, en relación con los puntos o ítems señalados, debemos decir que los conjuntos de datos que se publiquen deberían ir relacionados con los mismos, pero que debería haber un panel de información básica que agilice su presentación y permanente actualización (Lizcano Álvarez, 2012-2013, p. 162). Los datos ofrecidos por las universidades, con las adaptaciones necesarias, se podrían utilizar para crear, por ejemplo, aplicaciones que ayuden a elegir universidad o elaborar rankings o para rendir cuentas.

Si realmente fuéramos conscientes del cambio y de la necesidad de adaptación de la universidad, no veríamos la transparencia y accesibilidad a la información como una opción, sino como una «herramienta fundamental para su supervivencia» (Pedreño, 2009). El camino hacia una universidad más abierta implica no solo estar en internet, sino tener una actitud proactiva, basándonos en planes estratégicos e implicando a todos los miembros de la comunidad universitaria (Sánchez González *et al.*, 2014, pp. 2-3). En este sentido, a la hora de ofrecer la información ya no solo la web o el portal de transparencia respectivo son suficientes (Caro Muñoz, 2018). Así, junto a las tradicionales notas de prensa, o el boletín institucional de la correspondiente universidad, se han abierto canales propios en redes sociales como Facebook, en forma de página, Twitter o LinkedIn, entre otros, como, por ejemplo, los vídeos institucionales con actos, conferencias y entrevistas a docentes e investigadores. Incluso un paso más, en cuanto a apertura en tiempo real, es la posibilidad de informar en directo y permitir la participación de los espectadores a través de vídeo *streaming* o desde canales como Twitter (Sánchez González *et al.*, 2014, pp. 3-4).

Finalmente, debemos señalar que mediante estos mecanismos se debe eliminar todo tipo de barreras de acceso y fomento de la inclusión de todos los ciudadanos, pues en más

de una ocasión se puede comprobar cómo el paso a la Administración electrónica, más que una ayuda, ha supuesto dificultar los procedimientos que tradicionalmente se efectuaban en las ventanillas. Así, con el fin de facilitar el acceso a la mencionada información, más allá de estos ítems, para asegurar la transparencia, se debe fomentar por igual que el procedimiento de acceso a la información sea rápido y también, como es lógico, gratuito, cobrándose solo el coste de la reproducción si procede, y con base en unas tarifas previamente establecidas y unificadas (Carpizo McGregor, 2011, p. 43).

4. Los límites a una universidad abierta

Es indiscutible que la universidad, como Administración pública, debe ser una universidad transparente. Como hemos visto, los medios tecnológicos existentes lo hacen posible y, por lo tanto, la obligación de transparencia en este ámbito es incuestionable. No solo por su función de participación, sino también por el control que se puede ejercer sobre las mismas. No obstante, tampoco parece discutible que ciertas actividades o el proceso de toma de algunas decisiones deban estar cubiertos por el correspondiente deber de secreto o sigilo. En ocasiones, ese deber de secreto será tan importante como la transparencia para que la Administración pueda tener un funcionamiento eficaz (Castillo Vázquez, 2007, p. 242). En este sentido, la transparencia va a encontrar una serie de límites. Nuestro texto constitucional se refiere expresamente a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de delitos y la intimidad de las personas (art. 105.b) CE). La LTAIBG desarrolla dichos límites y se refiere, señalando como especial, el límite de la protección de datos personales (arts. 14 y 15). Por último, la Ley de reutilización de la información del sector público somete la reutilización a una serie de condiciones, entre las que se encuentra la protección de datos personales y la finalidad a la que se destinó su tratamiento (art. 8 Ley 37/2007, de reutilización de la información del sector público; así como el Dictamen 7/2003, del Grupo de Trabajo del art. 29 de la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos, sobre *Reutilización de la información del sector público y la protección de datos personales –En busca del equilibrio–*, adoptado el 12 de diciembre de 2003, pp. 9-10; y el Dictamen 6/2013, del citado grupo, sobre *Datos abiertos y reutilización de la información del sector público*, adoptado el 5 de junio de 2013).

En relación con los límites a la transparencia y al derecho de acceso a la información pública, la propia Ley 19/2013, LTAIBG recoge en su artículo 14 cuáles son los mismos y cuáles «podrán» ser aplicados –nótese que se dice «podrán», por lo que no se aplicarán directamente–, centrándose en su artículo 15 en el caso concreto de la protección de datos personales. No obstante, para aquellos casos en los que se limite el acceso se prevé también la posibilidad de dar un acceso limitado, que, en cualquier caso, deberá estar motivado –como en el supuesto de que el mismo fuera denegado– (arts. 16 y 20 LTAIBG). La regla general en un Estado democrático ha de ser la del mayor acceso posible a la información pública, de manera que cualquier posible denegación de acceso debe interpretarse siempre de forma restrictiva, y sobre la base de excepciones legalmente tasadas (Gutiérrez David, 2014, p. 193).

Asimismo, junto a la exigencia de la previsión legal e interpretación restrictiva de los límites a la transparencia, sería aconsejable que las excepciones se basaran en daños identificables en relación con un concreto y específico interés público, y que el citado daño causado fuera mayor que el interés público que se persigue (Piñar Mañas, 2014, p. 3). En este sentido, la exclusión del derecho de acceso prevista en el artículo 14 de la LTAIBG no se aplicará automáticamente, sino que se deberá justificar el «test del daño» (esto es, si la estimación del derecho de acceso supone un daño concreto, definido y evaluable) y el «test del interés público» para poder ser aplicado (así concluye el Criterio Interpretativo 002/2015, de 24 de junio de 2015, sobre *Aplicación de límites al derecho de acceso a la información pública*, elaborado de forma conjunta entre el Consejo para la Transparencia y Buen Gobierno y la AEPD, a lo que añade que: «Los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación ni absolutamente en relación con los contenidos»).

En línea con estas exigencias, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de junio de 2005 sentenció que las excepciones legales al derecho de acceso a archivos y registros públicos «han de estar justificadas en términos constitucionalmente aceptables»; y, en la Sentencia de 16 de diciembre de 2011, añadía un elemento relevante en la interpretación de la limitación del citado derecho al exigir «una interpretación favorable al ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos».

Sobre esta cuestión de los límites también se ha pronunciado la jurisprudencia comunitaria y europea exigiendo su interpretación restrictiva (así, por ejemplo, la STJUE de 17 de octubre de 2013, asunto *Consejo contra Access Info Europe*). Asimismo, la jurisprudencia comunitaria viene exigiendo el deber de motivación de las resoluciones denegatorias del derecho acceso, pues ello implica la necesidad de «revelar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la autoridad [...] autora del acto impugnado, de modo que, por una parte, los interesados puedan conocer la justificación de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otra, que el órgano jurisdiccional [...] pueda ejercer su control» (asunto *Siemens contra Comisión*, de 15 de mayo de 1997, apdo. 17). En relación con la jurisprudencia europea, el TEDH va más allá y establece la presunción de que «toda la información en manos de las instituciones públicas es pública y solo debe estar limitada por un sistema restringido de excepciones» (Youth Initiative for Human Rights contra la República de Serbia, de 2013).

En todo caso, con el fin de proteger el citado derecho, además de las garantías judiciales, como ya hemos visto, tanto la normativa comunitaria como la española prevén la existencia de un órgano independiente que se encargue de tutelar la materia y de resolver en vía administrativa las denegaciones de acceso solicitadas. Dicho órgano en España será el ya citado Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG).

A pesar de los numerosos límites señalados y previstos para todo el sector público, nosotros centraremos aquí en dos límites que creemos que son los que afectan más directamente al ámbito universitario: la autonomía universitaria y el derecho a la protección de datos personales.

4.1. Autonomía universitaria

Nuestra Carta Magna reconoce la autonomía universitaria en su artículo 27.10 –dotándola así de la eficacia y garantías propias de un derecho fundamental– al establecer que «se reconoce la autonomía de las universidades, en los términos que la ley establezca» (Torres Muro, 2005, pp. 29-61; y Sosa Wagner, 2007). En este sentido, la LOU señala que «las universidades están dotadas de personalidad jurídica y desarrollan sus funciones en régimen de autonomía y de coordinación entre todas ellas» (art. 2.1 y 4 LOU). Esta autonomía se reconoce también por las propias leyes de creación de las universidades, así como en sus estatutos correspondientes, aprobados por el decreto de la correspondiente comunidad autónoma en tanto que las mismas tienen competencia en la materia. Estas previsiones afectan tanto a las universidades públicas como a las privadas, que deben cumplir con las mismas funciones que las públicas.

El reconocimiento de autonomía a las universidades se hace con la finalidad de que las mismas no se vean sometidas a autoridad alguna con el fin de favorecer su independencia y el desarrollo eficaz de sus funciones, para que su gobierno, administración y financiación se enfoquen únicamente al cumplimiento de sus fines educativos, libres de cualquier tipo de injerencia (art. 1 LOU; y Torre Torres y Torres Megloza, 2013, p. 42). Debe ser una autonomía académica (conforme a la libertad de cátedra y de investigación), de gobierno y económica (Carpizo McGregor, 2011, pp. 29-31).

En cualquier caso, esto no significa que las mismas escapen a los controles públicos propios del desarrollo de su función y uso de recursos públicos. En este sentido, autonomía y transparencia en la universidad deben ir de la mano. No se puede permitir que la dinámica de funcionamiento autónomo exima de la correspondiente autocrítica. Si ya hemos dicho que la universidad siempre ha sido nido de pensamientos críticos y revolucionarios, este ánimo crítico también debe ir hacia el interior de la institución (Murayama Rendón, 2007, pp. 2-3).

A pesar de este razonamiento, las universidades suelen atenerse al criterio de la autonomía universitaria para no ofrecer toda la información que por ellas se genera, especialmente en lo relacionado con el terreno de la investigación universitaria. Pero la autonomía universitaria, lejos de ser un impedimento o un pretexto para que la universidad oculte la información que de ella se genera, debe ser un instrumento que permita someterla al control público (tanto actuación como resultados), y que permita que los resultados de la investigación generada en su ámbito sean abiertos y fácilmente accesibles a todo el público, siendo así fuente de conocimiento dirigido a la sociedad, siempre bajo el respeto de la propiedad intelectual, como exigen las leyes (art. 3.3.e) y g) Ley 37/2007, de reutilización de la información del sector público; y art. 14.1.j) LTAIBG). Esto, en último término generará confianza ciudadana y reforzará la autonomía universitaria, entendida como independencia (Casillas Alvarado, 2007, p. 9).

Así pues, la autonomía universitaria es compatible con la transparencia y el acceso a la información pública, en tanto que ambos cumplen, además, una importante función social, estando al servicio de un bien mayor (Bernasconi, 2014, 197-215). La cuestión es encontrar el justo equilibrio, su armonización (Carpizo McGregor, 2011, p. 46).

4.2. Protección de datos personales

Analizamos aquí uno de los aparentes grandes conflictos existentes a la hora de hablar de transparencia. Nos referimos a la privacidad o protección de datos personales. Entre ambos conceptos existe una relación peculiar y, en contra de lo que se piensa, afirmamos desde ya que ambos son complementarios. «Es más, un desequilibrio entre ambas, en favor de una u otra, puede llevar a situaciones realmente no deseables» (Piñar Mañas, 2014, p. 13). Incluso aunque en la teoría las normas parecen claras, la variedad de casos que se producen en la práctica plantean más de una duda sobre cómo proteger la privacidad de los sujetos, reconocida en el artículo 18.4 de la CE frente al derecho de acceso a los registros y archivos garantizado por el artículo 105 b) del citado texto constitucional (Castillo Vázquez, 2007, pp. 231-254). Pero el nuevo RGPD parece ofrecernos una excelente solución, promoviendo el tratamiento de datos personales desde la transparencia de la información hasta la exigencia de una responsabilidad proactiva respecto de todo tratamiento de datos personales que quiera llevarse a cabo.

La utilización de las nuevas tecnologías y los avances informáticos permiten que las Administraciones públicas almacenen y traten automatizadamente la información, con las ventajas –al margen de los peligros que para los derechos de los titulares pueda representar– que para su manipulación ello representa. Y en tanto que tratan datos personales, están sometidas a la normativa vigente sobre la materia, esto es, al citado RGPD comunitario, así como a la LOPDGDD de 2018 y al Reglamento de desarrollo de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales aprobado por Real Decreto 1720/2007, que sigue vigente en lo que no contradiga ni al RGPD ni a la LOPDGDD.

En el terreno universitario, de la misma forma, el avance de las técnicas informáticas y el desarrollo de servicios prestados por las nuevas tecnologías, como las redes sociales o el *cloud computing*, o incluso la inteligencia artificial o la elaboración de perfiles y el *big data*, han provocado que las universidades, que venían manejando los datos personales de los miembros de la comunidad universitaria, lo hagan ahora ayudados de dichas nuevas técnicas y con una mayor facilidad (Martínez Martínez, 2009; y Troncoso Reigada, 2006, pp. 85-86). El tratamiento de datos personales en el ámbito universitario no persigue limitar el recurso a las nuevas tecnologías o ser un obstáculo a la transparencia de la institución universitaria, sino que, en ambos casos, lo que se busca, en último término, es un respeto a la dignidad personal. En este sentido, la legislación sobre protección de datos ya mencionada establece una serie de principios, derechos y obligaciones a cumplir por los responsables de un tratamiento de datos personales, esto es, para el caso que aquí nos interesa, para las universidades.

Las universidades son, conforme se deriva de la normativa vigente en materia de protección de datos ya citada, las responsables del tratamiento (art. 4.7 RGPD y art. 5.1.q) RLOPD), al menos, de los miembros que componen la comunidad universitaria. Las universidades manejan una tipología muy variada de datos personales: desde los meros datos identificativos de sus estudiantes, personal docente e investigador y personal de administración y

servicios, hasta datos relacionados con la salud, la religión o creencias, la afiliación sindical o la comisión de infracciones administrativas, o incluso aquellos que permiten ofrecer un perfil de su titular, como pueden ser las encuestas del profesorado. De esta forma, si las universidades cumplen con la citada normativa, «pueden alcanzar un equilibrio que permita aprovechar la informática en la gestión universitaria sin menoscabar los derechos de las personas» (Troncoso Reigada, 2006, pp. 84-85).

Así las cosas, las universidades podrán tratar datos personales si cumplen con las premisas legal y reglamentariamente establecidas, con las medidas de seguridad y de garantía previstas a tal efecto. Pero aún así, en la actualidad, los ciudadanos (en este caso, estudiantes, profesores y personal de administración y servicios) están cada vez más preocupados por los perjuicios que un mal uso o una mala gestión de sus datos personales les podrían provocar. En este sentido, son cada vez más los casos en los que los miembros de la comunidad universitaria solicitan la no utilización de sus datos personales, o bien su cancelación.

Por citar algunos ejemplos, entre los más recurrentes en este ámbito, uno de ellos es la publicación de determinados actos administrativos que afectan a profesores y estudiantes. Aquí, la regla general será la publicación de los datos personales si estamos ante un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva con el fin de cumplir con los principios de publicidad, transparencia administrativa y seguridad jurídica. Así, un caso de concurrencia competitiva es el relacionado con la concesión del llamado «complemento retributivo» del profesorado y que deberá ser publicado, pero solo lo que así se establezca en la resolución que lo concede (nombre, apellidos y puntuación total obtenida) (sobre estas cuestiones, *vid.* Informe jurídico de la AEPD 2014/0178, así como el Criterio interpretativo conjunto entre el CTBG y la AEPD, de 24 de junio de 2015, sobre las obligaciones del sector público de facilitar información sobre RPT y retribuciones). Y lo mismo ocurre con los procedimientos de habilitación del profesorado previstos en la LOU o los procedimientos de acceso a la función pública del personal de administración y servicios.

Por otro lado, en relación con la concesión de los llamados «sexenios de investigación» y que se conceden en función de la evaluación de la actividad investigadora, al no ser un procedimiento de concurrencia competitiva, no regirá el principio de publicidad, sino el de confidencialidad de los datos personales, pero debe ponerse en conexión con la exigencia de transparencia del funcionamiento de las Administraciones públicas en tanto que los sexenios implican una retribución cuyos fondos provienen de las arcas públicas, por lo que finalmente deberá primar su publicación o comunicación (Resolución del CTBG 005/2018 [R/0035/2018]; y Fernández Rodríguez, 2015, p. 25).

Por otro lado, en relación con los casos de solicitud de acceso a datos de calificaciones de estudiantes universitarios por quien no es el titular de los mismos, la AEPD cambió su criterio y si bien en un principio se venía pronunciando en la línea de lo que ya venía haciendo del carácter de concurrencia competitiva o no del proceso para conceder el solicitado acceso, en el caso de que el acceso lo solicitaran los padres o tutores de los estudiantes se mo-

dificó el criterio y se pasó a conceder el acceso a los mismos bajo la premisa de un interés legítimo y superior al interés del afectado, teniendo en cuenta también la necesidad de transparencia de la información concernida y la necesaria ponderación suficientemente razonada del acceso (*vid.* informes jurídicos AEPD 0178/2014 y 0036/2018 y el Informe 2019-0036).

Finalmente, uno de los casos que mayores solicitudes de cancelación y oposición presentan es el relacionado con la publicación de las calificaciones de los estudiantes o la publicación de los datos de contacto del personal universitario. En el caso de los estudiantes existe una habilitación legal de la LOU que así lo permite y, por otro lado, tenemos que partir de la idea de que no estamos ante un procedimiento de concurrencia competitiva; pero, tal y como establece la ley que habilita la publicación, la misma deberá llevarse a cabo en los tablones de anuncios que están en las universidades con acceso restringido para profesores y alumnos (no en abierto en internet, a menos que se cuente con el respectivo consentimiento o se garantice la confidencialidad de la información) y que, en todo caso, deberán salvaguardar la privacidad de los mismos, no añadiendo más datos de los estrictamente necesarios para su identificación y calificación, cumpliéndose así el principio de minimización exigido por el RGPD (art. 5 RGPD).

Por otro lado, en relación con la publicación de los conocidos como «directorios» de las universidades, la AEPD ya se pronunció al respecto, señalando que los datos de contacto quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos siempre que la finalidad sea la estricta de contactar con lo que sería la persona jurídica, en este caso, la universidad, no siendo necesario el consentimiento de sus titulares para la publicación de, por ejemplo, su nombre y apellidos y teléfono o correo electrónico institucional (Informe jurídico AEPD 0223/2011).

En conexión con este caso, sobre la posibilidad de publicidad activa de los documentos nacionales de identidad (DNI) y de las firmas manuscritas que consten en los contratos o convenios firmados por la universidad, se concluyó que al no ser el DNI ni la firma manuscrita un dato especialmente protegido, pero ser algo más que datos meramente identificativos, debía procederse a la exigida ponderación, de la que se extrajo la conclusión de que:

El objetivo de la transparencia perseguida por la Ley 19/2013 se cumpliría con la identificación del adjudicatario de un contrato o de los firmantes de un convenio, no contribuyendo a este objetivo la publicación del número del DNI o de la firma manuscrita cuando esta no se corresponde a un cargo público o en ejercicio de las competencias que tiene conferidas, [a lo que se añadió que] en todo caso, se consideraría una buena práctica la supresión de la totalidad de las firmas manuscritas del documentos siempre y cuando conste en el documento publicado o que sea objeto de acceso algún tipo de mención que ponga de manifiesto que el original ha sido efectivamente firmado (Criterio Interpretativo 004/2015, de 23 de julio de 2015, sobre la publicidad activa de los datos del DNI y de la firma manuscrita, elaborado de forma conjunta entre el Consejo y la Agencia).

Debemos destacar aquí que, en todo caso, la publicación del DNI o equivalente deberá cumplir con los requisitos previstos en la LOPDGDD, interpretados por la AEPD en sus orientaciones sobre la forma de publicar los citados documentos, publicadas en marzo de 2019.

Como podemos ver, en todo este proceso de tratamiento de datos personales, la Ley de transparencia vino a establecer como límites al derecho de acceso a la información pública, en primer lugar, que si se trata de datos relacionados con ideología, afiliación sindical, religión y creencias, solo serán accesibles si cuentan con el consentimiento expreso y por escrito del afectado (a menos que el mismo ya los hubiera hecho manifiestamente públicos con anterioridad a la petición de acceso); y, en segundo lugar, que si se trata de datos referentes al origen racial, salud y vida sexual o relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven una amonestación pública, solo serán accesibles si cuentan con el consentimiento expreso del afectado o una autorización legal. No obstante, si en los casos citados se puede realizar una disociación de los datos y se impide conocer la identidad del afectado, el acceso será posible (art. 15.1 y 4 LTAIBG).

Por último, sobre la posibilidad apuntada de la reutilización de la información pública, la Ley 37/2007, de reutilización de la información del sector público, contiene como condiciones para que dicha reutilización se produzca, si hay tratamiento de datos personales, que la finalidad para la que inicialmente se recogieron los datos personales posibilite la futura reutilización, y que, para el caso de que la información se facilitara de forma disociada, se prohíba revertir el procedimiento de disociación mediante la adición de nuevos datos obtenidos de otras fuentes (art. 8.e) y d)). Asimismo, la citada ley dispone que «en ningún caso, podrá ser objeto de reutilización, la información en que la ponderación [...] arroje como resultado la prevalencia del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, a menos que se produzca la disociación de los datos [...]» (art. 3.4). En estos supuestos también se hace requisito indispensable la necesaria ponderación caso por caso ante un conflicto con el derecho a la protección de datos personales.

5. En busca del equilibrio

El principio de transparencia en las universidades es una realidad inevitable, así como el empleo de las herramientas que nos ofrecen los avances tecnológicos, que permiten y favorecen el tratamiento de la información. En un ámbito como es el universitario, la apertura del conocimiento al resto de la sociedad constituye parte de su esencia. Pero esto debe encontrar su justo equilibrio con el respeto a la privacidad de los sujetos, por lo que debemos encontrar «la cultura del equilibrio entre dos valores absolutamente imprescindibles para el desarrollo democrático de cualquier país» (Piñar Mañas, 2014, p. 13).

Será la Ley de transparencia citada la que nos dé las piezas del puzzle para poder resolver, en parte, cómo aplicar los límites del derecho de acceso a la información tratada por los poderes públicos. Así, mientras el artículo 14 de la citada norma enumera los límites del

derecho de acceso y concreta su forma de aplicación, el artículo 15 singulariza el caso del límite del derecho de protección de datos personales y enumera una serie de reglas para los casos en los que se pudiera producir un posible conflicto entre ambos, siendo la ponderación la regla principal, la búsqueda del equilibrio. Asimismo, deberemos tener en cuenta los pronunciamientos tanto de la AEPD como del CTBG, especialmente el Informe conjunto sobre los criterios interpretativos del artículo 15 de la Ley de transparencia relativo a la protección de datos personales (Criterio interpretativo sobre la aplicación de los límites al derecho de acceso a la información, de 24 de junio de 2015 [CI/002/2015]).

5.1. La ponderación

En realidad, después de lo ya visto, podríamos afirmar que «el aparente conflicto es solo un asunto de armonización de derechos» (Carpizo McGregor, 2011, pp. 36-37 y 39). Más aún, solo si garantizamos un adecuado tratamiento de datos personales, se generará un nivel de confianza necesario para poder transmitir la información, para hacerla pública y cumplir así con la exigencia de transparencia necesaria en una Administración pública moderna (Troncoso Reigada, 2008, p. 61). No obstante, hasta conseguir esa deseada armonización, para los conflictos que en el día a día vayan surgiendo, es necesario realizar, como exige la propia Ley de transparencia, una adecuada ponderación. Y para la misma, tenemos los criterios que de ella derivan.

Recordamos aquí que el artículo que establece la necesidad de ponderación en caso de conflicto con el tratamiento de datos personales es el artículo 15 de la Ley de transparencia, en concreto en sus apartados 2 y 3. Las reglas que aquí se establecen son dos: en primer lugar, para el caso de que solo se traten datos identificativos habrá que ponderar si prevalece el interés público en la divulgación de la información o la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos del sujeto afectado. Y, en segundo lugar, para el caso de que se contengan datos personales, más allá de los meramente identificativos (pero no de los considerados especialmente protegidos, para los que –recordamos aquí– se exige siempre el consentimiento del afectado para facilitar el acceso), se deberá realizar una «ponderación suficientemente razonada», atendiendo al criterio del perjuicio causado y atendiendo entre otros a los siguiente criterios: plazos, finalidad histórica, científica o estadística, y las mayores garantías que se puedan ofrecer.

En relación con los criterios interpretativos elaborados, bien por el Consejo, bien en colaboración con la Agencia, podemos concluir que se hace hincapié en el hecho de que los límites del artículo 14 de la LTAIBG no se aplican directamente –a diferencia de los límites relacionados con el artículo 15 relativo a la protección de datos, que sí que tiene una aplicación directa–.

Por su parte, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE de Protección de Datos Personales en el Dictamen 3/1999, completado con su Opinión 6/2003 sobre *Open data y reutilización de la información*, ya añadió como criterios para realizar una adecuada

ponderación –además de valorar caso por caso la posibilidad de la accesibilidad a la información–: analizar los principios de finalidad y legitimidad; si se ha informado a la persona en cuestión; y si se ha ejercido o no el derecho de oposición del afectado, utilizando las nuevas tecnologías para contribuir a respetar la privacidad del mismo. Realmente interesante es el *check list* que propone el supervisor europeo de protección de datos en su documento de julio de 2005 con el fin de que las instituciones europeas sepan si pueden o no hacer accesible un documento que contiene datos personales, y entre las que menciona como cuestiones que responder si el afectado se ve sustancialmente perjudicado por la difusión de la información y si se puede permitir dicha difusión conforme a la normativa de protección de datos vigente (Informe del Supervisor Europeo de Protección de Datos «Public access to documents and data protection», *Background Papers Series*, n.º 1, julio 2005, pp. 53-57).

Por último, tenemos que decir que el verdadero problema que se produce cuando hablamos de ponderación entre transparencia y acceso y protección de datos es que en el caso de que se deniegue un acceso, la reclamación se interpondrá ante el CTBG, que necesariamente deberá ponderar y aplicar no solo la Ley de transparencia, sino la normativa de protección de datos vigente, cuya tutela está encomendada a la AEPD. Puede que se abra un conflicto entre ambos organismos. La solución vendrá por la estrecha colaboración y comunicación entre ambos, lo cual ya parece estar produciéndose, a la vista de los informes y criterios interpretativos emitidos (Piñar Mañas, 2014, p. 15).

5.2. El diseño de una universidad abierta desde la privacidad

Los poderes públicos en un Estado democrático deben actuar sometidos a los principios de transparencia y de rendición de cuentas. Solo teniendo acceso a la información, los ciudadanos podrán formarse una opinión pública y los poderes públicos rendirán cuentas en consecuencia. Si esto lo unimos al hecho de que su actuación debe ser siempre desde el respeto de los derechos fundamentales, podemos concluir que ambos principios «no son una concesión del Estado o de los gobernantes, son una obligación con la sociedad a la que sirven» (Torre Torres y Torres Megloza, 2013, p. 44).

La utilización de los avances tecnológicos y el proceso de digitalización permiten mejorar la participación de los ciudadanos a la hora de diseñar y gestionar los servicios públicos (Cotino Hueso, 2012, p. 29). Si los ciudadanos se sienten bien informados y «escuchados», el nivel de participación y compromiso con la institución será mayor. La Administración debe saber qué servicios son los más valorados por los ciudadanos, así como los que más demandan o necesitan con el fin de poder organizarlos y ofrecérselos. La confianza en los servicios públicos recibidos, la implicación en los mismos a través de las vías de participación facilitadas por las nuevas tecnologías y la existencia de mecanismos de rendición de cuentas son los elementos indispensables para un correcto funcionamiento democrático de la gestión pública (García García, 2014, p. 76). De esta forma, y solo de esta forma, se reforzará el principio democrático, creando una voluntad de participar. Más aún, la calidad democrática de

nuestra sociedad se medirá por la implicación de sus ciudadanos en la misma, porque lo importante no es tanto el poder ejercido sino cómo se ejerce (Cabo y Magallón, 2013, pp. 1-2).

Y esta democratización de los poderes públicos tiene su efecto en la universidad y en los miembros de la comunidad universitaria. La construcción de un pensamiento crítico debe partir de las universidades y, para ello, es indispensable la participación de los miembros de la comunidad universitaria. Y la participación solo se generará cuando haya confianza en la propia institución, lo que será consecuencia de un funcionamiento transparente de la misma. Hay que crear pues una cultura de la transparencia desde las aulas. Formando a nuestras futuras generaciones en transparencia, tendremos un Estado más participativo, más democrático. Por este motivo, el eje del cambio debe venir propiciado en mayor medida desde las universidades (Casillas Alvarado, 2007, pp. 7-8). Y debe empezar desde y en las propias universidades. La universidad debe potenciar y fomentar la participación de los miembros de la comunidad universitaria a la hora de poner en marcha y mejorar los servicios ofrecidos (Sánchez González *et al.*, 2014, pp. 2-3).

Los servicios se tienen que diseñar no solo conforme a las expectativas de los ciudadanos sino también con su colaboración, para que se impliquen y con la idea de que cualquier institución pública lo único que hace es gestionar, hacer de intermediaria «exigiendo retornos de lo público a lo público» (Sánchez González *et al.*, 2014, p. 2). Y es en este diseño de los servicios que se van a ofrecer de forma transparente a los ciudadanos donde entra en juego el otro lado de la balanza: el respeto por la privacidad.

Las universidades, a la hora de manejar datos personales y saber que los tendrá que hacer públicos para mejorar sus servicios y cumplir con la exigencia de transparencia, deberán diseñar los mismos con arreglo a los principios de «protección de datos por defecto» y «desde el diseño», esto es, tratando el estricto número de datos personales necesarios para el servicio que se va a prestar, ni uno más ni uno menos, y haciendo una valoración de cómo el servicio que se va a ofrecer va a afectar a la privacidad de los sujetos implicados, diseñándolo de tal manera que les afecte lo menos posible (Considerando 78 RGPD y arts. 5 y 25 RGPD). Que un dato se vuelva accesible por un interés público no significa que el sujeto afectado deba perder su privacidad o el control sobre los mismos.

Así las cosas, junto a la necesaria previa ponderación y justo equilibrio debemos añadir un elemento necesario ya indicado: la rendición de cuentas. Esto es, la responsabilidad (Casares Marco, 2018). Y esto es lo que el nuevo RGPD también recoge en su esencia. La nueva normativa comunitaria pretende crear una cultura de la privacidad, concienciar a los ciudadanos de la necesidad de tratar la información personal, pero hacerlo de forma responsable y preocupados por cumplir, esto es, un cumplimiento proactivo (así citado en el art. 5 RGPD, pero recogido a lo largo de todo su articulado a través de las diferentes medidas de seguridad en él configuradas). El problema será saber si estamos preparados no solo para cumplir, sino para querer cumplir y demostrarlo, implicando a sus destinatarios, dando ejemplo desde las universidades, construyendo desde las mismas una cultura del equilibrio entre transparencia y privacidad que quede plasmada en quienes formarán la sociedad del futuro.

Referencias bibliográficas

- Barstow, R. y Johnson, A. (2016). Transparencia en la Universidad. *Derecom*, 20.
- Bernasconi, A. (2014). Autonomía universitaria en el siglo XXI. *Páginas de Educación*, 7(2).
- Cabo, D. y Magallón, R. (2013). Nuevos retos para las Administraciones Públicas. Datos, cultura cuantitativa y calidad democrática. *Telos*.
- Caro Muñoz, A. I. (2018). Transparencia, más allá de la palabra. En *XI-XII Seminarios sobre Aspectos Jurídicos de la Gestión Universitaria*. Granada/Pompeu Fabra.
- Carpizo McGregor, J. (2011). Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma. *Pensamiento Constitucional*, XV(15).
- Casares Marco, A. B. (2018). Gobernanza universitaria. En M. Boujaddaine (Ed.), *La gouvernance et l'enjeu de concilier l'éthique et la performance*. Navarra: EUNSA.
- Casillas Alvarado, M. A. (2007). Razones por la transparencia en la universidad, CPU-e. *Revista de Investigación Educativa*, 4.
- Castillo Vázquez, I. C. (2007). Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal. *Foro*, 6.
- Cotino Hueso, L. (2012). La regulación de la participación y de la transparencia a través de Internet y medios electrónicos. Propuestas concretas. *P3T*, 2.
- Cotino Hueso, L. (2017). El reconocimiento y contenido internacional del acceso a la información pública como derecho fundamental. *TRC*, 40.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2015). Protección de datos y docencia universitaria. *RIDHyC*, 2.
- García García, J. (2014). Gobierno abierto: transparencia, participación y colaboración en las Administraciones Públicas. *Innovar*, 24(54).
- Gómez Ortega, J. (Dir.). (2018). *UniversiTICs 2017*. Madrid: CRUE.
- Guichot, E. (2011). Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas. *Documento de trabajo Fundación Alternativas*, 170.
- Guichot, E. (2012). La transparencia en España: estado de la cuestión. *Tabula. Estudios Archivísticos de Castilla y León*, 5.
- Gurmendi, P. (2008). Hacia una nueva Universidad. *Apuntes Ciencia y Sociedad*.
- Gutiérrez David, E. (2014). Derecho de acceso a la información pública. *Eunomía*, 6.
- Lizcano Álvarez, J. (2013-2014). Transparencia. *Eunomía*, 3.
- Martín Cavanna, J. y Barrio, E. (2014). *Informe de transparencia voluntaria en la web de las universidades españolas 2013*. Fundación Compromiso y Transparencia.
- Marín García, M. D. (2014). Transparencia universitaria. La experiencia de la Universidad de Alcalá. *Actualidad Administrativa*, 7-8.
- Martínez Martínez, R. (2009). La Agencia Española de Protección de Datos y la protección de datos personales en las Universidades. En S. A. Bello Paredes y A. I. Caro Muñoz (Coords.), *La Administración electrónica y la protección de datos*. Burgos: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos.
- Murayama Rendón, C. (2007). Obligaciones de transparencia en las universidades. En *CPU-e. Revista de Investigación Educativa*, 4.

- Pedreño, A. (2009). Qué puede ser la Universidad 2.0. En Jornadas Universidad Internacional Menéndez Pelayo, *Inventando la Universidad 2.0*.
- Peset Mancebo, F. et al. (2017). Datos abiertos de investigación. Camino recorrido y cuestiones pendientes. *Anales de Documentación*, 20(1).
- Piñar Mañas, J. L. (2014). Transparencia y derecho de acceso a la información pública. *Revista Catalana de Dret Públic*, 49.
- Rollnert Liern, G. (2014). La regulación del derecho de acceso a la información pública mediante ley ordinaria. En M. Fernández Salmerón y J. Valero Torrijos (Coords.), *Régimen jurídico de la transparencia en el sector público*. Madrid: Aranzadi.
- Sánchez González, M. et al. (2014). Innovación y Open Government como claves para una Universidad abierta y participativa. *Telos*.
- Sánchez Morón, M. (2014). *Derecho Administrativo*. (10.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Sosa Wagner, F. (2007). *El mito de la autonomía universitaria*. (3.ª ed.). Madrid: Civitas.
- Teruel Doñate, E. y Gumbau Mezquita, J. P. (Coords.) (2014). *Hacia una Universidad Abierta*. Madrid: CRUE-TIC.
- Torre Torres, R. M. y Torres Megloza, E. (2013). Autonomía Universitaria y Transparencia. *Derecom*, 15.
- Torres Muro, I. (2005). *La autonomía universitaria. Aspectos constitucionales*. Madrid: CEPC.
- Troncoso Reigada, A. (2006). La publicación de datos de profesores y alumnos y la privacidad personal. Acerca de la protección de datos personales en las Universidades. *Revista de Derecho Político*, 67.
- Troncoso Reigada, A. (2008). La Administración electrónica y la protección de datos personales. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 16.
- Troncoso Reigada, A. (2012). Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales. *Revista Española de Derecho Europeo*, 43.
- Villoria, M. (2014-2015). La transparencia como política pública en España: algunas reflexiones. *Eunomía*, 7.
- Zapico, E. (2013). El control por resultados en la gestión pública desde la perspectiva ciudadana. En A. Palomar y M. Garcés (Dirs.), *La gestión de los fondos públicos: Control y responsabilidades*. Navarra: Aranzadi.



Día inicial de pago de cuotas de comunidad en propiedad horizontal en finca vendida en subasta judicial

Adelaida Medrano Aranguren

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

Extracto

Uno de los problemas que con mayor frecuencia se presentan en la adquisición de viviendas en subasta pública es la de delimitar desde qué momento procesal pasa el comprador de la finca a hacerse cargo de las cuotas comunitarias previstas en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal. No existe norma reguladora alguna que establezca cuál es el *dies a quo* a tal efecto, debiéndose tratar de dar solución a la cuestión aplicando analógicamente la normativa sobre la adquisición de la propiedad a partir de los artículos del Código Civil, dedicados a la compraventa; sin embargo, la dificultad radica en que estos preceptos chocan frontalmente con los hitos procesales propios de la venta judicial de fincas en subasta. La jurisprudencia, tras diferentes y contradictorios planteamientos, ha terminado por establecer en la entrega del testimonio del decreto de adjudicación ese momento de asunción de responsabilidad en el pago de las cuotas.

Palabras clave: propiedad horizontal; pago de cuotas; venta en subasta judicial.

Fecha de entrada: 17-02-2020 / Fecha de aceptación: 27-02-2020

Enunciado

Una comunidad de propietarios presenta una demanda solicitando, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), que se declare que la entidad demandada, Pérez SA, adeuda a la comunidad de propietarios actora la cantidad que fija en el suplico de su escrito de demanda en concepto de cuotas comunitarias devengadas en el año 2017 así como en las tres anualidades anteriores, esto es, 2014, 2015 y 2016. La parte precisa que la entidad demandada es propietaria de la vivienda de autos en virtud del auto de aprobación de remate y adjudicación de inmueble de fecha 24 de octubre de 2017, dictado a su favor por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Alicante en autos de concurso ordinario 111/2008. En junta de propietarios celebrada el 25 de febrero de 2019 se aprobó la liquidación de la deuda correspondiente al referido piso 1.º derecha, ante el incumplimiento por parte de su propietario de las obligaciones de pago frente a la comunidad, por importe de 35.645,11 euros, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 y el 28 de febrero de 2019, cuyo abono, según la parte, incumbe a la entidad demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la LPH, que determina que el adquirente responde de la anualidad correspondiente al año de adquisición (2017) y de las tres anualidades anteriores 2014, 2015 y 2016 y, además, de las posteriores mientras sea propietaria. La entidad demandada únicamente se ha hecho cargo del abono de las cuotas comunitarias correspondientes a los años 2016, 2017, 2018 y 2019.

La comunidad actora opone que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es uniforme en el sentido de entender que la adquisición de la propiedad se produce por la aprobación del remate (título) y la adjudicación de la finca subastada al rematante (modo). Así lo declaran, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1994, 14 de octubre de 2002 y 14 de julio de 2015. Por tanto, la aprobación del remate y la adjudicación operan como una *traditio* simbólica o instrumental, con plena eficacia para adquirir la propiedad, por lo que la demandada adquirió la propiedad de la finca el 24 de octubre de 2017, fecha en la que por el Juzgado Mercantil núm. 5 de Alicante se aprobó el remate y se le adjudicó el bien, de ahí que deba responder de las cantidades adeudadas en los términos que la parte reclama.

La entidad demandada se opone a las pretensiones deducidas de contrario, planteando la excepción de falta de legitimación pasiva por entender que la misma no está obligada al abono de la cantidad reclamada de contrario por cuanto la adquisición de la propiedad

del inmueble no tuvo lugar al dictarse el auto de aprobación del remate por el Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Alicante, sino con la entrega del testimonio de dicha resolución, lo que se produjo el 5 de marzo de 2019, al ser esta la doctrina mantenida por nuestros tribunales, con lo que la demandada no está obligada a responder de las cuotas vencidas e impagadas correspondientes a los ejercicios 2014 y 2015.

La parte añade que esta tesis resulta del todo razonable, pues Pérez, SA no se lucró en ningún momento del largo periodo de tiempo transcurrido entre la fecha en que se dictó el auto de adjudicación (24 de octubre de 2017) y la fecha en la que se expidió el testimonio por la letrada de la Administración de Justicia (27 de febrero de 2019). Tampoco se ha producido, a su juicio, una situación de abuso de derecho fruto de un comportamiento pasivo de Pérez SA porque, de un lado, Pérez SA solicitó al Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Alicante que se certificase la imposibilidad de expedir el testimonio del auto de adjudicación que le era necesario para liquidar el impuesto ante la oficina liquidadora como consecuencia de que los autos estaban suspendidos por recusación del juez, y, por otro lado, tampoco se lucró con esta situación, pues, en el periodo que se reclama no tenía la posesión efectiva del inmueble. Igualmente opone que la demora en la expedición del testimonio no es imputable a Pérez, SA, porque en ningún momento tuvo una actuación de la que se pueda extraer una práctica abusiva de derecho. La circunstancia que ocasionó el retraso en la entrega del testimonio fue la recusación que se interpuso contra el Juez de lo Mercantil núm. 5 de Alicante. La parte reconoce que Pérez, SA interesó el lanzamiento del ocupante sin justo título del inmueble adjudicado, pues el artículo 675.2 de la LEC le otorgaba legitimación para hacerlo, si bien opone que ello en nada afecta al objeto del debate, pues se trata de una cuestión meramente posesoria que nada tiene que ver con la propiedad del piso.

¿Desde cuándo ha de pagar las cuotas de comunidad el nuevo propietario? ¿Cuál es el criterio adecuado?

Cuestiones planteadas:

1. Problemática de determinación del momento inicial en la asunción de la responsabilidad de pago de las cuotas de comunidad, respecto del nuevo propietario que compra la finca en subasta judicial.
2. Criterio jurisprudencial vigente en la materia.

Solución

Planteado en estos términos del debate suscitado, como primera cuestión la demandada plantea la excepción de falta de legitimación pasiva por considerar que la condición de propietaria del inmueble al que van referidas las cuotas comunitarias impagadas no se ad-

quirió con el auto que decretó la adjudicación a su favor del bien subastado en el seno del procedimiento concursal, sino con la entrega del testimonio del auto de adjudicación que equivale a la *traditio*, pues solo con dicha entrega instrumental cabe entender operada la transmisión del dominio. Pues bien, en efecto, y siguiendo las más recientes resoluciones dictadas por nuestros tribunales, la consumación de la venta de un inmueble se produce de acuerdo a la teoría del título y el modo que rige en nuestro ordenamiento jurídico, con la entrega del testimonio de la resolución que aprueba el remate en favor del adjudicatario, lo que equivale a la *traditio* o entrega simbólica y sustituye al otorgamiento de la escritura pública que antes era exigida, incluso, en los casos de adquisición mediante subasta judicial.

En este sentido se pronuncia la STS 414/2015, de 14 de julio al declarar:

También resulta así de una aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1.095 del Código Civil, cuando establece que «el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada». En este caso cabía entender, además, que la entrega de la cosa al nuevo propietario se había producido en virtud del auto de adjudicación pues a estos efectos se equipara a la escritura pública (art. 1.462 del Código Civil), que aquí resulta innecesaria. En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1.462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (art. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil. De ahí que el demandante no puede ser considerado propietario-arrendador del inmueble en el momento en que se devengaron las rentas cuyo pago reclama.

De igual modo, la SAP de Madrid (Sección 18.^a) 297/2013, de 17 de junio, dispone:

CUARTO.- El segundo fundamento al alegato del recurso de apelación hace referencia a una supuesta infracción de los artículos 670 y 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se aduce en la alzada, como ya se adujo en primera instancia, que no existiendo testimonio del decreto de adjudicación de la subasta no se ha producido la consumación de la compraventa y que por lo tanto la entidad y apelante no tiene la condición de propietaria. La sentencia de instancia solventa el alegato en cuestión en el apartado de derecho tercero, *in fine*, de su resolución cuando establece que no empece a la atribución al rematante de la titularidad del inmueble

objeto del remate en la pertinente subasta judicial desde la fecha del mismo, pues de otro modo, dice la sentencia, el inmueble se convertiría en una *res nullius* estableciendo que el rematante podría realizar toda clase de actos de disposición del inmueble sin obligación de contribuir a los gastos de sostenimiento del mismo. Los argumentos vertidos en la sentencia y que de alguna manera se hacen eco de los argumentos vertidos en la demanda no pueden ser admitidos. Sobre la cuestión, atribución de la propiedad en los casos de venta judicial en subasta de los inmuebles, existe una abundante doctrina jurisprudencial, que por cierto no es desconocida por la parte demandante, que se hace eco de ella en algunos pasajes de su escrito de demanda. Así, entre otras, la STS 4 de octubre de 2006 establece que "Y así es, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial establecida en torno a los efectos del auto aprobatorio del remate y de adjudicación del bien subastado en los procedimientos de ejecución y respecto de cuál es el momento en que se produce la adquisición del dominio, y después, por examinar los efectos de la caducidad de la anotación del embargo sobre la finca respecto de los adquirentes a resultas de la efectividad de un embargo anotado con posterioridad.

Como se precisa en la Sentencia de 29 de julio de 1999, que recoge la doctrina establecida en las de fecha de 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993, 25 de marzo de 1994 y 1 de septiembre de 1997, en el sistema jurídico patrio el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición, y en el supuesto de subasta de bienes inmuebles la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura pública otorgada según lo previsto en el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y después de la reforma operada por la Ley 10/1992, el testimonio del auto de aprobación del remate, conforman la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. Dice a este respecto la Sentencia de 29 de julio de 1999: «En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la "escritura" y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo, con las circunstancias que expresa, en "título bastante" para la inscripción registral, no significa que se trastocuen los conceptos legales a que responde el sistema; pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1.515). La doctrina científica actual, al comentar el nuevo artículo 1.514 de la LEC y sus diferencias en el artículo 131-17 de la Ley Hipotecaria, mantiene que "salvando las distancias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio en el que se documenta la venta judicial produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1462-2 del CC análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública. Los cambios introducidos por la reforma no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta en un

documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate plasmándose en el documento público una compraventa ya perfeccionada con anterioridad"».

Y el mismo criterio se sigue en la Sentencia de 4 de abril de 2002 –que a su vez recoge el mantenido en las de fecha 1 de septiembre de 1997 y 29 de julio de 1999–, que señala que la subasta supone una oferta en «venta» de la finca embargada que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública –en el sistema procesal anterior a la reforma operada por la Ley 10/1992–, y ahora el testimonio del auto, como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio. Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 2 diciembre 2009, dictada más en un recurso de casación promovido por interés casacional, en donde se afirma que «la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del artículo 609 del CC exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o el cesionario del remate. Así, la Sentencia de 29 de julio de 1999 (rec. núm. 156/1995), citando extensamente la de 1 de septiembre de 1997 y también las de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991, declara que "la consumación venía amparada por el otorgamiento de la escritura pública" y que tras la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 10/1992 "la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (art. 1515)"; la Sentencia de 4 de abril de 2002 (rec. núm. 3228/1996) puntualiza que la subasta supone una oferta de "venta" (de la finca embargada) que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública (en el sistema procesal entonces vigente) como *traditio* instrumental para producir la adquisición del dominio; y, en fin, la de 4 de octubre de 2006 (rec. núm. 3905/1999) reproduce la anterior, añadiendo que "después de la reforma operada por la Ley 10/1992 el testimonio del auto de aprobación del remate" conforma la operación del acto procesal enajenatorio. Y la misma línea se mantuvo incluso en una tercería de dominio por la Sentencia de 1 de septiembre de 1997 (rec. núm. 2423/1993) y, años más tarde, en un caso de nulidad de un procedimiento administrativo de apremio solicitada por quien fue propietario de la finca embargada, por la Sentencia de 11 de febrero de 2003 (rec. núm. 1835/1997), que reprodujo lo ya declarado por la de 4 de abril de 2002».

Pues bien, a la vista de las consideraciones vertidas en el párrafo que antecede es evidente que en el caso no ha existido una transmisión del dominio y tan solo existe lo que podríamos denominar la perfección de la compraventa con la aprobación del remate en favor de la entidad en cuestión, pero no existiendo el testimonio de dicho artículo 674 no puede decirse que exista tradición ficta o simbólica que permita acreditar la entrega de la cosa. En este sentido el mero hecho de que no se haya producido todavía dicha situación no supone que la cosa sea una cosa *res nullius*, pues registralmente, y desde el punto de vista del derecho civil, artículo 609, sigue siendo propiedad de la persona a cuyo nombre está inscrita en el Registro de la Propiedad, como ocurre en todos aquellos casos en los cuales se ha producido una compraventa y no se ha producido la tradición de la cosa ni real ni

simbólica, y, por lo tanto, no se ha consumado la transmisión de la propiedad, y la cosa, hasta tanto no se consume, sigue siendo propiedad del cedente sin perjuicio de las acciones que competan a la parte compradora. Otra cuestión podía ser la apuntada posibilidad de que existiera una situación de abuso de derecho, en la medida en que la parte demandada y ejecutante en el anterior procedimiento de ejecución hipotecaria, concedora de las cargas que pesaban sobre la finca por impago de gastos comunes, no solicitara del secretario la expedición del testimonio y pudiera mantener *sine die* dicha situación; sin embargo lo cierto y verdad es que en el caso no aparece acreditada dicha circunstancia, pues la parte ni siquiera se tomó la molestia de traer un testimonio del juzgado hipotecario correspondiente, sin que estemos ante una situación de inacción o pasividad de la parte demandada que pueda inducir a pensar que está actuando de una manera objetivamente contraria a las prescripciones de la buena fe que debe presidir las relaciones entre los litigantes.

Por otra parte, tampoco se acredita que la demandada se esté lucrando con esta situación, pues no consta que la demandada haya tomado posesión efectiva del mismo, siendo al parecer todavía usado y poseído por la anterior titular, por lo que resulta que la entidad demandada, aun cuando se haya adjudicado un bien inmueble, no puede hacer uso del mismo, y difícilmente podrá ceder la posesión a un tercero hasta tanto en cuanto no se haya producido el desalojo efectivo del bien; lógicamente, el interés de que este se produzca corresponderá de manera primordial a la demandada, por lo que no parece razonable que las demoras que se han producido en la expedición del referido testimonio sean fruto de una voluntad de la demandante tendente a realizar una práctica abusiva de derecho, pero todo ello sin perjuicio de que, como se dice, no existe la más mínima prueba de comportamiento renuente o pasivo de la entidad. Por ello debe estimarse el recurso y revocarse la sentencia.

Así las cosas, en las subastas judiciales el testimonio de la resolución aprobando el remate equivale a la entrega material y determina la adquisición del dominio. En nuestro caso, se da la singularidad de que el auto de aprobación del remate se dictó el 24 de octubre de 2017 y, sin embargo, el testimonio de dicha resolución no se obtuvo hasta el 27 de febrero de 2019 según el documento n.º 2 de la contestación a la demanda que no ha sido impugnado de contrario, consistente en la diligencia de entrega del testimonio del remate. La razón del transcurso de un periodo de tiempo tal dilatado entre el dictado del auto de adjudicación y la entrega del testimonio de dicha resolución se halla, al menos en parte, en la paralización que sufrió la tramitación del procedimiento concursal en el que se subastó la vivienda por razón de la recusación de su titular. Ahora bien, como pone de manifiesto la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que se acaba de transcribir, cuestión distinta podía ser la posibilidad de que existiera una situación de abuso de derecho, en la medida en que la parte demandada y adjudicataria en el procedimiento de ejecución hipotecaria, concedora de las cargas que pesaban sobre la finca por impago de gastos comunes, no solicitara del secretario la expedición del testimonio y pudiera mantener *sine die* dicha situación.



En este sentido la parte actora en su escrito de demanda opone que la demandada llevó a cabo actuaciones propias del titular del inmueble al solicitar el lanzamiento del ocupante de la vivienda. Pues bien, examinadas las actuaciones del procedimiento concursal que obran unidas a las actuaciones por aportación de ambas partes, se comprueba que el auto de aprobación del remate y adjudicación del inmueble a la entidad demandada es de fecha 24 de octubre de 2017, siendo así que poco después, por providencia de fecha 31 de octubre de 2017, se acordó la suspensión de las secciones primera, tercera, cuarta y quinta del procedimiento concursal por razón de la recusación mencionada, siendo la quinta en la que se tramitó la subasta judicial de la vivienda de autos. Teniendo en cuenta que solo transcurrieron 7 días entre ambas resoluciones (auto de adjudicación y providencia de suspensión) y que además contra el auto de adjudicación cabe recurso de reposición, es claro que en este momento no concurrió un retardo culpable por parte de la entidad adjudicataria a la hora de recabar el testimonio del referido auto.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.095 y 1.462.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 670 y 674.
- SSTS de 4 de abril de 2002 y 14 de julio de 2015 (NCJ060226).
- SAP de Madrid de 17 de junio de 2013.



La transacción judicial no muta la naturaleza privada de un documento

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente supuesto incide en la necesidad de respetar el principio de legalidad como uno de los postulados en que se apoya el sistema registral, en su doble aspecto de calificación registral y titulación pública. Solo pueden ser asentados en el Registro de la Propiedad los títulos que cumplen con los requisitos precisos para beneficiarse de los efectos propios del sistema hipotecario. El documento privado homologado judicialmente no es uno de estos títulos, pues la homologación judicial del acuerdo no altera la naturaleza privada del documento firmado por las partes, pues el juzgado solo revisa el poder de disposición de las partes, pero no analiza ni comprueba el fondo del acuerdo que integra la transacción.

Palabras clave: homologación judicial: efectos hipotecarios; documento privado: naturaleza.

Fecha de entrada: 16-02-2020 / Fecha de aceptación: 27-02-2019



Enunciado

Juan y Juana son hermanos (son titulares, respectivamente, de la nuda propiedad y del usufructo de una finca) y tienen un litigio pendiente abierto ante un Juzgado de Primera Instancia de su localidad de residencia. En el seno de dicho procedimiento, ambos han llegado a un acuerdo en virtud del cual, el hermano titular de la nuda propiedad, a cambio de determinadas concesiones por parte de la usufructuaria en una serie de cuestiones objeto de litigio entre ambos, renuncia a la nuda propiedad en favor de su hermana, que adquiere y consolida así el pleno dominio de la finca.

Ambos hermanos han pedido la homologación judicial del acuerdo, habiéndose dictado auto judicial que ha puesto fin de forma definitiva al procedimiento judicial. Ha sido presentado el auto judicial en el Registro de la Propiedad correspondiente para su inscripción, habiéndose denegado por parte del registrador, ya que debe otorgarse la correspondiente escritura pública, haciendo constar ante notario los pormenores del acuerdo alcanzado, no sirviendo este auto judicial como título inscribible a tal efecto.

¿Tiene razón el registrador de la propiedad? Razonamientos jurídicos de la cuestión.

Cuestiones planteadas:

- La homologación judicial y sus efectos hipotecarios como título.
- Extremos a los que alcanza la homologación judicial.
- Normativa aplicable y jurisprudencia en esta materia.

Solución

Se debate en este caso práctico la posibilidad de inscribir un testimonio de un auto de homologación de una transacción judicial, en cuya virtud las partes acuerdan que una de ellas renuncia a la nuda propiedad que ostentaba sobre una determinada finca en favor de su hermana, que era la usufructuaria.

Como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado (resoluciones de 25 de octubre de 2005 y 16 de junio de 2010), uno de los principios básicos de nuestro sistema registral es el llamado principio de legalidad que, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan *erga omnes* de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria [LH]–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así el artículo 3 de la Ley Hipotecaria 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 a través de toda la Ley Hipotecaria, así como de su reglamento, salvo contadas excepciones, que son ajenas al caso ahora debatido.

Ciertamente, según los artículos 1.216 del Código Civil (CC) y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), son documentos públicos los testimonios que de las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia (a quienes corresponde dar fe, con plenitud de efectos, de las actuaciones procesales que se realicen en el tribunal o ante él –arts. 281 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 145 de la LEC–); y conforme al artículo 319.1 de dicha ley procesal tales testimonios harán prueba plena del hecho o acto que documentan y de la fecha en que se produce esa documentación (cfr., también, art. 1.218 del CC).

Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de la dirección general, que al exigir el artículo 3 de la LH para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse; de modo que la doctrina y preceptos hipotecarios no reputan indiferente la especie de documento auténtico presentado en el Registro, y exigen el congruente con la naturaleza del acto inscribible (cfr. Real Orden de 13 de diciembre de 1867 y resoluciones de 16 de enero de 1864, 25 de julio de 1880, 14 de junio de 1897, 12 de febrero de 1916, 31 de julio de 1917 y 1 de julio de 1943, entre otras).

Tal y como ya ha quedado resuelto en multitud de ocasiones, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1.809 y 1.816 del CC; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la LEC, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

De manera expresa se ha pronunciado, por ejemplo, la Resolución de 6 de septiembre de 2016:

«La transacción, aun homologada judicialmente, no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1.817 del CC). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la LEC), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la LEC). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de manifestar recientemente (cfr. Resolución de 9 de julio de 2013) que "la homologación judicial no altera el carácter privado del documento pues se limita a acreditar la existencia de dicho acuerdo. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento". Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no es menos cierto que para que dicho acuerdo sea inscribible en el Registro de la Propiedad deberán cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria».

También ha tenido ocasión de señalar esta misma dirección general que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la LEC (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la LEC. Este criterio, además, es compartido unánimemente por la doctrina, para quienes la referencia a la sentencia firme contenida en el artículo 14 de la Ley Hipotecaria se limita a las particiones judiciales concluidas con oposición. En efecto, el artículo 787.2 de la LEC determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante decreto del secretario judicial, hoy letrado de la Administración de Justicia, pero en cualquier caso ordenando protocolizarlas.

Por ello, y fuera de los supuestos en que hubiese habido oposición entre las partes y verdadera controversia, el acuerdo de los interesados que pone fin al procedimiento de división de un patrimonio no pierde su carácter de documento privado, que en atención al principio de titulación formal previsto en el artículo 3 de la LH, exige el previo otorgamiento de escritura pública notarial a los efectos de permitir su acceso al Registro de la Propiedad.

Es cierto que, partiendo de estos principios, la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr., por todas, resoluciones de 25 de febrero y 9 y 10 de marzo de 1988) ha admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya

sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación, y también ha admitido como título inscribible un acuerdo transaccional homologado por el juez cuando su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 del CC) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial. Y ello porque desde hace años había admitido el carácter inscribible del convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio y que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la separación, porque se considera que se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado.

El documento cuya calificación ha dado lugar al propio caso práctico consiste en un testimonio de un auto judicial que homologa el acuerdo transaccional que han alcanzado los dos hermanos que son titulares, respectivamente, de la nuda propiedad y del usufructo de una finca. En virtud de dicho acuerdo, el hermano titular de la nuda propiedad, a cambio de determinadas concesiones por parte de la usufructuaria en una serie de cuestiones objeto de litigio entre ambos, renuncia a la nuda propiedad en favor de su hermana, que adquiere y consolida así el pleno dominio de la finca. Este documento homologado judicialmente es un documento privado y, por el mismo hecho de la homologación, no modifica su naturaleza privada, y la normativa hipotecaria exige su transformación en documento público, para lo cual es precisa la intervención notarial que permita otorgar el instrumento público que, este sí, será plenamente inscribible.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Código Civil, arts. 1.216, 1.809 y 1.816.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 (Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento), art 3.
- Ley 1/2000 (LEC), arts. 317.1 y 319.1.
- Resoluciones de la DGRN de 9 de julio de 2013 y 6 de septiembre de 2016.



Contratos menores y procedimiento de elaboración de ordenanza en la Administración local

Julio Galán Cáceres

*Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa
Profesor del CEF.-*

Extracto

Gira el presente supuesto sobre distintas cuestiones planteadas en una entidad local pero que, en cuanto al fondo, pertenecen, como regla general, al ámbito del Derecho administrativo. Así, en primer lugar, se plantea la cuestión de la posible adjudicación, en el mismo año, de dos contratos menores de servicios para la defensa en juicio del ayuntamiento al mismo abogado. A continuación se afrontan las consecuencias jurídicas de la omisión del trámite de consulta pública en la elaboración de una ordenanza municipal. Finalmente, se plantea la licitud o no de facilitar a un vecino copia de los expedientes de licencia de obras concedidas en la vía pública donde reside. Desde el punto de vista patrimonial se plantea la legalidad de la enajenación directa de un inmueble y de una posible permuta.

Palabras clave: Administración local; contrato administrativo de servicios; elaboración de ordenanza; enajenación directa del inmueble patrimonial.

Fecha de entrada: 30-01-2020 / Fecha de aceptación: 17-02-2020

Enunciado

En un ayuntamiento de 2.550 habitantes, donde los recursos ordinarios del presupuesto se elevan a la cantidad de 1.000.000 de euros, en el mes de febrero del año XXX, se ha decidido contratar directamente a un letrado para que acuda a la vía jurisdiccional a fin de que ejerza la pretensión de desahucio contra el que había venido siendo el inquilino de una vivienda perteneciente al ayuntamiento, toda vez que llevaba varios meses sin abonar las rentas debidas. El abogado cobró 7.000 euros por sus servicios.

En el mismo año, el ayuntamiento decide contratar, otra vez, directamente, los servicios del mismo letrado, por importe de 4.000 euros, para que le defienda en un procedimiento contencioso-administrativo interpuesto contra la corporación por un vecino que, como consecuencia de una caída en una acera, por la existencia de un bache sin señalizar, debido a unas obras de acondicionamiento que se estaban llevando a cabo en la vía pública, le había producido la rotura de un reloj Rolex que no eran posible reparar. El importe del reloj y la reclamación se eleva a la cantidad de 13.000 euros. La reclamación va dirigida al alcalde directamente.

Por otra parte, el ayuntamiento es propietario de un local que arrendó directamente a una empresa, SA, siendo utilizado como cochera para guardar los camiones que utiliza en el cumplimiento de su objeto social, que es el de las mudanzas. En un momento dado, realiza el alcalde, previo el oportuno procedimiento, la venta directa de la misma a la citada sociedad por un importe de 130.000 euros. Esta sociedad está participada, en un 60 % del capital social, por un concejal del ayuntamiento, con dedicación exclusiva y que forma parte de la junta de gobierno local.

Además, el ayuntamiento pretende alterar el itinerario de un camino que va a discurrir por terrenos diferentes a los que actualmente discurre. Desea poder permutar los terrenos antiguos por los nuevos. El alcalde pregunta al secretario si es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta y, en todo caso, los trámites precisos para hacer realidad lo que pretende.

Finalmente el alcalde pregunta al secretario sobre:

1. Las consecuencias de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de la ordenanza municipal.
2. Un vecino ha solicitado que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle, ¿se han de entregar?

Cuestiones planteadas:

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del letrado? ¿Qué otras alternativas de adjudicación serían posibles?
2. ¿En qué sentido se resolverá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿Es el alcalde el competente para resolver esta reclamación?
3. Comente, de forma razonada, las posibles ilegalidades existentes en el arrendamiento y en la venta del local perteneciente al ayuntamiento.
4. ¿Es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta? ¿Se precisa proyecto para realizar un nuevo trazado de un camino?
5. Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza municipal.
6. ¿Se ha de acceder a la petición del vecino que solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle?

Solución

1. ¿Resulta ajustado a derecho las contrataciones directas del letrado? ¿Qué otras alternativas de adjudicación serían posibles?

Según el artículo 17 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), se trataría de dos contratos de servicios, que son aquellos contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario. Está regulado en los artículos 308 y siguientes de la LCSP.

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación, motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan.

Los contratos menores han sido sometidos, en las últimas reformas legislativas en materia de contratación del sector público, a un cerco en cuanto a su ámbito de aplicación, lo que se ha visto consumado en la LCSP, reduciendo las cuantías y los tipos de contratos en los que se puede utilizar esta figura e imponiendo una limitación subjetiva de adjudicaciones mediante contrato menor: que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cantidad de 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o 15.000 euros cuando se trate de contratos de suministro o de servicios (art. 118.3).

En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168 a), que son:

- Que no se haya recibido oferta en procedimiento abierto o restringido; cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del patrimonio histórico español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.
- Contratos declarados secretos o reservados.

De este modo, hay que dilucidar sobre dos posibles interpretaciones en cuanto a los contratos menores en la nueva LCSP; por un lado, si esta expresión opera como un límite absoluto, de tal manera que ningún contratista puede suscribir más de un contrato menor, con independencia de que se trate de objetos diferentes. O por el contrario, si debe entenderse que nada obstaculizaría que el mismo contratista suscriba con la Administración diversos contratos menores, siempre que aplicando las reglas generales en materia de contratación administrativa se trate de contratos con objetos distintos nitidamente y no se trate de prestaciones periódicas y repetitivas.

De esta problemática se ocupó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), y fue objeto de estudio en su informe 41/2017.

La cuestión se concreta acerca del inciso del precepto que exige que el contratista no haya «suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo», ya que en su interpretación literal, se llegaría a la conclusión de que una vez realizado un contrato menor por un contratista, este ya no podría volver a ejecutar otro contrato menor si con ello supera el límite definido en el precepto, ya que la ley no limita expresamente el periodo o tipo de contrato a que se refiere la citada limitación.

No parece, en una primera aproximación, que la finalidad del precepto sea hacer imposible que un operador económico ejecute sucesivos contratos menores, sin mayores factores.

Como señala la JCCA, cuando el legislador alude a la no existencia de un contrato menor anterior con la misma entidad contratista que, individual o conjuntamente supere los umbrales, la finalidad de la norma es proscribir la posibilidad de que se pueda burlar el límite cuantitativo del contrato menor, mediante una actitud opaca que caracterice los sucesivos contratos como independientes entre sí, ocultando el conocimiento de la verdadera unidad existente entre todos ellos.

Resulta, por tanto, que el objetivo de la norma es impedir que se celebren sucesivos contratos menores cuyas prestaciones constituyan una unidad, es decir, la ya conocida «fragmentación» o división de la prestación, que tantos problemas ha venido ocasionando en orden a la vulneración del procedimiento de licitación aplicable.

Con tal fundamentación, la interpretación correcta sobre contratos menores en la nueva LCSP es la siguiente.

El apartado 3 del artículo 118 de la LCSP tiene como finalidad impedir que en la formalización de diversos contratos menores con un mismo contratista no se encuentre la justificación sobre que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato. De este modo, como señala la Junta, «la ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad», por lo que, según la nueva LCSP, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

En relación con ello, el Informe de la JCCA 42/2017 analiza las mismas cuestiones ya reseñadas, y examina otra duda interpretativa, esta vez sobre el informe de necesidad del órgano de contratación, a que se refiere el apartado 1 en su segundo párrafo, del artículo 118 de la LCSP, dilucidando si tal informe debe ser suscrito, en el caso de los municipios, por el alcalde.

El párrafo citado establece que:

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan.

Para la Junta Consultiva, no puede realizarse una interpretación extensiva del precepto para los contratos menores de la nueva LCSP, de modo que, aun en el ámbito local, tal informe debe ser emitido por el órgano de contratación, y no por el órgano proponente del contrato. Aunque conlleve que, en el ámbito local, sea al alcalde al que corresponda tal función, no cabe otra interpretación sin perjuicio de la posibilidad de delegación.

La JCCA considera (como también mencionó en su Informe 41/2017), que la prohibición del apartado 3 del precepto citado no puede ser absoluta, pues no tendría justificación, dado que se trata únicamente de evitar la utilización fraudulenta del contrato menor.

De este modo, entiende que la justificación reforzada es exigible dentro del límite temporal del contrato menor (es decir, un año por aplicación del artículo 29 de la LCSP, que establece la duración de los contratos menores), de manera que, cuando entre dos contratos menores cuyas prestaciones sean equivalentes haya mediando más de un año, contado desde la aprobación del gasto, una vez que se haya hecho constar en el expediente el transcurso de este periodo de tiempo, no será necesario proceder a una ulterior justificación en el expediente de contratación del segundo contrato menor.

Tal previsión resulta exigible aun cuando uno de los contratos se haya celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

Esta limitación subjetiva, que ha de entenderse referida al año presupuestario, sin embargo, no impide que a un mismo letrado se le puedan encargar, mediante distintos contratos menores de servicios, encargos de asistencia letrada, porque al tratarse de objetos diferentes y supuestos distintos surgidos de necesidades independientes no incurre en la prohibición antes indicada, al no existir ninguna intención fraudulenta por parte del órgano de contratación. Sí que tendrá que motivarse e incluso consultarse, previamente, con otros letrados que puedan llevar a cabo el objeto del contrato. Es de significar también la especial naturaleza de esta modalidad de servicios que conlleva la exigencia de una formación y experiencia determinada.

Por tanto, aunque se pueda utilizar el contrato menor para un segundo o sucesivo encargo al mismo letrado a través de un contrato de servicios, se plantea qué otros procedimientos de contratación pueden utilizarse. Éste se determinará entre uno de los cinco regulados en la ley. A saber: abiertos, donde se ha creado una variante abreviada; restringidos; objeto de negociación, coincidentes con los anteriormente denominados negociados, donde ha desaparecido el negociado por razón de la cuantía; diálogo competitivo; y asociación para la innovación.

Descartados los dos últimos, aun no pudiendo utilizar el procedimiento negociado por razón de la cuantía, la escasa cuantía de los contratos y su inmediatez exigen utilizar un procedimiento ágil y rápido; lo que nos lleva al abierto simplificado y al objeto de negociación.

Respecto al procedimiento negociado, al desaparecer la posibilidad de su recurso por razón de la cuantía, resulta necesario acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias referidas en los artículos 167 y 168 de la LCSP 2017, sin que ninguna de ellas tenga cabida en el específico supuesto de la consulta. Podría considerarse la posibilidad de acudir al negociado sin publicidad cuando el objeto del contrato consista:

En la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en esta ley previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, siempre que se ajusten a un proyecto base que haya sido objeto del contrato inicial adjudicado por dichos procedimientos, que la posibilidad de hacer uso de este procedimiento esté indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial, que el importe de las nuevas obras o servicios se haya tenido en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y que no hayan transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial (art. 168.d LCSP 2017).

Pero la previa adjudicación de un contrato menor excluye este supuesto por la falta de previa publicación del correspondiente anuncio de licitación en el contrato menor.

En el procedimiento abierto cabe recurrir al de carácter simplificado en los supuestos del artículo 159 de la LCSP 2017, que, en referencia al importe, lo permite para los contratos de servicios cuyo valor estimado sea igual o inferior a 100.000 euros.

Pero, además, el artículo 159.6 de la LCSP 2017 regula un procedimiento que está siendo acuñado por la doctrina como supersimplificado o simplificado sumarisimo, aplicable a los contratos de servicios de valor estimado inferior a 35.000 euros, excepto los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, como los servicios de ingeniería y arquitectura. No sería aplicable porque el objeto del contrato implica la prestación de servicio intelectual.

2. ¿En qué sentido se resolverá la reclamación en concepto de responsabilidad patrimonial? ¿Es el alcalde el competente para resolver esta reclamación?

La respuesta dependerá de varias circunstancias.

- a) Que se reclame en el plazo de un año computado desde que ocurrió el hecho, puesto que se trata de daños exclusivamente.

- b) Que no haya existido culpa de la víctima, de un tercero o fuerza mayor, que rompa el nexo de culpabilidad.
- c) Que fuera responsable la Administración porque gestionara directamente el servicio de limpieza, que es una competencia suya. Pero si hubiera existido un contrato de concesión de servicios, en principio, a tenor del artículo 196 de la LCSP, sería responsable la concesionaria, que, en principio, responde de todos los daños causado durante la ejecución del contrato, salvo que hubiere existido negligencia en la actuación municipal al controlar la ejecución del contrato (porque, por ejemplo, conociera la existencia del bache sin señalar desde hacía bastante tiempo y no hubiera exigido la limpieza de la acera).
- d) Que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 32 de la Ley 40/2015: daños individualizados en relación con una persona o grupo de personas; antijuricidad del mismo, es decir, que el perjudicado no tengan el deber de soportar, y relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso sin que concurra causa de ruptura de la misma, tales como fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero.

Respecto a la competencia para resolver el artículo 21.2 s) de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), señala que son de competencia del alcalde «las demás que expresamente le atribuyan las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las comunidades autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales» (llamada cláusula residual de competencia).

Si observamos el artículo 22, que se refiere a las competencias del pleno, no contempla la de resolver cuestiones referentes a la responsabilidad patrimonial de la Administración, de forma expresa.

Por otra parte, el artículo 41 punto 17 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 señala como competencia del alcalde «disponer gastos dentro de los límites de su competencia y los expresamente previstos en las bases de ejecución del Presupuesto, ordenar todos los pagos que se efectúen con fondos municipales y autorizar los documentos que impliquen formalización de ingresos en Depositaria».

3. Comente, de forma razonada, las posibles ilegalidades existentes en el arrendamiento y en la venta del local perteneciente al ayuntamiento

A) Respecto a la forma directa de adjudicación del arrendamiento, como es sabido, los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.2

de la LCSP 2017, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y que entran en vigor el 9 de marzo 2020.

Sin embargo, si acudimos al Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (en adelante, RB), no vemos regulación alguna sobre el arrendamiento de un bien inmueble cuando la entidad local es arrendataria, pues su artículo 92 regula exclusivamente el supuesto en el que la entidad local es arrendadora.

Por ello, entendemos que, pese a no tener consideración de legislación básica, puede aplicarse supletoriamente lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (BOE del 4), del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en donde se contienen una serie de criterios que pueden resultar aplicables.

En lo que a nosotros aquí interesa, el artículo 124 de la LPAP establece el procedimiento para llevar a cabo ese arrendamiento, disponiendo que:

Los arrendamientos se concertarán mediante concurso público o mediante el procedimiento de licitación restringida regulado en el apartado 4 de la disposición adicional decimoquinta, salvo que, de forma justificada y por las peculiaridades de la necesidad a satisfacer, las condiciones del mercado inmobiliario, la urgencia de la contratación debida a acontecimientos imprevisibles, o la especial idoneidad del bien, se considere necesario o conveniente concertarlos de modo directo.

Las propuestas de arrendamiento, así como las de novación y prórroga, serán sometidas a informe técnico, que recogerá el correspondiente estudio de mercado, y de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

De dicho precepto podemos extraer las siguientes consecuencias, en relación con el arrendamiento de inmuebles por parte de las entidades locales:

- Cuando existan varios inmuebles que puedan cumplir con los requisitos que debe reunir el local a juicio de la corporación (número de metros cuadrados, accesibilidad, situación, etc.), se solicitará oferta a todos los posibles arrendadores. Esto puede realizarse bien por un procedimiento abierto mediante anuncio de convocatoria o bien, si la oferta es limitada, mediante invitación para que presenten la oferta.
- Sin embargo, cuando se justifique en el expediente que solo un inmueble cumple los requisitos exigidos, podrá procederse a concertarlo de forma directa.

En cualquier caso, sería necesario un informe jurídico del secretario y un informe técnico en el que se recoja el correspondiente estudio de mercado, que tiene por objeto constatar que el precio que solicita el arrendador no está por encima del precio del mercado.

B) Respecto a que la venta la haya celebrado y acordado el alcalde no es ajustado a derecho porque, según la disposición adicional segunda, punto 9, de la LCSP si la cantidad excede del 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto, la competencia es del pleno. Por tanto, se trata de un acto nulo de pleno derecho por incompetencia material a tenor del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Ahora bien, al no estar prohibida la delegación por el artículo 22.4, si el pleno delegó en el alcalde, no existiría vicio alguno.

C) Respecto a la venta directa del inmueble, el RB, en su artículo 112.2 exige la subasta, salvo permuta con otros bienes de carácter inmobiliario, previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia del valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 % del que lo tenga mayor.

Pero el artículo 137 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), que no tiene la consideración de legislación básica, podría aplicarse como legislación supletoria, señalándose que se podrá acordar la adjudicación directa, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando fuera declarada desierta la subasta o concurso promovidos para la enajenación o estos resultasen fallidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones por parte del adjudicatario, siempre que no hubiese transcurrido más de un año desde la celebración de los mismos. En este caso, las condiciones de la enajenación no podrán ser inferiores de las anunciadas previamente o de aquellas en que se hubiese producido la adjudicación.
- b) Cuando la venta se efectúe a favor de quien ostente un derecho de adquisición preferente reconocido por disposición legal.
- c) Cuando por razones excepcionales se considere conveniente efectuar la venta a favor del ocupante del inmueble.

Por tanto, si se acreditara algunos de estos supuestos, podría ser legal la venta directa.

D) La sociedad está participada, en un 60 % del capital social, por un concejal del ayuntamiento, con dedicación exclusiva.

El artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General señala que están incurso en incompatibilidad los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. Es obvio que en el caso que analizamos no hay financiación del ayuntamiento, sino que el ayuntamiento va a ingresar con la venta. Por tanto, en principio, no hay causa de incompatibilidad.

Ahora bien, es claro que en la decisión de la venta que, como vimos con anterioridad, no correspondía al alcalde sino al pleno, deberá abstenerse por tener interés en el asunto, y si no lo hace, aparte de la recusación que puede ser planteada por cualquier otro interesado en la adquisición del bien, cometerá una infracción grave contemplada en la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno contemplada en el artículo 29.2 b), consistente en la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas.

4. ¿Es posible tramitar en un único expediente la desafectación de unos terrenos y a la vez su permuta? ¿Se precisa proyecto para realizar un nuevo trazado de un camino?

Si lo que se pretende es un cambio de trazado de un camino, ello va a originar la necesidad de adquirir los terrenos por los que discurra el nuevo itinerario, así como enajenar los sobrantes por los que hasta ahora venía discurriendo su trayecto, a no ser que se pretendan dejarlo sin uso.

Para la obtención de los terrenos precisos para el nuevo recorrido se podría acudir a la expropiación; en donde cabría el pago en metálico o incluso en especie con los terrenos del camino que quedan en desuso. También sería posible la permuta, como parece ser la solución buscada para el presente supuesto.

En cualquiera de los casos, lo cierto es que se precisaría la alteración de la calificación jurídica del suelo que antes venía siendo destinado a ese camino. Exigiendo, ello, el correspondiente expediente de desafectación en el que se acredite la conveniencia, oportunidad y legalidad de dicha alteración, conforme el procedimiento previsto en el RB, y según lo expuesto en el artículo 81.1 de la LRBRL.

En cuanto a la posibilidad de tramitar, en un único expediente, la desafectación de los terrenos del camino fuera de uso y, a la vez, su permuta, debemos dar una respuesta negativa.

En primer lugar, no debemos olvidar que la permuta es una forma de enajenación directa de los bienes, solo pudiendo hacerse con respecto a los calificados como patrimoniales. De esta forma, solo una vez desafectados los terrenos, habiendo perdido su condición de dominio público, sería posible su enajenación o permuta.

En este sentido, incluso la normativa que regula las Haciendas locales apoya la tramitación previa del expediente de desafectación al de permuta. Así, el artículo 3.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, que al definir lo que se entiende como ingresos de derecho privado, recoge el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las entidades locales como consecuencia de su desafectación como bienes de dominio público y posterior venta.

A su vez, es claro la nulidad de la permuta de unos terrenos en relación con un camino perteneciente al dominio público y con uso público, al no observar la exigencia legal de que la alteración de la calificación jurídica de sus bienes fuera hecha previo expediente acreditativo de su oportunidad, necesidad y conforme a la legislación vigente.

En cuanto al procedimiento para alterar el trazado de este camino, consideramos que pasa por la redacción de un proyecto técnico que deberá ser aprobado inicialmente por el pleno, y tras su exposición al público, aprobarse de una forma definitiva.

A este respecto, debemos tener en cuenta que conforme el artículo 8.4 del RB hay determinados supuestos en que la alteración de la calificación jurídica se produce automáticamente, como con la aprobación definitiva de planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios. Ello quiere decir que si el nuevo trazado del camino es fruto de un proyecto legalmente aprobado, no sería necesario tramitar expediente de desafectación, sino que esta se produciría de una forma tácita. Así, tras la aprobación del proyecto del nuevo trazado se podría tramitar directamente el correspondiente expediente de permuta.

5. Efectos jurídicos de la omisión de la consulta pública previa a la aprobación de ordenanza municipal

De partida consideramos oportuno subrayar que las medidas de participación de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de normas con rango de ley y reglamentos son aplicables al proceso de aprobación de las ordenanzas municipales, cuyo procedimiento administrativo se regula en el artículo 49 de la LRBL. Este procedimiento incluye las siguientes actuaciones:

- a) Aprobación inicial por el Pleno; b) Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias; c) Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno. En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

Con base en la previsión del artículo 133 de la LPACAP, vendría ahora a adicionarse una previa consulta pública, incardinada en el seno de las medidas implementadas dentro de la denominada «regulación inteligente» o «*better regulation*».

Por tanto, con el objetivo final de mejorar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de normas encontramos tres trámites de pública intervención: consulta previa, audiencia e información pública, con la particularidad de que la consulta se articulará a través del portal web (no sede electrónica, en principio), con el objetivo de recabar aportaciones adicionales por las personas, esto es, físicas o jurídicas.

Se indica en el precepto, y en lo que interesa especialmente a la consulta, que:

Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de:

- a) Los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa.
- b) La necesidad y oportunidad de su aprobación.
- c) Los objetivos de la norma.
- d) Las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Es de destacar que se emplea por el artículo 133 de la LPACAP la expresión «recabarán», y no la optativa de que podrán recabar u otra forma análoga; lo que confiere a la actuación una naturaleza imperativa y no potestativa para la Administración, salvo que se justifique de modo motivado (art. 35 LPACAP) que se trata de algunas de las excepciones contempladas en el precepto.

No es baladí al caso el destacar que la norma hace referencia al sometimiento a consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, tendente con ello a obtener una participación eficaz y real sobre el futuro texto, en el entendimiento de que el mismo aún no ha sido elaborado. Nos atrevemos a manifestar que, en caso contrario, muy probablemente se limitarían seriamente posibles modificaciones o alteraciones al mismo.

Estamos, por tanto, ante un trámite de especial relevancia, el cual debe ser previo al sometimiento del propio borrador de ordenanza; a los efectos de audiencia cabe entender consejo sectorial correspondiente, en su caso, dado que son destinatarios privilegiados de la consulta «los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente».

Repárese que el párrafo primero del referido artículo 133 de la LPACAP se refiere a los destinatarios de la consulta, y lo hace desde dos concepciones. En primer lugar, una refe-

rencia amplia (y muy indeterminada), pues por sujetos debiera o pudiera entenderse, según el Diccionario de la Real Academia Española, aquellos expuestos a la norma, o bien parte obligada (desde una concepción centrada en la cualidad o condición de sujeto pasivo de la misma); y, en segundo término, una más singularizada, pues se centra ya en las organizaciones más representativas desde el punto de vista de la futura normativa (a mero título de ejemplo piénsese en asociaciones de consumidores o, en su caso, determinados colectivos y, por qué no, las representaciones sindicales).

Ciertamente, la finalidad teleológica del momento temporal donde se inserta la consulta previa denota su clara voluntad de conseguir que los potenciales destinatarios de la norma y de aquellos que deseen formular opinión puedan manifestarse con carácter previo a que se confeccione el propio borrador o proyecto. Y, ello, en el plazo de 20 días hábiles previstos en el artículo 83 de la LPACAP, según la valoración del Consejo Consultivo en su Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en Dictamen n.º 752/2017, de 21 de noviembre de 2017 (al ser la opción más garantista para el ciudadano).

Consecuencia de lo adverbado es que el trámite de consulta deberá efectuarse en todo caso (salvo expresa motivación y justificación de las razones que avalan su no sometimiento) y con carácter previo a la audiencia prevista en el apartado segundo del precepto comentado. Lo que implica que en rigor jurídico debemos advertir de los riesgos que se asumen de continuar con el procedimiento administrativo tendente a la aprobación definitiva de la ordenanza sin haber dado cumplimiento a dicha consulta pública, que pudiera viciar las actuaciones sucesivas en el seno del procedimiento.

Analiza la autora el dictamen del Consell, y entre otros interesantes aspectos, la posibilidad de que a juicio del Consejo Consultivo se prescindiera del trámite de consulta pública en el seno del procedimiento de aprobación/modificación de las ordenanzas fiscales, sobre la base de la disposición adicional primera de la LPACAP. Recordemos que esta disposición regula las especialidades por razón de la materia y establece que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a estos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales. Ley especial que, a estos efectos, sería el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en cuyos artículos 16 y siguientes contempla el procedimiento para la aprobación y modificación de las ordenanzas fiscales.

Defiende el dictamen que a idéntica conclusión habría que llegar en relación con los instrumentos de planeamiento urbanístico, respecto a los que habrá que estar a lo que disponga la normativa sectorial.

Sería, por tanto, una posibilidad el que se analizara si se está en presencia de un procedimiento administrativo regulado en leyes especiales, y que permitiría excepcionar del trámite de consulta previa.

Recordemos que con base al propio artículo 133 de la LPACAP solo cabe prescindir de los supuestos de consulta, audiencia e información pública, en los tasados supuestos contemplados, con carácter excepcional, en la norma. A saber: elaboración de normas presupuestarias, elaboración de disposiciones organizativas de las Administraciones públicas y sus órganos dependientes, y cuando concurren razones de interés general.

Puede prescindirse además cuando concurren una serie de conceptos jurídicos indeterminados, cuales son: que no tenga un impacto significativo en la actividad económica, cuando no imponga obligaciones relevantes a los ciudadanos o cuando únicamente regule aspectos parciales de una materia.

Recae en el área o departamento a quien compete la elaboración del borrador de la norma la valoración justificada de la concurrencia de tales circunstancias. Debiendo quedar reflejado de modo ilustrativo en la memoria confeccionada, pues es regla general en el ámbito de procesos participativos.

Que sepamos, no existe jurisprudencia respecto de la aplicación del nuevo precepto de una también reciente ley; pero aplicando al supuesto la doctrina del Tribunal Supremo con relación a la ausencia de audiencia (no consulta) en el trámite de aprobación/modificación de una ordenanza municipal, nos parece de interés traer a colación la Sentencia de 28 de marzo de 2007, la cual destacaba el carácter esencial del trámite de información pública en el procedimiento de aprobación o modificación de ordenanzas fiscales. Se indicaba que:

Dicho trámite o requisito de la "exposición", por excesivamente formalista que parezca, no es, dentro de ese marco de garantías en favor del administrado que proclama la Constitución, un elemento procedimental de observancia discrecional, sino de cumplimiento legalmente reglado, pues, cuando se trate de disposiciones, como las de los autos, que excedan del ámbito puramente doméstico de la organización administrativa y puedan afectar de forma seria e importante a los intereses de los, en este caso, contribuyentes, en el mecanismo complementario de su comunicación general (junto a la publicación en el Boletín Oficial) habrá de estimarse preceptivo. Imperatividad que se confirma, asimismo, atendiendo a otros dos criterios complementarios: el de que la finalidad del procedimiento establecido para la elaboración de disposiciones generales es la de garantizar "la legalidad, el acierto y la oportunidad" de las mismas y, bajo este prisma, la "exposición" cuestionada es un elemento esencial, a la hora de asegurar tales objetivos; y el principio de que la interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución exige, a tenor de su artículo 9.2, la concesión de la posibilidad de la participación ciudadana en la forma y en los supuestos establecidos en el subsiguiente artículo 105 a).

Hemos analizado que la consulta previa (al igual que el trámite de audiencia) tiene naturaleza reglada, y comparte como elemento común con dicho trámite (audiencia) el ser

manifestación de la participación ciudadana prevista en la Carta Magna (art. 105 apartado a); sin obviar que la propia LRBRL, en su artículo 69, contempla como deber de las corporaciones locales facilitar la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.

En consecuencia, estando en presencia de un requisito esencial y obligatorio (salvo justificación adecuada y motivada de su no aplicación al supuesto), consideramos procedente la estimación del recurso interpuesto fruto del vicio procedimental en el que *a priori* (siempre según los datos generales obtenidos), se ha podido incurrir por la omisión de la consulta pública.

A pesar de no estar en puridad ante un trámite de audiencia sino de consulta, creemos que la intención del legislador es clara en cuanto a través del mismo se pretende ampliar las posibilidades de participación de la ciudadanía en el seno del procedimiento. Contribuyendo, con ello, a la participación en los asuntos públicos. Lo que implicaría el carácter invalidante de una actuación municipal que sin la debida justificación y motivación al expediente (art. 70 LPACAP) avale el prescindir de un trámite preceptivo con carácter general.

Por tanto, habiéndose omitido la meritada transparencia y participación ciudadana que se lograría a través del trámite general y preceptivo de consulta previa a la aprobación de una ordenanza municipal, y a tenor de los datos e información de que se dispone, se aconseja, desde nuestro punto de vista fruto del riesgo de concurrencia de una causa de invalidez en el procedimiento administrativo, que sea estimado el recurso interpuesto y, en consecuencia, se acuerde retrotraer las actuaciones administrativas a la fase del procedimiento previa a la formulación de la consulta pública, permitiendo con ello servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al derecho.

Para el caso de estimarse oportuno por la corporación continuar con las actuaciones en el procedimiento, entendemos que deberá quedar suficientemente justificado en el expediente administrativo –especialmente en la memoria, así como a través de los informes pertinentes– la innecesariedad del sometimiento a consulta pública previa.

6. ¿Se ha de acceder a la petición del vecino que solicita que se le entreguen copias de los hipotéticos expedientes de licencia de obra que se hayan tramitado en su calle?

La regulación del acceso de los administrados a los expedientes administrativos pivota sobre una doble variante según la condición que ostente el solicitante de la información: si se trata de un interesado en el procedimiento de que se trate o si no resulta acreditado interés legítimo. Pero también podemos relacionar esta variante con otra distinta: si el expediente está en tramitación o se encuentra concluido.

La LPACAP, en su artículo 13 d), reconoce el derecho de todos los ciudadanos «al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico». El concepto de «ciudadano» abarca a un segmento poblacional mucho más amplio que el del interesado en el procedimiento, pues solo tendrán este carácter quienes acrediten la concurrencia de alguno de los tres supuestos del artículo 4.1 de la LPACAP.

Es evidente que todo interesado es ciudadano a los efectos regulados en la legislación básica de procedimiento administrativo, pero no todo ciudadano es interesado. Y el concepto de interesado no se identifica exclusivamente con ser promotor del procedimiento de que se trate o titular del derecho u obligación que constituya su objeto, de modo que también será interesado quien «sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte» y aquel «cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva».

Identificado quién puede ostentar la condición de interesado en un procedimiento admitido y que puede tener tal condición un tercero que no sea promotor o no sea titular del derecho u obligación que constituya objeto del procedimiento, debe diferenciarse el ámbito objetivo de la información a la que tengan acceso. El artículo 13 d) de la LPACAP, respecto a los ciudadanos, hace referencia a la información pública, archivos y registros, lo que implica que ha de tratarse de expedientes administrativos concluidos, es decir, que no se encuentren en tramitación.

Sin embargo, el artículo 53.1 a) de la LPACAP, respecto de los interesados en un procedimiento administrativo, establece que tienen derecho a

conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos; es decir, tienen derecho al acceso de los expedientes en tramitación.

La remisión que el artículo 13 d) realiza a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, nos lleva a su artículo 12, que dispone que «todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley». La expresión «todas las personas» es equivalente en este caso con el concepto de ciudadanos de la Ley de procedimiento administrativo. Y el artículo 13 de la misma Ley de transparencia define la información pública como «los contenidos o documentos, cualquie-

ra que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

A partir del régimen jurídico transcrito, podemos mantener que un ciudadano, vecino de una calle, tiene derecho al acceso a la información pública constituida por los expedientes de licencias de obra tramitados y concluidos en su misma calle; sin necesidad de acreditar su condición de interesado a los efectos establecidos en el artículo 53.1 a) de la LPACAP, pues no está solicitando información de expedientes en tramitación.

Únicamente serán de aplicación al solicitante los límites de acceso a la información pública en aplicación de los artículos 14 y 15 de la Ley de transparencia, referidos a los datos personales que obren en los expedientes administrativos y los que resulten de la Ley de propiedad intelectual respecto de los proyectos de obra.

El derecho de acceso a la información pública, o publicidad pasiva, no se identifica con la acción pública en materia de urbanismo, regulada esta en el artículo 62 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana: «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística».

La acción pública constituye una herramienta que atribuye legitimación activa para el reconocimiento y defensa de la legalidad, mientras que la publicidad pasiva constituye solamente derecho al acceso a la información pública.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, art. 105.
- Ley Orgánica 5/1985 (Régimen Electoral General), art. 178.
- La Ley 7/1985 (Reguladora de las Bases de Régimen Local), arts. 21, 22 y 81.
- Ley 33/2003 (Patrimonio de las Administraciones Públicas), arts. 83, 123, 124 y 137.
- Ley 19/2013 (transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno), art. 13.
- Ley 39/2015 (Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), arts. 4, 13, 16 y 133.
- Ley 40/2015 (Régimen Jurídico del Sector Público), art. 32.
- Ley 9/2017 (Contratos del Sector Público), arts. 29, 107, 159, 168, 196 y disp. adic. segunda.



- Real Decreto Legislativo 7/2015 (texto refundido de Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), art. 62.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 junio (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales), arts. 8, 92 y 112.
- STS, Sala Tercera, de 28 marzo de 2007.
- Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 41/2017 y 42/2017.

Normas de publicación

La *Revista CEFLegal*, revista práctica de derecho editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1699-129X (en versión impresa) e ISSN-e 2531-2146 (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, Constitucional y Administrativo y Penal.

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 revista@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 (6.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.



Cursos de formación a medida para empresas *(in Company)*

Nos adaptamos a las necesidades formativas de tu empresa

Planificamos, junto a las empresas (pequeñas, medianas y grandes), formación a medida. Ofrecemos una propuesta global de formación; trabajamos como estrechos colaboradores en tus planes de formación para que puedas obtener siempre la máxima calidad de la mano de los mejores profesionales, adaptando la formación a tus necesidades de horarios, ubicación geográfica y contenidos.

Gestión de las bonificaciones ante la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE)

La FUNDAE ofrece a las empresas la posibilidad de bonificar estos cursos para que su coste se reduzca considerablemente o, incluso, desaparezca, aprovechando el crédito para la formación de los trabajadores que todas las empresas tienen a principios de año.

Nuestros datos desde 1977



+ 3.000

Empresas han confiado la formación de sus empleados al Grupo Educativo CEF.- UDIMA

+ 4.100

Cursos impartidos relacionados con todas las áreas de la empresa

+ 67.500

Profesionales formados tanto en la modalidad presencial como online

+ 74.000

Horas de formación impartidas por profesionales en contacto permanente con la empresa

CEF.-



**¡MATRÍCULA
ABIERTA!**

Inicio marzo y abril

CURSOS

MADRID | BARCELONA | VALENCIA | ONLINE

ÁREA JURÍDICA

Compliance | Comunidades de Propietarios y Administración de Fincas | Contratación en el Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre) | Cours Pratique de Droit et Fiscalité | Derecho Bancario | Derecho Digital | Especialización en Derecho Deportivo | Estrategia en Litigios Civiles y Derecho Procesal | Experto en Mediación: Civil y Mercantil | Preparación del Examen de Acceso a la Abogacía | Propiedad Intelectual | Trabajadores Extranjeros y Expatriados (aspectos fiscales, laborales y retributivos)

Consulta nuestra oferta formativa completa en www.cef.es