

Cuadernos del Seminario

Carlos Hernández Crespo

Nº 38

Julio-septiembre 2018
Segunda etapa

CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES

DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID

ÍNDICE

■ PONENCIAS Y TRABAJOS

- Notas sobre el derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas con referencia especial a las realizadas por falta de adhesión del propietario a la Junta de Compensación. Su cancelación. Crítica a la RDGRN de 30 de marzo de 2016. Por Rafael Arnaiz Ramos.
- LA PROTECCIÓN EL CONSUMIDOR POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULA SUELO (1ª PARTE). Por Ángel Valero Fernández-Reyes.

■ CASOS PRÁCTICOS

- RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA JUDICIAL

SHS



CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES.
DECANATO AUTONÓMICO DE MADRID.
Colegio de Registradores de la Propiedad,
Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Presidente de honor

Ángel Valero Fernández-Reyes

Registrador de la Propiedad de Madrid Nº 22

Coordinador

Ernesto Calmarza Cuencas

Registrador de la Propiedad de Meco

Director del Seminario

Luis Delgado Juega

Registrador de la Propiedad de Las Rozas Nº 2

Director de publicaciones

Enrique Amérigo Alonso

Registrador de la Propiedad de Torreldones

Los Cuadernos no comparten necesariamente las opiniones expuestas por sus colaboradores.

Notas sobre el derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas con referencia especial a las realizadas por falta de adhesión del propietario a la Junta de Compensación. Su cancelación. Crítica a la RDGRN de 30 de marzo de 2016.

No son las presentes más que unas notas de urgencia para resumir la intervención realizada en el mes de junio pasado en el Seminario de Registradores de Madrid, lo que justificaría, sin duda, un trabajo más formal, extenso y profundo sobre la materia. En todo caso, en la preparación de tal intervención y de estas notas hemos tenido en cuenta lo dispuesto por la DGRN en la resolución de 30 de marzo de 2016, y el contenido del Informe de la Comisión, sección urbanismo, de 1 de junio de 2015, y trabajos realizados y publicados en RCDI por JM Díaz Fraile, (numero 727), y Vicente Laso Baeza, (número 755)

1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del derecho de reversión?

Sin entrar en su estudio de forma exhaustiva, baste aquí decir que constituye garantía de efectiva realización de la utilidad pública o interés social para el que se produce la privación forzosa de un derecho de propiedad privada. Confiera así una posibilidad de actuación al expropiado o a quien de él la adquiera, en cuya virtud podrá recuperar la finca expropiada o aquella que, por subrogación real se haya situado en su posición jurídica si la obra o servicio para el que se produjo la expropiación no tiene lugar, ya sea por falta de ejecución, desafectación o existencia de sobrante, ya por alteración en el destino para el que la expropiación se llevó a cabo, en los términos previstos en la Ley.

2. ¿En qué términos tiene carácter inscribible el derecho de reversión?

Tras la redacción dada por la Ley 38/99 al artículo 54 LEF el derecho preferente de los reversionistas a recuperar el bien expropiado, constancia registral sin la cual el ejercicio de tal derecho no perjudicará a terceros protegidos por la fe pública registral. Con ello el legislador se aparta de la postura doctrinal que defendía que la constancia registral del derecho de reversión estaba ínsita en la expresión registral del título expropiatorio.

La DRGR, en la **resolución de 30 de marzo de 2016**, realiza una exposición general del régimen registral de la reversión y se refiere a su constancia registral en sus tres fases de desarrollo: una primera, como carga sobre cosa ajena, transmisible, una segunda, una vez reconocida por la Administración la concurrencia del supuesto de hecho que determina la posibilidad de su ejercicio, y una tercera que accede al Registro

mediante la transmisión del dominio de la finca al reversionista, una vez cumplidos los requisitos correspondientes.

3. ¿Cuáles son las causas que determinan la posibilidad de ejercitar el derecho de reversión en las expropiaciones urbanísticas?

Son las reguladas por el artículo 54 LEF. Respecto de las expropiaciones urbanísticas, las causas que permiten ejercitar el derecho de reversión son las reguladas en el artículo 47 TRLS. Una primera cuestión que cabe plantear es la de la relación entre ambos preceptos. ¿Son de aplicación las causas de reversión previstas en el artículo 54 LEF a las expropiaciones urbanísticas, o a éstas sólo es de aplicación la regulación contenida en art. 47 TRLS?

Debe ponerse de manifiesto, en primer lugar, la particular finalidad de las expropiaciones urbanísticas, en las que, por regla general, el derecho de propiedad expropiado no se afecta al dominio público sino que, una vez reajustado a las previsiones del Plan, se reincorpora al mercado, en régimen de dominio privado, ya perteneciente a los particulares, ya perteneciente a la Administración (patrimonios públicos de suelo). Ello justificaría, por un lado, un criterio legal más restrictivo en el reconocimiento de derechos de reversión y, por otro, la definición de un conjunto de causas específicas de reversión, de modo que la causa principal de reversión en las expropiaciones urbanísticas no sea la desafectación, sino la alteración en el uso (como determinación del planeamiento), que motivó la expropiación y que resulte de una revisión o modificación de dicho Planeamiento.

Sin embargo, lo cierto es que dicha alteración del uso sólo parece constituir causa de reversión en las expropiaciones seguidas para la obtención de suelo dotacional público, en la medida en que:

- la letra a) del número 1 prevé la reversión para el caso de alteración en dicho uso salvo que el uso dotacional público hubiera sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años, o el nuevo uso fuera igualmente dotacional público.
- y fuera de tales expropiaciones, la alteración del uso previsto en el Plan no es causa de reversión. Así, no lo es en las expropiaciones para incorporar bienes a patrimonios públicos de suelo, en las expropiaciones sanción por incumplimiento de deberes, o en las que se realizan para la ejecución de obras de urbanización, categoría esta última en la que cabría incluir las expropiaciones realizadas como sistema de actuación para el desarrollo de expedientes de gestión urbanística.

Así, para este último tipo de expropiaciones el artículo 47.2 sólo prevé como causa de reversión el transcurso de diez años desde la expropiación sin que la urbanización haya concluido. Frente a ello, la alteración en los usos o edificabilidad del suelo se configura como causa no de reversión sino de retasación, lo cual, encuentra su sentido en el hecho de que el fin de la expropiación no es tanto la afectación de lo expropiado a un uso o servicio público concreto, si no su puesta en situación de disponibilidad para ser urbanizado, aunque el uso urbano final no sea el mismo definido por el Plan al realizar la expropiación. Por ello, la alteración en el uso no frustra la finalidad expropiatoria, aunque justifica una revisión del justiprecio pagado si los nuevos usos suponen un incremento del valor. Criterio que se acerca al general previsto para expropiaciones no

urbanísticas en el artículo 54.2.a) LEF, para el caso de que se sustituya por otra la afectación del bien expropiado.

De lo expuesto parece resultar que el legislador tiene voluntad de que el artículo 47 TRLS regule de forma completa los supuestos que pueden generar reversión en las expropiaciones urbanísticas, siendo regla especial respecto de lo establecido en el artículo 54 LEF, y no siendo por tanto éste de aplicación, salvo en aquello en lo que el artículo 47 TRLS se remita. Tal remisión queda establecida en la letra e) del número 1), conforme al cual no procederá la expropiación por alteración del uso *“en los restantes supuestos en que no proceda la expropiación de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa.”* Dado que los supuestos de sustitución de una afectación por otra y mantenimiento de la afectación por plazo mínimo quedan ya previstos, para los usos dotacionales públicos, en la letra a) del número 1, parece que la remisión realizada por el artículo 47.1.e) TRLS al art. 54 LEF debe entenderse limitada al supuesto en que no proceda la reversión por haber transcurrido veinte años desde la toma de posesión.

4. Consideración especial de la cancelación de la expresión registral de la existencia del derecho preferente a recuperar el bien expropiado en expropiaciones urbanísticas.

Debemos, en primer lugar, precisar en qué supuestos de expropiación urbanística no surgen o se extinguen los derechos de reversión y en qué términos:

- Expropiaciones para la adquisición de bienes para la implantación de usos dotacionales de carácter público: ya hemos visto antes como en tales expropiaciones la imposibilidad de ejercicio de derechos de reversión y, con ello, la posibilidad de cancelación de su mención registral resultará de la previa acreditación de que el uso dotacional público para el que se expropió, o aquél otro que lo haya sustituido, ha sido efectivamente implantado y mantenido durante ocho años.
- Expropiaciones de bienes para incorporación a patrimonios públicos de suelo. En tales expropiaciones no surge derecho de reversión por alteración del uso, siempre que el nuevo uso sea compatible con la incorporación a dicho patrimonio. No existe una afectación de lo expropiado a un uso dotacional público, pues los PPS están integrados por derechos de propiedad privada. Cabría por ello pensar que en tales expropiaciones sólo surgen derechos de reversión cuando por circunstancias sobrevenidas el bien no puede ser incorporado a un PPS. Por tanto, una vez acreditada dicha incorporación, no podría ya surgir el derecho de reversión y podría procederse a su cancelación. Aunque pueden plantearse dudas: ¿basta con el hecho de la incorporación al PPS para que no pueda ya surgir la reversión, o es necesario un plazo mínimo de permanencia en el mismo, por analogía con lo previsto respecto de la permanencia del uso dotacional público? Dado que la Ley no lo exige, no parece que pueda ser exigido. Señalar, igualmente, que si la expropiación se realiza para la incorporación del bien a un PPS y conlleva la realización por la Administración expropiante de una obra de urbanización, parece razonable aplicar las causas de reversión de las expropiaciones seguidas para realizar obras de urbanización.

- Las expropiaciones por incumplimiento de deberes o no levantamiento de las cargas previstas en la Ley. Es decir, la llamada expropiación sanción. En tales casos no surge derecho de reversión por cambio en el uso. ¿Ahora bien, podrá surgir por otra causa? Y de ser así, ¿Cuál sería? Con el sólo alcance de estas notas, cabría pensar que en tales expropiaciones no surge derecho de reversión alguno, en la medida en que el fin de la expropiación se agota con su realización: se trata, en definitiva, de posibilitar la actuación urbanística que la pasividad del titular del dominio impide. Así, la sanción impuesta es la pérdida forzosa y definitiva del dominio para posibilitar su incorporación al proceso de transformación urbanística. No obstante, cabría también pensar que si el deber incumplido es la realización de una obra de urbanización y se expropia para que la realice la Administración, la falta de efectiva realización dentro del plazo previsto en la Ley permitiría la reversión.
- Las expropiaciones para la ejecución de obras de urbanización. Para estas expropiaciones el número 2 del artículo 47 TRLS prevé la posibilidad de reversión en aquellos casos en que hayan transcurrido diez años desde la fecha de la expropiación sin que la urbanización se haya concluido. Debe entenderse, por tanto, que una vez finalizada la obra de urbanización dentro de dicho plazo, decae la posibilidad de exigir la reversión y, con ello, podrá solicitarse la mención registral del derecho preferente del reversionista. Y ello, sin necesidad de espera plazo alguno de subsistencia o mantenimiento de la obra, pues la Ley no lo exige: basta, según resulta de la dicción literal, a sensu contrario, del artículo 47.2.a) del TR, con que la obra de urbanización haya sido terminada dentro de los diez años. Por ello, consideramos erróneo el criterio de la DGRN, sostenido en la Resolución de 30 de marzo de 2016, de exigir, aplicando lo previsto en el artículo 82.2 LH, que se acredite por certificación de la Administración que han transcurrido cinco años desde la recepción de las obras. Y es que dicho plazo no tiene cabida alguna en el caso previsto por el artículo 47.2.a) TR: si las obras de urbanización se terminaron dentro de los diez años, no surge derecho de reversión; si se terminaron después, tal derecho surge, sin sujeción a plazo alguno para su ejercicio.

Lo que sí consideramos de aplicación a todo supuesto en que se pretenda cancelar la constancia registral del derecho de reversión son las exigencias formales recogidas en la referida RDGR: certificación de la que resulte que el acto administrativo que considera que la facultad de pedir la reversión se ha extinguido o no puede ya surgir ha sido notificada al titular de la misma y no es susceptible de recurso ni en vía administrativa ni en vía jurisdiccional. Criterio contrario al sostenido por Vicente Laso Baeza en artículo publicado en la RCDI, número 755, comentando la doctrina de la RDGRN de 30 de marzo de 2016, en cuyas conclusiones sostiene que: *"El ofrecimiento en la resolución de una diversidad de alternativas a fin de alcanzar la cancelación de la constancia registral de la reversión constituye una relevante aportación cuestionable, no obstante, en cuanto al concreto supuesto consistente en el sometimiento a firmeza en vía jurisdiccional del acto administrativo accediendo a la declaración de la extinción del derecho de reversión, en cuanto cabe entender tal interpretación contraria a la presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos."*

5. ¿Existe derecho de reversión en las expropiaciones seguidas por falta de adhesión del propietario a la Junta de Compensación? Y si es así, ¿cuál es su régimen de cancelación?

En relación con la primera pregunta, cabe partir de la causa y finalidad de tal expropiación. Su causa está en la decisión, voluntaria, del propietario, de no adherirse a la Junta de Compensación y, con ello, dejar de cumplir los deberes de que la legislación de suelo impone sobre el derecho de propiedad del suelo sujeto a un expediente de transformación urbanística. La expropiación se produce como una reacción legal a la decisión voluntaria del propietario de incumplir su deber legal de incorporarse al procedimiento de transformación urbanística. Participa así la expropiación estudiada tanto de la naturaleza de la expropiación urbanística por incumplimiento de deberes urbanísticos, para la que el legislador no ha previsto supuesto alguno de reversión, como de la expropiación voluntariamente instada y consentida, en la que el reconocimiento de un derecho de reversión choca con la decisión de propietario expropiado. En este punto, compartimos la argumentación de que en este tipo de expropiaciones no surgen derechos de reversión contenida en el escrito del recurso que dio lugar a la RDGRN de 30 de marzo de 2016 y la brillantemente desarrollada por Vicente Laso Baeza en el número 755 de la RCDI, en que cuestiona el criterio de la resolución de 30 de marzo de 2016, que entendió que en este tipo de expropiaciones surgen derechos de reversión. Señala Vicente Laso, frente al criterio de la DGRN, que *"la configuración de la reversión en el ámbito de las expropiaciones urbanísticas como una excepción, la relevancia innegable del consentimiento del propietario a la aplicación de la expropiación como exigencia desencadenante de la acción de la Administración en orden a la obtención de los suelos, el juego de los deberes legales propios del sistema de compensación en relación tan solo con los propietarios adheridos a la Junta de Compensación y, en fin, la necesidad impuesta por el propio legislador de encuadrar el régimen de la reversión con unos antecedentes en los que su admisión para las actuaciones de urbanización solo tenía lugar cuando se actuase por el sistema de expropiación, todo ello, permite cuestionar una doctrina cuyo cierre en todo caso correspondería a la Administración como titular de la potestad expropiatoria."*

No obstante compartir el criterio expuesto, admitamos, dada nuestra condición de Registradores y la relevancia que en nuestro quehacer diario tiene la doctrina de la DGRN, que en este tipo de expropiaciones urbanísticas surgen derechos de reversión. De ser así, nos habremos de plantear cual es el hecho determinante de la posibilidad de su ejercicio y, a partir de ahí cual sería la situación de hecho que determinaría la imposibilidad de su ejercicio y consecuente cancelación. Pues bien, siendo el fin determinante de la expropiación el evitar que la negativa de un propietario impida la continuación de un sistema de actuación privada (compensación) en el desarrollo del expediente de gestión urbanística, cabría considerar tal fin realizado una vez se produce la aprobación definitiva del proyecto de compensación, sin necesidad de que, posteriormente, se lleve a cabo dentro de un plazo determinado la obra de urbanización. Y ello, en la medida en que la falta de finalización de la obra en un plazo determinado no provoca la ineficacia del acuerdo de aprobación definitiva del expediente de gestión urbanística, cuyos efectos jurídicos subsisten y, con ellos, los actos que la integran, entre ellos las expropiaciones por falta de adhesión.

Por ello, consideramos que aun en el caso de que surgieran derechos de reversión a favor del propietario no adherido al que se expropia, la posibilidad de ejercicio de aquellos decaería con la firmeza en vía administrativa del acuerdo de aprobación definitiva del expediente de gestión, sirviendo la certificación del mismo, en que se así se solicite, de título formal para la cancelación de la mención registral del derecho preferente de reversión contenida en la inscripción de expropiación de las fincas de origen. Cabría plantearse, en este caso, si a efectos de proceder a la cancelación de tales menciones cabría exigir que el contenido del acuerdo de aprobación definitiva del proyecto de compensación en que se solicite la cancelación de las menciones de reversión haya sido notificado al propietario expropiado, y si cabría exigir que, a efectos de tal cancelación, la firmeza del acuerdo sea exigible no sólo en vía administrativa, como es regla general para inscribir reparcelaciones, sino también en vía jurisdiccional. Para ambas cuestiones creo que es sostenible la respuesta afirmativa.

En conclusión, creemos que el recurso que dio lugar a la RDGR de 30 de marzo de 2016 debería haber prosperado, dada la inexistencia de derechos de reversión en el ámbito de las expropiaciones por falta de adhesión a la Junta de Compensación o, en caso de haber sido desestimado, por entenderse que tales derechos sí existen, considerar que hubiera sido posible cancelar si de la certificación del acuerdo de aprobación definitiva en que se solicitaba la cancelación resultara que tal decisión de cancelar se notificó a los eventuales reversionistas y éstos no interpusieron recurso en vía administrativa o judicial. Sin que, por lo demás, tenga relación con la regulación contenida en los artículos 47 TRLS y 54 LEF la referencia que hace la RDGRN al plazo de cinco años previsto en el artículo 82.2 LH.

Rafael Arnaiz Ramos.

Septiembre de 2018

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS, ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULA SUELO (1ª PARTE)¹.

1.- INTRODUCCIÓN:

La materia de protección del consumidor en el ámbito de la Unión Europea (en adelante UE) está constituida fundamentalmente, en lo que ahora nos interesa, por la Directiva 93/13/CEE de 15 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que contiene un articulado excesivamente reducido y genérico, cuyo auténtico significado ha sido fijado por las sentencias y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) al resolver las distintas cuestiones prejudiciales de los jueces de los distintos Estados miembros.

Y ello es así porque es función del TJUE, entre otras, interpretar y fijar el sentido del Derecho de la Unión Europea, ya que según el artículo 9F número 3 del Tratado de Lisboa el TJUE “se pronunciará con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión”; es lo que María José García-Valdecasas (Agente de España ante el TJUE) ha denominado “el diálogo entre los tribunales nacionales y el TJUE”².

Por otra parte, como la propia jurisprudencia del TJUE ha señalado (sentencias de 15 de julio de 1964 -Costa/ENEL y de 9 de marzo de 1978 -Simmenthal-), el Derecho de la Unión Europea (primario –Tratados– y derivado –Reglamentos y Directivas-), se integra en el Derecho interno de los Estados miembros y tiene primacía sobre las leyes nacionales, obligando a los jueces y a las demás autoridades públicas.

En este sentido, la citada Sentencia Simmenthal explica en tres apartados las consecuencias de la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario en relación con la actuación

¹ Es la primera parte de la Ponencia expuesta de la Universidad Menéndez Pelayo de Santander el día 26 de julio de 2018.

² GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José: “Diálogo entre los Tribunales Españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE”, editada por el CORPME, imp. San José SA, Madrid año 2018.

de los jueces nacionales: 1º.- *“serían incompatibles con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o cualesquiera prácticas, legislativas, administrativas o judiciales, que tuviesen por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar éste la facultad de hacer, en el momento mismo de dicha aplicación, cuanto sea necesario para descartar las disposiciones legales que, en su caso, constituyan un obstáculo a la plena eficacia de las normas comunitarias”*; 2º.- *“el Juez nacional encargado de aplicar las disposiciones de Derecho comunitario está obligado a garantizar la plena eficacia de estas, dejando inaplicadas por su propia iniciativa cualquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”*; 3.- *“el juez nacional tiene la obligación de garantizar la protección de los derechos concedidos por las disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación efectiva, por los órganos nacionales habilitados a tal efecto, de las eventuales medidas nacionales que constituyan un obstáculo a la aplicación directa e inmediata de las normas comunitarias”*.

Es por todo ello que el artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial española señala que *“Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*-, y que el planteamiento de las aludidas cuestiones prejudiciales al TJUE por parte de los jueces, en caso de duda sobre la compatibilidad de alguna norma o jurisprudencia nacional con la normativa comunitaria -en este caso de protección de los consumidores-, adquiere una importancia capital.

Esta primacía del Derecho comunitario, así como la importancia que se atribuye a la protección de los consumidores, genera que la aplicación de la citada Directiva 93/13/CEE³, se encuentre sujeta a los siguientes principios generales:

1) Las normas comunitarias de protección de los consumidores tienen el carácter de normas de orden público (económico, según la interpretación de algunos autores), las cuales se imponen frente a las normas nacionales contrarias a las mismas (SSTJUE de 26 octubre 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro, y 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, Asturcom telecomunicaciones SL).

2) Los Estados miembros deben establecer medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas (art. 7.1 Directiva), lo que excede del control judicial de las cláusulas abusivas y afecta a la denominada tutela preventiva de los consumidores (actuación de notarios y registradores de la propiedad) y a la actuación Administración Pública en general. Así, la Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2001 (C-118/00, Gervais Larsy) señala que *“Dicho principio de primacía del Derecho comunitario impone, no sólo a los órganos jurisdiccionales, sino a todos los órganos del Estado miembro, la obligación de dar eficacia plena a la norma comunitaria”*

En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la DGRN (ver las resoluciones de 1 de octubre de 2010 y de 11 de enero de 2011, entre otras) que recuerda *“la necesidad de que*

³ Queda por ver el juego que tendrá, en relación con esta Directiva, la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; que incide sobre la materia de préstamos hipotecarios con consumidores y algunos de cuyos artículos son más permisivos que la actual jurisprudencia del TJUE.

las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la UE ha ampliado a la aplicación de las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros”, autoridades entre las que la DGRN incluye a los notarios y registradores de la propiedad.

Pues bien, estos principios comunitarios son susceptibles de provocar importantes cambios - cuando uno de los interesados sea un consumidor- en materia de procedimiento registral, singularmente la derogación del actual sistema de inscripción parcial que exige la solicitud o consentimiento expreso del interesado (arts. 19bis párrafo 2º y regla 4ª y 322. párrafos 1º y 3º de la Ley Hipotecaria), al que luego aludiremos; y del sistema de recursos contra la calificación registral, singularmente la norma referente a la limitación del objeto del recurso al contenido de la nota de defectos y a los argumentos de la misma (art. 326 LH). Cuestiones éstas, ciertamente complejas, que exceden del propósito de este trabajo, que se limita al examen de la doctrina del TJUE en lo tocante a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y a las consecuencias de la declaración de dicha abusividad, tanto con carácter general, como referida a las concretas cláusulas que han sido objeto de cuestiones prejudiciales.

2.- PRINCIPIOS BÁSICOS INVOLUCRADOS EN EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

2.1.- LA CONTRATACIÓN BAJO CONDICIONES GENERALES Y EL CONTROL DE SUS CLÁUSULAS.

En el ámbito de los contratos con consumidores, entre los que se incluyen los préstamos hipotecarios bancarios, las sentencias del Tribunal Supremo español de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013, seguidas por otras posteriores, señalaron, recogiendo la doctrina del TJUE, que la contratación con condiciones generales con consumidores constituye una categoría diferenciada de la contratación negocial individual (la regulada en el Código Civil), que se caracteriza por tener un régimen propio y específico, que hace descansar su eficacia última, no sólo en la estructura negocial del consentimiento del adherente, sino también en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual en orden al reforzamiento de la información y, en caso de concurrir consumidores, a facilitar la comprensibilidad real de la reglamentación predispuesta y al equilibrio prestacional entre las partes.

La razón de esta diferenciación radica en la situación de inferioridad en que el consumidor se encuentra en la contratación seriada frente al profesional predisponente, por lo que la normativa de protección de los consumidores pretende reemplazar ese desequilibrio por un equilibrio o igualdad real entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes.

Sobre las consecuencias jurídicas de esta configuración diferenciada derivada de las distintas sentencias del TJUE, dictadas unas acerca de la adecuación de los procedimientos nacionales al Derecho comunitario y otras sobre el carácter abusivo de ciertas cláusulas contractuales, se pueden extraer una serie de principios generales de protección del consumidor en la Unión Europea, algunos de los cuales afectan a la apreciación y efectos de la abusividad de las cláusulas contractuales, que son los que vamos a exponer en este apartado; y otros son de

carácter procesal, por afectar a los procedimientos a través de los cuales los ordenamientos nacionales pretenden hacer efectivos los derechos de los consumidores, los que han sido objeto de análisis en la ponencia que me ha precedido. Únicamente destacar aquí que estos principios procesales se pueden resumir en el control de oficio⁴ por parte de los órganos judiciales nacionales de la posible abusividad de las cláusulas contractuales, el derecho del consumidor a alegar la posible abusividad de las cláusulas contractuales en cualquier procedimiento⁵, y la denominada igualdad de armas procesales (derecho de apelación común, inexistencia de trabas económicas, etc), aunque estos principios no están exentos de excepciones (cosa juzgada, *reformatio in peius*, etc)⁶.

Antes de examinar los referidos principios sustantivos, conviene recordar que el cumplimiento por el disponente de los especiales deberes contractuales a que antes hemos aludido está sujeto, según las citadas sentencias del Tribunal Supremo español, a la existencia de tres tipos de control en los contratos con condiciones generales:

- a) El control de incorporación o inclusión de las condiciones generales, que exige la claridad gramatical y el cumplimiento por parte del predisponente de unas especiales obligaciones de información, normalmente impuestas por la legislación sectorial de que se trate.

Este control es predicable tanto en la contratación con profesionales como con consumidores y, en el ámbito de los préstamos hipotecarios, impone el seguimiento del proceso de contratación regulado en la Orden Ministerial EHA 2899/2011, si concurren sus presupuestos específicos de aplicación, lo que el registrador debe comprobar, por incidir en el ámbito de la tutela preventiva del consumidor, según ha reiterado la DGRN (por todas las resoluciones de 5 de febrero de 2014 y 28 de abril de 2015).

- b) El control de transparencia sustantiva o comprensibilidad, que exige la acreditación de la comprensión real por parte del consumidor, a cuyo ámbito se limita según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, de los términos básicos del contrato, es

⁴ El juez nacional deberá examinar obligatoriamente de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, en todo procedimiento civil, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. La razón de este control deriva de que el sistema de tutela instaurado por la Directiva se basa en que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva por parte de los jueces nacionales, y en la consideración de que esa intervención judicial es el medio más idóneo para mantener el equilibrio (SSTJUE de 27 de junio de 2000, asunto C-240/98, Océano Grupo Editorial; de 26 octubre 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro; y de 4 de junio de 2009, asunto C-243/2008, Pannon GSM).

⁵ Este control judicial de oficio o a instancia de parte debe darse, cualquiera que sea el tipo de procedimiento (primera instancia, apelación o casación), siempre que previamente otro juez no haya verificado un control de todas las cláusulas del contrato. Ello implica que no son suficientes los controles preventivos notariales y registrales, ni el posible examen que hayan podido hacerse en fases previas del procedimiento por parte de árbitros (SSTJUE de 26 octubre 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro, y 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *etec* Asturcom Telecomunicaciones S.L.), letrados de la administración de justicia (SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, Banco Español de Crédito S.A., y de 18 de febrero de 2016, asunto C-49/14 Finanzmadrid EFC) o notarios en la venta extrajudicial.

⁶ El Derecho comunitario no obliga a dejar de aplicar las normas procesales nacionales que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución judicial, aunque ello permita subsanar una vulneración de una disposición de la UE, por aplicación del principio de autonomía procesal de los Estados miembros; pero las reglas relativas a la cosa juzgada deben cumplir los principios de equivalencia (con otros procedimientos nacionales) y efectividad (control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en el procedimiento anterior). En consecuencia, el respeto al principio de efectividad no puede llevar al extremo de exigir que el órgano jurisdiccional nacional de apelación supla la absoluta pasividad del consumidor que ni alegó la abusividad de una cláusula en primera instancia ni recurrió en el plazo establecido para ello, siempre que en dicha primera instancia hubiere habido un control judicial de oficio de la abusividad (STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL).

decir, tanto de la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, como su "posición jurídica" en el mismo.

Aunque este control es de competencia exclusiva judicial, dentro del mismo se enmarca el artículo 6 de la Ley 1/2013 que regula los casos en que es necesaria la redacción manuscrita por parte del prestatario acerca de su conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas de lo que firma y de que tanto el banco como el notario le han asesorado adecuadamente al respecto⁷, circunstancia que sí entra dentro del ámbito de la calificación registral.

Por otra parte, el Tribunal Supremo español conecta este "control de transparencia sustantiva o cualificado", diferente del "control de incorporación o inclusión", con el juicio o control de abusividad, y lo considera también aplicable a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a pesar de estar éstas excluidas del control de contenido, como luego se expone. Igualmente entiende el Alto Tribunal que la falta de esta transparencia o comprensión real trae consigo, tratándose de cláusulas que definan el objeto principal del contrato, y sin necesidad de realizar un análisis posterior sobre el contenido contractual, *"un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados"* (SSTS de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 24 de marzo y 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016). Por tanto, toda cláusula que define el objeto principal del contrato que no supere el control de transparencia debe ser declarada automáticamente abusiva y por ende nula.

Frente a esta posición jurisprudencial, un importante sector doctrinal⁸ considera que el "control de transparencia sustantiva o cualificado" constituye una derivación del previo "control de incorporación o inclusión", porque el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE no recoge dos controles de transparencia, sino uno sólo para todas las cláusulas no negociadas, si bien éste no solo comprende la comprensibilidad formal o gramatical (*redacción clara*), sino también la comprensibilidad real de la carga jurídica y económica que se asume (*redacción comprensible*). En consecuencia, según estos autores, la cláusula no transparente no es abusiva y, por tanto, nula, ni directamente ni con un juicio de ponderación posterior de su contenido, sino que lo que ocurre es que no se incorpora al contrato. Desde esta perspectiva y con relación al ámbito subjetivo de aplicación de las condiciones generales, y a diferencia de lo que ocurre con el control de abusividad por contenido, *"el control de transparencia cualificado no queda limitado al ámbito de contratación seriada de los consumidores, sino que puede proyectarse, igualmente, sobre la contratación bajo condiciones generales entre empresarios o profesionales."*⁹

⁷ En este mismo ámbito se enmarca el acta notarial previa a la formalización del préstamo o crédito hipotecario prevista en el Proyecto de Ley de transposición de la Directiva Directiva, la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

⁸ CÁMARA LAFUENTE Sergio: «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2014», en Yzquierdo (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)*, volumen VI, Ed. Dykinson, Madrid 2016, págs. 202 a 220; y BALLUGERA GÓMEZ, C.: «Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo, de la STS de 9 de mayo de 2013 a la de 14 de diciembre de 2017», en *Revista de Derecho y Lex*, núm. 165, febrero de 2018.

⁹ ORDUÑA MORENO, Francisco.: «Control de transparencia y contratación bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable», Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, págs. 65-66.

Por último, otros autores¹⁰ opinan que la falta de transparencia, cualquiera que sea el tipo de la condición general analizada, no supone necesariamente que sean desequilibradas y que ese desequilibrio sea importante para el consumidor, por lo que el Tribunal nacional, aunque se trate de una cláusula que sirva para definir el objeto principal del contrato, debe proceder a analizar su contenido y determinar si cumple los requisitos para que pueda calificarse de abusiva conforme al artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE.

- c) El control de contenido, de abusividad propiamente dicha, o de equilibrio prestacional, que exige la valoración de la inexistencia de desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes; pero que únicamente es aplicable, según la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo español, a aquellas cláusulas que no describen y definen el objeto principal del contrato, en nuestro caso del préstamo. Según esta regla, los intereses remuneratorios, incluidas las cláusulas suelo, por aplicación del artículo 4-2 de la Directiva 1993/13, no están sujetos a este tipo de control (STS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014, entre otras), mientras que los intereses moratorios sí lo están (STS de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, entre otras).

Este control es esencialmente judicial, si bien será posible la calificación registral de la abusividad cuando se trate de un supuesto subsumible de forma objetiva y sin necesidad de ponderación dentro de la lista negra de cláusulas abusivas regulada por los artículos 82 a 90 de la LGDCU, o cuando tal abusividad haya sido declarada por el Tribunal Supremo en sentencia con valor jurisprudencial o la sentencia que lo declare fuera firme y se hallare inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, según señala la doctrina de la DGRN recogida en las resoluciones antes indicadas.

- d) Además, existe un cuarto control, aplicable a todo tipo de contratos de adhesión, tenga o no el adherente la condición de consumidor, que es el estricto control de legalidad – no transgresión de normas imperativas o prohibitivas- recogido en el artículo 8-1 de la LCGC 7/1998, y en el que se enmarca claramente la calificación registral.

Así, en este ámbito se puede señalar la prohibición del pacto comisorio o de apropiación de la finca hipoteca por parte del acreedor en caso de impago, prohibido por el artículo 1859 del Código Civil español, que debe excluirse de los contratos independientemente de su posible carácter abusivo. En otras ocasiones, una cláusula contractual deberá ser excluida del contrato por la existencia de una norma expresa que determina cuál debe ser su contenido (ej. la imputación de los gastos registrales a la parte a cuyo favor se inscriba el derecho, es decir, en su caso al acreedor hipotecario), lo que permite la aplicación de la regla genérica que excluye el pacto en contrario, en caso de concurrencia de consumidores (art. 89.3 LGDCU).

¹⁰ GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José; obra citada, pág. 136.

2.2.- PRINCIPIOS QUE AFECTAN A LA APRECIACIÓN Y EFECTOS DE LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.

En cuanto a los principios que afectan a la apreciación y efectos de la abusividad de las cláusulas contractuales, que se deducen de la jurisprudencia del TJUE, se pueden clasificar en aquellos que definen el concepto de cláusula abusiva, los que determinan la competencia en este ámbito del propio TJUE, los que establecen el ámbito de apreciación de la abusividad, los que fijan los criterios para la apreciación de la abusividad, y los que determinan los efectos de esa declaración de abusividad de una cláusula.

A.- Concepto de cláusula abusiva (arts. 3.1. Directiva 93/13/CEE y 82.1 LGDCU).

1) Para que exista abusividad es necesario que la cláusula en cuestión provoque un "desequilibrio importante" entre las partes, en perjuicio consumidor. La existencia de desequilibrio importante no requiere necesariamente (ver la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, Constructora Principado SA) que los costes a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante, sino que puede resultar solo del hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte del contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos (ej. el derechos de reembolso anticipado o el de derecho de cambio de acreedor de la Ley 2/1994), que según esas disposiciones, le confiere el contrato, o también de que se imponga una obligación adicional no prevista en las normas mencionadas (ej, el pago de gastos que son de cuenta del acreedor).

La forma de valorar cuándo un desequilibrio es importante debe hacerse por los órganos judiciales, fundamentalmente, teniendo en cuenta cuál sería la norma supletoria nacional aplicable en defecto de pacto; o aquellas normas aplicables a supuestos semejantes aunque formalmente no tengan el carácter de supletorias *strictu sensu*.

2) Además, ese desequilibrio debe ser "contrario a las exigencias de la buena fe", entendida en el sentido de si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (considerando 16º de la Directiva 93/13/CEE); criterio, a mi juicio excesivamente abstracto.

B.- Ámbito competencial del TJUE respecto de la abusividad.

1) El TJUE no puede declarar la abusividad de una determinada cláusula. El examen judicial de la abusividad de las cláusulas, en el caso de acciones individuales, debe hacerse por los jueces nacionales y teniendo en cuenta el derecho nacional, si bien mediante la aplicación al mismo de los parámetros o criterios señalados por el TJUE, (art. 4.1 Directiva 93/13, STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Aziz, y STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/17, Banco Primus), criterios que se exponen en la letra D de este apartado.

2) El TJUE en este ámbito solo puede dar criterios generales o parámetros para la apreciación de la abusividad, con carácter general y también respecto de cada tipo concreto de cláusula que sea objeto de consulta, así como determinar las consecuencias económicas y jurídicas de la declaración de abusividad de una determinada cláusula (SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Aziz, y de 21 de diciembre de 2016, asunto C-154/15, Gutiérrez Naranjo).

3) La forma en que el control de abusividad se realiza por los jueces en los Estados miembros, sí puede ser enjuiciada por el TJUE (STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid). En este sentido cabe recordar que la competencia de apreciación de la abusividad de las cláusulas contractuales por parte del juez nacional no puede estar limitada por ninguna norma o jurisprudencia nacional, a salvo los supuestos en que no es aplicable la Directiva y la mecánica propia de los recursos de apelación y casación.

4) Dentro de ese marco, el TJUE puede analizar tanto la adecuación a la Directiva 93/13/CEE de las normas nacionales de los Estados miembros, como de la jurisprudencia de sus tribunales superiores, y, por tanto, una sentencia del TJUE en que se declare que una norma o jurisprudencia nacional es contraria a la Directiva 93/13/CEE, supone la derogación de tal norma o jurisprudencia. En este último ámbito, como se expone en los apartados siguientes, la interposición de muchas cuestiones prejudiciales por parte de los órganos judiciales inferiores españoles se plantea como un cuestionamiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

5) El TJUE, ante la imposibilidad de apreciar las circunstancias particulares de cada derecho nacional, aplica de una forma algo mecánica los postulados de la Directiva 93/13/CEE, sin entrar en el fondo sustantivo de las cuestiones que se le plantean. Eso se pone de manifiesto, como se expone más detalladamente con posterioridad, unas veces favorablemente para el derecho nacional de que se trate, como en el caso de los intereses moratorios, en que el TJUE no entra a analizar cuándo los intereses adquieren el carácter de indemnizatorios, sino en la separación en el contrato entre las cláusulas de intereses ordinarios y moratorios (STJUE de 7 de agosto de 2014, asunto C-96/16 y C-94/17 Escobedo Cortés); y otras veces desfavorablemente, como en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago no grave, en que no entra a examinar que en el derecho español la inexistencia de la cláusula de vencimiento anticipado implica la ineficacia de la hipoteca y ésta, a su vez, puede significar la extinción o pérdida del derecho a plazo del préstamo (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Aziz).

C.- Supuestos en que no procede la aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

1) Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas o supletorias no están sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE (art. 1.2 Directiva 93/13, STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-280/13, Barclays Bank) y, por tanto, no procede respecto de las mismas ni control de abusividad ni de ningún otro tipo.

Esto es lo que ocurre en la mayoría de los países de la Unión Europea respecto de los intereses moratorios y las causas de vencimiento anticipado, que vienen fijadas legalmente de forma imperativa; mientras que la normativa española es dispositiva y, aunque establece unos límites determinados, deja margen al pacto contractual, lo que ha motivado que solo sean cuestionado las cláusulas españolas sobre estas materias.

2) El control de abusividad no es aplicable a las cláusulas que definan el objeto principal del contrato (sean o no esenciales, como el tipo de interés), que sólo están sujetos a los controles de incorporación y al de transparencia material o comprensibilidad (art. 4.2 Directiva 93/13, y STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, Rwe Vertrieb AG).

A este respecto debe decirse que: a) el incumplimiento del proceso de contratación legalmente establecido por cada legislación sectorial (en este caso de préstamos hipotecarios) supone la no incorporación de las condiciones al contrato y, en consecuencia, su no vinculación al deudor

no obstante el consentimiento que hubiera prestado (salvo respecto de aquellas cláusulas en que el banco pruebe que ha existido verdadera negociación –art. 3.2 Directiva 13/93-); y b) en presencia de consumidores, es necesaria una especial diligencia por parte del profesional (en este caso acreedor) en materia de transparencia y comprensibilidad sobre las consecuencias jurídicas y económicas para el consumidor de las distintas cláusulas contractuales, cuya falta también produce el mismo efecto de no vinculación (art. 5 Directiva 13/93).

Por otra parte, las legislaciones nacionales pueden aumentar la protección del consumidor y, en consecuencia, no incorporando o transponiendo el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, permitir el control de abusividad de las cláusulas que definan el objeto principal del contrato (STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid). Ahora bien, frente a ciertas repetitivas opiniones doctrinales y sentencias de tribunales inferiores, el Tribunal Supremo español en diversas sentencias (ej. STS de 9 de mayo de 2013), ha concluido que dicho artículo sí se encuentra traspuesto al derecho español.

3) El control de abusividad tampoco es aplicable respecto de las cláusulas negociadas, pero la prueba de que una cláusula contractual ha sido negociada corresponde al profesional predisponente (arts. 3.2 Directiva 93/13, y 82.2 LGDCU).

4) El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas debe limitarse a aquellas cláusulas concretas aplicadas por el profesional contra el consumidor (STJUE de 26 octubre 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro), ya sea porque son aquellas cláusulas en que se ha fundamentado la ejecución, ya sea porque son aquellas que han determinado la cantidad que se reclama u otro efecto similar.

Sin embargo ese control judicial no puede extenderse a aquellas cláusulas que, aun pactadas, no se operan contra el consumidor, cuyo posible carácter abusivo no puede impedir las consecuencias contractuales que se derivan del resto de las cláusulas (ej. no se puede paralizar una ejecución porque se pactó el vencimiento en caso de fallecimiento del fiador, si esa no es la causa de la ejecución) (STJUE de 26 octubre 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro).

5) El control judicial de abusividad no procede cuando opera el principio procesal de firmeza y de cosa juzgada o de *reformatio in pejus*, en concreto si ya hubiere habido un previo control judicial de oficio de todas las cláusulas del contrato y el consumidor no hubiera apelado (art. 7.1 Directiva 93/13, STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/17, Banco Primus).

D.- Criterios generales para apreciar la abusividad (art. 4.1 Directiva 93/13/CEE, y 82.3 LGDCU).

En realidad, estos criterios dependen en buena medida de la concreta cláusula que se trate de enjuiciar, por lo que me remito al estudio de lo dispuesto respecto de cada una de ellas en los apartados respectivos. No obstante, el juez nacional, con carácter general, para apreciar la abusividad de una cláusula contractual debe tener en cuenta los siguientes factores:

1) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato; lo que en el caso de préstamo hipotecario obligaría a tener en cuenta la causa del mismo, que es precisamente la existencia de una garantía eficiente, ya que esa garantía es la que posibilita la cuantía, larga duración y bajo interés del préstamo, así como la repercusión que la inexistencia posterior o ineficacia de la hipoteca puede generar en el préstamo.

2) Las circunstancias que concurran en el momento de su celebración, no las concurrentes en el momento del enjuiciamiento. Es decir, que la apreciación de la abusividad

no puede hacerse de forma retrospectiva, valorando la evolución posterior de circunstancias que no podían ser conocidas en el momento de la firma del contrato.

3) El contenido de todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa; lo que en el caso de los préstamos hipotecarios obliga a valorar si la magnitud de una determinada cláusula financiera en perjuicio del consumidor, puede entenderse como contrapartida de las ventajas o beneficios que se le conceden en otras cláusulas.

4) Las consecuencias que la declaración de abusividad puede tener dentro del marco de derecho nacional, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional de que se trate (SSTJUE de 1 de abril de 2014, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, y de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Aziz*).

5) En cuanto a los criterios concretos para apreciar la existencia de transparencia material, el Tribunal Supremo español en la sentencia de 9 de mayo de 2013, extractando la doctrina del TJUE, ha señalado unos parámetros de apreciación, que deben ser apreciados en su conjunto, sin que la falta de uno de ellos permita sin más afirmar que no ha existido transparencia. Esos criterios referidos a las cláusulas suelo, pero extensibles en buena medida a otras cláusulas, son: a) la creación de la apariencia de unas consecuencias económicas que no tendrán lugar realmente; b) la falta de información suficiente acerca de que una cláusula constituye un elemento definitorio del objeto principal del contrato; c) la creación de la apariencia de que sus consecuencias económicas son contraprestación inescindible de otros pactos, cuando son independientes (ej. cláusulas suelo y techo); d) la ubicación de un pacto entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas; e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible de la cláusula en concreto (ej. el tipo de interés variable) en fase precontractual; y f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

E.- Efectos de la declaración de abusividad de una cláusula.

1) Cuando el juez nacional considere que una cláusula de un contrato celebrado con consumidores es abusiva se debe abstener de aplicarla, anulando la misma con subsistencia del resto del contrato, ya que no pueden vincular al consumidor (arts. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, y 83 LGDCU). Es decir el juez nacional no puede moderar la cláusula declarada abusiva o integrar el contrato de otra forma, debiendo abstenerse de aplicar la norma supletoria nacional si ésta existiere.

La razón de este efecto tan radical, reside en que la abusividad se impone coactivamente al profesional como una sanción, ya que la finalidad de la normativa protectora del consumidor pretende el efecto disuasorio de evitar que el profesional siga predisponiendo de futuro tales cláusulas, en la confianza que si tales cláusulas son declaradas nulas, al menos se aplicará la norma supletoria nacional.

2) La única excepción reconocida hasta ahora por el TJUE tiene lugar cuando sin esa cláusula declarada abusiva el contrato no pueda subsistir, por implicar esto último un perjuicio para el consumidor (art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kasler*; y de 21 de enero de 2015, asunto C-482/13, *Unicaja Banco SA*, y ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, *BBVA*, entre otras), en cuyo caso se puede aplicar la norma nacional supletoria en defecto de pacto.

La apreciación de si un contrato puede subsistir sin una determinada cláusula corresponde, en última instancia, al Tribunal o Corte Suprema de cada Estado miembro teniendo en cuenta su

propio derecho nacional, lo que puede generar que la integración contractual de una determinada cláusula sea posible en unos Estados y en otros no sea viable.

3) No es necesaria la aplicación práctica de una cláusula en los estrictos términos por los que se declara abusiva para que por el juez nacional competente se deriven todas las consecuencias legales de tal carácter, es decir, su exclusión del contrato (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Aziz, y ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, BBVA, entre otras). En otras palabras, aunque el acreedor no aplique las posibilidades abusivas que le conceda una determinada cláusula (ej. el cobro de un determinado interés moratorio elevado, la facultad de provocar el vencimiento anticipado por un incumplimiento no grave), pero sí su efecto intrínseco, aunque matizado a lo permite la normativa supletoria nacional en defecto de pacto o a otros términos que pudieran considerarse equitativos, la declaración de abusividad impedirá también esa aplicación de la normativa supletoria o esa moderación directa por parte del profesional.

4) Como otra excepción a este efecto de la inaplicación de una cláusula abusiva el TJUE admite el supuesto de que el consumidor se oponga a su no aplicación, aquietándose o aceptando expresamente tal cláusula abusiva y sus consecuencias, una vez ha sido debidamente informado (art. 7.1 Directiva 93/13, SSTJUE de 26 octubre 2006, asunto C-168/05, Mostaza Claro, y de 4 de junio de 2009, asunto C-243/2008, Pannon GSM).

5) Una cuestión pendiente de resolverse por parte del TJUE es si ¿puede existir otra excepción a la regla general de la inaplicación de la cláusula abusiva, por el hecho de concurrir, en la alternativa a su aplicación, ciertos perjuicios para el consumidor, aunque el contrato en términos estrictos pueda seguir subsistiendo? Es la cuestión planteada por el Tribunal Supremo español en el marco de la cuestión prejudicial C-70/17 que luego se examina, y, en cierta medida, por algunos autores que partiendo de la distinción entre moderar o integrar un contrato y el concepto de eficacia orgánica del mismo, entienden que ésta constituye un categoría que debe tratarse de igual forma que la no subsistencia del contrato.

Madrid a 1 de octubre de 2018
 Ángel Valero Fernández-Reyes

CASOS PRÁCTICOS

CONCLUSIONES SEMINARIO CER MADRID

Por Luis Delgado Juega, Enrique Amérigo Alonso y Ernesto Calmarza Cuencas.

Las presentes conclusiones recogen las reflexiones que surgen en las sesiones del Seminario que se celebra periódicamente en el Centro de Estudios Registrales de Madrid. Su intención es profundizar en la problemática planteada y difundir unas opiniones de carácter meramente orientativo, sin afectar en modo alguno a la independencia de cada registrador en el ejercicio de la función calificadora, pero que hacen públicas con la finalidad de contribuir a la formación de criterios jurídicos sobre la materia tratada.

- ✓ COMUNIDAD DE BIENES. RETRACTO DE COMUNEROS
- ✓ HERENCIA. CONMUTACIÓN USUFRUCTO VIUDAL
- ✓ HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA
- ✓ HIPOTECA
- ✓ HIPOTECA. EJECUCIÓN HIPOTECARIA
- ✓ HIPOTECA. HIPOTECA ARTÍCULO 153 BIS LH
- ✓ PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO
- ✓ URBANISMO. AFECCIÓN REAL
- ✓ URBANISMO. CEDULA DE HABITABILIDAD

COMUNIDAD DE BIENES. RETRACTO DE COMUNEROS

Una finca figuraba inscrita a nombre de tres hermanos A, B y C, por terceras partes por título de herencia. El hermano C vende su tercera parte a una mercantil, quien inscribe su adquisición. El titular A y los dos hijos/herederos de B (ya fallecido pero sin constancia registral de la herencia) plantean un procedimiento judicial de retracto de comuneros en el Juzgado. El pleito termina con sentencia que recoge el allanamiento de la mercantil, estima la demanda declarando haber lugar al retrato de comuneros y condena a la mercantil a otorgar escritura pública, de modo que los demandantes adquirirán dicho tercio en la proporción a sus derechos sobre el resto del inmueble.

En ejecución de la sentencia se otorga escritura por la cual la mercantil transmite, en ejercicio del derecho de retracto, al titular A 1/6 parte de la total finca; y a cada uno de los hijos y herederos de B 1/12 partes de la total finca. Se acompaña a la escritura el certificado de defunción, el de últimas voluntades y copia autorizada del testamento de B. En este testamento, el causante B legó a su esposa el usufructo universal e instituyó herederos a los dos hijos. Uno de los hijos está casado y no se indica régimen económico matrimonial ni nombre del cónyuge.

El derecho de retracto nace en el momento de la enajenación de una tercera parte indivisa de la finca a una mercantil. Este derecho corresponde a los comuneros, a prorrata de la porción que tengan en la cosa común (art. 1.522 CC). Dado que, en el momento de la enajenación, uno de los comuneros ha fallecido, el derecho de retracto corresponderá a quienes acrediten ser sus herederos. No es un derecho valuable económicamente que esté integrado en la herencia del causante, aunque traiga causa de un derecho que sí queda integrado en el caudal hereditario. En consecuencia, acreditado que los retrayentes son los únicos herederos del titular registral, no se apreció obstáculo para practicar la inscripción en los términos que resultan de la escritura, puesto que son congruentes con los pronunciamientos de la sentencia. La inscripción se practicará a nombre de los retrayentes con carácter privativo, pues el derecho de retracto les pertenece por su cualidad de herederos de comunero fallecido (vid. artículo 1.346 4º CC), con independencia de la procedencia del dinero abonado a la mercantil y sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho conforme al artículo 1.357 CC. En cuanto a la omisión de todo derecho del cónyuge viudo del comunero fallecido, legatario del usufructo universal, se entendió que no era necesaria ni pertinente su intervención, puesto que el ejercicio del derecho de retracto corresponde únicamente a los propietarios y no al usufructuario.

HERENCIA. CONMUTACIÓN USUFRUCTO VIUDAL

Es muy común la conmutación de usufructo en bienes inmuebles a favor del cónyuge viudo en las operaciones de partición hereditaria. La Dirección General considera que se trata de un acto de naturaleza dispositiva que excede el marco particional. Los notarios insisten en esta práctica, considerándola particional y emitiendo juicio de suficiencia cuando el cónyuge o uno

de los herederos aparece representado y el poderdante tiene facultades para verificar operaciones particionales.

¿Cuál es la opinión del seminario?

Efectivamente, la doctrina DGRN se inclina por considerar que la conmutación del usufructo es una operación que excede de lo propiamente particional. Por eso, en la resolución de 4 de abril de 2017 entendió que el contador-partidor por sí sólo no puede decidir conmutar el usufructo; sí puede conmutar cuando el causante se lo haya ordenado o le haya facultado para hacerlo.

La facultad de conmutar el usufructo viudal corresponde a los herederos, sin discriminar si se trata de herederos voluntarios o forzosos; y también al propio testador, que puede conmutar el usufructo en el testamento, así como puede prohibir a los herederos y cónyuges la conmutación. En cuanto a la intervención del cónyuge viudo en la conmutación, mientras algunos autores entienden que la facultad de conmutar corresponde a los herederos y legatarios sobre los que recaiga la cuota viudal, de común acuerdo, de modo que el cónyuge sólo interviene en la valoración; otros consideran que el cónyuge debe intervenir también para decidir la modalidad de la conmutación. La jurisprudencia del TS (Vid sentencias TS de 4 de octubre de 2001 y 13 de julio de 2009) parecen inclinarse por ésta última postura, lo que confirma la tesis sostenida por la DGRN y, por lo tanto, la insuficiencia de unas facultades representativas otorgadas para verificar operaciones particionales cuando de la escritura resulta que se realizan este tipo de operaciones de conmutación.

HERENCIA. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

CASO 1.- Una finca figura inscrita a favor de Don M-A por título de herencia, y gravada con la sustitución fideicomisaria que resulta del testamento que se transcribe íntegramente a continuación. En la inscripción consta expresamente que la adjudicación se hade en pago del tercio de libre disposición. Ahora quieren enajenar la finca. Alcance de la sustitución y su interpretación.

CONTENIDO DEL TESTAMENTO.

I.- Que es natural de A, hijo de los difuntos..., de cuyo matrimonio, único que contrajo, vive una hija llamada M ... habiendo premuerto al testador otra hija llamada L ..., casada con Don J, dejando un hijo, nieto del testador, llamado M-A.

II.- Disposiciones relativas al entierro.

III.- Declara que es de conciencia por los cuidados y atenciones que viene prestándole su hija Doña Manuela, dejar a la misma y así la mejora, en pleno dominio, el tercio destinado a este efecto y en atención a los hechos anteriores.

IV.- *Instituye y nombra por sus únicos y universales herederos, por partes iguales, en pleno dominio, a su hija Doña M y a su nieto, Don M-A, éste en representación de su madre fallecida, Doña L, hija que fue del testador.*

V.- *Es voluntad del testador y así lo ordena, que, sobre los bienes que puedan corresponder a su nieto y heredero, que excedan de lo que, se le adjudique por su legítima estricta, no ejerza intervención, administración ni usufructo alguno, el padre de dicho nieto y heredero Don J, quien en ningún caso podrá adquirir los bienes de tal procedencia, por compra, donación, herencia o cualquier título que se intentare la transmisión, y a estos efectos ordena el testador que los bienes a que hace referencia esta cláusula, si el nieto y heredero Don M-A falleciere sin descendencia, pasen –cuando tal caso ocurra- a la hija del testador Doña M.*

VI.- *Nombra albaceas, contadores –partidores.*

Se analizó en el estudio del supuesto planteado el alcance de la disposición testamentaria, en concreto si la cláusula de la estipulación V, que establece un gravamen respecto de los bienes adjudicados en pago del tercio de libre disposición de la herencia, debía ser interpretada como una sustitución fideicomisaria condicional o como una prohibición relativa de disponer de los bienes en favor del yerno del causante.

La distinción entre una y otra carga tiene una evidente trascendencia práctica, puesto que de ser considerada una sustitución fideicomisaria la inscripción de la enajenación quedaría sujeta al llamamiento fideicomisario, de modo que los bienes pasarían a la fideicomisaria si se cumpliera la condición de fallecer el fiduciario sin herederos. En cambio, si se considera que lo pretendido por el causante fue el establecimiento de una prohibición relativa de disponer para evitar que los bienes fuesen adquiridos por el yerno del testador, la venta en favor de un tercero sería inscrita como libre de cargas.

No existió unanimidad entre los asistentes respecto al sentido que debía atribuirse a la citada cláusula testamentaria. Algunos compañeros entendieron que las palabras “*ordena el testador que los bienes a que hace referencia esta cláusula, si el nieto y heredero Don M-A falleciere sin descendencia, pasen –cuando tal caso ocurra- a la hija del testador Doña M*” son las habitualmente empleadas cuando lo pretendido es el establecimiento de una sustitución fideicomisaria condicional, por lo que la inscripción de una enajenación de los bienes adquiridos en pago del tercio de libre disposición debía practicarse con sujeción a la citada sustitución, que sería en su caso susceptible de cancelación en el futuro cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 82 *in fine* del Reglamento Hipotecario.

Otros compañeros consideraron en cambio que del conjunto de la estipulación testamentaria resulta que lo pretendido por el causante fue solamente el establecimiento de la prohibición de que los bienes hereditarios fuesen adquiridos por el yerno del causante. Así resultaría con claridad del tenor de la cláusula, en la que se prohíbe al padre del heredero la adquisición de los bienes hereditarios, imponiéndose el llamamiento a la hija “*a estos efectos*”. Se consideró

en consecuencia que la voluntad del testador no era impedir que el nieto dispusiese de los bienes en favor de terceros, sino simplemente el hecho de que, fallecido el nieto sin descendientes, pasasen los bienes a su padre como heredero o legitimario. Así, el llamamiento a la hija no debe conceptuarse como un llamamiento fideicomisario sujeto a la condición de fallecimiento sin descendientes, sino como una sustitución preventiva de residuo que no impide al nieto disponer de los bienes como libres de cargas.

CASO 2.- Una persona X ha adquirido una finca que se encuentra sujeta a las siguiente carga: “La mitad indivisa propiedad de Doña Ma P I, adquirida por herencia de su tía Doña S I R, está sujeta a la sustitución fideicomisaria condicional que consta en la escritura de adjudicación de herencia de dicha causante, para el caso de que Doña MA P I falleciera sin descendencia, supuesto en el que recibirían dicha mitad indivisa, como herederos fideicomisarios, los hijos de Don Y, y si éste no los tiene, la Congregación de Hijas del Corazón de María”.

El actual titular X, que compró con esta carga, pregunta sobre el modo de cancelar la sustitución fideicomisaria.

Se consideró que serían de aplicación las disposiciones que para la cancelación del gravamen se establecen en el artículo 82 del Reglamento Hipotecario, según el cual “El acta de notoriedad también será título suficiente para hacer constar la extinción de la sustitución, o la ineficacia del llamamiento sustitutorio, por cumplimiento o no cumplimiento de condición, siempre que los hechos que los produzcan sean susceptibles de acreditarse por medio de ella. El adquirente de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria podrá obtener, en su caso, a través del expediente de liberación de gravámenes regulado en los artículos 209 y 210 de la Ley, la cancelación del gravamen fideicomisario si han transcurrido treinta años desde la muerte del fiduciario que le transmitió los bienes sin que conste actuación alguna del fideicomisario o fideicomisarios.”

Debería en consecuencia aportarse un acta notarial que acreditase que Doña MA P I falleció con descendientes, o en otro caso, acudir si han transcurrido treinta años desde el fallecimiento del fiduciario al expediente de liberación de gravámenes regulado tras la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, en el artículo 210 de la Ley Hipotecaria. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de obtener igualmente la cancelación con el consentimiento de los fideicomisarios (resolución de 13 de mayo de 1999 de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

HIPOTECA

En las escrituras de hipoteca otorgadas por entidades de crédito con particulares se observa que, en cuanto a transparencia, no siempre se siguen unas mismas pautas, pues, en

ocasiones, sólo se incorpora la “Ficha de Información Personalizada” y, en otras, ésta a la que, además, se concede valor de “oferta vinculante”.

En ocasiones únicamente se incorpora la Ficha de Información Personalizada sin valor de oferta vinculante y se introducen en la escritura ciertas variaciones en relación a lo pactado.

¿Puede entenderse cumplida la exigencia de incorporación si únicamente se inserta la Ficha de Información Personalizada sin valor de oferta vinculante? En caso afirmativo, ¿pueden introducirse en la escritura modificaciones respecto a lo pactado?

Hay que tener en cuenta que alguna entidad importante casi nunca incorpora oferta vinculante.

La resolución de 14 de julio de 2017, confirmando el criterio de numerosas resoluciones anteriores (resoluciones de 23 de julio de 2014, 22 de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, entre otras) considera que el registrador de la propiedad en el ejercicio de su función calificadora, especialmente en presencia de préstamos o créditos hipotecarios concedidos a personas físicas y garantizados con viviendas, o en las que éstas sean garantes, *«deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma normal o reforzada que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen –Orden EHA 2899/2011, art. 6 de la Ley 1/2013, etc.–». La protección del consumidor, que pretenden tanto la normativa como la jurisprudencia señaladas, alcanza, por tanto, a la totalidad del proceso de contratación que culmina en la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad y que se inicia con la puesta a disposición del consumidor de la información precontractual (ficha de información precontractual, oferta vinculante y ficha de información personalizada) suficiente para que éste pueda analizar y conocer el alcance y las implicaciones del contrato que pretenda suscribir, y continúa con la posibilidad de estudiar el contrato de préstamo durante tres días antes de su firma y las obligaciones de información y asesoramiento que la normativa vigente impone al notario autorizante del préstamo»*

Atendiendo a esta doctrina, se consideró mayoritariamente que el registrador debe calificar que los pactos de la escritura se ajustan al FIPER o a la oferta vinculante, siendo indiferente uno u otro, y que ha estado a disposición del usuario el proyecto de la escritura en el plazo de tres días hábiles anteriores al otorgamiento o que ha renunciado a esta facultad, siempre la renuncia sea realizada ante el mismo notario que se otorgue la escritura.

No es admisible una modificación de las condiciones que figuran en el FIPER u oferta vinculante en el momento de otorgamiento de la escritura porque ello supondría una vulneración de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras

HIPOTECA. EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En un procedimiento de ejecución hipotecaria se presenta testimonio de un auto que declara la nulidad por abusivas de las cláusulas de intereses ordinarios y de demora y ordena que se siga la ejecución hipotecaria por el principal y costas. La resolución se ha dictado con arreglo al artículo 695.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¿Procede sin más proceder a la cancelación de las cláusulas de intereses ordinarios y de demora comprendiendo también la responsabilidad por razón de los mismos?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara: cuando en un procedimiento ejecutivo se han alegado determinadas causas de oposición y excepciones o bien pudieron alegarse y no se ha hecho, no pueden éstas volver a repetirse en un procedimiento ordinario posterior (Sentencias de 28 de octubre de 2013, 24 de noviembre de 2014, entre otras). En definitiva las cuestiones que se sustancien o pueden sustanciarse en un procedimiento de ejecución producen el efecto de cosa juzgada, siendo aplicable a estos procedimientos el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte la Sentencia del Tribunal Europeo de 22 de enero de 2017 en el caso del Banco Primus, asunto C-421/14, en una cuestión prejudicial en la que se le preguntaba si es contraria a la Directiva 93/13 una normativa que impide, por el efecto de cosa juzgada en un procedimiento de ejecución hipotecaria en la que se había debatido sobre la nulidad por abusivas de determinadas cláusulas, volver a litigar sobre la nulidad de la mismas, considera que *“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.*

Por ello, la nulidad declarada de determinadas cláusulas por abusivas en un procedimiento de ejecución hipotecaria provoca el efecto de cosa juzgada con arreglo al citado artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tras la declaración de nulidad de las cláusulas de intereses ordinarios y de demora y partiendo del carácter accesorio de la hipoteca respecto a los mismos, debe entenderse también nula la

hipoteca y, atendiendo al artículo 79.3 de la Ley Hipotecaria, debe procederse a la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a dichos extremos.

HIPOTECA. HIPOTECA ARTÍCULO 153 BIS LH

Determinación de las obligaciones futuras en una hipoteca del artículo 153 bis LH.

ETERMINACIÓN DE OBLIGACIONES FUTURAS EN UNA HIPOTECA DEL ARTÍCULO 153 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA.

El artículo 153 bis LH dice: *“También podrá constituirse hipoteca de máximo:*

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, ...

Se pregunta, si es suficiente la siguiente descripción de obligaciones futuras:

“Que la ENTIDAD y el CLIENTE podrán formalizar las siguientes operaciones (en adelante las “OPERACIONES FUTURAS”:

- Crédito
- Préstamo
- Descuento y anticipo
- Contragarantía de aval o líneas de avales
- Arrendamiento financiero”

Los términos del artículo 153 bis son muy generosos en cuanto a la flexibilidad en la determinación de las obligaciones garantizadas. Pero, ¿esta flexibilidad puede abarcar, mediante un listado de operaciones bancarias, a todo lo que normalmente opera un cliente con su banco?

Efectivamente la hipoteca regulada en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria admite una gran flexibilidad en cuanto a la determinación de las obligaciones garantizadas. El artículo dice que: *“Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.”*

Por ello, la mayoría de los asistentes convinieron en que era admisible la fórmula propuesta puesto que todas ellas son obligaciones puramente futuras, siendo suficiente que se especifique su denominación técnica, lo que ocurre en el caso planteado. Lo que no sería admisible serían fórmulas omnicomprensivas del tipo de “cualquier operación que tenga con el Banco”; “y cualesquiera otra operación” o “las operaciones regulares del negocio bancario”.

Debe tenerse en cuenta que el carácter “flotante” de la hipoteca del artículo 153 bis Ley Hipotecaria implica que, hasta el momento de la ejecución, no se sabe cual de las obligaciones garantizadas queda efectivamente cubierta por la garantía hipotecaria, ni en qué parte de su importe.

En opinión de Ángel Valero (vid. “Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153 bis LH y su modalidad de hipoteca flotante, Cuadernos de Derecho Registral, páginas 62 y siguientes) debe distinguirse en esta clase de hipotecas, en orden a la determinación de las obligaciones garantizadas, si se trata de asegurar obligaciones presentes o futuras. Si se trata de obligaciones ya existentes, es aplicable el artículo 12 LH y, en consecuencia, deberán describirse las mismas íntegramente con todas las cláusulas financieras. Por el contrario, si se trata de obligaciones puramente futuras no es necesaria la constatación circunstanciada de sus elementos identificadores, sino que es suficiente que se especifique su denominación técnica o que queden perfiladas en sus líneas generales –actos jurídicos básicos de derivación– para que los terceros puedan hacerse cargo de posible existencia de responsabilidades y para que los tribunales puedan, en su día, determinar qué obligaciones se hallan realmente cubiertas por la garantía.

PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO

Se viene observando que algunos Notarios, después de haber presentado telemáticamente copia autorizada electrónica de una escritura, remiten telemáticamente, al cabo de unos días, la carta de pago del ITPAJD o la autoliquidación, declaración o comunicación a los efectos del IIVTNU, de manera directa, sin diligencia notarial alguna. Otros extienden una diligencia en la matriz en la que figura la carta de pago y el justificante emitido por la Administración Tributaria, algo que constituye para él una obligación reglamentaria a la vista del contenido del vigente artículo 244.2 del Reglamento Notarial («Se harán constar por nota en matriz, a solicitud de los interesados o cuando al notario le conste, las circunstancias de haberse pagado los impuestos y los datos de inscripción en el registro correspondiente»). En definitiva, ante las diversas prácticas notariales en la materia, se pregunta sobre el modo correcto de remisión telemática de dichos documentos.

El supuesto de hecho fue, en alguna medida, objeto de una reciente consulta resuelta por la Comisión del Consultas Doctrinales, Informe 15/2018 de 11 de junio. En el informe se concluyó

que la remisión de cualquier documento que envíe el notario al Registro con la garantía de su firma electrónica ha de ser, en principio, admitido. El Artículo 110.1 de la Ley 24/2001 dispone que: *“Mediante el uso de la firma electrónica regulada en esta disposición podrán remitirse documentos públicos notariales, comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, solicitudes o certificaciones por vía electrónica por parte de un notario o registrador de la propiedad, mercantil o de bienes muebles dirigidas a otro notario o registrador, a las Administraciones públicas o a cualquier órgano jurisdiccional, siempre en el ámbito de su respectiva competencia y por razón de su oficio”*.

Por lo tanto, el notario puede remitir al Registro, aparte de copias electrónicas, cualesquiera comunicaciones, partes, declaraciones y autoliquidaciones tributarias, etc., remisión que, según dispone el artículo 112 de la Ley 24/2001 habrá de efectuarse por vía telemática y con firma electrónica avanzada, a través de las respectivas corporaciones notarial y registral.

Sin embargo, como apuntó el compañero que planteó el caso, este precepto se limita a señalar las posibles virtualidades del uso de la firma electrónica, no la forma concreta en que haya de dejarse constancia de la remisión.

En este sentido, el informe antes citado advierte que tratándose de un privilegiado instrumento de remisión de documentos por el notario al Registro, no es más que eso, un instrumento que sí facilita agilizándola la aportación de documentos al Registro de la Propiedad, pero que nada garantiza acerca de la autenticidad y fehaciencia de los mismos. Será una vía más de presentación/aportación de documentos al Registro, a añadir a otros como la presentación física, por correo postal o por burofax.

Por ello, entre los asistentes se concluyó que si el documento aportado por esta vía es susceptible de ser verificado en su integridad y autenticidad, por ejemplo por tratarse de un documento electrónico verificable por CSV en la sede del emisor, al registrador le resulta indiferente si la remisión se ha efectuado por la vía formal de copia parcial de la diligencia extendida en la matriz o de manera directa. Como le resultaría indiferente, a estos efectos, que el documento electrónico le llegara por cualquier otra vía, siempre que pueda garantizarse su integridad y autoría por cotejo del CSV. En caso contrario, si el documento, carta de pago, autoliquidación, etc. no tiene estas características (no es un documento electrónico que incluya un código que permita su cotejo), no debería admitirse una remisión directa, sino que debería remitirse por la vía formal de una copia autorizada parcial de la diligencia extendida en la matriz para hacer constar la aportación del documento en cuestión, de la que resulte que ha quedado unido a la matriz, bien el original del documento aportado, bien testimonio del mismo.

URBANISMO. AFECCIÓN REAL

Existe una afección real urbanística en la inscripción primera de la finca; existen cargas posteriores a la misma. Después de la última de las cargas –hipoteca y otra anotación de embargo- aparece una anotación de embargo a favor del Ayuntamiento por deudas derivadas de la falta de pago de las cuotas de urbanización para hacer efectiva la afección real. Se presenta certificación de la adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas posteriores. No se dice nada más: qué cargas, si son posteriores a la anotación o a la afección real

¿Qué requisitos deben ser objeto de calificación además de los comunes en este tipo de adjudicaciones?

¿Es exigible aclaración de las cargas a cancelar y debe ser objeto de calificación la notificación a los titulares de las mismas de la resolución que ordene la cancelación y de su firmeza?

La Dirección General resoluciones de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014, considera que la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación produce efectos de garantía real, según resulta de los artículos 18.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y 19 del Real Decreto 1093/1997, y esta afección se extiende no solo a los titulares de derechos y cargas en la finca de resultado, por efecto de la subrogación legal operada, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección.

La Sentencia del Tribunal Supremo 396/2014 de 21 de julio considera que se trata de una hipoteca legal tácita:

“A la vista de cuanto precede, cabe concluir que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar, de conformidad con el [art. 90.1.1º LC \(RCL 2003, 1748\)](#), de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el Registro de la Propiedad, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir que se convierta de forma expresa con tal carácter ([art. 158.2 LH](#)). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a

El artículo 19.2 establece una norma especial relativa al cobro de la afección: *“En caso de incumplimiento de la obligación de pago resultante de la liquidación de la cuenta, si la Administración optase por su cobro por vía de apremio, el procedimiento correspondiente se*

dirigirá contra el titular o titulares del dominio y se notificará a los demás que lo sean de otros derechos inscritos o anotados sujetos a la afección. Todo ello sin perjuicio de que en caso de pago por cualesquiera de estos últimos de la obligación urbanística, el que la satisfaga se subrogue en el crédito con facultades para repetir contra el propietario que incumpla, como resulta de la legislación civil, lo cual se hará constar por nota marginal”

El precepto atribuye un derecho a los titulares de cargas posteriores a la afección: la notificación del procedimiento a fin de que puedan pagar y subrogarse en el crédito. Resulta por ello especialmente relevante la calificación de la notificación de la diligencia de embargo, que concretará el ejercicio de esta afección real, a fin de que puedan hacer uso de este derecho.

El artículo 74.3 del Reglamento General de Recaudación indica que si la garantía consiste en hipoteca, prenda u otra de carácter real constituida por o sobre bienes o derechos del obligado al pago susceptibles de enajenación forzosa, se procederá a enajenarlos por el procedimiento establecido en este reglamento para la enajenación de bienes embargados de naturaleza igual o similar.

¿Debe estar vigente la afección cuando se practique la anotación de embargo que trate de hacer efectiva los gastos de urbanización? La Dirección General considera que sí. En resolución de 10 de enero de 2018 sostiene que respecto a los titulares del dominio u otros derechos reales o cargas cuya inscripción o anotación se haya producido sobre las fincas de resultado, sin intervención en el expediente de equidistribución, y que no se hayan subrogado voluntariamente en las cargas pendientes de urbanización, hay que entender que la afección urbanística sólo podrá perjudicarles en la medida en que resulte inscrita y no haya caducado. No obstante esta posición es muy discutible atendiendo al artículo 27.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y a la consideración como hipoteca legal tácita por parte del Tribunal Supremo.

En cuanto al segundo extremo, mayoritariamente se consideró la necesidad de dicha aclaración como presupuesto para la cancelación.

URBANISMO. CEDULA DE HABITABILIDAD

Desde el CER de una Comunidad Autónoma se pide información sobre la exigencia de la “cédula de habitabilidad” como requisito para la inscripción en el Registro de operaciones de alquiler, transmisiones y declaraciones de obra nueva.

Al efecto se informó que en el ámbito de la Comunidad de Madrid nunca se ha exigido la cédula de habitabilidad para la inscripción en el Registro de tales operaciones. De hecho, el recién aprobado Decreto 111/2018, de 26 de junio, del Consejo de Gobierno, suprime la cédula de habitabilidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid.

El Decreto tiene un artículo único del siguiente tenor:

“Artículo único.- Supresión de la cédula de habitabilidad en el ámbito de la Comunidad de Madrid

1. Se suprime a todos los efectos en el ámbito de la Comunidad de Madrid el trámite de concesión de la cédula de habitabilidad, como documento necesario para reconocer la aptitud de un inmueble para ser destinado a vivienda.

El otorgamiento de la licencia urbanística municipal o título habilitante de obra, uso, utilización de construcciones e instalaciones u ocupación, supondrá la verificación previa del cumplimiento de las condiciones de habitabilidad establecidas en la normativa básica estatal en materia de ordenación de la edificación, respecto de la salubridad, protección contra el ruido, ahorro energético y aislamiento térmico, en el Código Técnico de la Edificación, así como en la normativa urbanística municipal en materia de licencias, integrada por el planeamiento municipal y las ordenanzas municipales, respecto del cumplimiento de las determinaciones urbanísticas, ambientales y de seguridad.

No obstante, será de aplicación supletoria la normativa estatal vigente en materia de salubridad e higiene, en lo no previsto en la normativa municipal correspondiente.

2. Las empresas suministradoras de los servicios de agua, energía eléctrica, gas, telefonía y demás servicios urbanos, no podrán contratar sus respectivos servicios sin la acreditación de la licencia urbanística municipal correspondiente o la cédula de habitabilidad concedida con anterioridad a la entrada en vigor de la supresión del trámite.”

En el preámbulo de la norma se justifica la supresión en la racionalización y simplificación de los trámites administrativos, evitando duplicidades.

Efectivamente, la obtención de la cédula de habitabilidad no es la única autorización precisa para la ocupación de la vivienda; también es necesaria la licencia de primera ocupación, de conformidad con la Ley 9/2001, de 17 de julio del Suelo, de la Comunidad de Madrid, correspondiendo con carácter general la competencia para su otorgamiento a los Ayuntamientos, al objeto de fiscalizar si el edificio puede habitarse para el uso pretendido por estar en zona apropiada y reunir las condiciones idóneas de seguridad y salubridad.

Obtenida la licencia de primera ocupación y ocupada la vivienda, entra en juego el deber de conservación de los propietarios, regulada en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid y en la legislación estatal del Suelo, conformada actualmente por el 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.

Además, conforme a estas normas, transcurridos treinta años desde la construcción del edificio, los propietarios deben presentar en los Ayuntamientos la correspondiente Inspección Técnica de Edificios, cuya finalidad es comprobar el estado físico del edificio y además conforme a la legislación estatal del Suelo, se debe presentar, además para las viviendas colectivas, el Informe de Evaluación de Edificios, cuya finalidad es también comprobar el estado físico de los edificios de vivienda colectiva, su accesibilidad y su eficiencia energética.

Por tanto, existen tres títulos jurídicos (licencia de primera ocupación, Inspección Técnica de edificios e Informe de Evaluación de Edificios), con la misma finalidad que las Cédulas de Habitabilidad, es decir, comprobar que reúnen las condiciones físicas y técnicas necesarias para servir al uso de vivienda al que están destinados.

De este modo coexisten diversos controles previos a la construcción y ocupación de las viviendas, que ponen de manifiesto la necesidad de abordar esta regulación, a fin de eliminar esta duplicidad de competencias por parte de distintas Administraciones Públicas, racionalizando y simplificando la actividad administrativa para avanzar en el cumplimiento de los principios constitucionales de eficacia y descentralización en la gestión pública.

RESOLUCIONES JUDICIALES CON TRASCENDENCIA REGISTRAL

SEGUNDO TRIMESTRE DE 2018

Carolina del Carmen Castillo Martínez

Magistrado-juez titular del Juzgado de instancia nº 4 de Castellón

Doctora en Derecho

Profesora titular de Derecho Civil (excedente)

Profesora Asociada de Derecho Civil

Universitat de València

ENLACES

[1º. Resolución:](#) ACUERDO NO JURISDICCIONAL DE LA SALA 2º DEL TS DE 28 DE FEBRERO DE 2018.

[2º. Resolución:](#) Contratos bancarios. Cláusula suelo. Restitución de todas las cantidades entregadas. Allanamiento.

[3º. Resolución:](#) Nulidad de la cláusula de gastos en contrato de préstamo hipotecario. Determinación del sujeto obligado al pago del IAJD.

[4º. Resolución:](#) Interpretación del art. 149.2 ley concursal

[5º. Resolución:](#) Inclusión de los honorarios del letrado de la concursada como créditos contra la masa

[6º. Resolución:](#) Alcance de la prohibición de compensación de créditos del art. 58 LC.

[7º. Resolución:](#) Créditos transmitidos a la SAREB

[8º. Resolución:](#) Eficacia de permuta de inmueble celebrada por el tutor sin autorización judicial pero obtenida posteriormente.

[9º. Resolución:](#) Modificación de la base imponible en créditos con garantía real.

[10º. Resolución:](#) Alcance de la función de calificación.

[11º. Resolución:](#) Impugnación de la garantía hipotecaria. Ineficacia por no contar con autorización judicial.

[12º. Resolución:](#) Responsabilidad patrimonial. Inadecuación de la acción. Tramitación del expediente expropiatorio.